

Gastbeitrag

Politische Vorstösse für bessere Gesetze

Eine Auslegeordnung und eine vorsichtige Bewertung

Felix Uhlmann

Inhaltsübersicht

I.	Einleitung	3
II.	«One in – one out»	4
III.	Sunset Legislation und Experimentierklauseln	7
IV.	Recht auf gute Gesetzgebung	10
V.	Verordnungsveto	12
VI.	KMU-Verträglichkeit, Standardkosten-Modell und Erfüllungsaufwand	13
VII.	(Bessere) Evaluation	18
VIII.	Fazit	19
	Anhang	20
	Literaturverzeichnis	25
	Materialienverzeichnis	28

I. Einleitung

«Von Jahr zu Jahr werden die Gesetze komplizierter», klagte bereits FLEINER im Jahr 1913 über den Zustand der Gesetzgebung.¹ Diese Klagelieder sind bis heute nicht verstummt: «Es gibt viele Gesetze und die sind auch noch schlecht gemacht».² Eine Umfrage eines Gratisanzeigers ergab unlängst, dass über 80% der Befragten der Ansicht waren, dass derzeit zu viele Gesetze bestehen.³ Über die Qualität der Gesetzgebung wollte man vielleicht vorsichtshalber gar keine Umfrage durchführen.

Die Einschätzungen in der Lehre sind ebenfalls kaum positiver, wenn von «Sinkflug»⁴, «Holzwege»⁵ oder einem «Regelungstsunami»⁶ gesprochen wird.⁷ Dabei ist schon die Frage, was ein gutes Gesetz ist, alles andere als eindeutig.

¹ FLEINER, Vorwort.

² MÜLLER/UHLMANN, Anm. 165, Rz. 62 ff.; UHLMANN, in: GRIFFEL, 171, 171 ff.

³ BÜCHI, <www.20min.ch/schweiz/news/story/26592947> (25.10.2017).

⁴ GRIFFEL, <<https://www.nzz.ch/schweiz/qualitaet-der-gesetzgebung-im-sinkflug-1.17988595>> (25.10.2017).

⁵ SCHULZE-FIELITZ, JZ 2004, 862, 862 ff.

⁶ MÜLBERT, JZ 2010, 834, 841.

Es erstaunt nicht, dass die Qualität der Gesetzgebung regelmässig auch in politischen Vorstössen aufgegriffen wird. Der folgende Beitrag soll eine kurze Übersicht über die aktuelle Diskussion sowie eine vorsichtige wissenschaftliche Bewertung der entsprechenden Vorschläge geben.

II. «One in – one out»

Alles Gute kommt auf Englisch – wie man mindestens dem vorliegenden («One in – one out») und dem nachfolgenden Vorschlag (*Sunset-Legislation*) unterstellen könnte. Die Idee von «one in – one out» ist, das ist zuzugeben, bestechend einfach. Sie schreibt im Wesentlichen vor, dass bei Erlass eines neuen Gesetzes gleichzeitig ein bisheriges aufgehoben werden soll.⁸ In der Sache geht es um die Bekämpfung der «Gesetzesflut». Die entsprechenden Vorstösse sind einerseits auf die *Quantität des Rechtsbestandes* gerichtet, beziehen aber andererseits oft auch materielle Aspekte mit ein, etwa in dem Sinne, dass die Neubelastung in der Höhe der Lasten für die Privaten, die Schwere des Eingriffs in die Freiheitsrechte etc. durch die Aufhebung einer vergleichbaren Regelung für vergleichbar Betroffene kompensiert wird.⁹ Die Idee von «one in – one out» kann man steigern, indem man nicht nur fordert, dass mit einem neuen Gesetz ein bestehendes abgeschafft wird, sondern, dass gleich zwei bestehende Gesetze bzw. vergleichbare gesetzliche Regelungen aufgehoben werden («one in – two out»)¹⁰.

Die entsprechenden Vorstösse dürften sich in der Schweiz kaum durchsetzen. Die staatspolitische Kommission des Nationalrates bezeichnete den Ansatz unlängst als zu mechanisch¹¹, was die Schwachstelle dieses Vorschlages auf den Punkt bringt. Der Vorschlag bewertet nicht den Kontext und Hintergrund einer neuen Regelung,

⁷ Auch der Rechtsetzungslehre geht es zum Teil nicht besser, so bezeichnet SCHUPPERT, 97, diese zum Beispiel als «Ghetto».

⁸ Pa. Iv., 16.435, Überregulierung stoppen! Für jedes neue Gesetz muss ein bestehendes aufgehoben werden («one in, one out»).

⁹ Hans-Ueli Vogt präziserte in der Rede zu seiner parlamentarischen Initiative (vgl. Pa. Iv., 16.435), dass es «ja gar dümmlich sei», wenn man für jedes neue Gesetz ein altes aufheben würde. Mit dem *one in – one out* möchte man vielmehr die mit der Regulierung verbundenen Kosten aufzeigen und begrenzen (Amtl.Bull. NR 2017, 1003).

¹⁰ Mo., 16.3543, Einführung des Prinzips «one in, two out» für neue Bundeserlasse; Grossbritannien beispielsweise hat bereits 2011 *one in – one out* im Rahmen des Programms für weniger und bessere Regulierungen eingeführt und diese im Jahr 2013 mit *one in – two out* weiter verstärkt, HOLL, <<http://dievolkswirtschaft.ch/de/2015/09/kann-one-in-one-out-die-regulierung-bremsen/>> (25.10.2017); siehe auch Better Regulation Framework Manual; HM Government, One-In, One-Out (OIOO) Methodology.

¹¹ Bericht der Staatspolitischen Kommission des Nationalrats vom 24. März 2017 zur Pa. Iv. 16.435, Überregulierung stoppen! Für jedes neue Gesetz muss ein bestehendes aufgehoben werden («one in, one out»), 2 f.

beispielsweise, dass eine wirtschaftliche Aktivität durch neue wissenschaftliche Kenntnisse als gefährlicher einzustufen und dementsprechend restriktiver zu regeln ist. Anspruchsvoll dürfte auch die «Vergleichbarkeit» der neuen mit den aufgehobenen Regeln sein. Mehr als das Bewusstsein der Behörde, dass eine bestehende gesetzliche Regelung auch einmal abgeschafft werden kann, dürfte die Regel «*one in – one out*» vermutlich nicht bewirken.

In einem durchgehend kodifizierten System wie der schweizerischen Rechtsordnung wirft die Regel, wonach bei Erlass eines neuen Gesetzes ein altes Gesetz aufgehoben wird, auch technische Fragen auf. So hängt es oft von Zufälligkeiten ab, wieviele Erlasse in einem bestimmten Rechtsgebiet geschaffen worden sind. Auf Verordnungsstufe ist es dem Ordnungsgeber weitgehend freigestellt, ob er bspw. das Personalgesetz mit einer einzigen, übergreifenden Verordnung umsetzt, oder ob er für jedes Einzelproblem eine gesonderte Verordnung erlassen will. Massgebend für solche Fragen der Regelungsarchitektur sind systematische Gesichtspunkte und die bestmögliche Auffindbarkeit einer Norm.¹² Der Ordnungsgeber könnte also problemlos den Bestand an «Gesetzen» (i.S.v. Erlassen) reduzieren, indem er zwei oder mehrere Verordnungen in einer grösseren Verordnung zusammenfasst.

Entscheidend ist nach schweizerischem Verständnis nicht die Anzahl der Erlasse, sondern der Umfang des Regelungsbestandes gemessen am Umfang der jeweiligen Erlasse. Selbst wenn man aber die Regel «*one in – one out*» präziser auf den Rechtsbestand anstelle der Anzahl Erlasse fassen würde, blieben wesentliche Vorbehalte bestehen. Eine Verwaltungsbehörde kann ohne grössere Mühe ihren Rechtsbestand reduzieren, indem sie grosszügig von der Technik des *Verweises* Gebrauch macht. Formal wird damit der Rechtsbestand reduziert, doch für die Rechtsunterworfenen bleiben die Anzahl der zu befolgenden Regeln identisch. Bei einem Verweis auf den Rechtsbestand anderer Gemeinwesen oder privater Normen stellen sich zusätzliche Probleme, namentlich bezüglich Zugänglichkeit und dynamischer Verweisstrukturen, die mit dem Legalitätsprinzip in Konflikt geraten können.¹³ Anstelle eines Verweises auf anderes Recht kann eine Verwaltungsbehörde Regeln oft auch in Form von Richtlinien, Merkblättern etc. festlegen. Damit wird der formelle Bestand auf der Stufe von Rechtsverordnungen zwar reduziert, die zu befolgenden Vorschriften nehmen aber wiederum kaum ab. Vielmehr sind diese allenfalls nunmehr nur schwerer zugänglich, weil sie nicht mehr formell publiziert werden.¹⁴ Natürlich kann man

¹² UHLMANN/HOFSTETTER, ZBI 2012, 455, 455 ff.

¹³ MÜLLER/UHLMANN, Rz. 369 ff.; STUTZ, in: UHLMANN, 71, 80 ff.; UHLMANN, LeGes 2013, 89, 98 ff.; UHLMANN/GILI, in: UHLMANN, 7, 7 ff., m.w.H.; BGE 136 I 316, 320 E. 2.4.1 m.w.H. Zur Frage der ausreichenden Veröffentlichung und der damit verbundenen Zugangsschranken siehe ausserdem BRUNNER, 128 ff.; CLEMENS, AÖR 1986, Anm. 926, 63, 86 ff.; GRAUER, 183; GUCKELBERGER, ZG 2004, Anm. 926, 62, 70 ff.

¹⁴ Zur Rolle von Verwaltungsverordnungen als Rechtsquellen siehe UHLMANN/BINDER, LeGes 2009, 151, 156.

sich von diesen formalen Vorgaben vollständig lösen und einzig auf die Belastung der Privaten (Erfüllungsaufwand) abstellen, ohne dass die Quantität des Normbestandes überhaupt eine Rolle spielt. Dann erscheinen aber andere Ansätze als zielgerichteter.¹⁵

Schliesslich hätte die absehbare Umsetzung des Vorstosses «*one in – one out*» wohl noch ungewollte Anreize zur Folge, die eher zu erhöhter Normproduktion führen würden. Gesetz- und Verordnungsgeber wären versucht, Erlasse oder Rechtsnormen auf Vorrat zu schaffen, welche sie im Zuge der Regel «*one in – one out*» später wieder aufheben könnten. Damit wäre nichts erreicht als unnütze, höhere Regelungsaktivität, die der Rechtssicherheit abträglich wäre.

Insgesamt bestehen dementsprechend erhebliche Bedenken gegen den Vorschlag «*one in – one out*». Festzuhalten ist immerhin, dass die Quantität des Rechtsbestandes durchaus ein Gebiet der Qualitätssicherung darstellen kann. Eine kürzlich veröffentlichte Studie für den Kanton Graubünden hat erstaunliche Unterschiede im Normbestand der schweizerischen Kantone zutage gefördert.¹⁶ Solche Untersuchungen geben keine Auskunft über die Qualität der Normbestände in den Kantonen. Wenn aber etwa der Kanton Neuenburg feststellen muss, dass seine Normproduktion in etwa das Vierfache deutschschweizerischer Bergkantone ausmacht, so sollte man sich die Frage übermässiger Normproduktion in diesem Kanton in der Tat stellen und nötigenfalls gezielt angehen.

Soweit man sich mit der Quantität des Rechtsbestandes beschäftigt, sollte nicht nur der absolute Rechtsbestand, sondern auch die *Häufigkeit von Änderungen* im Rechtsbestand untersucht werden (*Regelungsaktivität*).¹⁷ Es ist denkbar, dass sich das Gefühl der Gesetzesflut bei den Betroffenen nicht so sehr aufgrund der absoluten Zunahme von Rechtsnormen einstellt, sondern aufgrund einer Instabilität, welche durch häufige Rechtsänderungen geschaffen wird. Für den Kanton Graubünden ist beispielsweise festzuhalten, dass in den letzten Jahren keine Zunahme des Rechtsbestandes festzustellen ist. Die Regelungsaktivität hat sich hingegen erhöht.¹⁸

¹⁵ Vgl. unten VI.

¹⁶ LÜCHINGER/ROTH/SHELKER/UHLMANN, 13 ff.

¹⁷ Ansätze bei LINDER, LeGes 2017, 199, 202 ff.; Linder/HÜMBELIN/SUTTER, 29 ff.; LÜCHINGER/SHELKER, 9 ff.; LÜCHINGER/SHELKER, Die Volkswirtschaft 2015, 29, 29 ff.; anders BUOMBERGER; House of Commons Library, Acts and Statutory Instruments: The Volume of UK Legislation 1950 to 2016; RIEDO/MAEDER, in: BELSER/WALDMANN, 81, 84 ff.; VOLLMER/CREAGH. Vgl. auch Counting Regulations: An Overview of Rulemaking, Types of Federal Regulations, and Pages in the Federal Register; Ten Thousand Commandments, An Annual Snapshot of the Federal Regulatory State.

¹⁸ LINDER/HÜMBELIN/SUTTER, 40; LÜCHINGER/SHELKER, Die Volkswirtschaft 2015, 29, 29 ff.; LÜCHINGER/ROTH/SHELKER/UHLMANN, 25 ff.

III. Sunset Legislation und Experimentierklauseln

Die «*Sunset Legislation*» verfolgt einen ähnlichen Ansatz wie die Regel «*one in – one out*». Konkret geht es um die Dämpfung des Bestandes an gesetzlichen Vorschriften. Im Gegensatz zu «*one in – one out*» wird aber nicht ein Austausch zwischen neuer und alter Gesetzgebung geschaffen, sondern jedes neue Gesetz wird einer *Befristung* unterstellt. Sämtliche verabschiedeten Erlasse sollen in regelmässigen Abständen auf ihre Notwendigkeit hin überprüft werden. Jeder Erlass erhält ein Verfallsdatum.¹⁹

Im Bund hat die staatspolitische Kommission des Ständerats unlängst einem Vorschlag zugestimmt, wonach inskünftig systematisch geprüft werden soll, ob eine Regelung zwecks Austestung nicht vorerst befristet zu erlassen sei (was eine Abmilderung der ursprünglichen Idee von *Sunset Legislation* darstellt).²⁰ Im Kanton Graubünden und im Kanton Nidwalden sind Vorstösse für vermehrte Befristungen im parlamentarischen Verfahren bzw. in einer Volksabstimmung gescheitert.²¹

Interessant ist dabei, dass sich die Behörden zur Idee einer Befristung von Gesetzen durchaus unterschiedlich geäussert haben. Der Bund hat bereits zu früheren Vorstössen festgehalten, dass er gerne bereit sei, «die Möglichkeit von Befristungen und Evaluationen von Gesetzen und Verordnungen in den angesprochenen Regelungsgebieten vermehrt zu berücksichtigen».²² Demgegenüber ist die Regierung des Kantons Graubünden skeptisch: «Aus Gründen der Rechtssicherheit und mit Blick auf die Akzeptanz der Rechtsnormen müssen unbefristete Erlasse die Regel sein und befristete Erlasse die absolute Ausnahme bleiben».²³ Im Kanton Graubünden scheint sich tatsächlich auch keine befristete Rechtsnorm zu finden. Im Kanton Nidwalden äusserten sich Parlament und Regierung unterschiedlich. Während der Landrat den Stimmberechtigten eine Initiative für eine zeitliche Befristung von Gesetzen zur An-

¹⁹ BRECHBÜHL, <<https://www.nzz.ch/meinung/regulations-malaise-mut-zur-regulierungsluecke-ld.147671>> (25.10.2017); MASTRONARDI, LeGes 1998, 69, 86; VEIT/JANTZ, 167, 167 ff. Vgl. dazu auch den Gesetzgebungsleitfaden des Bundesamtes für Justiz, Leitfaden für die Ausarbeitung von Erlassen des Bundes, Rz. 581 ff. sowie den dazugehörenden Gesetzgebungsleitfaden Module Gesetz, Verordnung und Parlamentarische Initiative, Rz. 191.

²⁰ Medienmitteilung SPK-S, <<https://www.parlament.ch/press-releases/Pages/mm-spk-s-2017-03-31.aspx?lang=1031>> (25.10.2017).

²¹ Anfrage BRUNO W. CLAUS an die kantonale Regierung des Kantons Graubünden, <<https://www.gr.ch/DE/institutionen/parlament/PV/Seiten/20160615Claus10.aspx>> (25.10.2017); Volksinitiative zur Änderung der Verfassung des Kantons Nidwalden betreffend die zeitliche Befristung von Gesetzen, <http://www.nw.ch/de/politik/abstimmungsresultate/archivsuche/?action=showobject&object_id=3443> (25.10.2017).

²² Po., 11.3780, Einführung von Sunset-Klauseln für weniger Bürokratie.

²³ Antwort des Regierungsrats (Frage 3) auf die Anfrage CLAUS an die kantonale Regierung des Kantons Graubünden, <<https://www.gr.ch/DE/institutionen/parlament/PV/Seiten/20160615Claus10.aspx>> (25.10.2017).

nahme empfohlen hatte, erachtete der Regierungsrat die neue Verfassungsbestimmung als überflüssig. Das Stimmvolk ist der Ansicht des Regierungsrates gefolgt und hat die Initiative mit 56.8% abgelehnt.²⁴

Die Argumente gegen die *Sunset Legislation* liegen im Wesentlichen darin begründet, dass eine flächendeckende Befristung aller Gesetze zu einem unnötigen Formalismus führt, und dass vor Ablauf der Frist das «Durchwinken» aller Gesetze die Regel sein dürfte.²⁵ Diese Kritik erscheint einleuchtend. Schwieriger zu beantworten ist die Frage nach der Wünschbarkeit gezielter Befristung von Gesetzen. Punktuell können sich Befristungen durchaus rechtfertigen. Man kann sich berechtigterweise fragen, ob wichtige Bundeskompetenzen dem Bund nur vorübergehend gewährt werden sollten. Die Bundesverfassung steht durchaus in dieser Tradition – was in der schweizerischen Diskussion über *Sunset Legislation* soweit ersichtlich kaum zur Kenntnis genommen wird.

So sind die Steuerkompetenzen des Bundes traditionell befristet (Art. 13 und 14 Übergangsbestimmungen zu Art. 128 und Art. 130 BV).²⁶ Vor gut einem Jahr hat der Bund die Botschaft zur neuen Finanzordnung 2021 verabschiedet, mit welcher die bis 2020 befristete Kompetenz des Bundes zur Erhebung der Direkten Bundessteuer und der Mehrwertsteuer um weitere 15 Jahre verlängert werden soll.²⁷ Ob es sich dabei um ein geeignetes Gebiet für die Befristung handelt, sei dahingestellt. Soweit ersichtlich ist die Frage der Weiterführung dieser beiden lebenswichtigen Steuern des Bundes bisher kaum thematisiert worden und eine Ablehnung hätte wohl kaum abschätzbare Folgen. Gleichwohl kann in Betracht gezogen werden, dem Bund eine Kompetenz vorerst nur auf Zusehen hin zu geben. Eine Erneuerung auf Stufe der Bundesverfassung verlangt zwingend eine Volksabstimmung.

Zu denken ist auch daran, dass befristete Gesetzgebung im Rahmen eines *Experiments* durchgeführt werden kann. Beispiele experimenteller Gesetzgebung finden sich bezüglich (neuer) Verwaltungsführung²⁸, bezüglich Schule und Bildung²⁹, im Strafvollzug³⁰, im Ausländerrecht³¹, im Zivilprozessrecht³², im Invalidenversiche-

²⁴ Volksinitiative zur Änderung der Verfassung des Kantons Nidwalden betreffend die zeitliche Befristung von Gesetzen, <http://www.nw.ch/de/politik/abstimmungsresultate/archivsuche/?action=showobject&object_id=3443> (25.10.2017).

²⁵ SCHUHMACHER, LeGes 2005, 65, 72.

²⁶ BSK BV-SIMONEK, Art. 128 N 5; SK BV-VALLENDER/CAVELTI, Art. 128 N 1 ff. und 33 ff.; Bot. Finanzordnung 2021, BBl. 2016, 6221, 6223; Bot. Finanzordnung, BBl. 2003, 1531, 1546.

²⁷ Bot. Finanzordnung 2021, BBl. 2016, 6221, 6222.

²⁸ § 164 des Gemeindegesetzes der Stadt Zürich vom 6. Juni 1926 (GG/ZH, LS 131.1).

²⁹ Bildungsgesetz des Kantons Zürich vom 1. Juli 2002 (BiG/ZH; LS 410.1); Verordnung über Schulversuche an der Volksschule des Kantons Zürich vom 11. Juli 2007 (LS 412.104).

³⁰ Grundlage in Art. 387 Abs. 4 des Schweizerischen Strafgesetzbuches vom 21. Dezember 1937 (StGB; SR 311.0): Eines der prominentesten Beispiele ist wohl das «Electronic Monitoring» wie es von zahlreichen Kantonen (Basel-Stadt, Basel-Landschaft, Bern, Genf, Solothurn, Tessin und Waadt) durchgeführt wurde. Die Verordnung über den Vollzug von Freiheitsstrafen in der Form

rungsgesetz³³, dem Datenschutzrecht³⁴ sowie bei der elektronischen Stimmabgabe^{35,36}. Soweit solche Experimentierklauseln in der (unbefristeten) Gesetzgebung von Bund und Kantonen ihren Niederschlag finden, sollten sie Zuständigkeit, Zweck, Leitplanken, vorzugsweise die maximale Befristung, die Evaluierung und allenfalls die Form (Regierungsratsbeschluss, Verordnung etc.) des Versuches klar festhalten.

§ 11 des Bildungsgesetzes des Kantons Zürich (BiG/ZH)³⁷ regelt beispielsweise, dass der Regierungsrat zur Beschaffung von Entscheidungsgrundlagen für die Weiterentwicklung des Bildungswesens Versuche anordnen kann und dabei von der ordentlichen Gesetzgebung abweichen kann, immer soweit die Erreichung der Ziele des Bildungswesens gewährleistet wird. Klargestellt wird auch, dass die Versuche befristet sein müssen. Auf Bundesebene ist als Beispiel etwa Art. 112b Asylgesetz zu erwähnen. Gemäss dieser Bestimmung kann der Bundesrat Testphasen zur Beurteilung neuer Verfahrensabläufe vorsehen. Festgehalten ist in diesen Bestimmungen, dass die Einzelheiten der Testphase in einer Verordnung geregelt sind und dabei klar anzugeben ist, von welchen Gesetzesbestimmungen die Verordnungen abweichen (Art. 112b Abs. 2 und 4 AsylG).³⁸ Die Testphase ist auf zwei Jahre begrenzt. Ob diese Bestimmung mit den verschiedenen Verlängerungen gemäss Art. 41 TestV korrekt umgesetzt worden ist, braucht an dieser Stelle nicht weiter erörtert zu werden. Eher der Gewissensberuhigung dürfte Art. 6 der TestV dienen, wonach aus der Teilnahme den Asylsuchenden «in Bezug auf den Entscheid über ihr Asylgesuch keine Vor- oder Nachteile erwachsen dürfen». Wenn die Beschwerdefristen verkürzt (vgl. Art. 38 TestV) oder etwa die Anfechtbarkeit von Zwischenverfügungen beschränkt werden (Art. 37 TestV), bleibt fraglich, ob man diese Zusicherung zum Nennwert nehmen darf.

des Electronic Monitoring des Kantons Bern vom 26. Mai 1999 (EM-Verordnung; BSG 341.12) ist beispielsweise noch immer in Kraft.

³¹ Verordnung des Bundes über die Durchführung von Testphasen zu den Beschleunigungsmassnahmen im Asylbereich vom 4. September 2013 (TestV; SR 142.318.1).

³² Art. 401 Abs. 1 der Schweizerischen Zivilprozessordnung vom 19. Dezember 2008 (ZPO; SR 272).

³³ Art. 68^{quater} des Bundesgesetzes über die Invalidenversicherung vom 19. Juni 1959 (IVG; SR 831.20); konkretisiert in Art. 98 der Verordnung über die Invalidenversicherung vom 17. Januar 1961 (IVV; SR 831.201).

³⁴ Art. 17a des Bundesgesetzes über den Datenschutz vom 19. Juni 1992 (DSG; SR 235.1); konkretisiert in Art. 27 der Verordnung zum Bundesgesetz über den Datenschutz vom 14. Juni 1993 (SR 235.11).

³⁵ Verordnung der BK über die elektronische Stimmabgabe vom 13. Dezember 2013 (VEleS; SR 161.116).

³⁶ Eine Zusammenstellung bisher erlassener Experimentierklauseln auf Bundesebene findet sich bei KÖRBER.

³⁷ Bildungsgesetz des Kantons Zürich vom 1. Juli 2002 (BiG/ZH; LS 410.1).

³⁸ Verordnung des Bundes über die Durchführung von Testphasen zu den Beschleunigungsmassnahmen im Asylbereich vom 4. September 2013 (TestV; SR 142.318.1).

Eine allgemeine Bestimmung über experimentelle Gesetzgebung findet sich in Art. 44 des Gesetzes über die Organisation des Regierungsrates und der Verwaltung des Kantons Bern (OrG/BE)³⁹. Danach kann der Regierungsrat «Versuchsverordnungen erlassen, wenn die Regelungen zur Erprobung neuer oder veränderter Aufgaben oder neuer Formen, Abläufe und Organisationsformen des Verwaltungshandelns dienen, die Verordnung im Rahmen eines begleiteten Pilotprojekts oder Reformvorhabens erlassen wird, der Versuch einem Controlling und einer Evaluation unterliegt und die Verordnung für eine Dauer von höchstens fünf Jahren erlassen wird». Im Versuch darf vom kantonalen Gesetzesrecht abgewichen werden (Art. 44 Abs. 3 OrG/BE). Die Versuchsverordnung muss den Zweck des Versuchs, den Geltungsbereich, die Geltungsdauer sowie das Controlling und die Evaluation des Versuchs regeln (Art. 44 Abs. 2 OrG/BE). Die Bestimmung ist allerdings kaum benutzt worden.⁴⁰

Ungeachtet dieser Vorbehalte erscheint die Befristung zum Zwecke von Experimenten aber als ein grundsätzlich taugliches Mittel, um wesentliche Erkenntnisse für eine Verbesserung der Rechtsordnung zu gewinnen. Im Unterschied zur *Sunset Legislation* wird dabei aber nicht die ganze Population der Rechtsunterworfenen getestet, sondern nur eine kleine Gruppe. Soweit solches im Rahmen von Rechtsgleichheit und weiterer Grundrechte als möglich erscheint, ist dies gegenüber *Sunset Legislation* klar vorzuziehen.

IV. Recht auf gute Gesetzgebung

Teilweise wird zu radikalen Mitteln gegriffen, wenn es darum geht, die Qualität der Gesetzgebung zu erhöhen. Die Eidgenössische Volksinitiative «Bürokratie-Stopp!» forderte nichts anders als eine neue Verfassungsbestimmung in Art. 9a BV, wonach jede Person einen Anspruch darauf bekommen hätte, dass «Gesetze verständlich sind und einfach, unbürokratisch und effizient angewandt werden».⁴¹ Das Besondere dieser Initiative, die im Übrigen bereits im Stadium der Unterschriftensammlung gescheitert ist, liegt darin, dass das Qualitätsmerkmal des guten Gesetzes, hier die Verständlichkeit, nicht nur als Zielvorgabe formuliert wurde, sondern als *grundrechtlicher Anspruch*.⁴² Es wäre durchaus interessant gewesen zu verfolgen, wie das

³⁹ Gesetz über die Organisation des Regierungsrates und der Verwaltung des Kantons Bern vom 20. Juni 1995 (OrG/BE, BSG 152.01).

⁴⁰ Referat Gerard Caussignac, Jahreskongress der SGG und der SEVAL 2017 vom 7. September 2017, Bern / Ittigen.

⁴¹ Bot. Bürokratie-Stopp!, BBl. 2010, 6633, 6635.

⁴² Vgl. dazu SCHOTT, ZBl 2011, 229, 238.

Bundesgericht diesen Anspruch durchgesetzt hätte, aufgrund von Art. 190 BV allerdings nur gegenüber den Kantonen und dem Bundesrat als Verordnungsgeber.

Die Verständlichkeit von Gesetztexten ist ohne Zweifel ein berechtigtes Anliegen. Die Schweiz hat diesbezüglich durchaus höhere Standards als andere Länder; insbesondere wird auch regelmässig vertreten, schweizerische Gesetze müssten auch von Laien verstanden werden.⁴³ Woher diese Tradition herrührt, erscheint nicht eindeutig. Zu denken ist einerseits an das prägende Vorbild des schweizerischen Zivilgesetzbuches durch Eugen Huber, andererseits auch an die direktdemokratischen Einrichtungen, die es mindestens in der Theorie als notwendig erscheinen lassen, dass jede und jeder Stimmberechtigte versteht, worüber sie oder er abstimmt.⁴⁴

Hinsichtlich der rechtlichen Durchsetzbarkeit des Anliegens der Verständlichkeit bestehen erhebliche Unterschiede. Während ein – lakonisch bis bösewärtig – Verfassungsgerichtshof in Österreich Gesetze für ungültig erklärt, «zu deren Sinnermittlung subtile verfassungsrechtliche Kenntnisse, qualifizierte juristische Befähigung und Erfahrung sowie geradezu archivarischer Fleiß vonnöten sind»⁴⁵, bzw. solche, zu deren Verständnis «außerordentliche methodische Fähigkeiten und eine[r] gewissen Lust zum Lösen von Denksport-Aufgaben»⁴⁶ erforderlich sind, ist das schweizerische Bundesgericht regelmässig grosszügiger. Es hebt weder unvollständige und missverständliche Bestimmungen auf (welche es zwar im Hinblick auf das «Anliegen einer klaren, transparenten und verständlichen Gesetzgebung»⁴⁷ als nicht unbedenklich kritisiert), noch eine Volksinitiative, bei der man über Nebenpunkte irrt.⁴⁸ Es wäre durchaus denkbar, dass das Bundesgericht gegen schlecht formuliertes stärker intervenierte. Ob dies wünschbar ist, das sei an dieser Stelle dahingestellt. Das Bundesgericht zeigt sich gegenüber dem Gesetzgeber mit guten staatspolitischen Gründen zurückhaltend, soweit es dessen Methode im Gesetzgebungsprozess betrifft. Das deutsche Bundesverfassungsgericht ist diesbezüglich deutlich aktiver.⁴⁹ Es ist fraglich, ob der Eingriff des Bundesgerichts in die Sprache des kantonalen Gesetzgebers wirklich zu Verbesserungen führen würde – ausgeschlossen ist es, wie gesagt, aber nicht.

Richtig und sinnvoll ist sicher, dass über die Verständlichkeit von Gesetztexten diskutiert wird. Dabei erscheint es notwendig, dem nur scheinbar verständlichen Begriff der Verständlichkeit auf den Grund zu gehen.⁵⁰ Notwendig ist auch, zu diskutie-

⁴³ Zum Adressatenbegriff siehe MÜLLER/UHLMANN, Rz. 316 ff.

⁴⁴ GROSS, in: LÖTSCHER/NUSSBAUMER, 99, 102 ff.

⁴⁵ VfSlg. 3130/1956; bestätigt in VfSlg. G81/90 und VfSlg. B998/01.

⁴⁶ VfSlg. 3130/1956; bestätigt in VfSlg. G81/90 und VfSlg. B998/01.

⁴⁷ BGE 125 II 440, 448 E. 3c.

⁴⁸ BGE 111 Ia 115, 119 E. 3a.

⁴⁹ Vgl. dazu MÜLLER/UHLMANN, Rz. 49.

⁵⁰ HÄFLIGER, <<https://www.nzz.ch/schweiz/der-monster-paragraf-1.18506623>> (25.10.2017).

ren, für *wen* eigentlich die geforderte Verständlichkeit gedacht ist. Der Begriff der Adressatin oder des Adressaten eines Gesetzes ist unsicher; diesbezüglich wird Unterschiedliches vertreten.⁵¹ Wie dargelegt findet sich in der Schweiz oft die Ansicht, auch Laien müssten Gesetze verstehen. Einschränkender soll es genügen, wenn die Betroffenen oder Vermittler für die Betroffenen den Sinngehalt richtig erfassen. Nicht zu übersehen ist, dass die (vermeintliche) Verständlichkeit für die Laien Verständnisprobleme bei Fachleuten auslösen kann.⁵²

Zu wenig untersucht ist schliesslich, *wer* effektiv Gesetze liest. Während man bezüglich der Gesetzessammlungen in Papierform in Bibliotheken und Amtshäusern berechtigterweise davon ausgehen konnte, dass diese nicht von Laien gelesen werden, zeigen neuere Untersuchungen aus dem Ausland, dass Laien durchaus Gesetze lesen.⁵³ Wenn also über das (berechtigte) Anliegen der Verständlichkeit diskutiert wird, muss auch entschieden werden, *wer* eigentlich Gesetze zu *welchem* Zweck liest.

V. Verordnungsveto

Zu den Dauerbrennern auf Bundesebene gehört die Einführung eines sogenannten Verordnungsvetos.⁵⁴ Dieses ist auch in verschiedenen Kantonen diskutiert worden.⁵⁵ Eingeführt wurde es – bereits vor längerem – einzig im Kanton Solothurn.⁵⁶ Für das Verordnungsveto werden verschiedene Gründe ins Feld geführt, namentlich betreffend Austarierung der Gewalten zwischen Exekutive und Legislative. Auf diese Aspekte, wie auch die (schwierigen) Aspekte der technischen Umsetzung eines Verordnungsvetos soll an dieser Stelle nicht eingegangen werden. Bemerkenswert ist, dass das Verordnungsveto teilweise auch mit dem Argument einer Verbesserung der Gesetzgebung ins Feld geführt wird: Nach dieser Lesart würde der Gesetzgeber eher sinnvolle Delegationsnormen vorsehen, wenn er weiss, wie der Verordnungsgeber damit umgeht.

⁵¹ MÜLLER/UHLMANN, Rz. 316 ff.

⁵² MÜLLER/UHLMANN, Rz. 62.

⁵³ BERTLIN, *The Loophole* 2014, 25, 27 ff.; andere Meinung war noch MÜLLER, Rz. 320, in der 1. Auflage des Buches *Elemente einer Rechtssetzungslehre*. Indessen wurde in der 3. Auflage etwas differenziert: «Gesetze werden von Laien kaum gelesen», MÜLLER/UHLMANN, Rz. 320.

⁵⁴ LÜTHI, *Parlament* 2010, 19, 19 ff.; MÜLLER, <https://www.nzz.ch/veto_gegen_verordnungen_fragwuerdig-1.2020474> (25.10.2017).

⁵⁵ Ein *allgemeines* Vetorecht wurde in den Kantonen AG, AR, BE, BL, BS, LU, SG, SH, SZ, ZG und ZH zwar diskutiert aber nicht eingeführt. Ein «punktuell Vetorecht» kennen FR, VS und ZH. In den Kantonen AI, GE, GL, GR, JU, NE, (NW), OW, SZ, TG, TI, UR und VD gab es bislang noch keine Änderungsbestrebungen (Eine Übersicht befindet sich im Anhang).

⁵⁶ Art. 79 Abs. 3 (KV/SO, SR 131.221); Ausführungsbestimmungen in §44 des Kantonsratsgesetzes Solothurn (BGS 121.1).

Ob diese gesetzestechnische Begründung trägt, erscheint fraglich, auch wenn schlüssige Untersuchungen zu diesem Punkt, soweit ersichtlich, fehlen. Der Eindruck besteht, dass das Verordnungsveto weniger aus rechtsetzungstechnischen Gründen beansprucht wird, sondern im Wesentlichen eine Fortsetzung der politischen Auseinandersetzung auf Verordnungsstufe darstellt.⁵⁷ Es ist dementsprechend zu bezweifeln, dass mit dem Verordnungsveto eine Verbesserung der Gesetzgebung erzielt wird. Verschiedene Aspekte sprechen vielmehr gegen die Einführung dieses Instruments.

VI. KMU-Verträglichkeit, Standardkosten-Modell und Erfüllungsaufwand

Unter dem Stichwort «KMU-Verträglichkeit» sind auf Bundesebene und in den Kantonen verschiedene Vorschläge zur Verbesserung⁵⁸ der bestehenden Gesetzgebung⁵⁹ diskutiert worden. Die gemeinsame Idee ist dabei, dass kleinere und mittlere Unter-

⁵⁷ AEMISEGGER, <<https://www.nzz.ch/meinung/kommentare/verordnungsveto-verwischte-verantwortung-ld.122997>> (25.10.2017); BRECHBÜHL, Parlament 2010, 8, 8 ff.; MÜLLER, <https://www.nzz.ch/veto_gegen_verordnungen_fragwuerdig-1.2020474> (25.10.2017); UHLMANN, SGP-SSP 2010, 4, 6 ff.

⁵⁸ Auf Bundesebene: Bundesrat, Massnahmen zur Reduktion von Regulierungskosten – Umsetzungsstand und weiteres Vorgehen vom Februar 2016; SECO, KMU-Forum – Tätigkeitsbericht für die Amtsperiode 2012–2015; Bot. Bürokratie-Stopp!, BBl. 2010, 6633, 6633 ff.; Mo., 15.3445, Bürokratieabbau. Regulierungsfolgen durch eine unabhängige Stelle aufdecken; Mo., 15.3400, Vermeidung unnötiger Bürokratie durch wirkungsvolle Bedarfsanalysen und Regulierungsfolgenabschätzungen; Mo., 15.3210, Senkung der unnötigen Verwaltungskosten. Sofortige Umsetzung; Po., 15.3787, Bericht über die Regulierungskosten. Umsetzung und Verbesserungsmassnahmen. Auf kantonaler Ebene: Bericht des Regierungsrates des Kantons Basel-Stadt zur Initiative «Stopp der Vorschriftenflut! (Initiative zur Stärkung der KMU); Formuliert Gesetzentwurf zur Reduktion der Regelungsdichte und zum Abbau der administrativen Belastung von kleinen und mittleren Unternehmen (KMU); KMU-Entlastungsinitiative» vom 24. August 2004 Nr. 2004-179, <<https://www.baselland.ch/politik-und-behorden/landrat-parlament/geschafte/geschafte/2004-juli-august-166-bis-189/2004-179>> (25.10.2017).

⁵⁹ Bestimmungen zur KMU-Verträglichkeit haben bereits in folgende Erlasse Eingang gefunden: Auf Bundesebene: Art. 5 Abs. 2 lit. 1 Organisationsverordnung für das Eidgenössische Departement für Wirtschaft, Bildung und Forschung vom 14. Juni 1999 (OV-WBF; SR 172.216.1); in den Kantonen: AG: Grundlage in § 50 Abs. 2^{bis} KV/AG vom 25. Juni 1980 (SR 131.227); BL: § 121 Abs. 4 KV/BL vom 17. Mai 1984 (SR 131.222.2); BS: Gesetz über die Reduktion der Regelungsdichte und den Abbau der administrativen Belastung für die kleinen und mittleren Unternehmen (KMU) vom 5. Juni 2005 (KMU-Entlastungsgesetz; SGS 541); GR: Art. 84 Abs. 4 KV/GR vom 14. September 2003 (SR 131.226); LU: § 2 Abs. 2 Gesetz über die Wirtschaftsförderung und die Regionalpolitik vom 19. November 2001 (SRL 900); SZ: § 18 Abs. 1 KV/SZ vom 24. November 2010 (SR 131.215); ZH: Gesetz zur administrativen Entlastung der Unternehmen vom 5. Januar 2009 (EntlG; LS 930.1).

nehmen administrativ «entlastet» werden sollen.⁶⁰ Im Ausland werden ähnliche Ideen schergewichtig unter dem sogenannten «Standardkosten-Modell» diskutiert.⁶¹

Das Standardkosten-Modell ist relativ aufwändig und es lässt sich nicht ausschliessen, dass die privaten Unternehmen den administrativen Aufwand eher übertreiben. Der unbestrittene Vorteil des Standardkosten-Modells liegt darin, dass es eine relativ hohe Vergleichbarkeit einer bestimmten Folge staatlicher Regulierung erzielt. Der Preis für diese Standardisierung liegt aber gerade in dieser Beschränkung. Die Kosten sind nicht die einzig mögliche negative Begleiterscheinung staatlicher Regulierung und der Nutzen einer Regulierung wird durch das Standardkosten-Modell nicht erfasst.

Deutschland hat diesen Vorbehalten teilweise Rechnung getragen. Die deutsche Bundesregierung hat das Standardkosten-Modell 2006 eingeführt. Es wird vom Normenkontrollrat (NKR) umgesetzt. Seit 2011 sind die deutschen Ministerien in der Pflicht, zusätzlich zum Informationsaufwand den sog. *Erfüllungsaufwand* zu beziffern. Die Bundesregierung will damit die «wirtschaftliche Leistungskraft» und «soziale Verantwortung» stärken. Ziel ist es die Gesamtbelastung für die einzelnen Bezugsgruppen (Wirtschaft, Bürger und Verwaltung) messen zu können und ggf. bestehende Belastungen abzubauen.⁶²

Massgebend für die Messung ist der «Leitfaden zur Ermittlung und Darstellung des Erfüllungsaufwands in Regelungsvorhaben der Bundesregierung»⁶³. Dieser definiert den Begriff des Erfüllungsaufwands als «finanziellen und zeitlichen Be- oder Entlastungen der Normadressaten, [die] durch die geplante Regelung voraussichtlich zu erwarten sind».⁶⁴ Nicht darunter fallen «Steuern, Sozialversicherungsbeiträge und Aufwendungen gemäss Art. 104a Abs. 3 und 4 des Grundgesetzes».⁶⁵

⁶⁰ Bürokratiemonitor – 2014; MÜLLER/UHLMANN, Rz. 67 ff.; Verordnung über die Koordination der Politik des Bundes zugunsten der kleinen und mittleren Unternehmen (VKP-KMU, SR 172.091); ROSSAT-FAVRE, LeGes 2017, 211, 216 f.

⁶¹ FRICK/BRINKMANN/ERNST, ZG 2006, 28, 32 ff.; GRÖHE/NAUNDORF, ZG 2009, 367, 367 ff.; JANN/JANTZ, ZG 2008, 51, 55 f.; KROLL, ZG 2009, 259, 259 ff. Das britische Modell, bekannt unter dem Namen «Better Regulation», dient vielen Staaten und der EU als Vorbild, vgl. zur Situation in der EU PÉRALDI LENEUF, LeGes 2017, 255, 259 ff.

⁶² Kabinettsbeschluss vom 27. Januar 2010, Eckpunkte zum Bürokratieabbau und zur besseren Rechtsetzung, 2; vgl. auch Interview mit Eckhart von Klaeden, Bürokratieabbau und bessere Rechtsetzung sind eigenständige Politikziele, <<https://www.bundesregierung.de/Content/Archiv/DE/Archiv17/Interview/2010/03/2010-03-16-von-klaeden-klocke.html>> (25.10.2017); siehe dazu auch RÜEFLI, LeGes 2017, 265, 272.

⁶³ Leitfaden zur Ermittlung und Darstellung des Erfüllungsaufwands in Regelungsvorhaben der Bundesregierung.

⁶⁴ Leitfaden zur Ermittlung und Darstellung des Erfüllungsaufwands in Regelungsvorhaben der Bundesregierung, 6; siehe dazu auch § 2 des Gesetzes zur Einsetzung eines Nationalen Normenkontrollrates (NKRK) vom 14. August 2006 (BGBl. I, 1866), das durch Artikel 1 des Gesetzes vom 16. März 2011 (BGBl. I, 420) geändert worden ist. Der deutsche NKR hat zusammen mit

Die Berechnung des Erfüllungsaufwands nimmt das betroffene Ressort selbst vor. Sie erfolgt in drei Schritten:

1. Identifikation aller Vorgaben, die zur Änderung des Erfüllungsaufwands führen: Vorgaben sind Einzelregelungen, die bei den Normadressaten unmittelbar zur Änderung von Kosten und/oder Zeitaufwand führen. Sie veranlassen die Normadressaten bestimmte Ziele oder Anordnungen zu erfüllen oder auch bestimmte Handlungen zu unterlassen. Dazu zählen Verpflichtungen zur Kooperation mit Dritten aber auch Überwachung und Kontrolle von Zuständen, Handlungen, numerischen Werten oder Verhaltensweisen. Informationspflichten sind dabei Teilmenge der Vorgaben.⁶⁶
2. Ermitteln der Änderung des Erfüllungsaufwands: Die zu erwartenden Änderungen des Erfüllungsaufwands einer Norm bzw. des Regelungsvorhabens sind gesondert für Bürgerinnen und Bürger, die Wirtschaft und die Verwaltung zu ermitteln (Ermittlung der Fallzahlen [jährliche Häufigkeit], Änderungen des Aufwands pro Fall [Zeit-/Sachaufwand]). Das verantwortliche Ressort bestimmt selbst, welche Quelle es für die Ermittlung der Änderung des Erfüllungsaufwands heranzieht. Neben selbständiger Datenerhebung kann das Ressort das Statistische Bundesamt (StBA) um Unterstützung bitten oder die Daten im Rahmen der Länder- und Verbändebeziehung erheben. Zudem können externe Sachverständige herangezogen werden.⁶⁷
3. Darstellung des Gesamtergebnisses: Berechnung der Änderung des Erfüllungsaufwands für jeden potenziellen Adressaten (Bürgerinnen und Bürger, Wirtschaft und Verwaltung).⁶⁸

Anschliessend überprüft der NKR im Rahmen seines gesetzlichen Auftrags insbesondere folgende Aspekte:

der OECD auch einen internationalen Leitfaden zur Berechnung der weiteren Kosten (über Bürokratiekosten hinaus), die sich aus der Gesetzgebung ergeben, erarbeitet: <https://www.normenkontrollrat.bund.de/Webs/NKR/Content/EN/Publikationen/oecd_regulatory_compliance_cost_guidance.pdf?__blob=publicationFile&v=1> (25.10.2017). Seit 2012 publiziert der NKR ausgewählte Stellungnahmen, die neben den Informationskosten den sog. «Erfüllungsaufwand» bezeichnen: <https://www.normenkontrollrat.bund.de/Webs/NKR/DE/Stellungnahmen/stellungnahme_node.html> (25.10.2017).

⁶⁵ Leitfaden zur Ermittlung und Darstellung des Erfüllungsaufwands in Regelungsvorhaben der Bundesregierung, 12.

⁶⁶ Leitfaden zur Ermittlung und Darstellung des Erfüllungsaufwands in Regelungsvorhaben der Bundesregierung, 8.

⁶⁷ Leitfaden zur Ermittlung und Darstellung des Erfüllungsaufwands in Regelungsvorhaben der Bundesregierung, 5.

⁶⁸ Leitfaden zur Ermittlung und Darstellung des Erfüllungsaufwands in Regelungsvorhaben der Bundesregierung, 34 f.

- «Ist der erwartete Erfüllungsaufwand, der den Bürgerinnen und Bürgern, der Wirtschaft sowie der Verwaltung aus der Befolgung von Vorgaben entsteht, quantifiziert und in nachvollziehbarer Weise dargestellt?
- Wurden Alternativen geprüft? Wenn ja, welche?
- Wird mit Blick auf das beabsichtigte Regelungsziel die am wenigsten belastende Option gewählt? Wenn nein, warum nicht?»

Teilweise noch weiter geht die Berechnung des Erfüllungsaufwandes in Grossbritannien. Das «Regulatory Policy Committee» (RPC) überprüft und veröffentlicht die Ergebnisse der von den Ministerien ausgearbeiteten Impact Assessments (IA).⁶⁹ IA werden auch hier in der Regel vor dem zu erlassenden Gesetz durchgeführt. Ergänzt werden IA durch die «one in – one out»-Regel.⁷⁰ Ziel dieser Regel ist es, die entstandenen Kosten einer neuen Regelung durch den Wegfall einer bestehenden Regelung zu kompensieren. Diese Regel ist jedoch keineswegs als mechanisch und starr zu verstehen.⁷¹ Eine Kosten-Nutzenanalyse im Rahmen des IA soll letztendlich dem Parlament aufschlussreiche Informationen über die entstehenden Gesamtkosten für die Wirtschaft liefern. Im Unterschied zu Deutschland hat jedes Departement eigene ergänzende «guidances»⁷² wie ein IA durchgeführt werden soll. Aber auch hier ist das zuständige Department für die Erhebung der Daten und die Durchführung des IA verantwortlich. Ähnlich wie der Normenkontrollrecht ist das RPC ist für die Qualitätskontrolle zuständig.

Das IA verfolgt einen ähnlichen Ansatz wie in Deutschland. Im IA werden jedoch zusätzlich sog. «other key non-monetised benefits by main affected groups» berücksichtigt, also nicht monetäre Faktoren zugunsten der Betroffenen. Beispielsweise wurde im Rahmen eines Impact Assessments die Frage beantwortet, was für einen immateriellen Nutzen für Kinder aus einem auf 18 Jahre festgelegte Mindestalter für den Verkauf von «Nicotine Inhaling Products» bzw. E-Zigaretten ergeht.⁷³ Genannt wurden insbesondere medizinische Gründe (ein nicht abgeschlossene Entwicklung des Hirnes), oder dass E-Zigaretten als Einstiegsdroge für den Konsum von Tabakzigaretten dienen. Diese Erhebungsmethode erfolgte im konkreten Fall durch den Verweis auf medizinische Studien.

⁶⁹ OECD Better regulation in Europe – UNITED KINGDOM, 2010, 77 ff.; vgl. auch RÜEFLI, Le-Ges 2017, 265, 273.

⁷⁰ Vgl. HM Government, One-In, One-Out (OIOO) Methodology, 3; siehe dazu oben II.

⁷¹ Vergleiche hierzu auch die Rede von Hans-Ueli Vogt zu seiner parlamentarischen Initiative parlamentarischen Initiative, (vgl. Pa. Iv., 16.435; Amtl. Bull. NR 2017, 1003).

⁷² Beispielsweise: Department of Health, <<https://www.gov.uk/government/publications/health-impact-assessment-of-government-policy>> (25.10.2017); Office of Gas and Electricity Markets (Ofgem), <<https://www.ofgem.gov.uk/publications-and-updates/impact-assessment-guidance>> (25.10.2017); Department for Business, Energy & Industrial Strategy, <<https://www.gov.uk/government/publications/impact-evaluation-guidance-for-business>> (25.10.2017).

⁷³ The Nicotine Inhaling Products (Age of Sale and Proxy Purchasing) Regulations 2015.

Auch die Schweiz führt unter dem Begriff des Standardkosten-Modells seit 1999 sog. KMU-Verträglichkeitstests durch. Diese berücksichtigten zunächst, wie in Deutschland, reine Informationskosten, nicht aber den Erfüllungsaufwand (bzw. nach Schweizer Terminologie den *Umsetzungsaufwand*).⁷⁴ Auf dieser Basis entwickelte das Staatssekretariat für Wirtschaft SECO eine methodische Weiterentwicklung und veröffentlichte im Dezember 2011 dazu das Handbuch «Regulierungs-Checkup».⁷⁵ Dabei erfolgt eine separate Berechnung der Kosten für jeden Normadressat, nämlich nicht nur für Verwaltung, Wirtschaft sowie Bürgerinnen und Bürger gesehen sondern auch für Regionen, Organisationen und das Ausland.

Zuständig für die Regulierungsfolgenabschätzung sind die betroffenen Departemente. Das SECO unterstützt dabei die Bundesämter.⁷⁶ Die Durchführung kann aber auch mithilfe verwaltungsexterner Aufträge erfolgen. Die Messmethoden für die Ermittlung des Umsetzungsaufwands sind je nach Themengebiet unterschiedlich. Hauptinstrument ist nach wie vor die Unternehmensbefragung, gefolgt von statistischen Erhebungen.⁷⁷

Zusammenfassend lässt sich festhalten, dass auch im Bund eine Entwicklung vom administrativen Aufwand hin zum Erfüllungs- bzw. Umsetzungsaufwand festzustellen ist und damit Regulierungskosten zunehmend in einem weiten Sinne verstanden werden: «Sobald mehr als 10'000 Unternehmen von einem Regulierungsprojekt betroffen sind und eine Zunahme ihrer administrativen Belastung möglich ist, muss im Rahmen der RFA eine quantitative Schätzung der Regulierungskosten durchgeführt werden. In solchen Fällen muss zudem auch eine qualitative Beurteilung mittels KMU-Verträglichkeitstest (kurz KMU-Test) erfolgen. Die Regulierungskosten enthalten insbesondere die direkten Kosten, welche sich für Unternehmen aufgrund von staatlichen Handlungspflichten (Geboten) ergeben».⁷⁸

Die vorstehenden Mechanismen der Schweiz erscheinen (noch) weniger einflussreich als die Bemühungen in Deutschland oder Grossbritannien. Das mag einerseits mit der Tatsache zusammenhängen, dass die betroffenen Unternehmen über das Ver-

⁷⁴ Bericht des Bundesrates, Administrative Entlastung, Bessere Regulierung – weniger Aufwand für Unternehmen Bilanz 2012–2015 und Perspektiven 2016–2019, 17.

⁷⁵ Regulierungs-Checkup, Handbuch zur Schätzung der Kosten von Regulierungen sowie zur Identifizierung von Potenzialen für die Vereinfachung und Kostenreduktion, <https://www.seco.admin.ch/seco/de/home/Publikationen_Dienstleistungen/Publikationen_und_Formulare/Regulierung/Regulierungskosten/handbuch--regulierungs-checkup-.html> (25.10.2017).

⁷⁶ Handbuch über die Regulierungsfolgenabschätzung, Eidgenössisches Departement für Wirtschaft, Bildung und Forschung, 3, <<https://www.seco.admin.ch/rfa>> (25.10.2017).

⁷⁷ Regulierungsfolgenabschätzung zum neuen Lebensmittelrecht, Schlussbericht, 55.

⁷⁸ Handbuch über die Regulierungsfolgenabschätzung, Eidgenössisches Departement für Wirtschaft, Bildung und Forschung, <<https://www.seco.admin.ch/rfa>> (25.10.2017). Siehe beispielsweise, RFA DSG, Regulierungsfolgenabschätzung (RFA) zur Revision des eidg. Datenschutzgesetzes (DSG), 28; Regulierungsfolgenabschätzung zum neuen Lebensmittelrecht, Schlussbericht, 55.

nehmlassungsverfahren und die Einflussnahme in Abstimmungen schon heute vergleichsweise aktiv am politischen Prozess partizipieren, was einen «Schutz» durch das Standardkosten-Modell weniger entscheidend erscheinen lassen könnte. Zudem dürfte das SECO nicht die gleiche institutionelle Verankerung – sowie mutmasslich auch nicht die gleichen Ressourcen – geniessen wie der Normenkontrollrat oder das RPC. Dies könnte sich mit Blick auf die jüngste Diskussion um bessere Evaluationen indessen ändern. Ebenso ist zu berücksichtigen, dass die jüngsten politischen Vorstösse für eine verstärkte Prüfung der Regulierungsfolgekosten angenommen wurden.⁷⁹

VII. (Bessere) Evaluation

Unlängst ist in der Diskussion auch die Frage aufgetaucht, ob die Evaluationstätigkeit im Zusammenhang mit dem Erlass von Botschaften genügend ist. Die Finanzkontrolle des Bundes hat anhand 50 ausgewerteter Botschaften des Bundesrats untersucht, wie die Gesetzesfolgen bei Gesetzesentwürfen besser abgeschätzt werden können und im Wesentlichen drei Empfehlungen abgegeben:

- Beauftragung der Bundeskanzlei mit einer Qualitätskontrolle für die Prognosen bei Gesetzesentwürfen;
- Frühzeitige Identifizierung jener Gesetzentwürfe, bei denen eine *vertiefte* Folgenabschätzung voraussichtlich nötig ist;
- Erweiterung der den Ämtern zur Verfügung stehenden Instrumente (Schaffung von Arbeitsgruppen, mehr Transparenz über die Analysemethode, bessere Schulung des betroffenen Personals).⁸⁰

Die Wirksamkeit staatlicher Gesetzgebung ist ein wesentlicher Qualitätsaspekt. Die Schweiz hat im Gegensatz zum Ausland davon abgesehen, sämtliche Folgen und Nebenwirkungen staatlicher Regulierung einem einheitlichen Evaluationsprozess zu unterstellen, sowie dies etwa im Ausland unter dem Begriff «*Regulatory Impact Assessment*» diskutiert wird.⁸¹

⁷⁹ Mo., 15.3445, Bürokratieabbau. Regulierungsfolgen durch eine unabhängige Stelle aufdecken; Mo., 15.3400, Vermeidung unnötiger Bürokratie durch wirkungsvolle Bedarfsanalysen und Regulierungsfolgenabschätzungen; Mo., 15.3819, Abbau und Vermeidung unnötiger Bürokratie durch wirkungsvolle Massnahmen.

⁸⁰ Prognosen in den Botschaften des Bundesrates, Evaluation der prospektiven Folgenabschätzung von Gesetzesentwürfen, Bericht der Eidgenössischen Finanzkontrolle (EFK) vom 24. Oktober 2016, 75 ff.

⁸¹ Vgl. die Webseiten der OECD, <<http://www.oecd.org/gov/regulatory-policy/ria.htm>> (25.10.2017); EU: Guidelines on Impact Assessment, <http://ec.europa.eu/smart-regulation/guidelines/ug_chap3_en.htm> (25.10.2017); GB: Regulatory impact assessments: guidance for government

Der schweizerische Ansatz erscheint insofern richtig, dass sorgfältige Evaluationen einen grossen Aufwand verursachen und die Beschränkung auf wichtige Fragestellungen offensichtlich notwendig ist – wer flächendeckend und mit viel zu knappen Fristen «evaluiert», wird dem Anliegen wirksamer Gesetzgebung keinen guten Dienst erweisen. Naheliegend erscheint, dass gerade Juristinnen und Juristen der Wirksamkeit von Gesetzen oft zu wenig Beachtung schenken, weil sie sich der Illusion hingeben, dass die Rechtsordnung die Wirklichkeit abbilde. Eine Sensibilisierung für die Wirksamkeit staatlicher Massnahmen ist dementsprechend wünschenswert. Zu überlegen ist auch, ob die Prüfung der Wirksamkeit von Gesetzen, die derzeit in der Regel bei der federführenden Behörde liegt, einem unabhängigen Organ zu übertragen wäre. Sorgfältig entwickelt besteht bei diesem Instrument durchaus Potential für punktuelle Verbesserungen der Gesetzgebung.

VIII. Fazit

Die Rezepte für gute Gesetzgebung sind so vielfältig wie die Kritik am schlechten Gesetz. Für die Schweiz lässt sich durchaus eine gewisse Intensivierung der Diskussion feststellen. Viele dieser Vorstösse werden keine Mehrheiten finden – auch wenn ihre (englischen) Titel durchaus attraktiv klingen. Durchaus denkbar ist aber, dass die Abklärung des Erfüllungsaufwandes für die Betroffenen mehr Beachtung finden wird. Darauf deuten sowohl ausländische Modelle wie die Kritik der Eidgenössischen Finanzkontrolle. Diese Ansätze sind bedenkenswert, sollten aber massvoll und auf die schweizerischen Eigenheiten bedacht in den Gesetzgebungsprozess eingebaut werden. Auch das Denken in Experimenten ist meines Erachtens ein Ansatz, der gut eingesetzt erfolgsversprechend erscheint. Radikale Experimente (durchgehende Befristungen oder quantitative Begrenzungen der Gesetzgebung, Grundrechtsansprüche auf gute Gesetzgebung etc.) braucht die Schweiz dagegen nicht.

departments, <<https://www.gov.uk/government/collections/impact-assessments-guidance-for-government-departments>> (25.10.2017).

Anhang

Verordnungsveto in den Kantonen, eine Übersicht

<p>AG</p>	<p>Geltendes Recht Kennt kein Vetorecht.</p> <p>Diskussionen / Vorstösse Medienmitteilung zur Revision des Geschäftsverkehrsgesetzes.⁸²</p>
<p>AI</p>	<p>Geltendes Recht Kennt kein Vetorecht.</p> <p>Diskussionen / Vorstösse Keine Diskussionen oder Vorstösse bekannt.</p>
<p>AR</p>	<p>Geltendes Recht Kennt kein Vetorecht.</p> <p>Diskussionen / Vorstösse Ein Verordnungsveto wurde von Willi Rohner während der 2. Lesung der Staatsleitungsreform im Kantonsrat angesprochen (Kantonsverfassung, Teilrevision [Reform der Staatsleitung]; 2. Lesung vom 24. Februar 2014).⁸³</p>
<p>BE</p>	<p>Geltendes Recht Kein Verordnungsveto, jedoch Information und Konsultation beim Erlass von Verordnungen:</p> <p><i>Art. 41 GRG:</i> ¹<i>Der Regierungsrat informiert den Grossen Rat über die Vorbereitung von Verordnungen und Verordnungsänderungen.</i> ²<i>Kommissionen können verlangen, dass ihnen der Entwurf zu einer Verordnung oder einer Verordnungsänderung des Regierungsrats zur Konsultation unterbreitet wird</i></p> <p>Diskussionen / Vorstösse Angesprochen im Antrag der Kommission Parlamentsrechtsrevision für die erste Lesung zum Gesetz über den Grossen Rat.⁸⁴</p>

⁸² Medienmitteilung zur Revision des Geschäftsverkehrsgesetzes, <https://www.ag.ch/de/weiteres/aktuelles/medienportal/medienmitteilung/medienmitteilungen/mediendetails_28784.jsp> (25.10.2017).

⁸³ Kantonsverfassung, Teilrevision (Reform der Staatsleitung); 2. Lesung vom 24. Februar 2014, <<https://www.ar.ch/api/cdws/Files/063dbf692e68477589041c2c1f9dcfc4-332/5/PDF>> (25.10.2017).

⁸⁴ Antrag der Kommission Parlamentsrechtsrevision für die erste Lesung zum Gesetz über den Grosse Rat, <http://www.gr.be.ch/gr/de/index/hintergrund/hintergrund/parlamentsrechtsrevision.assetref/dam/documents/GR/Parlamentsdienste/de/parlamentsrechtsrevision/ParlRev_Antrag_Kommission_erste_Lesung.pdf> (25.10.2017).

BL	<p>Geltendes Recht Kennt kein Vetorecht.</p> <p>Diskussionen / Vorstösse Motion von Patrick Schäfli, Landrat FDP: Einführung eines «parlamentarischen Verordnungs-Referendums» für den Landrat des Kantons Basel-Landschaft.⁸⁵</p>
BS	<p>Geltendes Recht Kennt kein Vetorecht.</p> <p>Diskussionen / Vorstösse Stellungnahme des Regierungsrats zur Motion Lorenz Nägelin und Konsorten betreffend Einführung eines Verordnungsvetos vom 19.01.2011.⁸⁶</p>
FR	<p>Geltendes Recht Punktueller Verordnungsveto im Rahmen der Gesetzesdelegation (Art. 177–181 des Grossratsgesetzes):</p> <p><i>Art. 177 des Grossratsgesetzes</i> ¹Delegiert der Grosse Rat in einem Erlass Gesetzgebungskompetenzen und will deren Anwendung kontrollieren, so fügt er eine Vetoklausel ein. ²Ausführungsbestimmungen, die vom Staatsrat gemäss seinen verfassungsmässigen Zuständigkeiten erlassen werden, unterstehen nicht dem Veto. ³Die Klausel wird in der Bestimmung, mit der die Delegation erteilt wird, oder in einer Schlussbestimmung des Erlasses eingefügt. In diesem Fall erwähnt sie ausdrücklich, bei welchen Gesetzgebungskompetenzen die Ausführung dem Veto untersteht.</p> <p>Diskussionen / Vorstösse Keine Diskussionen oder Vorstösse bekannt.</p>
GE	<p>Geltendes Recht Kennt kein Vetorecht.</p> <p>Diskussionen / Vorstösse Keine Diskussionen oder Vorstösse bekannt.</p>
GL	<p>Geltendes Recht Kennt kein Vetorecht.</p> <p>Diskussionen / Vorstösse Der Kanton revidiert aktuell die Landratsverordnung und damit auch die parlamentarischen Handlungsinstrumente. Ein Vetorecht ist bislang jedoch nicht diskutiert worden.</p>

⁸⁵ Motion von Patrick Schäfli, Landrat FDP: Einführung eines «parlamentarischen Verordnungs-Referendums» für den Landrat des Kantons Basel-Landschaft, <<https://www.baselland.ch/politik-und-behorden/landrat-parlament/geschafte/geschäftsliste/2011-mai-juni-124-bis-214/motion/2011-153.pdf>> (25.10.2017).

⁸⁶ Stellungnahme des Regierungsrats zur Motion Lorenz Nägelin und Konsorten betreffend Einführung eines Verordnungsvetos vom 19.01.2011, <<http://www.grosserrat.bs.ch/dokumente/100371/000000371275.pdf>> (25.10.2017).

GR	<p>Geltendes Recht Kennt kein Vetorecht.</p> <p>Diskussionen / Vorstösse Keine Diskussionen oder Vorstösse bekannt.</p>
JU	<p>Geltendes Recht Kennt kein Vetorecht.</p> <p>Diskussionen / Vorstösse Keine Diskussionen oder Vorstösse bekannt.</p>
LU	<p>Geltendes Recht Kennt kein Vetorecht.</p> <p>Diskussionen / Vorstösse Motion M34 über Demokratie stärken – Parlamentsrechte ausbauen durch parlamentarischen Verordnungsveto, eröffnet am 14.09.2015.⁸⁷</p>
NE	<p>Geltendes Recht Kennt kein Vetorecht.</p> <p>Diskussionen / Vorstösse Keine Diskussionen oder Vorstösse bekannt.</p>
NW	<p>Geltendes Recht Kennt kein Vetorecht.</p> <p>Diskussionen / Vorstösse Punktueller Veto in Art. 9 des Entwurfs zum Gebührengesetz (E-NG 265.5) vorgesehen (wurde abgelehnt): <i>Art. 9 E-Gebührengesetz</i> <i>Alle Gebühren sind in einem Gebührenkatalog zu erfassen, der jeweils zu Beginn einer Legislatur dem Landrat zur Überprüfung und Genehmigung vorzulegen ist. Die Höhe von Gebühren, deren Gesamtertrag über den Aufwendungen des Gemeinwesens angesetzt wird, werden je einzeln überprüft und genehmigt. Es werden genehmigte Gebühren erhoben.</i>⁸⁸</p>

⁸⁷ Motion M34 über Demokratie stärken – Parlamentsrechte ausbauen durch parlamentarischen Verordnungsveto, eröffnet am 14.09.2015, <www.lu.ch/download/gr-geschaeft/2015%20bis%202019/M_034.pdf> (25.10.2017).

⁸⁸ Punktueller Veto in Art. 9 des Entwurfs zum Gebührengesetz (E-NG 265.5), <http://www.nw.ch/dl.php/de/ax-5836fbf2ba4ea/2_RRB_887_Motion_Duss_Gebuehrenkatalog_Antrag_auf_Ablehnung.pdf> (25.10.2017).

OW	<p>Geltendes Recht Kennt kein Vetorecht.</p> <p>Diskussionen / Vorstösse Keine Diskussionen oder Vorstösse bekannt.</p>
SG	<p>Geltendes Recht Kennt kein Vetorecht.</p> <p>Diskussionen / Vorstösse KR Motion 42.09.12, Session des Kantonsrates vom 30.11.2009.⁸⁹</p>
SH	<p>Geltendes Recht Kennt kein Vetorecht.</p> <p>Diskussionen / Vorstösse Motion Altorfer «Schlankere Gesetze verlangen Verordnungsveto» vom 27.08.2012.⁹⁰</p>
SO	<p>Geltendes Recht Kennt als einziger Kanton ein <i>allgemeines</i> Vetorecht</p> <p>§ 44 des Kantonsratsgesetzes</p> <p>¹Hat der Regierungsrat eine Verordnung oder Verordnungsänderung beschlossen, stellt er den Text den Ratsmitgliedern zu.</p> <p>²Innert 60 Tagen seit dem Versand kann jedes Ratsmitglied gegen die Verordnung oder Verordnungsänderung schriftlich Einspruch erheben. Der Einspruch ist nach Möglichkeit kurz zu begründen.</p> <p>³Erheben mindestens 17 Ratsmitglieder Einspruch, entscheidet der Rat über die Bestätigung des Einspruchs in der Regel in der nächsten Session.</p> <p>⁴Die Absätze 1–3 gelten sinngemäss auch für Verordnungen und Geschäftsreglemente der Gerichte.</p> <p>Diskussionen / Vorstösse Seit der Einführung des Vetorechts sind keine weiteren Diskussionen oder Vorstösse bekannt.</p>
SZ	<p>Geltendes Recht Kennt kein Vetorecht.</p> <p>Diskussionen / Vorstösse Keine Diskussionen oder Vorstösse bekannt.</p>

⁸⁹ KR Motion 42.09.12, Session des Kantonsrates vom 30.11.2009, <[https://www.ratsinfo.sg.ch/home/mitglieder/mitglieder-nach-alphabet.wortmeldung.html?wortmeldungid=9C6CD27A-DE82-4563-90CF-3D2906F64B71&geschaefid=1C91EF0C-009E-44C0-AE5B-7D1C2F8BB526&ziel=1](https://www.ratsinfo.sg.ch/home/mitglieder/mitglieder-nach-alphabet.wortmeldung.html?wortmeldungid=9C6CD27A-D E82-4563-90CF-3D2906F64B71&geschaefid=1C91EF0C-009E-44C0-AE5B-7D1C2F8BB526&ziel=1)> (25.10.2017).

⁹⁰ Motion Altorfer «Schlankere Gesetze verlangen Verordnungsveto» vom 27.08.2012, <http://www.sh.ch/fileadmin/Redaktoren/Dokumente_nicht_im_Formularpool/Parlament/Motionen/2012/Mot_2012-04.pdf> (25.10.2017).

TG	<p>Geltendes Recht Kennt kein Vetorecht.</p> <p>Diskussionen / Vorstösse Keine Diskussionen oder Vorstösse bekannt.</p>
TI	<p>Geltendes Recht Kennt kein Vetorecht.</p> <p>Diskussionen / Vorstösse Keine Diskussionen oder Vorstösse bekannt.</p>
UR	<p>Geltendes Recht Kennt kein Vetorecht.</p> <p>Diskussionen / Vorstösse In den letzten 25 Jahren kein Geschäft zu einem «Vetorecht» ergangen.</p>
VD	<p>Geltendes Recht Kennt kein Vetorecht.</p> <p>Diskussionen / Vorstösse Keine Diskussionen oder Vorstösse bekannt.</p>
VS	<p>Geltendes Recht Punktuelles Verordnungsveto im Rahmen der Gesetzesdelegation: <i>Art. 89 des Gesetzes über die Organisation der Räte und die Beziehungen zwischen den Gewalten</i> ¹<i>Die Rechtsnormen, die der Staatsrat gestützt auf eine Zuständigkeitsdelegation erlässt, haben die Form der Verordnung.</i> ²<i>Der die Delegation enthaltende gesetzgeberische Erlass gibt an, ob die Verordnung der Genehmigung durch den Grossen Rat unterliegt.</i></p> <p>Diskussionen / Vorstösse Keine Diskussionen oder Vorstösse bekannt.</p>
ZG	<p>Geltendes Recht Kennt kein Vetorecht.</p> <p>Diskussionen / Vorstösse Motion von Andreas Hausheer und Rudolf Balsiger betreffend Einführung eines parlamentarischen Verordnungsvetos (Vorlage Nr. 1929.1 – 13389).⁹¹</p>

⁹¹ Motion von Andreas Hausheer und Rudolf Balsiger betreffend Einführung eines parlamentarischen Verordnungsvetos, <https://kr-geschaefte.zug.ch/dokumente/654/13788_1929_2_Verordnungsveto.pdf> (25.10.2017).

ZH	<p>Geltendes Recht Punktueller Vetorecht beim Entwicklungs- und Finanzplan (KEF)</p> <p><i>§ 33a des Kantonsratsgesetzes</i> ¹Die Mitglieder des Kantonsrates können Erklärungen zum KEF bis zum letzten Montag des Monats Oktober einreichen. ²Der Kantonsrat beschliesst über die Erklärungen im Rahmen der Budgetberatung. ³Mit dem Beschluss über eine Erklärung verlangt der Kantonsrat vom Regierungsrat die Änderung des KEF</p> <p>Diskussionen / Vorstösse Motion Franco Albanese, Winterthur, Martin Romer, Dietikon, und Marcel Lenggenhager, Gossau, betreffend Einführung eines parlamentarischen Verordnungsvetos, Stellungnahme vom 20.04.2017 (RBR 357; KR-Nr. 27/2017).⁹²</p>
-----------	---

Literaturverzeichnis

- AEMISEGGER HEINZ, Verwischte Verantwortung, NZZ vom 20. Oktober 2017, <<https://www.nzz.ch/meinung/kommentare/verordnungs veto-verwischte-verantwortung-ld.122997>>
- BERTLIN ALISON, What works best for the reader? A study on drafting and presenting legislation, *The Loophole* 2/2014, 25
- BRECHBÜHL BEAT, Mut zur Regulierungslücke, NZZ vom 25. Februar 2017, <<https://www.nzz.ch/meinung/regulations-malaise-mut-zur-regulierungsluecke-ld.147671>>
- BRECHBÜHL FRITZ, Verordnungs veto des Solothurner Kantonsrates, *Parlament* 2/2010, 8
- BÜCHI JACQUELINE, Für jedes neue Gesetz ein altes löschen, 20 Minuten vom 6. Juni 2016, <www.20min.ch/schweiz/news/story/26592947>
- BUOMBERGER PETER, Auswege aus dem Regulierungsdickicht, <<https://www.avenir-suisse.ch/files/2001/01/Auswege-aus-dem-Regulierungsdickicht.pdf>>
- BRUNNER ANDREAS, Technische Normen in Rechtsetzung und Rechtsanwendung, Basel/Frankfurt a.M. 1991
- CLEMENS THOMAS, Die Verweisung von einer Rechtsnorm auf andere Vorschriften, *AöR* 1986, 63
- EHRENZELLER BERNHARD/SCHINDLER BENJAMIN/SCHWEIZER RAINER J./VALLENDER KLAUS A. (Hrsg.), *St. Galler Kommentar zur Schweizerischen Bundesverfassung*, 3. Aufl., Zürich/St. Gallen 2014
- FLEINER FRITZ, *Institutionen des Deutschen Verwaltungsrechts*, 3. Aufl., Tübingen 1913
- FRICK FRANK/BRINKMANN HENRIK/ERNST TOBIAS, Das Standard-Kosten-Modell, Ein neuer Ansatz für effektiven Bürokratieabbau, *ZG* 2006, 28

⁹² Motion Franco Albanese, Winterthur, Martin Romer, Dietikon, und Marcel Lenggenhager, Gossau, betreffend Einführung eines parlamentarischen Verordnungsvetos, Stellungnahme vom 20.04.2017 (RBR 357; KR-Nr. 27/2017), <https://www.zh.ch/bin/ktzh/rrb/beschluss.pdf?rrbNr=357&name=RRB-2017-357&year=2017&_charset_=UTF-8> (25.10.2017).

- GRAUER DIETER, Die Verweisung im Bundesrecht, insbesondere auf technische Verbandsnormen. Untersuchung über eine verbreitete Figur der Gesetzestechnik, Basel/Zürich 1980
- GRIFFEL ALAIN, Qualität der Gesetzgebung im Sinkflug, NZZ vom 8. Februar 2013, <<https://www.nzz.ch/schweiz/qualitaet-der-gesetzgebung-im-sinkflug-1.17988595>>
- GRÖHE HERMANN/NAUNDORF STEPHAN, Bürokratieabbau und bessere Rechtsetzung. Eckpunkte, Erfahrungen und Perspektiven, ZG 2009, 367
- GROSS ANDREAS, Kommunikation als Seele der direkten Demokratie, in: LÖTSCHER ANDREAS/NUSSBAUMER MARKUS (Hrsg.), Denken wie ein Philosoph und schreiben wie ein Bauer, Sprache, mit der ein Staat zu machen ist, Zürich/Basel/Genf 2007, 99
- GUCKELBERGER ANNETTE, Die Gesetzgebungstechnik der Verweisung unter besonderer Berücksichtigung ihrer verfassungs- und gemeinschaftsrechtlichen Probleme, ZG 2004, 62
- HÄFLIGER MARKUS, Der Monster-Paragraf, NZZ vom 20. März 2015, <<https://www.nzz.ch/schweiz/der-monster-paragraf-1.18506623>>
- HOLL ANNETTA, Kann «one-in, one-out» die Regulierung bremsen?, Die Volkswirtschaft 2015, 21
- JANN WERNER/JANTZ BASTIAN, Bürokratiekostenmessung in Deutschland, ZG 2008, 44
- KÖRBER SANDRO, Experimentelle Rechtsetzung im Bundesrecht: ein Überblick, <<https://www.bj.admin.ch/dam/data/bj/staat/evaluation/materialien/experimentelle-rechtsetzung-d.pdf>>
- KROLL ALEXANDER, «Bürokratieabbauer» im Aufwind, ZG 2009, 259
- LINDER WOLF, Inflation législative?, Le développement quantitatif de la législation fédérale, LeGes 2017, 199
- LINDER WOLF/HÜMBELIN OLIVER/SUTTER MICHAEL, Die Entwicklung der eidgenössischen Gesetzgebungstätigkeit 1983–2007: eine quantitative Analyse, Bern 2009
- LÜCHINGER SIMON/SHELKER MARK, Regulation in Swiss Cantons: Data for One Century, CESifo Working Paper Nr. 5663/2016, <<https://ssrn.com/abstract=2719532>>
- LÜCHINGER SIMON/SHELKER MARK, Kantone regulieren unterschiedlich, Die Volkswirtschaft 10/2015, 29
- LÜCHINGER SIMON/ROTH MARIUS/SHELKER MARK/UHLMANN FELIX, Qualitätsmessung der Rechtsetzung im Kanton Graubünden, (Empirische Grundlagen, Phase I), Luzern/Freiburg/Zürich 2015, <<https://www.rwi.uzh.ch/de/oe/ZfR/forschung/projekte/p02.html>>
- LÜTHI RUTH, Diskussionen über die Einführung eines Verordnungsvetos auf Bundesebene, Parlament 2/2010, 19
- MASTRONARDI PHILIPPE, Gesetzgebungsstrategie bei Unsicherheit: Umgang mit unbestimmten Zielen und Wirkungen, LeGes 1998, 69
- MÜLBERT PETER, Finanzmarktregulierung – Welche Regelungen empfehlen sich für den deutschen und europäischen Finanzsektor?, JZ 2010, 834
- MÜLLER GEORG, Veto gegen Verordnungen fragwürdig, NZZ vom 17. Februar 2009, <https://www.nzz.ch/veto_gegen_verordnungen_fragwuendig-1.2020474>
- MÜLLER GEORG, Elemente einer Rechtssetzungslehre, 1. Aufl., Zürich/Basel/Genf 1999
- MÜLLER GEORG, Rechtskenntnis und Gesetzessprache, in: MÜLLER GEORG/RHINOW RENÉ A./SCHMID GERHARD/WILDHABER LUZIUS (Hrsg.), Staatsorganisation und Staatsfunktionen im Wandel, Festschrift für Kurt Eichenberger zum 60. Geburtstag, Basel/Frankfurt a.M. 1982, 549
- MÜLLER GEORG/UHLMANN FELIX, Elemente einer Rechtssetzungslehre, 3. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2013

- PÉRALDI LENEUF FABIENNE, Remarques sur la simplification du droit dans l'UE: le programme pour une réglementation affûtée et performante, *LeGes* 2017, 255
- RIEDO CHRISTOF/MAEDER STEFAN, I. Staat und Gesetzgebung / Etat et législation – Das Schuldprinzip in Zeiten der Überregulation, in: BELSER EVA MARIA/WALDMANN BERNHARD (Hrsg.), *Mehr oder weniger Staat?*, Festschrift für Peter Hänni zum 65. Geburtstag, Bern 2015, 83
- CHRISTIAN RÜEFLI, Regulierungsprüfstellen – ausländische Beispiele und Erfahrungen, *LeGes* 2017, 265
- ROSSAT-FAVRE, La simplification législative: expériences fédérales et cantonales, *LeGes* 2017, 211
- SCHOTT MARKUS, «Bürokratie-Stopp!» – Bemerkungen zur eidgenössischen Volksinitiative aus staats- und verwaltungsrechtlicher Perspektive, *ZBl* 2011, 229
- SCHUHMACHER CHRISTIAN, Gesetzgebung und Zeit: Aspekte aus der Sicht des Kantons Zürich, *LeGes* 2005, 65
- SCHULZE-FIELITZ HELMUTH, Wege, Umwege oder Holzwege zu besserer Gesetzgebung durch sachverständige Beratung, Begründung, Folgeabschätzung und Wirkungskontrolle?, *JZ* 2004, 862
- SCHUPPERT GUNNAR FOLKE, Governance und Rechtsetzung, Grundfragen einer modernen Regierungswissenschaft, Baden-Baden 2011
- STUTZ HANS W., Private Normen im Umwelt- und Baurecht, in: UHLMANN FELIX (Hrsg.), *Private Normen und staatliches Recht*, 14. Jahrestagung des Zentrums für Rechtsetzungslehre, Zürich/St.Gallen 2015, 71
- UHLMANN FELIX, Qualität der Gesetzgebung – Wünsche an die Empirie, in: GRIFFEL ALAIN (Hrsg.), *Vom Wert einer guten Gesetzgebung*, Bern 2014, 171
- UHLMANN FELIX, «Die Normen können bei ... bezogen werden» – Gedanken zur Publikation und Verbindlichkeit privater Normen, *LeGes* 2013, 89
- UHLMANN FELIX, Das Verordnungsveto – eine Auslegeordnung, *SGP-SSP* 2/2010, 4
- UHLMANN FELIX/BINDER IRIS, Verwaltungsverordnungen in der Rechtsetzung, Gedanken über Pechmarie, *LeGes* 2009, 151
- UHLMANN FELIX/GILI NATASSIA, Private Normen und staatliches Recht, in: UHLMANN FELIX (Hrsg.), *Private Normen und staatliches Recht*, 14. Jahrestagung des Zentrums für Rechtsetzungslehre, Zürich/St.Gallen 2015, 7
- UHLMANN FELIX/HOFSTETTER DAVID, Die Verordnung aus dem Blickwinkel der Rechtsetzungslehre, *ZBl* 2012, 455
- VEIT SYLVIA/JANTZ BASTIAN, Sunset Legislation als Instrument der besseren Rechtsetzung: Wunderwaffe oder stumpfes Schwert?, in: *SGVW* (Hrsg.), *Jahrbuch* 2015, Zürich 2015, 167
- VOLLMER/CREAGH, Volume of Legislation, LLN 2011/028, <<http://www.parliament.uk/documents/lords-library/Library%20Notes/2011/LLN%202011-028%20VolumeofLegislationFP.pdf>>
- WALDMANN BERNHARD/BELSER EVA MARIA/EPINEY ASTRID (Hrsg.), *Basler Kommentar zur Schweizerischen Bundesverfassung (BV)*, Basel 2015

Materialienverzeichnis

National

Amtliches Bulletin, NR AB 2017, 1003, Votum von HANS-UELI VOGT zur Parlamentarische Initiative 16.435, Überregulierung stoppen! Für jedes neue Gesetz muss ein bestehendes aufgehoben werden («one in, one out»)

Anfrage an die kantonale Regierung des Kantons Graubünden, CLAUS BRUNO W. (Anfrage betreffend die Befristungen von Erlassen [Sunset Legislation] und Überprüfung der Regulierungsdichte), <<https://www.gr.ch/DE/institutionen/parlament/PV/Seiten/20160615Claus10.aspx>>

Antwort des Regierungsrats (Frage 3) auf die Anfrage Claus an die kantonale Regierung des Kantons Graubünden, <<https://www.gr.ch/DE/institutionen/parlament/PV/Seiten/20160615Claus10.aspx>>

Bericht der Staatspolitischen Kommission des Nationalrats vom 24. März 2017 zur Pa. Iv. 16.435, Überregulierung stoppen! Für jedes neue Gesetz muss ein bestehendes aufgehoben werden («one in, one out»), <https://www.parlament.ch/centers/kb/_layouts/15/DocIdRedir.aspx?ID=4U7YAJRAVM7Q-1-43760>

Bericht des Bundesrates, Administrative Entlastung, Bessere Regulierung – weniger Aufwand für Unternehmen Bilanz 2012–2015 und Perspektiven 2016–2019, <https://www.seco.admin.ch/dam/seco/de/dokumente/Wirtschaft/Wirtschaftspolitik/RFA/Hilfsmittel/Bericht%20administrativ%20Entlastung%202016-2019.pdf.download.pdf/Bericht_adm_Entlastung_2016-2019.pdf>

Bericht des Regierungsrates des Kantons Basel-Stadt zur Initiative «Stopp der Vorschriftenflut! (Initiative zur Stärkung der KMU), <<http://www.grosserrat.bs.ch/dokumente/100274/000000274451.pdf>>

Botschaft zur Eidgenössischen Volksinitiative «Bürokratie-Stopp!» vom 28. September 2010, BBl. 2010, 6633

Botschaft zur neuen Finanzordnung 2021 vom 22. Juni 2016, BBl. 2016, 6221

Botschaft über die neue Finanzordnung vom 9. Dezember 2002, BBl. 2003, 1531

Bürokratiemonitor – 2014, <https://www.seco.admin.ch/seco/de/home/Publikationen_Dienstleistungen/Publikationen_und_Formulare/Standortforderung/studien/Brokratiemonitor-2014.html>

Bundesrat, Massnahmen zur Reduktion von Regulierungskosten – Umsetzungsstand und weiteres Vorgehen vom Februar 2016, <<https://www.newsd.admin.ch/newsd/message/attachments/43057.pdf>>

Gesetzgebungsleitfaden des Bundesamtes für Justiz, Leitfaden für die Ausarbeitung von Erlassen des Bundes, 3. Aufl., Bern 2007, <<https://www.bj.admin.ch/dam/data/bj/staat/legistik/hauptinstrumente/gleitf-d.pdf>>

Gesetzgebungsleitfaden Module Gesetz, Verordnung und Parlamentarische Initiative, Stand Oktober 2014, Bern 2014, <<https://www.bj.admin.ch/dam/data/bj/staat/legistik/hauptinstrumente/module-d.pdf>>

Medienmitteilung der SPK-S vom 31. März 2017, Volle Transparenz über die Abstimmungen im Ständerat, <<https://www.parlament.ch/press-releases/Pages/mm-spk-s-2017-03-31.aspx?lang=1031>>

Motion 16.3543, MARTULLO-BLOCHER MAGDALENA (Einführung des Prinzips «one in, two out» für neue Bundeserlasse)

Motion 15.3819, CVP-FRAKTION, Abbau und Vermeidung unnötiger Bürokratie durch wirkungsvolle Massnahmen

- Motion 15.3445, FDP-LIBERALE FRAKTION (Bürokratieabbau. Regulierungsfolgen durch eine unabhängige Stelle aufdecken)
- Motion 15.3400, VOGLER KARL (Vermeidung unnötiger Bürokratie durch wirkungsvolle Bedarfsanalysen und Regulierungsfolgenabschätzungen)
- Motion 15.3210, FOURNIER JEAN-RENÉ (Senkung der unnötigen Verwaltungskosten. Sofortige Umsetzung)
- Parlamentarische Initiative 16.435, VOGT HANS-UELI (Überregulierung stoppen! Für jedes neue Gesetz muss ein bestehendes aufgehoben werden [«one in, one out»])
- Postulat 11.3780, FDP-LIBERALE FRAKTION (Einführung von Sunset-Klauseln für weniger Bürokratie)
- Postulat 15.3787, FÖHN PETER (Bericht über die Regulierungskosten. Umsetzung und Verbesserungsmassnahmen)
- Prognosen in den Botschaften des Bundesrates, Evaluation der prospektiven Folgenabschätzung von Gesetzesentwürfen, Bericht der Eidgenössischen Finanzkontrolle (EFK) vom 24. Oktober 2016, <[https://www.efk.admin.ch/images/stories/efk_dokumente/publikationen/evaluationen/Evaluationen%20\(50\)/14486BE_d.pdf](https://www.efk.admin.ch/images/stories/efk_dokumente/publikationen/evaluationen/Evaluationen%20(50)/14486BE_d.pdf)>
- Regulierungsfolgenabschätzung zum neuen Lebensmittelrecht, Schlussbericht, <https://www.seco.admin.ch/seco/de/home/Publikationen_Dienstleistungen/Publikationen_und_Formulare/Regulierung/regulierungsfolgenabschaetzung/vertiefte-rfa/bereits-durchgefuehrte-rfa/revision-der-lebensmittelverordnung.html>
- RFA DSG, Regulierungsfolgenabschätzung (RFA) zur Revision des eidg. Datenschutzgesetzes (DSG), <<https://www.bj.admin.ch/dam/data/bj/staat/gesetzgebung/datenschutzstaerkung/ber-regulierungsfolgenabschaetzung-d.pdf>>
- SECO, KMU-Forum – Tätigkeitsbericht für die Amtsperiode 2012–2015, <<https://www.seco.admin.ch/seco/de/home/seco/nsb-news.msg-id-60484.html>>
- The Nicotine Inhaling Products (Age of Sale and Proxy Purchasing) Regulations 2015, <http://www.legislation.gov.uk/ukia/2015/226/pdfs/ukia_20150226_en.pdf>
- Volksinitiative zur Änderung der Verfassung des Kantons Nidwalden betreffend die zeitliche Befristung von Gesetzen, <http://www.nw.ch/de/politik/abstimmungsresultate/archivsuche/?action=showobject&object_id=3443>

International

- Better Regulation Framework Manual, practical guidance for UK government officials vom Juli 2013, <<http://regulatoryreform.com/wp-content/uploads/2015/02/UK-better-regulation-framework-manual-guidance-for-officials-July-2013.pdf>>
- Counting Regulations: An Overview of Rulemaking, Types of Federal Regulations, and Pages in the Federal Register vom 4. Oktober 2016, <<https://fas.org/sgp/crs/misc/R43056.pdf>>
- HM Government, One-In, One-Out (OIOO) Methodology vom Juli 2011, <http://ec.europa.eu/smart-regulation/refit/admin_burden/best_practice_report/docs/5.pdf>
- House of Commons Library, Acts and Statutory Instruments: The Volume of UK Legislation 1950 to 2016 vom 21 April 2017, <<http://researchbriefings.files.parliament.uk/documents/CBP-7438/CBP-7438.pdf>>
- Kabinettsbeschluss vom 27. Januar 2010, Eckpunkte zum Bürokratieabbau und zur besseren Rechtsetzung, <https://www.bundesregierung.de/Content/DE/_Anlagen/Buerokratieabbau/2010-09-17-Kabinettsbeschluss-Januar-2010.pdf?__blob=publicationFile>

Leitfaden zur Ermittlung und Darstellung des Erfüllungsaufwands in Regelungsvorhaben der Bundesregierung, <https://www.bundesregierung.de/Content/DE/StatischeSeiten/Breg/Buerokratieabbau/2011-11-07-leitfaden-buerokratieabbau.pdf?__blob=publicationFile>

OECD Better regulation in Europe – UNITED KINGDOM, 2010, <<http://www.oecd.org/unitedkingdom/betterregulationineuropeunitedkingdom.htm>>

Ten Thousand Commandments, An Annual Snapshot of the Federal Regulatory State vom 31. Mai 2017, <<https://cei.org/sites/default/files/Ten%20Thousand%20Commandments%202017.pdf>>

Öffentliches Recht

Die Umsetzungssicherung kantonaler Volksinitiativen in der bundesgerichtlichen Rechtsprechung

Corina Fuhrer

Inhaltsübersicht

I. Einleitung	33
II. Die Rolle der Rechtsprechung innerhalb des Umsetzungsvorgangs kantonaler Volksinitiativen	35
III. Initiativformen und daraus folgende Umsetzungsakte	36
A. Umsetzungsakte in Ausführung allgemeiner Anregungen	36
B. Umsetzungsakte in Ausführung ausgearbeiteter Entwürfe	37
IV. Rechtsschutz	38
A. Allgemeine Anregung: Kulturlandinitiative (ZH)	38
1. Ausgangslage	39
2. Beschwerde in Stimmrechtssachen (Art. 82 lit. c BGG)	39
3. Urteilswirkung	40
B. Ausformulierte Verfassungsinitiative: «Fumée passive et santé» (GE)	41
1. Ausgangslage	41
2. Erlassbeschwerde (Art. 82 lit. b BGG)	42
3. Urteilswirkung	43
C. Vergleich der geltenden Rechtsschutzverfahren	44
V. Schlussgedanken	46
Literaturverzeichnis	46
Materialienverzeichnis	48

I. Einleitung

Dem Instrument der Volksinitiative liegt die Idee einer von der Minderheit getragenen Opposition gegenüber der aktuellen Mehrheitspolitik zugrunde. Erst unter dem Vorzeichen, dass ein Anliegen innerhalb der parlamentarischen Diskussion kein Gehör findet, wird in der Regel die Beschreitung des Initiativwegs erstrebenswert.¹ Hat eine Volksinitiative in der Abstimmung Erfolg, bedarf es zur ihrer Verwirklichung im Normalfall – und unabhängig von ihrer Form – gewissen Folgehandlungen durch die Behörden. Unter der Prämisse, dass es sich aus Sicht des ordentlichen Gesetzge-

¹ KÖLZ/POLEDNA, ZSR 1988, 1, 7; HANGARTNER/KLEY, Rz. 373; SCHMID, ex ante 2016, 31, 33; LINDER, 287; vgl. zur Frage, inwiefern die Initiative ihre ursprüngliche Funktion heute noch erfüllt CARONI/VATTER, LeGes 2016, 189, 189 ff.

bers um eine Störung der politischen Agenda handelt,² stehen die zuständigen Organe der Vornahme der erforderlichen Umsetzungsakte aber in der Regel ablehnend gegenüber, weshalb Umsetzungsschwierigkeiten gewissermassen vorprogrammiert sind.³ KLEY sieht in einer mangelhaften Umsetzung angenommener Initiativen denn auch ein (weiteres) Instrument des Parlaments «auch in der direkten Demokratie die Hegemonie zu behalten»⁴.

Das Augenmerk der gegenwärtigen Umsetzungsdiskussion richtet sich vorwiegend auf den Umgang mit eidgenössischen Volksinitiativen und deren oftmals konfliktträchtiges Verhältnis zu bestehenden internationalen Rechtssätzen.⁵ Wie es sogleich zu zeigen gilt, verläuft auch die Implementierung kantonaler Begehren nicht immer reibungslos, wenn auch die Problemstellungen aufgrund der vom Bund abweichenden rechtlichen Ausgangslage in den Kantonen anderweitig auftreten.⁶ Die Umsetzung kantonaler Begehren findet einerseits umgeben vom Rahmen des geltenden Bundesrechts statt, weshalb sie schneller an rechtlich verbindliche Grenzen stösst (Art. 49 Abs. 1 BV). Anders als im Bund unterstehen Umsetzungsentwürfe bzw. -erlasse zudem der Verfassungsgerichtsbarkeit.

Der vorliegende Beitrag widmet sich unter dem Leitthema dieses Bandes der Frage, ob die rechtlich vorgesehenen Umsetzungsgrundsätze und -mechanismen die Erwartungen, die mit dem Gebrauch der kantonalen Volksinitiative verbunden sind, zu erfüllen vermögen. Im Fokus der Analyse steht dabei die Ausgestaltung des geltenden Rechtsschutzes, der zur Anwendung kommt, wenn nach Ansicht der Stimmberechtigten die erwarteten Auswirkungen des Initiativbegehrens durch unzulässiges behördliches Verwässern der Vorlage ausbleiben. Für die Frage, welche Funktion die Rechtsprechung mit Blick auf die Sicherung einer rechtmässigen Verwirklichung angenommener Begehren auszuüben vermag, ist die Unterscheidung zwischen den Initiativformen der allgemeinen Anregung und des ausgearbeiteten Entwurfs von zentraler Bedeutung. Nach einigen einleitenden Worten zur grundsätzlichen Verortung der Rechtsprechung innerhalb des Umsetzungsvorgangs erfolgreicher Initiativen (II), wird daher zunächst auf die beiden Initiativformen und die jeweils daraus folgenden normativen Folgehandlungen eingegangen (III). Danach sollen anhand zweier Beispiele die Beschwerdeverfahren illustriert werden, welche für eine abstrakte Überprüfung von Umsetzungsakten zur Anwendung kommen (IV). Der Beitrag schliesst mit einer kritischen Würdigung des geltenden Rechtsschutzverfahrens (V).

² TSCHANNEN, ZBI 2002, 2, 6; KLEY, LeGes 2015, 497, 497.

³ SCHMID, ex ante 2016, 31, 33; vgl. auch HANGARTNER, AJP 2011, 471, 472.

⁴ KLEY, LeGes 2015, 497, 501.

⁵ Sowohl in den Medien, vgl. u.a. SCHUBARTH, NZZ 2015, 21; VATTER/STAUFFER, NZZ 2012, 13, als auch in der Lehre, vgl. u.a. HANGARTNER, AJP 2011, 471, 471 ff.; BAUMANN, ZBI 2010, 241, 241 ff.; CIRIGLIANO, Jusletter 2010, 1, 1 ff.

⁶ Vgl. auch KLEY, LeGes 2015, 497, 502.

II. Die Rolle der Rechtsprechung innerhalb des Umsetzungsvorgangs kantonaler Volksinitiativen

Obwohl (auch formulierte) Initiativen mit ihrer Gutheissung an der Urne meist noch weit von ihrer tatsächlichen Verwirklichung entfernt sind,⁷ wird das Verfahren nach Annahme einer Initiative durch die Stimmberechtigten in den kantonalen Rechtsordnungen nur wenig geregelt. Gewisse Anhaltspunkte finden sich lediglich in Bezug auf die Ausführung allgemeiner Anregungen, indem in genereller Weise statuiert wird, die Umsetzungsvorlage habe der Initiative inhaltlich zu entsprechen.⁸

Dies ist vor dem Hintergrund nachvollziehbar, dass der Vollzug einer Initiative kein mechanischer Akkordakt, sondern ein «komplexer und mehrdimensionaler Prozess»⁹ ist, der oftmals nicht einfach nach einem fixen Schema abgespult werden kann.¹⁰ Lehre und Rechtsprechung vermochten allerdings insbesondere für die allgemeine Anregung Mindestkriterien herauszuschälen, die den Umsetzungsprozess in gewisse Bahnen lenken.¹¹ Dadurch wird deutlich, dass eine ausgewogene Umsetzungslösung den Einbezug aller staatlichen Gewalten erfordert, und insbesondere die Rechtsprechung – sowohl im Rahmen der Anwendungskontrolle von Einzelfällen als auch der abstrakten Überprüfung der Umsetzungsweise – eine wichtige Rolle bei der Entwicklung des Ausführungsrechts einnimmt.

Dass der Bereich der politischen Rechte überhaupt einer justizförmigen Überprüfung zugänglich ist, war nicht immer selbstverständlich.¹² Heute erstreckt sich die Rechtsweggarantie nach Art. 29a BV, wonach jede Person bei Rechtsstreitigkeiten Anspruch auf Beurteilung durch eine richterliche Behörde hat, im Grundsatz auch auf die Garantie der politischen Rechte und das in diesem Rahmen grundrechtlich geschützte Initiativrecht (Art. 34 Abs. 1 BV).¹³ Das Bundesgericht beurteilt Streitigkeiten wegen Verletzung von eidgenössischen und kantonalen Bestimmungen über die politischen Rechte (Art. 189 Abs. 1 lit. f BV). Davon ausgenommen sind Akte

⁷ Vgl. WYSS, LeGes 2015, 491, 493; VATTER/STAUFFER, NZZ 2012, 13.

⁸ Bspw. § 133 Abs. 2 lit. d GPR/ZH; § 131 Abs. 3 StRG/LU; Art. 32 Abs. 2 Satz 2 KV/SO, § 41 Abs. 2 Satz 2 Kantonsratsgesetz/SO; Art. 39 Abs. 2 Satz 2 und Art. 87 Abs. 3 KV/TI, Art. 131 Abs. 1 und 135 Abs. 2 LEDP/TI. Die gleiche Ausgangslage stellt sich im Bund, vgl. einzig Art. 104 Abs. 2 ParlG, dazu Kommentar ParlG-HÄUSLER, Art. 104 N 3 f.

⁹ WALDMANN, LeGes 2015, 521, 526.

¹⁰ Vgl. auch VATTER/STAUFFER, NZZ 2012, 13.

¹¹ Insbesondere BGE 141 I 186; SCHMID, ex ante 2016, 31, 31 ff.; vgl. allgemein zur massgebenden Rolle der Rechtsprechung im Zusammenhang mit Fragen des kantonalen Initiativrechts, KÖLZ, ZBl 1982, 2, 2 ff.

¹² Dazu BSK BGG-STEINMANN, Art. 82 N 76; NUSPLIGER, in: HERZOG/FELLER, 437, 439; TÖNDURY, 136 ff.

¹³ BSK BGG-STEINMANN, Art. 82 N 77; NUSPLIGER, in: HERZOG/FELLER, 437, 438.

der Bundesversammlung und des Bundesrates (Art. 189 Abs. 4 BV), nicht jedoch Akte der Kantonsparlamente und Kantonsregierungen.

III. Initiativformen und daraus folgende Umsetzungsakte

Alle Kantone kennen die Initiative auf Verfassungs- und Gesetzesrevision.¹⁴ Sowohl Verfassungs- als auch Gesetzesinitiativen können entweder als ausgearbeitete Entwürfe oder allgemeine Anregungen eingereicht werden, wobei die gewählte Form massgebende verfahrensrechtliche Konsequenzen mit sich bringt.¹⁵ Die unterschiedliche Behandlung der Initiativformen im Vorfeld der Abstimmung zieht sich weiter in den Ausführungsprozess, und wie noch zu erläutern ist, bis hinein in den gerichtlichen Rechtsschutz.

A. Umsetzungsakte in Ausführung allgemeiner Anregungen

Unformulierte Initiativen umschreiben in der Regel lediglich Inhalt und Zweck des Begehrens und bedürfen einer definitiven Ausarbeitung durch den ordentlichen Gesetzgeber, bevor sie in die Rechtsordnung eingefügt werden können.¹⁶ Eine direkte Anwendbarkeit des Initiativtextes ist ausgeschlossen. Im Kern bedingt die Ausführung einer allgemeinen Anregung durch die Behörden einer inhaltlichen Ausformulierung der im Initiativtext angelegten Forderung, für welche zudem im Sinne einer formellen Umsetzung die passende Rechtsform gefunden werden muss.¹⁷

Durch die Delegation der Formulierungskompetenz an die zuständigen Staatsorgane¹⁸ wird deren Mitwirkungskraft im Erarbeitungs- und Umsetzungsprozess gestärkt. Zwar dürfen nach Rechtsprechung und mehrheitlich vertretener Lehrmeinung auch im nicht formulierten Begehren relativ detaillierte Vorgaben enthalten sein,¹⁹ nicht zuletzt im Interesse konstruktiver Umsetzungslösungen ist aber durch das Initiativkomitee grundsätzlich ein gewisser legislativer Gestaltungsraum zu belassen.²⁰ Trotz der in diesem Sinne verminderten Durchschlagskraft kommt allgemeinen Anregun-

¹⁴ Vgl. Art. 23 lit. a und b KV/ZH; Art. 41 lit. a und b KV/FR; Art. 75 Abs. 1 KV/JU; AUER, Rz. 936 ff., 1045; HANGARTNER/KLEY, Rz. 1330.

¹⁵ Vgl. Art. 25 Abs. 1 KV/ZH; Art. 58 Abs. 3 KV/BE; Art. 56 Abs. 2, Art. 57 Abs. 2 KV/GE; BGE 114 Ia 413, 416 E. 3c; TSCHANNEN, ZBI 2002, 2, 4; GRISEL, Rz. 585; KÖLZ, ZBI 1982, 2, 17.

¹⁶ Vgl. bspw. § 2 Abs. 2 IRG/BS; TSCHANNEN, ZBI 2002, 2, 6.

¹⁷ Zu den Anforderungen an die Erlassform, vgl. hinten, 6 ff.

¹⁸ Die Exekutive arbeitet eine Umsetzungsvorlage aus, welche durch das Parlament diskutiert und verabschiedet wird, vgl. bspw. § 138 Abs. 1 und 2 GPR/ZH.

¹⁹ Anstelle vieler BGE 115 Ia 148, 154 E. 4a; vgl. für eine Übersicht über die Lehre TSCHANNEN, ZBI 2002, 2, 11 f.

²⁰ SCHMID, ex ante 2016, 31, 31.

gen die gleiche rechtliche Verbindlichkeit zu wie formulierten Initiativen. Dem Gesetzgeber steht kein Ermessen darüber zu, *ob* er die Umsetzung vornehmen will.²¹ Zudem hat er sich bei der eigentlichen Ausformulierung an den Sinn der Initiative zu halten. Der generelle Anspruch der Stimmberechtigten auf die Verabschiedung einer Regelung, die den in der allgemeinen Anregung zum Ausdruck gebrachten Vorstellungen entspricht, ergibt sich direkt aus Art. 34 Abs. 1 BV.²² Demnach darf der Gegenstand des Begehrens bei der Ausformulierung nicht verlassen werden – der Initiativtext gibt den Weg vor, von welchem das Parlament nicht abweichen darf. Die Auslegung folgt dabei den anerkannten Interpretationsgrundsätzen, wonach grundsätzlich vom Wortlaut auszugehen, und nicht auf den subjektiven Willen des Initiativkomitees abzustellen ist.²³

B. Umsetzungsakte in Ausführung ausgearbeiteter Entwürfe

Eine ausgearbeitete Initiative enthält einen fertig redigierten Gesetzestext und findet mit ihrer Annahme ohne Weiteres Eingang in die geltende Rechtsordnung.²⁴ Anschliessender Rechtsetzungsbedarf entspricht allerdings auch hier dem Regelfall.²⁵ Entscheidend ist, ob eine Norm genügend bestimmt ist, um unmittelbar auf den Einzelfall angewendet werden zu können, oder vorab der weiteren Konkretisierung bedarf, was es durch Auslegung zu ermitteln gilt.²⁶ Insbesondere Verfassungsinitiativen bedürfen zu ihrer Umsetzung oftmals der Ergänzung durch Fristen, Kontrollmassnahmen oder Sanktionen, was ihre direkte Anwendbarkeit zumindest teilweise ausschliesst.²⁷ Ausgearbeitete Verfassungs- und Gesetzesinitiativen dürfen zudem ausdrückliche Gesetzgebungsaufträge bzw. Delegationsnormen enthalten.²⁸ Die Verwirklichung ausgearbeiteter Entwürfe bedingt daher oftmals den Erlass eines

²¹ BGE 141 I 186, 195 E. 5.3; 139 I 2, 9 E. 5.6; 121 I 357, 361 E. 4b; 115 Ia 148, 154 f. E. 4b; vgl. auch Cour Constitutionnelle JU, Arrêt du 31 août 2016 E. 3.3; TSCHANNEN, ZBl 2002, 2, 6; SCHMID, ex ante 2016, 31, 35 und 37 f.; GRIFFEL, NZZ 2015, 18.

²² BGE 141 I 186, 195 E. 5.3; differenziert dazu ABEGG, AJP 2015, 1197, 1200 f.; vgl. bereits BGE 139 I 2, 9 E. 5.6; 121 I 357, 361 E. 4b; 115 Ia 148, 154 f. E. 4b; 73 I 22, 34 f. E. 3; 25 I 64, 74 E. 4; ZBl 96/1995 419, 421 E. 1b.

²³ BGE 141 I 186, 196 E. 5.3; 139 II 243, 249 E. 8; 129 I 392, 395 E. 2.2; 112 Ia 240, 245 E. 5b; 105 Ia 151, 154 E. 3a; die Meinung der Initianten kann im Rahmen der historischen bzw. teleologischen Auslegung miteinbezogen werden, ist aber nicht massgebend, vgl. dazu BGE 139 I 292, 297 ff. E. 7; WALDMANN, LeGes 2015, 521, 523 ff.; KÖLZ, ZBl 1982, 2, 22.

²⁴ GRISEL, Rz. 608; HANGARTNER/KLEY, Rz. 367; TSCHANNEN, ZBl 2002, 2, 8.

²⁵ BGE 114 Ia 413, 421 E. 3fd; TSCHANNEN, ZBl 2002, 2, 9; Kommentar KV/GR-SCHULER, Art. 13 N 13.

²⁶ Vgl. WALDMANN, LeGes 2015, 521, 526; HANGARTNER, AJP 2011, 471, 472; für Hinweise zu den Auslegungsgrundsätzen vgl. bereits Fn. 23.

²⁷ BGE 133 I 110, 122 E. 6.2.

²⁸ BGE 114 Ia 413, 421 f. E. 3fd; TSCHANNEN, ZBl 2002, 2, 9.

formellen Gesetzes (sofern es sich um wichtige rechtsetzende Bestimmungen handelt²⁹) oder einer Konkretisierung auf dem Verordnungsweg.

IV. Rechtsschutz

Fraglich ist, inwiefern den Stimmberechtigten ein rechtlich durchsetzbarer Anspruch auf Vornahme der soeben bezeichneten Umsetzungshandlungen erwächst. Die nachfolgenden Erläuterungen beschränken sich auf das Verfahren der Erlassbeschwerde und der Beschwerde in Stimmrechtssachen, in deren Rahmen das Ausführungsrecht im Anschluss an seinen Erlass *abstrakt* auf seine Übereinstimmung mit den in der Initiative zum Ausdruck gebrachten Direktiven geprüft werden kann. Wo bereits in-nerkantonale Beschwerdemöglichkeiten vorgesehen sind, ist zuerst der kantonale Instanzenzug zu durchlaufen. Die Kantone sind bundesrechtlich aber nicht verpflichtet, gegen Erlasse ein kantonales Rechtsmittel vorzusehen (Art. 87 Abs. 1 BGG), und auch in Stimmrechtssachen ist gegen Akte des Parlaments und der Regierung unmittelbar die Beschwerde ans Bundesgericht zulässig (Art. 88 Abs. 2 Satz 2 BGG). Es sehen daher auch nur wenige Kantone bereits kantonale Beschwerdemöglichkeiten vor,³⁰ weshalb im Rahmen dieses Beitrags nur vereinzelt und an betreffender Stelle darauf eingegangen wird. Nachfolgend sollen nun anhand zweier Verfassungsinitiativen – einer unformulierten und einer formulierten – die aus der Formfrage fließenden Konsequenzen für den gerichtlichen Rechtsschutz konkret dargelegt werden.

A. Allgemeine Anregung: Kulturlandinitiative (ZH)

Die kantonale Volksinitiative zum Erhalt der landwirtschaftlich und ökologisch wertvollen Flächen («Kulturlandinitiative») wurde am 17. Juni 2012 entgegen der Ablehnungsempfehlung des Kantonsrates durch die Stimmberechtigten des Kantons Zürich angenommen.³¹ Das in der Form der allgemeinen Anregung gehaltene Begehren (Art. 25 Abs. 1 KV/ZH) verlangte im Wesentlichen, «dass die wertvollen Landwirtschaftsflächen und Flächen von besonderer ökologischer Bedeutung wirksam geschützt werden und in ihrem Bestand und ihrer Qualität erhalten bleiben».

²⁹ Vgl. z.B. Art. 38 Abs. 1 KV/ZH; Art. 69 Abs. 4 KV/BE; Art. 31 KV/GR; Art. 164 BV; HANGARTNER, AJP 2011, 471, 476.

³⁰ HÄFELIN/HALLER/KELLER/THURNHERR, Rz. 1968.

³¹ Vgl. <https://wahlen-abstimmungen.zh.ch/internet/justiz_inneres/wahlen-abstimmungen/de/abstimmungen/abstimmungsarchiv.html?vorlageid=372> (15.9.2017).

1. Ausgangslage

Beschliesst das (Zürcher) Parlament wie *in casu* einer unformulierten Initiative keine Folge zu leisten, untersteht sie der Abstimmung.³² Fällt der Volksentscheid zugunsten der Initiative aus, verweist dies das Anliegen zurück an den Kantonsrat, welcher gemäss Art. 25 Abs. 4 KV/ZH darüber zu bestimmen hat, in welcher Rechtsform die unformulierte Initiative umgesetzt werden soll.³³ Faktisch wählt der Kantonsrat die Erlassform auf Antrag des Regierungsrates, welcher dem Parlament innert eines Jahres nach der Volksabstimmung einen Umsetzungsentwurf unterbreitet (§ 138 Abs. 1 GPR/ZH). Im Falle der Kulturlandinitiative bestand der Entwurf in einer Ergänzung des kantonalen Planungs- und Baugesetzes (PBG/ZH), wobei der Regierungsrat der Ansicht war, der Forderung nach verbessertem Kulturlandschutz könne auch durch die bereits eingeleitete Revision des kantonalen Richtplans nachgekommen werden. Er beantragte daher gleichzeitig die Ablehnung des vorgelegten Umsetzungsentwurfes.³⁴ Der Kantonsrat beschloss daraufhin wie empfohlen von einer formellen Gesetzesänderung abzusehen und trat nicht auf die Umsetzungsvorlage ein.³⁵

2. Beschwerde in Stimmrechtssachen (Art. 82 lit. c BGG)

Gegen den Nichteintretensbeschluss des Kantonsrats erhoben die Initiantinnen und Initianten Beschwerde in Stimmrechtssachen ans Bundesgericht (Art. 82 lit. c BGG).³⁶ Sie machten geltend, der Kantonsrat verweigere sich mit dieser Vorgehensweise sowohl formell als auch inhaltlich der Umsetzung der angenommenen Initiative, was gegen die politischen Rechte der Stimmberechtigten verstosse (Art. 34 BV, Art. 25 i.V.m. Art. 32 lit. d KV/ZH).³⁷

Nach Art. 95 lit. a, c und d BGG kann in Stimmrechtssachen die Verletzung von Bundesrecht, der kantonalen verfassungsmässigen Rechte sowie der kantonalen Bestimmungen über die politischen Rechte gerügt werden. Im Rahmen der Beschwerde in Stimmrechtssachen prüft das Bundesgericht nicht nur die Auslegung von Bundesrecht und kantonalem Verfassungsrecht frei, sondern auch diejenige anderer kantona-

³² Art. 29 Abs. 2 und Art. 32 lit. d KV/ZH i.V.m. § 134 Abs. 2 und § 137 lit. a GPR/ZH.

³³ Es handelt sich im Kanton Zürich um eine abschliessende Kompetenz des Parlaments – dieses wäre also auch dann nicht an den Willen der Initianten gebunden, wenn im Initiativbegehren die gewünschte Erlassform bezeichnet würde, dazu Kommentar KV/ZH-SCHUHMACHER, Art. 25 N 29.

³⁴ RRB/ZH vom 19. Juni 2013.

³⁵ KRB/ZH vom 19. Mai 2014.

³⁶ Im Kanton Zürich steht gegen den angefochtenen Nichteintretensbeschluss des Kantonsrates kein kantonales Rechtsmittel offen, vgl. BGE 141 I 186, nicht publ. E. 1. 1.

³⁷ BGE 141 I 186, 188 E. 2.

ler Vorschriften, welche den Inhalt des Stimm- und Wahlrechts normieren oder mit diesem in engem Zusammenhang stehen.³⁸

Das Bundesgericht nahm das Urteil zum Anlass, grundlegende Fragen zu den Anforderungen an die Umsetzungsform klarzustellen. Es hielt fest, dass die Wahlmöglichkeiten des Kantonsrats dabei insofern eingeschränkt sind, als er sich an den Erlassformen zu orientieren hat, welche nach kantonalem Recht ihrerseits Gegenstand einer Volksinitiative bilden können. Nur so ist gewährleistet, dass die Umsetzungsvorlage mindestens eine nach kantonalem Recht dem fakultativen Referendum unterstehende Rechtsform aufweist, was den Stimmberechtigten erst die Möglichkeit eröffnet, sich zur Umsetzungsvorlage bei Bedarf nochmals zu äussern.³⁹ Die nicht referendumsfähige Revision des Richtplans genügte dem nicht.⁴⁰ Darüber hinaus stellte das Bundesgericht fest, dass auch in materieller Hinsicht die mit der Initiative verfolgte Forderung eines wirksamen Kulturlandschutzes nicht eingelöst wurde. Eine inhaltlich korrekte Umsetzung hätte vorausgesetzt, dass die wertvollen Landschaftsflächen in ihrem Bestand besser geschützt werden, als dies durch den Richtplan möglich war.⁴¹

3. Urteilstwirkung

Im Ergebnis nahm das Bundesgericht damit eine umfassende Prüfung sowohl der formellen als auch der materiellen Ausführung der Kulturlandinitiative vor, und erteilte dem Kantonsrat in seinen Erwägungen relativ klare Vorgaben, wie das Begehren künftig umzusetzen sei.⁴² Infolgedessen beriet der Zürcher Kantonsrat das Geschäft erneut. Weil die Mehrheit des Parlaments das Vorhaben inhaltlich aber weiterhin missbilligte, legte die Geschäftsleitung des Kantonsrates durch Verfahrensleitentscheid ein alternatives Verfahren für die Behandlung der Umsetzungsvorlage fest. Um eine erneute Ablehnung auszuschliessen, wurde von einer formellen Schlussabstimmung abgesehen, und stattdessen lediglich festgestellt, die Vorlage sei gültig zu Ende beraten.⁴³ Auf diesem Weg wurde sichergestellt, dass eine Regelung erlassen werden konnte. Für den Fall eines Referendums empfahl das Parlament den Stimmberechtigten die Ablehnung, und es wurde sogleich auch das Kantonsratsrefe-

³⁸ In ausgesprochenen Zweifelsfällen schliesst es sich der von der obersten kantonalen Behörde (Volk und Parlament) vertretenen Auffassung an; BGE 141 I 186, 189 E. 3; 138 I 171, 176 f. E. 1.5; 131 I 126, 131 E. 4; 129 I 185, 190 E. 2.

³⁹ BGE 141 I 186, 190 f. E. 4.2; a.M. SCHUHMACHER, ZBl 2015, 425, 432.

⁴⁰ BGE 141 I 186, 191 E. 4.3.

⁴¹ Vgl. dazu BGE 141 I 186, 193 ff. E. 5 ff.; auch ABEGG, AJP 2015, 1197, 1203; SCHMID, ex ante 2016, 31, 38.

⁴² Vgl. auch ABEGG, AJP 2015, 1197, 1203.

⁴³ Protokoll Zürcher Kantonsrat, 2699, 2700; KRB/ZH vom 29. Februar 2016. Dieses Verfahren stellt heute geltendes Recht dar, vgl. die in der Folge revidierten § 138 Abs. 2 GPR/ZH und § 35 Abs. 2 GR-KR/ZH, KRB/ZH vom 26. Juni 2017.

rendum gegen den Beschluss ergriffen.⁴⁴ In der Referendumsabstimmung schliesslich verwarfen die Stimmberechtigten die Umsetzungsvorlage, womit die Initiative scheiterte.⁴⁵

B. Ausformulierte Verfassungsinitiative: «Fumée passive et santé» (GE)

Ebenfalls umständlich gestaltete sich die Umsetzung der am 24. Februar 2008 im Kanton Genf angenommenen Volksinitiative «Fumée passive et santé», welche ein Rauchverbot in öffentlichen Räumen forderte (vgl. Art. 178B aKV/GE)⁴⁶. Insgesamt drei Mal hatte sich das Bundesgericht zu strittigen Fragen im Zusammenhang mit der Initiative zu äussern.⁴⁷ Im Unterschied zur soeben erläuterten Kulturlandinitiative handelte es sich hier um einen ausformulierten Entwurf auf Teilrevision der Kantonsverfassung (Art. 56 Abs. 2 KV/GE).⁴⁸

1. Ausgangslage

Wie bereits erläutert, ist bei ausformulierten Verfassungsinitiativen auf dem Weg der Auslegung zunächst zu klären, ob diese direkt anwendbar sind, oder ob es zu ihrer Umsetzung eines formellen Ausführungsgesetzes bedarf. In Bezug auf die Rauchverbotsinitiative wurde die unmittelbare Anwendbarkeit der Verfassungsbestimmung verneint.⁴⁹ Es handelte sich um eine allgemeine Bestimmung zum gesundheitlichen Schutz der Bevölkerung vor den Wirkungen des Passivrauchens, welche insbesondere mit Blick auf das Verhältnismässigkeitsprinzip nach einer verfassungskonformen Auslegung verlangte, und die das Parlament mittels der Festlegung von Ausnahmen, Kontrollmassnahmen und Sanktionen in einem formellen Gesetz zu konkretisieren hatte.⁵⁰ Um eine verhältnismässige Anwendung der neuen Verfassungsregelung zu

⁴⁴ KRB/ZH vom 29. Februar 2016; Beschluss Geschäftsleitung KR/ZH vom 3. März 2016.

⁴⁵ Vgl. <https://wahlen-abstimmungen.zh.ch/internet/justiz_inneres/wahlen-abstimmungen/de/abstimmungen/abstimmungsarchiv.html?vorlageid=2454> (15.9.2017).

⁴⁶ Vgl. <<http://www.ge.ch/votations/20080224/cant.asp>> (15.9.2017); Art. 178B unter der zum Zeitpunkt der Annahme geltenden Genfer Kantonsverfassung vom 24. Mai 1847, vgl. heute Art. 176 der totalrevidierten Genfer Kantonsverfassung vom 14. Oktober 2012.

⁴⁷ BGE 133 I 110; 134 I 322; 136 I 241; zum Ganzen ATTINGER, 41 ff.

⁴⁸ Vgl. damals Art. 65A der Genfer Kantonsverfassung vom 24. Mai 1847.

⁴⁹ BGE 133 I 110, 122 E. 6.2; 134 I 322, 327 E. 2.5; 136 I 241, 248 E. 2.2 f.; a.A. KAUFMANN, Jusletter 2017, 1, 4 f.

⁵⁰ BGE 133 I 110, 122 E. 6.2; 136 I 241, 248 E. 2.3; vgl. auch die Botschaft zur Gewährleistung, BBl. 2009, 1191, 1199 ff. Die dessen ungeachtet zunächst durch den Staatsrat erlassene Ausführungsverordnung wurde wegen fehlender verfassungsmässiger bzw. gesetzlicher Grundlage durch das Bundesgericht aufgehoben, BGE 134 I 322.

gewährleisten, sah der Grosse Rat daher in der Ausführungsgesetzgebung Ausnahmen vom verfassungsmässig absolut statuierten Rauchverbot vor.

2. Erlassbeschwerde (Art. 82 lit. b BGG)

Teile dieser Ausnahmetatbestände wurden vor Bundesgericht angefochten. Die Beschwerdeführenden erachteten sie als zu weitgehend und damit nicht mehr im Sinne des ursprünglichen Begehrens. Geltend gemacht wurde eine Verwässerung des Initiativanliegens und damit die Verletzung des Initiativrechts (Art. 34 BV).⁵¹ Angefochten wurde Art. 4 Abs. 1 lit. a des Ausführungsgesetzes (LIF/GE), insoweit er namentlich die Einrichtung von Raucherräumen (Fumoirs) in Restaurants vorsah.⁵²

Im Unterschied zum vorherigen Beispiel der Kulturlandinitiative, wo im Kern ebenfalls eine Verwässerung des Initiativanliegens gerügt wurde, verneinte das Bundesgericht in diesem Fall die Zulässigkeit der Beschwerde in Stimmrechtssachen nach Art. 82 lit. c BGG. Dem Ausführungsgesetz zu einem ausgearbeiteten Entwurf fehlt nach Ansicht des Gerichts der geforderte direkte Zusammenhang zu einer kantonalen Abstimmung, welche eine Beschwerde in Stimmrechtssachen erlauben würde.⁵³ Nach der Argumentation des Bundesgerichts leitet sich nämlich der Anspruch auf Erlass des Ausführungsrechts zu einer ausformulierten Initiative nicht mehr primär aus dem Stimmrecht ab, sondern ergibt sich aus der bereits in Kraft stehenden, neuen Bestimmung. Gerügt wird daher im Kern nicht mehr die Verwässerung der Initiative und damit ein Verstoss gegen das Initiativrecht selbst, sondern die Verletzung der bestehenden Norm.⁵⁴ Deshalb sind die strittigen Bestimmungen des Ausführungsrechts nach Art. 82 lit. b BGG im Verfahren der abstrakten Normenkontrolle anzufechten.⁵⁵ Gerügt werden kann gemäss Art. 95 lit. a, c, d und e BGG die Verletzung von Bundesrecht bzw. da es sich um kantonales Recht handelt, die Verletzung von kantonalen verfassungsmässigen Rechten, kantonalen Bestimmungen über das Stimm- und Wahlrecht, sowie interkantonalem Recht.⁵⁶

⁵¹ BGE 136 I 241, 245 E. 1.1.

⁵² BGE 136 I 241, 247 E. 2; gegen das Ausführungsgesetz wurde bereits das fakultative Referendum ergriffen, allerdings nahmen es die Stimmberechtigten des Kantons Genf in der Abstimmung vom 27. September 2009 mit grosser Mehrheit an, siehe <<http://www.ge.ch/votations/20090927/cant.asp>> (15.9.2017).

⁵³ BGE 136 I 241, 246 E. 1.1.2; auch bereits 130 I 226, 228 E. 1.2; 123 I 41, 46 E. 6b mit Hinweisen; TORNAY, 30.

⁵⁴ Vgl. auch ATTINGER, 43 f.

⁵⁵ BGE 136 I 241, 246 E. 1.1.2; ausnahmsweise steht die Beschwerde nach Art. 82 lit. c BGG offen, wenn der fragliche Erlass selbst materiell die politischen Rechte regelt und gerügt wird, diese würden insoweit für die Zukunft beschränkt, BGE 131 I 291, 295 E. 1.1; 131 I 386, 389 E. 2.2; KIENER, in: TSCHANNEN, 219, 241.

⁵⁶ BGE 136 I 241, 247 E. 2.1 f.

Soll vor Bundesgericht die Ausführungsgesetzgebung auf ihre Übereinstimmung mit der betreffenden Verfassungsnorm geprüft werden, ist dies also nur möglich, wenn eine Verletzung kantonaler *verfassungsmässiger* Rechte nach Art. 95 lit. c BGG geltend gemacht werden kann (vgl. Art. 189 Abs. 1 lit. d BV). Oder auf das vorliegende Beispiel übertragen: Art. 178B aKV/GE müsste verfassungsmässige Rechte vermitteln, damit das Bundesgericht den strittigen Art. 4 Abs. 1 lit. a LIF/GE auf seine Vereinbarkeit mit Ersterem überprüft.⁵⁷ Der Begriff der «kantonalen verfassungsmässigen Rechte» wird durch die Rechtsprechung allerdings eng ausgelegt, und bezieht sich nur auf jene Bestimmungen, welche Individualrechte zum Inhalt haben und direkt anwendbar sind. Vorschriften organisatorischer Natur oder Programmnormen entsprechen diesen Kriterien nicht.⁵⁸ Die Prüfung der Ausführungsgesetzgebung auf ihre Vereinbarkeit mit übrigen kantonalem (Verfassungs-)Recht ist nicht Sache des Bundesgerichts, sondern – wo vorgesehen – den kantonalen Instanzen vorbehalten.⁵⁹

3. Urteilswirkung

Wie gesehen, räumt Art. 178B aKV/GE aber gerade keine direkt anrufbaren verfassungsmässigen Rechte ein.⁶⁰ Die Beschwerdeführer waren demnach nicht berechtigt, sich unmittelbar auf eine Verletzung des Art. 178B aKV/GE zu berufen.⁶¹ Im Ergebnis prüfte das Bundesgericht das erlassene Ausführungsgesetz auf seine inhaltliche Übereinstimmung mit der Verfassungsbestimmung daher lediglich unter dem Blickwinkel der Willkür.⁶² Zumal dem kantonalen Gesetzgeber bei der Ausarbeitung von Gesetzen weitgehende Gestaltungsfreiheit eingeräumt wird, ist die Willkürüge aber

⁵⁷ Gegen den angefochtenen Erlass stand auf kantonaler Ebene kein Rechtsmittel zur Verfügung, weshalb die unmittelbare Beschwerde ans Bundesgericht zulässig war, vgl. BGE 136 I 241, 246 E. 1.2. Heute ist im Kanton Genf die abstrakte Normenkontrolle formeller Gesetze vorgesehen, (Art. 124 lit. a KV/GE, Art. 130B Abs. 1 lit. a LOJ/GE, Art. 57 lit. d LPA/GE), vgl. dazu BOLKENSTEYN, 310.

⁵⁸ BGE 137 I 77, 80 E. 1.3.1; 136 I 241, 248 E. 2.2; 131 I 366, 367 E. 2.2 mit Hinweisen; HÄFELIN/HALLER/KELLER/THURNHERR, Rz. 1973; BSK BGG-SCHOTT, Art. 95 N 56.

⁵⁹ BGE 136 I 241, 248 E. 2.2; BSK BGG-SCHOTT, Art. 95 N 45. Vorgesehen ist die abstrakte Normenkontrolle formeller Gesetze heute neben dem Kanton Genf auch in den Kantonen Nidwalden (Art. 69 Abs. 2 Ziff. 2 KV/NW), Graubünden (Art. 55 Abs. 3 KV/GR), Aargau (§ 70 Abs. 1 VRPG/AG), Waadt (Art. 136 Abs. 2 lit. a KV/VD) und Jura (Art. 104 Abs. 1 KV/JU). Die Kognition der Verfassungsgerichte variiert: vgl. z.B. GR, wo ebenfalls lediglich die Verletzung verfassungsmässiger Rechte geltend gemacht werden kann (Art. 55 Abs. 2 Ziff. 1 KV/GR), dazu SCHMID, Kommentar KV/GR, Art. 55 N 49, bzw. NW, wo ein Erlass generell auf seine Übereinstimmung mit der Kantonsverfassung überprüft werden kann (§ 4 Abs. 1 VGV/NW), dazu BOLKENSTEYN, 179.

⁶⁰ BGE 136 I 241, 248 E. 2.3; vgl. auch HÄFELIN/HALLER/KELLER/THURNHERR, Rz. 1973; ATTINGER, 44.

⁶¹ BGE 136 I 241, 249 E. 2.3; siehe auch KAUFMANN, Jusletter 2017, 1, 4 f.

⁶² BGE 136 I 241, 250 ff. E. 2.5.2 ff.

praktisch aussichtslos.⁶³ Im Zusammenhang mit dem Genfer Rauchverbot wäre gemäss Bundesgericht lediglich ein Ausführungsgesetz als willkürlich zu qualifizieren gewesen, das durch die Anzahl vorgesehener Ausnahmen die Verfassungsnorm praktisch ihres Sinns entleert oder ihre Umsetzung kompromittiert hätte, was klar verneint wurde.⁶⁴

Anzumerken bleibt, dass sich in gleicher Weise auch die Frage nach der Rechtmässigkeit von ausführendem Verordnungsrecht zu ausformulierten Gesetzesinitiativen stellen kann. Da die Verletzung von kantonalem Gesetzesrecht im Allgemeinen keinen Beschwerdegrund im Sinne von Art. 95 BGG darstellt, können diese Ausführungsbestimmungen ebenfalls nicht unter Verweis auf eine Verletzung der neuen Gesetzesnorm angefochten werden. Gelingt es den Beschwerdeführenden nicht im gleichen Zug eine Verletzung verfassungsmässiger Rechte geltend zu machen, bleibt wiederum lediglich die Willkürprüfung.⁶⁵

C. Vergleich der geltenden Rechtsschutzverfahren

Aus der Zusammenschau beider Urteile kann somit Folgendes festgehalten werden: Den Stimmberechtigten erwächst aus dem Initiativrecht ein im Wege der Beschwerde in Stimmrechtsangelegenheiten durchsetzbarer Anspruch auf korrekte Ausarbeitung einer allgemeinen Anregung. Hingegen kann mit der Beschwerde in Stimmrechtssachen nicht gerügt werden, ein kantonales Gesetz verletze die Kantonsverfassung, unabhängig davon, ob es sich bei der angeblich verletzen Norm ursprünglich um eine Initiativvorlage handelte. Im Ergebnis schützt das Initiativrecht damit vor einer Verfremdung allgemeiner Anregungen durch den Gesetzgeber, nicht aber formulierter Verfassungsinitiativen.⁶⁶

Das Bundesgericht stellt sich auf den Standpunkt, nicht jede von der Stimmbürgerschaft genehmigte kantonale Norm könne Gegenstand einer Beschwerde wegen Stimmrechtsangelegenheiten sein, mit der Begründung, die Norm habe indirekte Auswirkungen auf die politischen Rechte. So könnte dem Gesetzgeber immer vorgeworfen werden, er habe den Willen des Verfassungsgebers verletzt. Weil damit auch der Weg der Beschwerde wegen Verletzung politischer Rechte immer offen stünde, wird daher einschränkend verlangt, dass die Verletzung des Stimmrechts di-

⁶³ Vgl. zur Gestaltungsfreiheit des Gesetzgebers 136 I 241, 250 E. 3.1; auch 135 I 130, 138 E. 6.2; 131 I 1, 7 E. 4.2; 111 Ia 86, 91 E. 3a; ATTINGER, 43.

⁶⁴ BGE 136 I 241, 251 f. E. 3.3.

⁶⁵ Immerhin sind zur abstrakten Überprüfung kantonaler Erlasse unterhalb der Gesetzesstufe weitere innerkantonale Instanzen vorgesehen, vgl. dazu BOLKENSTEYN, 128 ff. Allerdings kann auch dort teilweise nur eine Verletzung verfassungsmässiger Rechte geltend gemacht werden, vgl. § 116 Abs. 1 lit. a KV/BS, § 30e Abs. 1 lit. a VRPG/BS, BOLKENSTEYN, 142.

⁶⁶ BSK BV-TSCHANNEN, Art. 34 N 10.

rekt aus dem angefochtenen Rechtsakt selbst resultiert.⁶⁷ Dies trifft auf den Nichteintretensbeschluss eines Kantonsparlaments zu der ihm durch die Exekutive vorgelegten Umsetzungsvorlage einer allgemeinen Anregung zu, nicht aber auf einen eigentlichen Gesetzeserlass.

Soll also ein Ausführungsgesetz auf seine Vereinbarkeit zu einer geltenden Verfassungsbestimmung geprüft werden, ist unerheblich, wo Letztere ihren Ursprung hat. Das Bundesgericht unterlässt es, danach zu differenzieren, ob die betreffende Verfassungsnorm über die Annahme einer Volksinitiative Eingang in die Rechtsordnung gefunden hat, oder ob es sich um eine Behördenvorlage handelte. Die Gefahr einer Verletzung der politischen Rechte ist allerdings aufgrund der bereits angesprochenen Abwehrhaltung, die der Gesetzgeber bei der Ausführung von auf Initiativen fussenden Normen im Vergleich zu mehrheitsfähigen Behördenvorlagen innehat, grundsätzlich höher. Zudem besteht nach hier vertretener Ansicht ein grundsätzlich engerer Konnex zum Stimmrecht, wenn die Existenz der Vorlage bereits in der Wahrnehmung der Volksrechte begründet ist.

Der Verdacht, dass eine unformulierte Initiative aufgrund ihrer flexiblen Natur grundsätzlich eher einer Verfremdung bzw. Abschwächung durch den Gesetzgeber ausgesetzt ist,⁶⁸ ist daher angesichts des bundesgerichtlich praktizierten Rechtsschutzes etwas zu relativieren. Sie ist zwar immer noch das klar schwächere Instrument und verlangt zur Gewährleistung ihrer Verwirklichung nach einer effektiven Kontrolle durch ein unabhängiges Organ, erhält diesen Rechtsschutz allerdings auch zuverlässig. Das Bundesgericht hat zuletzt mit dem Urteil zur Kulturlandinitiative die Verbindlichkeit allgemeiner Anregungen bestärkt und deren rechtmässige Umsetzung geschützt, was zu einer grundsätzlichen Stärkung des Instruments beitrug.⁶⁹ Ausgearbeitete Vorlagen hingegen sind durch die Behörden zwar in ihrem Wortlaut unantastbar und lassen sich daher tendenziell auch gegen den Willen des Parlaments besser durchsetzen. Ist ein ausformulierter Entwurf allerdings nicht direkt anwendbar, nähert er sich in Bezug auf Umsetzungsfragen der Form der allgemeinen Anregung und damit auch der ihr inhärenten Verwässerungsgefahr an. Auch gerade im Hinblick darauf, dass allgemeine Anregungen präzise Anweisungen enthalten und ausgearbeitete Entwürfe Rechtsetzungsaufträge erteilen dürfen, mutet ein unterschiedlicher Kontrollmassstab gestützt auf die offizielle Form der Initiative sachfremd an.⁷⁰

⁶⁷ BGE 136 I 241, 246 E. 1.1.2; 131 I 386, 389 f. E. 2.2; HILLER, 176.

⁶⁸ Z.B. St. Galler Kommentar BV-EHRENZELLER/NOBS, Art. 139 N 17.

⁶⁹ Vgl. auch SCHMID, ex ante 2016, 31, 39; GRIFFEL, NZZ 2015, 18.

⁷⁰ Vgl. zur Formvermischung TSCHANNEN, ZBl 2002, 2, 28 f.

V. Schlussgedanken

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass das Bundesgericht insbesondere mit Bezug auf unformulierte Initiativen als Hüterin einer rechtmässigen Implementierung wirkt und die beabsichtigten Rechtswirkungen im Zweifelsfall sicherzustellen vermag. Zwar hat die Beschwerde in Stimmrechtssachen lediglich kassatorische Wirkung und eine hinreichende Umsetzung durch ein Kantonsparlament lässt sich im Ergebnis auch gerichtlich nicht erzwingen.⁷¹ Zudem sind allgemeine Anregungen durch einen möglichen zweiten Urnengang potenziell mehrfach der Gefahr des Scheiterns ausgesetzt. Was die materielle Umsetzung ausgearbeiteter Initiativen anbelangt, verleiht hingegen eine klare Rechtsschutzlücke. Entsprechende gerichtliche Kontrollmechanismen fehlen bekanntermassen auch auf Bundesebene, wo ein Ausführungsgesetz aufgrund von Art. 190 BV auch dann anzuwenden ist, wenn es den Inhalt des neuen Verfassungsrechts übergeht oder relativiert und damit gegen Art. 34 Abs. 1 BV verstösst.⁷² Einzige Oppositionsmöglichkeit bleibt unter diesen Vorzeichen die Ergreifung des Referendums gegen das erlassene Ausführungsgesetz. Diese Ausgangslage treibt insbesondere Initiativkomitees auf Bundesebene dazu an, eidgenössische Initiativen detailliert auszuarbeiten und damit deren direkte Anwendbarkeit sicherzustellen bzw. eine parlamentarische Umsetzung zu umgehen.⁷³ Eine solche Entwicklung ist weder auf Bundes- noch auf kantonaler Ebene wünschenswert, und kann durch eine effektive gerichtliche Kontrolle der legislatorischen Umsetzungsweise auch bei formulierten (Verfassungs-)initiativen zumindest gehemmt werden. Um Sein oder Schein eines Initiativbegehrens daher nicht von der Form seiner Ausgestaltung abhängig zu machen, scheint es erstrebenswert, Initiativen unabhängig vom Bestimmtheitsgrad ihrer Formulierung einem vergleichbaren Rechtsschutz zu unterstellen.

Literaturverzeichnis

ABEGG ANDREAS, Ein parteiischer Kommentar zum Bundesgerichtsurteil «Kulturlandinitiative», AJP 2015, 1197

ATTINGER PATRIZIA, Die Rechtsprechung des Bundesgerichts zu kantonalen Volksinitiativen, Zürich 2016

AUER ANDREAS, Staatsrecht der Schweizerischen Kantone, Bern 2016

⁷¹ SCHMID, ex ante 2016, 31, 38; KÖLZ, ZBl 1982, 2, 42. Dem Urteil zur Kulturlandinitiative wurde durch den Zürcher Gesetzgeber allerdings nicht nur durch Erlass der verlangten Umsetzungsvorlage nachgekommen (vgl. oben, 8), gleichzeitig wurden auch Gesetzesrevisionen im Sinne des Urteils veranlasst, siehe KRB/ZH vom 26. Juni 2017.

⁷² WALDMANN, LeGes 2015, 521, 523; BSK BGG-STEINMANN, Art. 82 N 77.

⁷³ Vgl. WALDMANN, LeGes 2015, 521, 533; KLEY, LeGes 2015, 497, 514.

- BÄNZIGER, MENGIARDI, TOLLER & PARTNER (Hrsg.), Kommentar zur Verfassung des Kantons Graubünden, Chur 2006
- BAUMANN ROBERT, Die Umsetzung völkerrechtswidriger Volksinitiativen, ZBl 2010, 241
- BOLKENSTEYN ARUN, Le contrôle des normes, spécialement par les cours constitutionnelles cantonales, Bern 2014
- CARONI FLAVIA/VATTER ADRIAN, Vom Ventil zum Wahlkampfinstrument? Eine empirische Analyse zum Funktionswandel der Volksinitiative, LeGes 2016, 189
- CIRIGLIANO LUCA, Umsetzungsszenarien der Anti-Minarettinitiative, Jusletter vom 1. März 2010
- GRAF MARTIN/THELER CORNELIA/VON WYSS MORITZ (Hrsg.), Parlamentsrecht und Parlamentspraxis der Schweizerischen Bundesversammlung, Kommentar zum Parlamentsgesetz (ParlG) vom 13. Dezember 2002, Basel 2014
- GRIFFEL ALAIN, «Unbekannte Perle der Demokratie», NZZ vom 11. Juni 2015, 18
- GRISEL ETIENNE, Initiative et référendum populaires, 3. Aufl., Bern 2004
- HÄFELIN ULRICH/HALLER WALTER/KELLER HELEN/THURNHERR DANIELA, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 9. Aufl., Zürich 2016
- HÄNER ISABELLE/RÜSSLI MARKUS/SCHWARZENBACH EVI (Hrsg.), Kommentar zur Zürcher Kantonsverfassung, Zürich 2007
- HANGARTNER YVO, Unklarheiten bei Volksinitiativen – Bemerkungen aus Anlass des neuen Art. 121 Abs. 3 – 6 BV (Ausschaffungsinitiative), AJP 2011, 471
- HANGARTNER YVO/KLEY ANDREAS, Die demokratischen Rechte in Bund und Kantonen der Schweizerischen Eidgenossenschaft, Zürich 2000
- HILLER CHRISTOPH, Die Stimmrechtsbeschwerde, Zürich 1990
- KAUFMANN MATHIAS, Die unmittelbare Anwendbarkeit von Verfassungsnormen, Jusletter vom 16. Oktober 2017
- KIENER REGINA, Die Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten, in: TSCHANNEN PIERRE (Hrsg.), Neue Bundesrechtspflege: Auswirkungen der Totalrevision auf den kantonalen und eidgenössischen Rechtsschutz, Berner Tage für die juristische Praxis 2006, Bern 2007, 219
- KLEY ANDREAS, Die Umsetzung von Volksinitiativen aus politisch-historischer Sicht, LeGes 2015, 497
- KÖLZ ALFRED, Die kantonale Volksinitiative in der Rechtsprechung des Bundesgerichts, ZBl 1982, 2
- KÖLZ ALFRED/POLEDNA TOMAS, Die «Einheitsinitiative» – Ei des Kolumbus oder Trojanisches Pferd?, ZSR 1988 I, 1
- LINDER WOLF, Schweizerische Demokratie – Institutionen, Prozesse, Perspektiven, 3. Aufl., Bern 2012
- NIGGLI MARCEL ALEXANDER/UEBERSAX PETER/WIPRÄCHTIGER HANS, Basler Kommentar, Bundesgerichtsgesetz, 2. Aufl., Basel 2011
- NUSPLIGER KURT, Gerichtlicher Rechtsschutz und politische Rechte, in: HERZOG RUTH/FELLER RETO (Hrsg.), Bernische Verwaltungsgerichtsbarkeit in Geschichte und Gegenwart, Bern 2010, 437
- SCHMID EVELYNE, Umsetzungskriterien bei Volksinitiativen in Form einer allgemeinen Anregung: Nume nid gschprängt oder das Beispiel einer lange vergessenen Stadt-Berner Volksinitiative, ex ante 2016, 31

- SCHUBARTH MARTIN, «Vorschlag zum Problem der Umsetzung von Volksinitiativen», NZZ vom 16. April 2015, 21
- SCHUHMACHER CHRISTIAN, Bundesgericht, I. öffentlich-rechtliche Abteilung, 27. Mai 2015, 1C_312/2014, ZBl 2015, 425
- TÖNDURY ANDREA MARCEL, Bundesstaatliche Einheit und kantonale Demokratie – Die Gewährleistung der Kantonsverfassungen nach Art. 51 BV, Zürich 2004
- TORNAY BÉNÉDICTE, La démocratie directe saisie par le juge – L’empreinte de la jurisprudence sur les droits populaires en Suisse, Genf 2008
- TSCHANNEN PIERRE, Die Formen der Volksinitiative und die Einheit der Form, ZBl 2002, 2
- VATTER ADRIAN/STAUFFER BETTINA, «Vollzug ohne das Volk», NZZ vom 12. April 2012, 13
- WALDMANN BERNHARD, Die Umsetzung von Volksinitiativen aus rechtlicher Sicht, LeGes 2015, 521
- WALDMANN BERNHARD/BELSER EVA MARIA/EPINEY ASTRID (Hrsg.), Basler Kommentar zur Schweizerischen Bundesverfassung, Basel 2015
- WYSS MARTIN, Die Umsetzung von Volksinitiativen – Einführung in das Tagungsthema, LeGes 2015, 491

Materialienverzeichnis

- Antrag des Regierungsrates Zürich vom 19. Juni 2013 zum Beschluss des Kantonsrates über die Kantonale Volksinitiative zum Erhalt der landwirtschaftlich und ökologisch wertvollen Flächen (Kulturlandinitiative), Umsetzung; Planungs- und Baugesetz, Änderung, Antrag an den Kantonsrat, RRB-Nr. 708, Vorlage 4833b, Amtsblatt des Kantons Zürich vom 5. Juli 2013 (zit. RRB/ZH vom 19. Juni 2013)
- Beschluss der Geschäftsleitung des Kantonsrates vom 3. März 2016 über das fakultative Referendum (Planungs- und Baugesetz [Umsetzung der Kulturlandinitiative]); Zustandekommen; Vorlage 4833, Amtsblatt des Kantons Zürich Nr. 10 vom 11. März 2016 (zit. Beschluss Geschäftsleitung KR/ZH vom 3. März 2016)
- Beschluss des Kantonsrates vom 26. Juni 2017 über die Änderung des Gesetzes über die politischen Rechte (GPR) (Behandlungspflicht von Umsetzungsvorlagen zu Volksinitiativen in der Form der allgemeinen Anregung), KR-Nr. 317/2016, Amtsblatt des Kantons Zürich Nr. 27 vom 7. Juli 2017 (zit. KRB/ZH vom 26. Juni 2017)
- Beschluss des Kantonsrates vom 29. Februar 2016 über die kantonale Volksinitiative zum Erhalt der landwirtschaftlich und ökologisch wertvollen Flächen (Kulturlandinitiative), KR-Nr. 4833/2011, Amtsblatt des Kantons Zürich Nr. 10 vom 11. März 2016 (zit. KRB/ZH vom 29. Februar 2016)
- Beschluss des Kantonsrates vom 19. Mai 2014 über die kantonale Volksinitiative zum Erhalt der landwirtschaftlich und ökologisch wertvollen Flächen (Kulturlandinitiative), KR-Nr. 4833/2011, Amtsblatt des Kantons Zürich Nr. 23 vom 6. Juni 2014 (zit. KRB/ZH vom 19. Mai 2014)
- Botschaft über die Gewährleistung der geänderten Verfassungen der Kantone Glarus, Appenzell Innerrhoden, Aargau und Genf vom 18. Februar 2009, BBl. 2009, 1191
- Protokoll des Zürcher Kantonsrates, 42. Sitzung vom Montag 29. Februar 2016 (Vormittag), 2699 ff.

Die Verkleinerung überdimensionierter Bauzonen in der Vollzugskrise

*Renata Trajkova**

Inhaltsübersicht

I. Einleitung	49
II. Rechtliche Rahmenbedingungen	51
III. Ursachen der gegenwärtigen Vollzugskrise	54
A. Grosser Spielraum bei der Ermittlung des Bauzonenbedarfs	54
1. Grundsätzliches zur Berechnung	54
2. Technische Richtlinien Bauzonen	55
B. Materielle Enteignung als Hindernis	57
1. Vorbemerkungen	57
2. Auszonungen als materielle Enteignungen	58
3. Unterscheidung Auszonung/Nichteinzonung	59
4. Die Entschädigungsproblematik	60
a. Mangelnde Vorhersehbarkeit	60
b. Fehlender Ausgleich	61
C. Keine Sanktionen für den Nichtvollzug?	62
IV. Folgerungen zur Steuerungskraft des Raumplanungsrechts	64
A. Zweifel und Erwartungen	64
B. Konflikt Raumplanung und Eigentumsgarantie	66
V. Gesamtwürdigung	67
Literaturverzeichnis	68
Materialienverzeichnis	69

I. Einleitung

Das Raumplanungsgesetz (RPG) hat seit seiner Entstehung mit dem Vorwurf zu kämpfen, es sei in vielen Bereichen unzulänglich oder gar nicht vollzogen.¹ Obwohl

* Ich danke meinem Mentor, Prof. Dr. iur. Alain Griffel, herzlich für seine wertvollen Hinweise und kritischen Anregungen. Mein Dank geht zudem an die Herausgebenden, Prof. Dr. iur. Damiano Canapa, RA LL.M. sowie Nicola Müller, MLaw, für ihre hilfreichen Bemerkungen im Rahmen der Überarbeitung.

¹ Vgl. BERTSCHI, Rz. 30; SCHÜRMAN, in: Mensch und Umwelt, 66 ff.; BSK BV-GRIFFEL, Art. 75 N. 11 ff., 38 ff.; RUCH, in: ZUFFEREY/WALDMANN, 1, 4, 7; WALDMANN, 225 ff.

es laufend revidiert wird (1995², 1998³, 2007⁴, 2012⁵, 2013⁶, 2014⁷)⁸, vermag es streckenweise nicht die gewünschten Erfolge zu erzielen.⁹ In der Raumplanung sind im Gegensatz zu den meisten anderen Rechtsgebieten die Vollzugsdefizite nicht nur spürbar, sondern auch sichtbar. «Drängende Probleme» wie die voranschreitende Zersiedelung und der Kulturlandverlust¹⁰ prägen das Landschaftsbild der Schweiz deutlich. Dabei wären die rechtlichen Rahmenbedingungen klar: Schon die Bundesverfassung nennt in Art. 75 Abs. 1 Satz 2 als Ziele der Raumplanung die zweckmässige und haushälterische (d.h. nachhaltige) Nutzung des Bodens sowie die geordnete Besiedlung des Landes. Damit soll vor allem die grossflächige, unstrukturierte und überwiegend unkontrollierte Überbauung der Landschaft verhindert werden.¹¹

Dreh- und Angelpunkt für die heutige Verwirklichung einer geordneten Besiedlung stellt der Umgang mit überdimensionierten Bauzonen dar.¹² Überdimensioniert sind Bauzonen dann, wenn sie nicht den Anforderungen von Art. 15 RPG und den übrigen Planungsgrundsätzen entsprechen; insbesondere wenn sie den Bedarf an Bauland für die nächsten 15 Jahre überschreiten (Art. 15 Abs. 1 RPG).¹³ Solche Bauzonen waren und sind nach ständiger bundesgerichtlicher Rechtsprechung gesetzeswidrig.¹⁴ Sie sind seit der Revision des RPG 2012 gemäss Art. 15 Abs. 2 RPG ausdrücklich zu reduzieren.¹⁵ Diese Bestimmung entspricht dem schon seit 1980 geltenden Recht.¹⁶ Und dennoch sind in der Schweiz zwischen 28'000 und 43'000 von etwa 228'000 Hektaren Bauland – also ca. 12–19 Prozent – noch nicht überbaut (und damit klar überdimensioniert).¹⁷ Besonders in peripheren Regionen sind die Bauzonen überdimensioniert. Dabei ist der Anteil an unüberbauten Bauzonen in städtischen Kantonen

² AS 1996, 965.

³ AS 2000, 2042.

⁴ AS 2007, 3637.

⁵ AS 2012, 5535.

⁶ AS 2014, 905.

⁷ AS 2014, 899.

⁸ Eine weitere Teilrevision (RPG 2. Etappe) befindet sich seit dem 21. Juni 2017 in der Vernehmlassung, vgl. Revision Raumplanungsgesetz (RPG 2) <<https://www.are.admin.ch/are/de/home/raumentwicklung-und-raumplanung/raumplanungsrecht/revision-des-raumplanungsgesetzes--rpg-/rpg2.html>> (22.05.2017).

⁹ Statt vieler GRIFFEL, Raumplanungs- und Baurecht, 20 ff.

¹⁰ Vgl. Bot. RPG 2012, BBl. 2010, 1049, 1052; RUCH, in: ZUFFEREY/WALDMANN, 1, 2.

¹¹ BSK BV-GRIFFEL, Art. 75 N. 20; ausführlich zum Begriff der Zersiedelung aus sozioökonomischer Perspektive WEILENMANN, SREJ 2016, 12, 13 f.

¹² Vgl. zur Dimensionierung als eine Hauptaufgabe der Raumplanung BERTSCHI, Rz. 1.

¹³ SHK-WALDMANN/HÄNNI, Art. 5 RPG N 38; GRIFFEL, Raumplanungs- und Baurecht, 49; vgl. BGE 136 II 204, 212, E. 7.1.

¹⁴ BGE 140 II 25, 31 E. 4.3; 136 II 204, 211 E. 7; 117 Ia 302, 307 E. 4b; 116 Ia 221, 231 E. 3b.

¹⁵ Eingefügt mit der Revision vom 15. Juni 2012, in Kraft seit 1. Mai 2014 (AS 2014, 899; BBl. 2010, 1049).

¹⁶ Dazu sogleich unter II.

¹⁷ ARE, Bauzonenstatistik, 23.

tendenziell kleiner als in ländlichen Kantonen. Während etwa im Kanton Basel-Stadt nur drei bis sechs Prozent unüberbaut sind, liegt der Anteil im Kanton Wallis bei 24 bis 35 Prozent.¹⁸

Überdimensionierte Bauzonen führen insbesondere dazu, dass nicht dort gebaut wird, wo dies erwünscht wäre (zentrale Lage, gut erschlossen), sondern an peripheren Lagen, bei denen es sich «zufällig» (aber planerisch unerwünscht) um Bauzonen handelt. Dazu verursachen sie hohen Bodenverbrauch und steigende Erschliessungskosten für solche Gebiete.¹⁹ In Gemeinden mit mehr Baulandreserven liegen die Bodenpreise in der Regel tiefer als in solchen mit wenigen. Dies wiederum führt zu einer Steigerung des Suburbanisierungsprozesses und fördert, dass der Agglomerationsgürtel und die Zersiedelung innerhalb zu grosser Bauzonen vorangetrieben wird.²⁰

Die raumplanerisch notwendige Verkleinerung überdimensionierter Bauzonen steckt indes in einer tiefen Vollzugskrise. Der vorliegende Beitrag wirft einen Blick auf mögliche Ursachen dieser Vollzugskrise und thematisiert in diesem Zusammenhang auch die neuen Technischen Richtlinien Bauzonen für die Baugrössenermittlung. Einen Schwerpunkt bildet die Bedeutung der Entschädigung aus materieller Enteignung im Zusammenhang mit Auszonungen. Angesprochen werden auch mögliche Durchsetzungsmechanismen der Redimensionierungsverpflichtung. Die darauffolgenden Ausführungen sollen eine allgemeinere Diskussion öffnen, indem die Frage aufgeworfen wird, wie gross die Steuerungskraft des Raumplanungsrechts im Hinblick auf die Redimensionierung ist. Wie viel davon ist «Sein» und was ist nur «Schein»? In Anbetracht des Beitragsumfangs beschränkt sich die Darstellung dabei auf punktuelle Hinweise.

II. Rechtliche Rahmenbedingungen

Schon im Jahr 1972 erklärte das Bundesgericht, dass die Verkleinerung von zu grossen Bauzonen im öffentlichen Interesse liege.²¹ Präzisierend wurde in einem Leitescheid von 1977 aufgezeigt, dass eine zu grosse Bauzone vorliege, wenn mehr Land eingezont worden sei, als zur Deckung des voraussichtlichen Baulandbedarfs innerhalb der nächsten 10 bis 15 Jahre erforderlich sei. Dies ergab sich aus dem damals geltenden Art. 5 Abs. 1 WEG sowie aus dem ersten, in der Referendumsabstimmung

¹⁸ ARE, Bauzonenstatistik, 26.

¹⁹ Vgl. UVEK, Faktenblatt, <<https://www.uvek.admin.ch/dam/uvek/de/dokumente/raumentwicklung/bauzonen.pdf.download.pdf/bauzonen.pdf>> (20.7.2017).

²⁰ WALDMANN, Raum, 226.

²¹ BGE 98 Ia 374, 377 E. 5.

indes verworfenen RPG von 1974.²² Nach dem Inkrafttreten des RPG am 1. Januar 1980 führte das Bundesgericht weiter aus, dass zur Verwirklichung raumplanerischer Ziele (wie etwa der Reduktion der Zersiedelung) eine Redimensionierung zu grosser Bauzonen stattfinden müsse.²³ Die Gemeinden seien zu einer Auszonung nicht benötigter Bauzonenflächen verpflichtet.²⁴ Die Gesetzeswidrigkeit von überdimensionierten Bauzonen wurde zur ständigen Rechtsprechung.²⁵

Nach fast 30 Jahren überwiegendem Nichtvollzug durch die Kantone schuf der Bundesgesetzgeber mit der Teilrevision vom 15. Juni 2012 präzisierende Bestimmungen zur Begrenzung des Siedlungsgebiets und in Art. 38a RPG ein strenges Übergangsregime.²⁶ Diese Teilrevision war der indirekte Gegenvorschlag zur Eidgenössischen Volksinitiative «Raum für Mensch und Natur (Landschaftsinitiative)»²⁷ und wurde in der Referendumsabstimmung²⁸ vom 3. März 2013 mit einem Ja-Stimmenanteil von 62,9%²⁹ deutlich angenommen.³⁰ Massgebend ist seitdem Art. 15 RPG, der die Voraussetzungen für die Ausscheidung neuer Bauzonen gegenüber dem alten Recht verschärfte.³¹ Geschaffen wurde ein mit den kantonalen Richtplänen verbundenes System³², indem darin nunmehr aufgezeigt werden muss, wie die Anforderungen von Art. 15 RPG eingehalten werden sollen (Art 8a Abs. 1 lit. d RPG) und welche Massnahmen gegebenenfalls zur Redimensionierung der Bauzonen getroffen werden. Den Kantonen wurde bis zum 30. April 2019 eine Frist gesetzt, um ihre Richtpläne nach Art. 8 und Art. 8a RPG anzupassen (Art. 38a Abs. 1 RPG). Im Rahmen dieser Frist gilt ein kantonales Bauzonenmoratorium (mit Möglichkeit der Flächenkompensation). Sollte nach Ablauf der Frist kein genehmigter Richtplan vorliegen, so ist die Ausscheidung neuer Bauzonen nach Art. 38a Abs. 3 RPG unzulässig.³³ Art. 15 Abs. 2 RPG, der die Redimensionierungspflicht statuiert, wurde im Rahmen der parlamentarischen Beratungen durch den Ständerat eingefügt.³⁴ Damit wurde die ständige Rechtsprechung des Bundesgerichts im Gesetzestext verankert, allerdings ohne

²² BGE 103 Ia 250, 252 E. 2b.

²³ BGE 113 Ia 444, 447 E. 2b.

²⁴ BGE 111 Ia 17, 22 E. 2d; 115 Ia 384, 386 f. E. 4a.

²⁵ BGE 140 II 25, 31 E. 4.3; 136 II 204, 211E. 7; 117 Ia 302, 307E. 4b; 116 Ia 221, 231 E. 3b; BERTSCHI, Rz. 28; vgl. HÄNNI, 245, 246.

²⁶ Ausführlich dazu GRIFFEL, Raumplanungs- und Baurecht, 55 ff.; PraKomm-AEMISEGGER/KISSLING, Art. 15a RPG N 1 ff.

²⁷ AS 2014, 899.

²⁸ Zustandekommen Referendum gegen die Änderung vom 15. Juni 2012 des Bundesgesetzes über die Raumplanung (Raumplanungsgesetz, RPG), BBl 2012, 8527, 8527.

²⁹ Vgl. alle Resultate <<https://www.admin.ch/ch/d/pore/va/20130303/can569.html>> (21.08.17).

³⁰ Erwerbungsbeschluss, BBl 2013, 3129, 3129.

³¹ PraKomm-AEMISEGGER/KISSLING, Art. 15 N 2.

³² Vgl. zur zentralen Funktion des kantonalen Richtplan in diesem System PraKomm-AEMISEGGER/KISSLING, Art. 15 N 3.

³³ Ausführlich GRIFFEL, Raumplanungs- und Baurecht, 56 f.

³⁴ Bot. RPG 2012, BBl. 2010, 1049, 1061; Amt. Bull. Ständerat 2012, 133 ff.

materielle Änderung.³⁵ Konkretisiert wird Art. 15 RPG durch die am 2. April 2014 revidierte Raumplanungsverordnung und durch die «Technischen Richtlinien Bauzonen» für die Bestimmung der Bauzonengrösse³⁶.

Neu eingeführt wurde auch Art. 15a RPG, der die Kantone verpflichtet, alle notwendigen Massnahmen zu treffen, um die Verfügbarkeit des Baulands sicherzustellen. Solche Massnahmen sind wichtig, weil insbesondere Baulandhortung ein Problem darstellt. So betrachten manche Grundeigentümer ihr nicht überbautes Grundstück als zukünftige Wertanlage oder haben eine emotionale Verbundenheit damit. Bestimmte Grundstücke können so nicht mehr zonenkonform genutzt werden, weil sie gehortet und nicht überbaut werden. Dies hat unter anderem zur Folge, dass manche Gemeinden trotz grosser Baulandreserven über wenig überbaubares Bauland verfügen.³⁷ Die Kantone sind in der Wahl der konkreten Massnahmen zur Sicherstellung der Verfügbarkeit des Baulands frei (Abs. 1). Abs. 2 statuiert aber einen klaren Auftrag an die Kantone, eine Bauverpflichtung sowie Fristen und Sanktionen einzuführen.³⁸

Schliesslich ist der Bundesgesetzgeber auch in Sachen Mehrwertausgleich tätig geworden. Mit der RPG-Revision von 2012 verschärfte das Parlament, gestützt auf einen Vorschlag der BPUK, die seit 30 Jahren bestehende (aber überwiegend nicht vollzogene) Verpflichtung, planungsbedingte Mehrwerte auszugleichen, mit einer Sanktion. Die Kantone müssen bis zum 30. April 2019 (fünf Jahre seit dem Inkrafttreten der RPG-Revision von 2012) eine entsprechende Regelung erlassen (Art. 38a Abs. 4 RPG). Ansonsten ist nach Ablauf der Frist die Ausscheidung neuer Bauzonen gemäss Art. 38a Abs. 5 RPG unzulässig.

Auf bundesgesetzlicher Ebene geschah somit einiges; manifestiert hat sich das Bewusstsein, dass ein strengeres Regime im Umgang mit Bauzonen notwendig ist. Die Teilrevision des RPG vom 15. Juni 2012 hatte demnach insbesondere zum Ziel, der Zersiedelung durch die Verkleinerung überdimensionierter Bauzonen und die Optimierung der Lage der Bauzonen entgegenzuwirken.³⁹ Trotzdem besteht im Hinblick auf die Redimensionierung überdimensionierter Bauzonen weiterhin ein Vollzugsdefizit, dessen Ursachen im Nachfolgenden etwas näher betrachtet werden.

³⁵ THURNHERR, in: ZUFFEREY/WALDMANN, 219, 223; PraKomm-AEMISEGGER/KISLING, Art. 15 RPG N 57, GRIFFEL, Raumplanungs- und Baurecht, 49.

³⁶ Beschlossen von der Schweizerischen Bau-, Planungs- und Umweltdirektorenkonferenz (BPUK) am 7. März 2014 und vom Eidgenössischen Departement für Umwelt, Verkehr, Energie und Kommunikation (UVEK) am 17. März 2014, vgl. III.A.2.

³⁷ PraKomm-AEMISEGGER/KISLING, Art. 15a RPG N. 18 f.

³⁸ PraKomm-AEMISEGGER/KISLING, Art. 15a RPG N 8; vgl. BGer 1C_222/2016 vom 5. Juli 2017 (BGE-Publikation); ferner zum Problem der Baulandhortung und möglichen Massnahmen AEMISEGGER/KISLING, Art. 15a RPG N. 18 f.

³⁹ Bot. RPG 2012, BBl 2010, 1049, 1050; vgl. GRIFFEL, Raumplanungs- und Baurecht, 9; RUCH, in: ZUFFEREY/WALDMANN, 1, 4 f.

III. Ursachen der gegenwärtigen Vollzugskrise

A. Grosser Spielraum bei der Ermittlung des Bauzonenbedarfs

1. Grundsätzliches zur Berechnung

Die Problematik überdimensionierter Bauzonen beginnt bereits damit, dass es nicht einfach ist, festzustellen, wo sie zu verorten sind. Grundsätzlich können überdimensionierte Bauzonen identifiziert werden, indem der voraussichtlicher Baulandbedarf für die nächsten 15 Jahre und den Bauzonenreserven gegenübergestellt wird.⁴⁰ Allein aber schon die Ermittlung der Bauzonenreserven und des Baulandbedarfs für die nächsten 15 Jahre ist eine schwierige Angelegenheit, da keine exakte mathematische Formel dafür existiert. Vielmehr müssen die unterschiedlichsten Faktoren berücksichtigt werden.⁴¹

Art. 30a RPV enthält eine Regelung zur Bauzonenbedarfsermittlung im gesamten Kanton. Es wird zwischen Wohn-, Misch- und Zentrumszonen (Abs. 1) sowie Arbeitszonen (Abs. 2) unterschieden. Massgebend sind der reale Wert der Bauzonenbeanspruchung und der Median, verstanden als Wert, der von der Hälfte aller Gemeinden eines bestimmten Typs erreicht wird.⁴² Für Arbeitszonen wird vorausgesetzt, dass der Kanton eine Arbeitszonenbewirtschaftung einführt, die den entsprechenden Bedarf ausweisen kann.⁴³

Art. 5a Abs. 1 RPV bestimmt, dass der Kanton im Richtplan vorsehen muss, von welcher Entwicklung der Wohnbevölkerung und der Beschäftigten er zur Ermittlung seines Bauzonenbedarfes ausgeht. Das Wachstumsszenario für die Bevölkerung und die Beschäftigten wird durch den Kanton festgelegt.⁴⁴ Art. 30a RPV ist mit Art. 5a Abs. 2 RPV verknüpft, der es den Kantonen erlaubt, im Richtplan zur Ermittlung ihres Bauzonenbedarfs Wachstumsannahmen zu treffen.⁴⁵ Hinsichtlich der Vertei-

⁴⁰ THURNHERR, in: ZUFFEREY/WALDMANN, 219, 224; PraKomm-AEMISSEGGGER/KISLING, Art. 15 RPG N 58.

⁴¹ BÜHLMANN, Rückzonungen, 3; zur Problematik noch unter altem Recht SHK-WALDMANN/HÄNNI, Art. 15 RPG N 29 f.

⁴² UVEK/BPUK, Technische Richtlinien Bauzonen, 4–9; ARE, Erläuternder Bericht RPV-Revision 2014, 4–6, 11 f.; GRIFFEL, Raumplanungs- und Baurecht, 54.

⁴³ UVEK/BPUK, Technische Richtlinien Bauzonen, 10; GRIFFEL, Raumplanungs- und Baurecht, 54.

⁴⁴ UVEK/BPUK, Technische Richtlinien Bauzonen, 7, Fn. (10); vgl. Kantonale Szenarien BFS, <<https://www.bfs.admin.ch/bfs/de/home/statistiken/bevoelkerung/zukuenftige-entwicklung/kantonale-szenarien.html>> (22.07.2017).

⁴⁵ PraKomm-AEMISSEGGGER/KISLING, Art. 15 RPG N 127.

lung innerhalb des Kantons können die Kantone weiterhin ihre Berechnungsmethode wählen.⁴⁶

2. Technische Richtlinien Bauzonen

Für die Frage, wo und wie viel Bauland «rückgezont» werden muss, also auch für die Bestimmung der Bauzonengrösse, sind die «Technischen Richtlinien Bauzonen» relevant.⁴⁷ Sie wurden in der Form von Richtlinien erlassen, also weder auf Gesetzes- noch Verordnungsstufe.⁴⁸ Die Technischen Richtlinien stützen sich auf die Delegationsnorm in Art. 15 Abs. 5 RPG, welche vorsieht, dass Bund und Kantone zusammen technische Richtlinien für die Zuweisung von Land zu den Bauzonen erarbeiten. Sie sind somit in gemeinsamer Verantwortung erlassen worden.⁴⁹

Die Technischen Richtlinien liefern ausführliche Informationen zur Vorgehensweise für die Ermittlung überdimensionierter Bauzonen:⁵⁰

- Die Kantone müssen ihre kantonale Kapazität und Auslastung berechnen. Die kantonale Kapazität ergibt sich aus der Bauzonenfläche (je pro Zonentyp pro Gemeinde) sowie der massgeblichen Bauzonenflächenbeanspruchung (ebenfalls je pro Zonentyp pro Gemeinde).
- Die Kapazitäten der überbauten und der unüberbauten Bauzonen werden in allen Gemeinden des Kantons zusammengezählt.
- Danach folgt die Berechnung der in 15 Jahren erwarteten Einwohnerinnen und Einwohner und der zum gleichen Zeitpunkt erwarteten Beschäftigten in den Wohn-, Misch- und Zentrumszonen gemäss aktuellen Zahlen und prozentualem Wachstum nach dem gewählten Szenario. Nimmt ein Kanton ein stärkeres Wachstum an, als dies das hohe Szenario⁵¹ des BFS vorsieht, so kann er ein entsprechendes Eventualszenario in den Richtplan aufnehmen (vgl. Art. 5a Abs. 2 RPV). In dem Mass, in dem das Wachstum tatsächlich höher ist, kann der Kanton gemäss dem entsprechenden Szenario zusätzliche Bauzonen ausscheiden, ohne den Richtplan anpassen und dafür die Genehmigung einholen zu müssen.

⁴⁶ UVEK/BPUK, Technische Richtlinien Bauzonen, 3; ARE, Erläuternder Bericht, RPV-Revision 2014, 11.

⁴⁷ PraKomm-AEMISEGGER/KISLING, Art. 15 RPG N 122.

⁴⁸ Zur Rechtsnatur PraKomm-AEMISEGGER/KISLING, Art. 15 RPG N 131; kritisch zur Hierarchiestufe RUCH, in: ZUFFEREY/WALDMANN, 1, 13; GRIFFEL, Raumplanungs- und Baurecht, 55 f.

⁴⁹ Bot. RPG 2012, BBl. 2010, 1049, 1074; PraKomm-AEMISEGGER/KISLING, Art. 15 RPG N 131.

⁵⁰ Zum Ganzen UVEK/BPUK, Technische Richtlinien Bauzonen, 7 f. Ausführlich: PraKomm-AEMISEGGER/KISLING, Art. 15 RPG N 124 ff.

⁵¹ Das «hohe» Szenario stützt sich auf Hypothesen, die das Bevölkerungswachstum begünstigen, während das «tiefe» Szenario Hypothesen kombiniert, die dem Bevölkerungswachstum weniger förderlich sind, vgl. Schweiz Szenarien, <<https://www.bfs.admin.ch/bfs/de/home/statistiken/bevoelkerung/zukuenftige-entwicklung/schweiz-szenarien.html>> (18.9.2017).

- Schliesslich muss die kantonale Auslastung ermittelt werden. Diese ergibt sich aus dem Quotienten der erwarteten Einwohnerinnen und Einwohner und Beschäftigten einerseits und der berechneten kantonalen Kapazität andererseits. Kommt man zum Schluss, dass die in 15 Jahren erwartete Auslastung unter 100 Prozent liegt, so sind diese Zonen im entsprechenden Kanton überdimensioniert.
- Erwähnt sei noch, dass innere Nutzungsreserven erst nach 45 Jahren (drei mal 15 Jahre; drei Nutzungsplanungsperioden) voll angerechnet werden müssen; anfangs nur zu einem Drittel.⁵² Zweifelhaft ist, inwiefern dies mit Art. 15 Abs. 4 lit. b RPG, der eine konsequente Mobilisierung der inneren Nutzungsreserven verlangt, vereinbar ist.⁵³

Mit den Technischen Richtlinien sollten die bisherige Methodenvielfalt und die divergierenden kantonalen Praxen zur Bauzonendimensionierung vereinheitlicht werden;⁵⁴ sie sind daher als «grösster gemeinsamer Nenner» zu verstehen.⁵⁵ Mittels erhöhter Wachstumsannahmen und einer Frist von 45 Jahren zur Ausschöpfung der Nutzungsreserven, eröffnen sie den Kantonen allerdings einen grossen Spielraum für die Berechnung.⁵⁶ Sie werden deshalb m.E. in der Literatur zu Recht kritisiert.⁵⁷ Insbesondere der Umstand, dass die Kantone das hohe Szenario ohne besondere Rechtfertigung wählen können, erweist sich mit Blick auf Gemeinden mit offensichtlich überdimensionierten Bauzonen als heikel. Dem Wunsch nach einer solchen Vereinheitlichung kann mit den Technischen Richtlinien, wenn überhaupt, nur bedingt entsprochen werden. Denn die Richtlinien fördern – durch den an sich legitimen Zweck, den verschiedenen Bedürfnissen der Kantone Rechnung zu tragen – letztlich eine verzerrte Darstellung des tatsächlichen Bestands an überdimensionierten Bauzonen (durch die rechnerische Erhöhung ihres Bedarfs).⁵⁸ Dabei sollte den Kantonen aber nicht von vornherein ein mangelnder Vollzugswille unterstellt werden. Verschiedenen zur Verfügung gestellten Szenarien für die (komplexe) Berechnung sind substantielle Unterschiede inhärent. Der Begriff «überdimensionierte Bauzonen» ist damit keine Einheit, sondern das Produkt verschiedener verwendeter Berechnungsmethoden, die jeweils mehr oder weniger Spielraum zulassen.

⁵² UVEK/BPUK, Technische Richtlinien Bauzonen, 6 f.; GRIFFEL, Raumplanungs- und Baurecht, 58.

⁵³ Vgl. Hinweis bei GRIFFEL, Raumplanungs- und Baurecht, 55 f.

⁵⁴ Bot. RPG 2012, BBl. 2010, 1049, 1074 f.; UVEK/BPUK, Technische Richtlinien Bauzonen, 3; vgl. FLÜCKIGER, in: ZUFFEREY/WALDMANN, 55, 162 f.

⁵⁵ PraKomm-AEMISEGGER/KISLING, Art. 15 RPG N 121; BÜHLMANN, Rückzonungen, 3.

⁵⁶ PraKomm-AEMISEGGER/KISLING, Art. 15 RPG N 120.

⁵⁷ GRIFFEL, Raumplanungs- und Baurecht, 58 f.; FLÜCKIGER, 81 ff.; THURNHERR, in: ZUFFEREY/WALDMANN 219, 224 f., 233f.; HÄNNI, 162; BÜHLMANN, Rückzonungen, 4 (zurückhaltend).

⁵⁸ GRIFFEL, Raumplanungs- und Baurecht, 58.

Nicht unerwähnt bleiben kann sodann die hohe Technizität der Richtlinien, die Juristinnen und Juristen wohl Verständnisschwierigkeiten bereiten dürfte.⁵⁹ Dies gilt nicht nur für die Rechtsanwendung, sondern auch für die Kontrolle. Der Nachweis einer falschen Berechnung dürfte sich bei all den technischen Feinheiten und zulässigen Abweichungsmöglichkeiten als schwierig erweisen.

Fraglich ist, inwiefern der Vollzug durch die Einführung der Technischen Richtlinien erleichtert werden kann. Nicht in wenigen Fällen wird nämlich ein an sich faktisch notwendiges Redimensionierungsverfahren bereits in diesem Stadium scheitern resp. gar nicht erst zustande kommen.

Die Technischen Richtlinien sind letztlich das Aushandlungsergebnis zwischen Parteien mit divergierenden Interessen.⁶⁰ Eingeräumt werden muss, dass immerhin der Wille bestand, mit der einheitlichen Festsetzung wesentlicher Parameter (so wie in den Technischen Richtlinien beschrieben) den Weg in Richtung eines verbesserten Vollzugs einzuschlagen. Doch gerade hier wäre es nötig gewesen, auf individuelle Präferenzen zugunsten einer einheitlichen Lösung zu verzichten. Denn die Zugeständnisse an die Kantone ergehen auf Kosten einer raumplanerisch notwendigen Redimensionierung.

B. Materielle Enteignung als Hindernis

1. Vorbemerkungen

Neben der Ermittlung des Bestands der überdimensionierten Bauzonen ist die Frage nach den Reduktionsmassnahmen von grösster Bedeutung. Die Reduktion von überdimensionierten Bauzonen kann auf unterschiedliche Arten erfolgen. Im Entscheid über die Vorgehensweise sind die Kantone und Gemeinden grundsätzlich frei.⁶¹ In der Regel erfolgt Redimensionierung aber durch eine Rückzonung.⁶²

Unter Rückzonung wird grundsätzlich die Zuweisung eines nach Bundesrecht rechtmässig in der Bauzone liegenden Grundstücks zu einer Nichtbauzone verstanden. Verwendet wird häufig der Begriff Auszonung, wobei dieser aus planerischer Sicht unzutreffend ist, da grundsätzlich nur die Umzonung in eine andere Zone erfolgt.⁶³ Der Begriff «Auszonung» hat sich aber so stark etabliert, dass er – um Konfusionen zu vermeiden – auch im Nachfolgenden verwendet wird.

⁵⁹ GRIFFEL, Raumplanungs- und Baurecht, 56.

⁶⁰ PraKomm-AEMISEGGER/KISLING, Art. 15 RPG N 121.

⁶¹ PraKomm-AEMISEGGER/KISLING, Art. 15 RPG N 62.

⁶² PraKomm-AEMISEGGER/KISLING, Art. 15 RPG N 63.

⁶³ GOSSWEILER, Rz. 558 Fn. 2226.

Auszonungen können aber auch unzweckmässig sein. Das trifft besonders dann zu, wenn sich die zur Auszonung vorgesehene Fläche für eine Überbauung gerade eignet. Zu beachten sind hier vor allem der Siedlungszusammenhang und die Erschliessungssituation.⁶⁴ In Gebieten mit grösseren unüberbauten Bauzonen ist dagegen eine Auszonung umso wichtiger, um eine weitere Zersiedelung zu verhindern.⁶⁵

2. Auszonungen als materielle Enteignungen

Soll eine Auszonung veranlasst werden, besteht eine erste Schwierigkeit darin, zu qualifizieren, welche rechtlichen Folgen der staatliche Eingriff nach sich zieht. Es stellt sich insbesondere die Frage nach dem Vorliegen eines Falles der materiellen Enteignung (Art. 26 Abs. 2 BV).

Die materielle Enteignung wird in keinem Gesetz definiert. Sie ist das Ergebnis bundesgerichtlicher Rechtsprechung, welche dieses Institut geschaffen und ständig weiterentwickelt hat.⁶⁶ Das Vorliegen einer materiellen Enteignung ist dann zu bejahen (erste Konstellation), wenn eine staatliche Massnahme zu einer schwerwiegenden Einschränkung des bisherigen oder des künftigen Gebrauchs einer Sache führt, wobei in letzterem Fall weiter vorausgesetzt wird, dass sich die Nutzung mit hoher Wahrscheinlichkeit in naher Zukunft hätte verwirklichen lassen können (sogenannte Barret-Formel seit 1965).⁶⁷ Es muss ein besonders schwerer Eingriff in das Eigentum des Betroffenen vorliegen. Dabei wird auf die Intensität und Dauer sowie das Ausmass der wirtschaftlichen Beeinträchtigung im Einzelfall abgestellt. Ein schwerer Eingriff wird nur bejaht, wenn eine wesentliche, aus dem Eigentum fliessende Befugnis wie etwa die Überbaumöglichkeit vollständig aufgehoben wird.⁶⁸

Da von einer Redimensionierung ausschliesslich unüberbaute Grundstücke betroffen sind, gilt es sodann zu beachten, dass die künftige Nutzung nur dann relevant ist, wenn im Zeitpunkt der Einschränkung anzunehmen war, diese Möglichkeit «hätte sich mit hoher Wahrscheinlichkeit in naher Zukunft verwirklichen lassen.»⁶⁹ Diese Realisierungswahrscheinlichkeit wird im Einzelfall anhand aller rechtlichen und tatsächlichen Gegebenheiten geprüft.⁷⁰ Entscheidend sind Faktoren wie der Stand der

⁶⁴ Vgl. mit anderer Begründung BÜHLMANN, Rückzonungen, 4.

⁶⁵ BÜHLMANN, Rückzonungen, 4.

⁶⁶ WALDMANN, in: BIAGGINI/HÄNER/SAXER/SCHOTT, Rz. 27.6; GOSSWEILER, Rz. 548; grundlegend RIVA, 18 ff.

⁶⁷ BGE 91 I 329, 338 E. 3, seitdem ständige Rechtsprechung vgl. BGE 131 II 728, 730 E. 2. m.w.H. GRIFFEL, Allgemeines Verwaltungsrecht, Rz. 441.

⁶⁸ BGE 123 II 481, 489 E. 6d; WALDMANN, in: BIAGGINI/HÄNER/SAXER/SCHOTT, Rz. 27.14; GRIFFEL, Allgemeines Verwaltungsrecht, Rz. 442, 444.

⁶⁹ Statt vieler BGE 132 II 218, 222 E. 2.3.4.

⁷⁰ BGE 131 II 72, 77 E. 3.3; 122 II 326, 330 f. E. 5b; 122 II 455, 458 E. 4c.

kommunalen und kantonalen Planung, die Lage und Beschaffenheit des Grundstücks, die Erschliessungsverhältnisse sowie die bauliche Entwicklung in der Umgebung.⁷¹

Als zweite Konstellation wurde der Sonderopfertatbestand entwickelt. Ein Sonderopfer liegt dann vor, wenn einzelne Personen so betroffen sind, dass ihr Opfer der Allgemeinheit gegenüber unzumutbar wirkt und es mit der Rechtsgleichheit nicht vereinbar wäre, diesen Eingriff entschädigungslos zu belassen.⁷²

Aus der Distanz betrachtet, ist die materielle Enteignung ein Konglomerat aus aus Richterrecht entstandenen Formeln, die sich teils ergänzen und teils in einem Subordinationsverhältnis zueinander stehen.⁷³ Der Prüfungsvorgang folgt einem Stufensystem. So muss immer einzeln betrachtet werden, ob gerade ein bisheriger oder künftiger Gebrauch eingeschränkt wird. Bei Bejahung der Einschränkung wird die «Schwere» des Eingriffs (in der ersten Konstellation) separat nochmals geprüft. Je nach Einzelfall stehen jeweils rechtliche, faktische oder wirtschaftliche Faktoren im Vordergrund. Berücksichtigt man die historische Entwicklung der materiellen Enteignung, ist dies nicht weiter verwunderlich: Die Rechtsfigur sollte ursprünglich die Ungerechtigkeit beheben, dass es Einschränkungen des Eigentums geben kann, die sich ohne Eigentumsübergang wie eine Enteignung auswirken können, aber nicht entschädigt werden.⁷⁴ Die Auszonung eines baureifen Grundstücks gilt als Prototyp der materiellen Enteignung.⁷⁵

3. Unterscheidung Auszonung/Nichteinzonung

Sodann muss eine Abgrenzung zur sog. Nichteinzonung erfolgen. Eine Nichteinzonung liegt vor, wenn ein Grundstück einer Nichtbauzone zugewiesen wird und zwar bei der erstmaligen Festsetzung eines RPG-konformen Nutzungsplans. Irrelevant ist, ob das Grundstück nach altem Recht hätte überbaut werden können.⁷⁶ Dabei gelten gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung nicht nur Rückzonungen (Auszonungen) aus altrechtlichen, also vor dem Inkrafttreten des RPG erlassenen Bauzonen, als Nichteinzonungen, sondern auch aus neurechtlichen, dem RPG aber nicht entsprechende Bauzonen.⁷⁷ Während Auszonungen regelmässig nach den Grundsätzen der materiellen Enteignung voll entschädigt werden müssen, kann bei Nichteinzonungen nur in ganz seltenen Fällen und unter restriktiven Bedingungen eine Entschädigung

⁷¹ PraKomm-RIVA, Art. 5 RPG N 171; WALDMANN, in: BIAGGINI/HÄNER/SAXER/SCHOTT, Rz. 27.23; vgl. BGE 131 II 72, 76 f. E. 3.3.

⁷² BGE 131 II 728, 730 E. 2; vgl. dazu RIVA, Art. 5 RPG N 165 ff.

⁷³ WALDMANN, in: BIAGGINI/HÄNER/SAXER/SCHOTT, Rz. 27.6; vgl. RIVA, Art. 5 N 132.

⁷⁴ GRIFFEL, Allgemeines Verwaltungsrecht, Rz. 449, 425.

⁷⁵ GRIFFEL, Raumplanungs- und Baurecht, 102.

⁷⁶ GRIFFEL, Raumplanungs- und Baurecht, 102.

⁷⁷ BGer 1C_573/2011 vom 30. August 2013, E. 2.2, ZBl 2015 201, 202, RDAF 2016, 368, 369.

erfolgen.⁷⁸ Nämlich nur dann, wenn aufgrund besonderer Umstände anzunehmen ist, dass der Grundeigentümer mit hoher Wahrscheinlichkeit mit einer aus eigener Kraft realisierbaren Überbauung seines Landes rechnen durfte.⁷⁹ Wichtig ist zudem, dass (trotz des Grundsatzes) keine Vermutung zugunsten der Entschädigungsbedürftigkeit einer Auszonung besteht. Es muss in jedem Einzelfall nach den oben erwähnten Kriterien (vgl. III.B.2) der bundesgerichtlichen Rechtsprechung geprüft werden, ob eine materielle Enteignung vorliegt.⁸⁰ Die korrekte Einordnung in diese Kategorien stellt kein leichtes Unterfangen dar.

4. Die Entschädigungsproblematik

a. Mangelnde Vorhersehbarkeit

Neben der Qualifikation des Eingriffs stellt die Berechnung der aus der materiellen Enteignung resultierenden Entschädigung eine weitere Hürde dar. Durch die Ausgestaltung als «Alles-oder-nichts»-Konstruktion kommt als mögliche Rechtsfolge nur eine ganze oder überhaupt keine Entschädigung in Frage – ein «Dazwischen» existiert nicht.⁸¹ Ist die Entschädigungspflicht einer Gemeinde strittig, steht unter Umständen erst nach Jahren fest, ob und in welcher Höhe eine Entschädigung geleistet werden muss.⁸²

Selbst wenn letztendlich keine Entschädigung geschuldet sein sollte, reicht die blossе Befürchtung aus, dem betroffenen Grundstückeigentümer aufgrund der Auszonung allenfalls eine volle Entschädigung bezahlen zu müssen, um den Vollzug der Redimensionierungspflicht zu bremsen. Viele Gemeinden sehen sich mit unzumutbaren finanziellen Lasten konfrontiert, weshalb sie solche Eingriffe vermeiden wollen.⁸³ So kann als Reaktion darauf nach gewissen Planungs- und Baugesetzen sogar nachträglich auf die Auszonung verzichtet werden, wenn eine Entschädigung aus materieller Enteignung geschuldet wäre.⁸⁴ Ein solcher Verzicht ist allerdings nur in beschränktem Umfang möglich, da dadurch Art. 15 Abs. 2 RPG, der die Redimensionierungsverpflichtung explizit festhält, nicht verletzt werden darf.⁸⁵

Die Furcht vor drohenden Entschädigungszahlungen war auch dem Gesetzgeber bewusst. Fraglich war (und ist), wie die Redimensionierung in finanziell tragbarer Wei-

⁷⁸ PraKomm-AEMISEGGER/KISSLING, Art. 15 RPG N 66 f.

⁷⁹ BGE 132 II 218, 220 f. E. 2.2.

⁸⁰ PraKomm-RIVA, Art. 5 RPG N 206.

⁸¹ WALDMANN, in: BIAGGINI/HÄNER/SAXER/SCHOTT, Rz. 27.110; GRIFFEL, Allgemeines Verwaltungsrecht, Rz. 447.

⁸² GRIFFEL, Raumplanungs- und Baurecht, 57.

⁸³ GRIFFEL, Raumplanungs- und Baurecht, 102; WALDMANN, Raum, 239.

⁸⁴ So zum Beispiel Art. 81 RBG-BL, Art. 133 BauG-BE und Art. 99 Abs. 1 KRG-GR.

⁸⁵ PraKomm-TANQUEREL, Art. 21 RPG N. 50.

se bewältigt werden sollte.⁸⁶ So wurden zur Verhinderung von Entschädigungszahlungen infolge materieller Enteignung Vorschläge wie die Ausscheidung von Reservezonen postuliert.⁸⁷ Bei Zuweisung eines Grundstücks zu dieser Nichtbauzone ist dann keine Entschädigung geschuldet, wenn sie zeitlich limitiert ist, also wenn eine hohe Wahrscheinlichkeit besteht, dass es innerhalb der nächsten zehn bis zwanzig Jahre zu einer Wiedereinzonung kommt.⁸⁸ Die in grossem Masse getätigten Ausscheidungen von Reservezonen ohne Entschädigungen liessen sich früher auf die altrechtliche bundesgerichtliche Rechtsprechung zu Nichteinzonungen stützen⁸⁹. So konnte die Akzeptanz bei den Betroffenen erhöht werden.⁹⁰ Heute geht es meistens um die Auszonung von neurechtlichen, also nach 1980 ausgeschiedenen Bauzonen, die nur dann nicht entschädigt werden müssen, wenn die Überbauungswahrscheinlichkeit als sehr gering eingestuft wird.⁹¹ Dabei gilt es (wie oben erwähnt) zu berücksichtigen, dass das Bundesgericht seine Praxis zu den Nichteinzonungen auch auf neurechtliche Bauzonen ausgedehnt hat, die inhaltlich nicht dem RPG entsprechen.⁹² Eine klare Trennlinie gibt es nicht. Das Verfahren der Redimensionierung ist folglich von einem hohen Grad an Rechtsunsicherheit geprägt.

b. Fehlender Ausgleich

Führt man sich vor Augen, auf welchem originären Rechtsgrund eine solche allfällige Entschädigung basiert, wird die prekäre Lage der Gemeinden noch deutlicher. Die Raumplanung verteilt, um eine geordnete Besiedlung zu ermöglichen, die Bodennutzungschancen resp. Wertsteigerungen der Grundstücke ungleich.⁹³ Aus wirtschaftlicher Perspektive ergibt sich folgendes Bild: Mit einer Auszonung droht regelmässig eine mögliche Entschädigungspflicht. Dass eine Entschädigung bei gravierenden Eingriffen geschuldet ist, leuchtet im Lichte der Eigentumsgarantie ohne weiteres ein. Durch raumplanerische Massnahmen werden aber auch erhebliche Mehrwerte geschaffen (deren Ausgleich ebenfalls Thema der aktuellen Gesetzgebungsbestrebungen der Kantone ist). Grundstücke erhalten ihren (Mehr-)Wert aufgrund ihrer raumplanerischen Zuteilung. Wenn Mehrwerte überhaupt nicht oder nur unzureichend abgeschöpft werden, ergibt sich eine finanziell kaum zu bewältigende Last für die entschädigungspflichtigen Gemeinden.

⁸⁶ BERTSCHI, Rz. 83 f.

⁸⁷ Erläuternder Bericht ARE, 95 f.; kritisch GRIFFEL, Entwicklungen, 29, 40.

⁸⁸ BÜHLMANN, Rückzonungen, 4 f.

⁸⁹ Vgl. dazu BGE 131 II 728, 730 ff., E. 2.1 ff.; 123 II 481, 488 E. 6b; 122 II 326, 330, 332 E. 4c, 5c.

⁹⁰ BÜHLMANN, Rückzonungen, 5.

⁹¹ BÜHLMANN, Rückzonungen, 5.

⁹² BGer 1C_573/2011 vom 30. August 2013, E. 2.2, ZBl 2015 201, 202, RDAF 2016, 368, 369.

⁹³ SHK-WALDMANN/HÄNNI, Art 5 RPG N 7.

Um einen Ausgleich zu erzielen, so wie er im RPG angelegt ist,⁹⁴ müssten Mehrwerte und Nachteile vollkommen ausgeglichen werden. Der Mehrwertausgleich stellt damit konzeptionell das Gegenstück zur Entschädigungspflicht aus materieller Enteignung dar.⁹⁵ Eingeräumt werden muss allerdings, dass Art. 5 Abs. 1 RPG lediglich einen angemessenen Ausgleich für Vor- und Nachteile verlangt. Damit aber von einem adäquaten Gegenstück die Rede sein kann, müsste m.E. ein vollkommener Ausgleich angepeilt werden. Die Realität sieht aber anders aus. Die zweckgebundenen Einnahmen (bei einem Mindestabgabesatz von 20% i.S.v. Art. 5 Abs. 1^{bis} RPG) aus dem Mehrwertausgleich (vgl. Art. 5 Abs. 1^{ter} RPG) können allfällige materielle Enteignungen nach dem gegenwärtigen Recht nicht decken. Denn die vollen Entschädigungen werden mit den Einnahmen des Mehrwertausgleichs finanziert.

Solange demnach kein transparentes System für Entschädigungszahlungen mit hinreichender Finanzierungsquelle geschaffen wird, wird die Redimensionierung überdimensionierter Bauzonen von Rechtsunsicherheit begleitet und damit wohl auch nicht erfolgen.

C. Keine Sanktionen für den Nichtvollzug?

Im Vergleich zur früheren Rechtslage wird der RPG-Revision von 2012 mehr Lenkungs kraft zugesprochen.⁹⁶ Im Rahmen der Revision wurde unter anderem die Redimensionierungspflicht mit dem Richtplan verknüpft, in der Hoffnung, so mehr Verbindlichkeit zu erreichen.⁹⁷ Auf den ersten Blick scheint der Bundesgesetzgeber damit einen guten Mechanismus gefunden zu haben. Der Richtplan soll die Redimensionierung sicherstellen, indem bereits auf dieser Stufe die konkreten Massnahmen verankert werden. Mit der Angabe, wo, wie und innert welcher Frist die Kantone die Redimensionierung durchführen wollen (vgl. Art. 5a Abs. 4 RPV), ist die gesetzliche Pflicht der Kantone erfüllt.⁹⁸ Dies wirft die Frage nach der Durchsetzung der Redimensionierungspflicht auf. Es folgen keine direkten Sanktionen für Kantone, deren Gemeinden sich nicht an die Vorgaben im Richtplan halten.⁹⁹ Eine «Rückzönungsguillotine» gibt es nicht.¹⁰⁰

Immerhin könnte durch die Auslösung einer Überprüfungspflicht für Nutzungspläne eine indirekte Sanktion erfolgen. Ein bestehender Nutzungsplan kann im Baubewilli-

⁹⁴ Vgl. SHK-WALDMANN/HÄNNI, Art. 5 RPG N 7.

⁹⁵ PraKomm-RIVA, Art. 5 RPG N 3; Bot. RPG 1974, BBl 1972, 1453, 1522.

⁹⁶ RUCH, in: ZUFFEREY/WALDMANN, 1, 21.

⁹⁷ Vgl. II.

⁹⁸ GRIFFEL, Raumplanungs- und Baurecht, 56; vgl. PraKomm-AEMISEGGER/KISSLING, Art. 15a RPG N 30.

⁹⁹ BÜHLMANN, Bauzonen, 17.

¹⁰⁰ HÄNNI, in: ZUFFEREY/WALDMANN, 245, 247.

gungsverfahren akzessorisch überprüft werden, wenn die Voraussetzungen nach Art. 21 Abs. 2 RPG erfüllt sind.¹⁰¹ Haben sich folglich insbesondere die rechtlichen Verhältnisse seit Erlass des Plans in einer Weise geändert, die den Plan rechtswidrig erscheinen lassen, überwiegt das öffentliche Interesse an der Anpassung des Nutzungsplans das Interesse an Planbeständigkeit.¹⁰² Da die Reduktion überdimensionierter Bauzonen ein zentrales raumplanerisches Interesse ist, müssten Gemeinden mit solchen zwingend ihre Nutzungspläne überprüfen lassen.¹⁰³

Erschwert wird ein solches Vorgehen allerdings durch den Umstand, dass sich für diese Rüge wohl kaum ein Beschwerdeführer mit schutzwürdigem Interesse finden lässt. In Frage gestellt werden kann der Nutzungsplan nämlich wohl nur in Bezug auf das fragliche Grundstück. Da dieses aber gerade überbaut werden soll, kommt es für eine Auszonung ja nicht mehr in Frage. Ficht umgekehrt der Bauherr eine Bauverweigerung an, wird er wohl nicht geltend machen, mangels Baureife müsste sein Grundstück eigentlich ausgezont werden. Soll von einer indirekten Sanktion für einen mangelnden Vollzug ausgegangen werden, dann muss es ermöglicht werden, dass die Betroffenen einen Anreiz dafür erhalten, dass sie von ihrem Rechtsschutz Gebrauch machen. Ansonsten bleibt diese «indirekte Sanktion» wohl theoretischer Natur.

Grössere Wirksamkeit könnte die Erweiterung¹⁰⁴ des Beschwerderechts auf ideelle Organisationen entfalten. Da gemäss neuerer bundesgerichtlicher Rechtsprechung die Regelung von Art. 15 RPG unmittelbar anwendbar ist, die Dimensionierung von Bauzonen also eine Bundesaufgabe i.S.v. Art. 78 Abs. 2 BV darstellt, könnte den gesamtschweizerischen Natur- und Heimatschutzorganisationen wohl das ideelle Verbandsbeschwerderecht nach Art. 12 NHG zukommen.¹⁰⁵ Entscheidend ist somit, ob eine solche Organisation eine Nutzungsplananpassung verlangen kann, weil die im Beschwerdeverfahren betroffene Bauzone (beispielsweise betreffend einer Neuzonung) überdimensioniert ist. In einem konkreten Beschwerdeverfahren dürfte dies mit Blick auf diese neue Rechtsprechung möglich sein. Denkbar wäre m.E. so-

¹⁰¹ BÜHLMANN, Bauzonen, 17; GRIFFEL, Raumplanungs- und Baurecht, 278; noch unter altem Recht SHK-HÄNNI/WALDMANN, Art. 15 RPG N. 39.

¹⁰² BÜHLMANN, Bauzonen, 17; vgl. BGE 140 II 25, 29 f. E. 3.2; 132 II 408, 414 f. E. 4.2.

¹⁰³ BÜHLMANN, Bauzonen, 19; vgl. BGer 1C_40/2016 vom 5. Oktober 2016; 1C_568/2014 und 1C_576/2014 vom 13. Januar 2016; 1C_447/2015 vom 21. Januar 2016.

¹⁰⁴ Man könnte sich fragen, ob es sich wirklich um eine Erweiterung handelt. In Anbetracht des Umstandes, dass weder das RPG, noch das NHG eine Änderung diesbezüglich erfahren hat, wäre diesbezüglich eine Verneinung naheliegend. Meines Erachtens hat das Bundesgericht durch die Identifikation der Dimensionierung von Bauzonen als Bundesaufgabe, eine weitere Möglichkeit der Nutzung des ideellen Verbandsbeschwerderechts aufgezeigt. Dabei handelt es sich technisch gesehen um keine Erweiterung, sondern um eine Konkretisierung der rechtlichen Grundlagen. Der Einfachheit halber, und weil es sich tatsächlich um eine neue Rechtsprechungslinie handelt, wird aber von Erweiterung gesprochen.

¹⁰⁵ BGE 142 II 509 E. 2.3 ff.; GRIFFEL, Raumplanungs- und Baurecht, 53.

gar, dass eine Überprüfung losgelöst von einem konkreten Beschwerdeverfahren möglich wäre. Es bleibt abzuwarten, wie sich diese Rechtsschutzerweiterung im Zusammenhang mit Art. 15 RPG in der Praxis entwickeln wird. Potenzial kann ihr aber durchaus zugesprochen werden. Für den Moment bleibt aber Realität, dass mit den bisherigen Instrumenten kein effizienter Durchsetzungsmechanismus etabliert werden konnte.

IV. Folgerungen zur Steuerungskraft des Raumplanungsrechts

A. Zweifel und Erwartungen

Fraglich ist, ob sich nach den vorangegangenen Ausführungen mit dem Raumplanungsrecht eine Steuerung in Hinblick auf Auszonungen überhaupt bewerkstelligen lässt. Die Beschäftigung mit dieser Frage erfordert eine generalisierte Distanz zur Sache – mithin eine abstraktere Denkweise.¹⁰⁶ Redimensionieren ist im Prinzip nichts anderes als die Steuerung der Siedlungsentwicklung. Genau besehen handelt es sich um das Rückgängigmachen eines raumplanerischen Schrittes, der ursprünglich auch im Dienste der damals geplanten Siedlungsentwicklung stand.¹⁰⁷

So sieht WALDMANN, in Hinblick auf die allgemeine Siedlungsentwicklung, die Ursache des Nichtvollzugs – so zumindest noch unter altem Recht – nicht in einer grundsätzlichen Unmöglichkeit der Steuerung, sondern vielmehr in der konkreten Ausgestaltung der gesetzlichen Instrumente und des Vollzugs.¹⁰⁸ GRIFFEL hält bezogen auf die Steuerungskraft des Raumplanungsrechts fest, dass sich ökonomische Triebkräfte der Zersiedelung zwar in gewisse Richtungen lenken, aber nicht vollständig kanalisieren liessen.¹⁰⁹ TSCHANNEN folgt einer pessimistischeren Auffassung: «Nüchtern betrachtet erstreckt sich ihre Steuerungskraft vor allem auf das «Wie» des Bodenverbrauchs. Das «Wo» dagegen entzieht sich ihr zu grossen Teilen, jedenfalls weiträumig betrachtet. Und gegenüber dem «Ob» ist sie erst recht machtlos.»¹¹⁰

Die Erwartungen an die Steuerungsfähigkeit des Raumplanungsrechts sind aber hoch. Das liegt nicht minder an seinem vermittelnden Selbstbild. Im Raumplanungsrecht ist das Gemeinwesen – je nach Zuständigkeit Kanton oder Gemeinde unter

¹⁰⁶ TSCHANNEN, in: RUCH/GRIFFEL, 43, 44.

¹⁰⁷ Wohl auch nicht auszuschliessen ist, dass finanzielle Partikularinteressen eine nicht unbedeutende Rolle gespielt haben.

¹⁰⁸ WALDMANN, Raum, 223.

¹⁰⁹ GRIFFEL, Raumplanungs- und Baurecht, 272.

¹¹⁰ TSCHANNEN, in: RUCH/GRIFFEL, 43, 51.

wachsendem Einfluss des Bundes – Monopolist. Ihm obliegt die planerische Hoheit. So fällt die Raumplanung nicht in den Schutz der Wirtschaftsfreiheit. Sie ist eine (überwiegend) genuin öffentlich-rechtliche Domäne, die sich der Verfügungsmacht Privater entzieht und sich durch ihren zwingenden Charakter auszeichnet. Das weckt hohe Erwartungen in die Regelungskraft der einschlägigen öffentlich-rechtlichen Normen, weil das hoheitliche Element im Vordergrund steht. Diese Erwartungen steigen mit den stetig wachsenden realen Herausforderungen.

Dieses Bild könnte allerdings realitätsfremder nicht sein. Raumplanungsrecht ist wie jedes andere Recht auf eine Sollensordnung ausgerichtet. Es enthält keine zusätzliche Verbindlichkeitsgarantie i.S. eines Umsetzungsautomatismus für seine normativen Vorgaben. So stellt das Recht lediglich variable Instrumente für eine Verhaltenssteuerung zur Verfügung. Nichtvollzug bedeutet also das Scheitern der eingesetzten Instrumente zur Verhaltenssteuerung.¹¹¹ Nüchtern betrachtet kann der Gesetzgeber im Raumplanungsrecht nur «versuchen», er kann nicht durchsetzen, da die Umsetzung nicht eine Frage der Verbindlichkeit des Rechts, sondern der Kooperationsbereitschaft der jeweils involvierten Behörden ist. Die Erwartungen an seine Steuerungskraft sind schon von Beginn weg zu hoch. Soll der Redimensionierungsprozess folglich angetrieben werden, müssen die Erwartungen erstmal durch berechtigte Zweifel an der Auswahl der Instrumente ersetzt werden:

- So darf kritisch hinterfragt werden, ob die Technischen Richtlinien Bauzonen von ihrer Konzeption und ihren Möglichkeiten her den Vollzug verbessern können (oder diesen eher erschweren).
- Auch muss in Frage gestellt werden, ob die materielle Enteignung, die auf flächendeckende Pauschalisierungen angewiesen ist, ein geeignetes Instrument für die Raumplanung darstellt. Denn die materielle Enteignung ist das Ergebnis individuellen Abwägens von Baureife und Erschliessung auf jedem Grundstück. Das deckt sich auch mit ihrer Entstehungsgeschichte. Sie ist – veranlasst durch einen Einzelfall – aus der bundesgerichtlichen Rechtsprechung entstanden. Sie sollte, wie bereits thematisiert, die Ungerechtigkeit für einschneidende Eingriffe beheben, die keine formelle Enteignung darstellen. Die materielle Enteignung ist folglich nicht als Redimensionierungsinstrument für eine Vielzahl von Fällen konzipiert. Nichtsdestotrotz wird sie – mangels Alternativen – als solches verwendet. Die Redimensionierung mit Auszonungen muss also immer im Zusammenhang einer allfälligen einzelfallorientierten materiellen Enteignung betrachtet werden.
- Schliesslich sollte auch die Lenkungskraft des Richtplans als Durchsetzungsmechanismus für die Redimensionierungsverpflichtung diskutiert werden. Mit dem Aufzeigen der Massnahmen im Richtplan, ist noch nichts über deren Umsetzung

¹¹¹ TSCHANNEN, in: RUCH/GRIFFEL, 43, 47.

gesagt. Den Kantonen steht es innerhalb der bundesrechtlichen Vorgaben frei, sich mit konkreteren oder offeneren Anordnungen zu begnügen.

B. Konflikt Raumplanung und Eigentumsgarantie

Die Steuerungskraft von generell-abstrakten Normen scheint besonders dort gering zu sein, wo es um die Durchsetzung eines unbestimmbaren Allgemeinwohls geht (Umwelt, Raumplanung), welches nur mittelbar private Interessen tangiert. Bestätigt wird diese These insbesondere dadurch, dass vor allem diese Gebiete von gravierenden Vollzugsproblemen beherrscht werden. Dort, wo private Interessen tangiert werden, ist der Vollzug wahrscheinlicher, weil in der Regel ein ausgebauter Rechtsschutz besteht. Ohne eine Rechtsschutzerweiterung bleibt der Nichtvollzug von Normen folgenlos. Alternativ stehen klare Sanktionen zur Verfügung. Diese scheitern aber häufig an ihrer politischen Umsetzbarkeit.

Das Raumplanungsrecht zielt nicht primär auf die Verwirklichung von Einzelfallgerechtigkeit ab. Es ist vielmehr das Produkt einer vorgelagerten Interessenabwägung, einer Wertung, welches Interesse der Gesetzgeber für eine Vielzahl von Fällen höher gewichtet. Dessen muss man sich – insbesondere als vollziehende und rechtsanwendende Behörde – bewusst sein. Letztlich geht es auch bei der hier behandelten Thematik um eine Abwägung zwischen dem öffentlichen Interesse an Redimensionierung und dem privaten Interesse am Eigentum. Die Vollzugskrise im Raumplanungsrecht ist praktisch das Ergebnis der Schwierigkeit des Bundesgesetzgebers, den Konflikt zwischen Raumplanung und Eigentumsgarantie zu lösen. Aus der Distanz betrachtet ist zweifelhaft, ob «die Interessen des nichtmenschlichen und des zukünftigen Lebens in der heutigen politischen Auseinandersetzung genügend vertreten werden».¹¹²

Freilich gilt auch hier eine differenzierte Betrachtungsweise. Raumplanerische Entscheide sind Interessenabwägungen. Hierbei zu beachten sind die Planungsziele und -grundsätze. Gewisse Zielkonflikte sind aufgrund der vielseitigen Bedürfnisse auch dem Raumplanungsrecht inhärent. So sieht etwa Art. 1 Abs. 2 lit. a^{bis} RPG vor, die Siedlungsentwicklung (unter Berücksichtigung einer angemessenen Wohnqualität) nach innen zu lenken, während nach lit. d insbesondere auf eine angemessene Dezentralisation der Besiedlung und der Wirtschaft hinzuwirken ist. Die Planungsziele und -grundsätze bilden somit kein kohärentes und in sich geschlossenes System; vielmehr unterstehen auch sie Interessenabwägungen.¹¹³

¹¹² BERTSCHI, Rz. 924.

¹¹³ Vgl. BGer 1C_145/2008 vom 3. Juli 2008 E. 2.1.

So ist auch die Frage nach der Statuierung einer Redimensionierungsverpflichtung im Grunde eine Interessenabwägung zulasten der Gemeinden, die sie finanziell tragen müssen sowie der betroffenen Grundeigentümer, die knapp unterhalb der Schwelle einer materiellen Enteignung fallen. Doch was nicht übersehen werden darf, ist, dass das «Ob» des Vollzugs dieser Verpflichtung nicht mehr zur Disposition steht: Der Bundesgesetzgeber hat sich bereits entschieden. Die Kantone haben hier kein Ermessen. Es ist deshalb von grösster Relevanz, dass taugliche Mechanismen vorhanden sind, durch welche sich die Redimensionierungspflicht auch in der Rechtsrealität verwirklichen lässt.

V. Gesamtwürdigung

Überdimensionierte Bauzonen sind ein ernstzunehmendes Problem, weil dadurch häufig «am falschen Ort» gebaut wird, d.h. dort, wo es raumplanerisch unerwünscht ist und der Zersiedelung Vorschub leistet. Das Bundesgericht erkannte früh die Bedeutung der Redimensionierung. Der Verpflichtung sollte nach fast 30 Jahren Nichtvollzugs durch die Revision von 2012 Nachachtung verschaffen werden. Eine explizite Bestimmung und der Auftrag an die Kantone, ihre Massnahmen aufzuzeigen, fanden den Weg ins RPG.

Der Vollzug der Verkleinerung überdimensionierter Bauzonen wird aus heutiger Perspektive aber in dreifacher Weise gehemmt:

- a. durch ein fehlendes einheitliches Konzept für die Berechnung der Bauzonengrösse,
- b. durch die Furcht der Gemeinden vor Entschädigungszahlungen, die durch die mangelnde Transparenz der Rechtsfigur der materiellen Enteignung ausgelöst wird, sowie
- c. durch einen ungenügenden Durchsetzungsmechanismus, der wegen der politisch nicht umsetzbaren Sanktionen einen Richtplan zurücklässt, dessen Einhaltung nicht erzwingbar ist.

Immerhin besteht durch das Aktivieren des ideellen Verbandsbeschwerderechts in Zusammenhang mit der Überprüfung von Nutzungsplänen bei überdimensionierten Bauzonen Potenzial für einen besseren Vollzug. Andere Optionen wie ein transparenteres Entschädigungssystem für die materielle Enteignung oder klarere Sanktionen dürften wohl an ihrer politischen Durchsetzbarkeit scheitern.

Vergessen darf man sodann nicht, dass das Raumplanungsrecht mit hohen Erwartungen konfrontiert ist. Die gesetzgeberischen Bemühungen um einen besseren Vollzug müssen also in diesem Licht gewertet werden. Konkret bedeutet dies, dass man sich

(1) vom Bild verabschieden muss, dass raumplanerische Normen allein weil sie öffentliches Recht darstellen, den Vollzug garantieren und (2) die einzelnen Instrumente kritisch auf ihre Wirksamkeit hin prüfen muss. Die Steuerungskraft von generell-abstrakten Normen darf überdies nicht überschätzt werden. Nicht unbedeutend ist die Einsicht, dass raumplanerischen Normen nicht die gleiche Durchsetzungskraft zukommt wie Normen, die unmittelbar dem Vollzug privater Interessen dienen. Interessenabwägungen kommt hier eine grosse Bedeutung zu. So müssen sich rechtsetzende und vollziehende kantonale Behörden bewusst sein, dass ihnen eine grosse Verantwortung obliegt. Der Vollzug der Redimensionierungsverpflichtung ist eine klare Entscheidung des Bundesgesetzgebers. Mechanismen, die den Vollzug sicherstellen, wie die Erweiterung des Rechtsschutzes oder Sanktionen, sind unerlässlich. Am Schluss bleibt aber die Erkenntnis, dass das Recht in der Raumplanung nicht alle Probleme lösen kann.¹¹⁴ Es kann es aber zumindest versuchen.

Literaturverzeichnis

- AEMISEGGER HEINZ/MOOR PIERRE/RUCH ALEXANDER/TSCHANNEN PIERRE (Hrsg.), Praxiskommentar RPG: Nutzungsplanung, Zürich 2016 (PraKomm)
- BERTSCHI MARTIN, Die Umsetzung von Art. 15 lit. b RPG über die Dimensionierung der Bauzonen, Bundesrecht, föderalistische Realität und ihre Wechselwirkungen, Zürich 2001
- BÜHLMANN LUKAS, Rückzonungen sind facettenreich, VLP-ASPAN, INFORAUM vom März 2013, 3 (zit. als BÜHLMANN, Rückzonungen)
- BÜHLMANN LUKAS, Zu grosse Bauzonen, Gemeinden müssen ihre Nutzungspläne überprüfen, VLP-ASPAN, INFORAUM vom Februar 2017, 16 (zit. als BÜHLMANN, Bauzonen)
- FLÜCKIGER ALEXANDRE, La création et le dimensionnement des zones à bâtir: enjeux et méthodes, in: ZUFFEREY JEAN-BAPTISTE/WALDMANN BERNHARD (Hrsg.), Revision Raumplanungsgesetz 2014, Paradigmenwechsel oder alter Wein in neuen Schläuchen?, Zürich 2015, 55
- GOSSWEILER ADRIAN, Entschädigungen für Lärm von öffentlichen Verkehrsanlagen Elemente für eine Neuordnung durch den Gesetzgeber, Zürich/Basel/Genf 2014
- GRIFFEL ALAIN, Raumplanungs-, Bau- und Umweltrecht – Entwicklungen 2008, njus.ch, Bern 2009, 20 (zit. als GRIFFEL, Entwicklungen)
- GRIFFEL ALAIN, Allgemeines Verwaltungsrecht im Spiegel der Rechtsprechung, Zürich 2017 (zit. als GRIFFEL, Allgemeines Verwaltungsrecht)
- GRIFFEL ALAIN, Raumplanungs- und Baurecht in a nutshell, 3. Aufl., Zürich 2017 (zit. als GRIFFEL, Raumplanungs- und Baurecht)
- HÄNNI PETER, Die Rückzonungspflicht nach dem revidierten Raumplanungsgesetz: Entschädigungspflicht wegen materieller Enteignung?, in: ZUFFEREY JEAN-BAPTISTE/WALDMANN BERNHARD (Hrsg.), Revision Raumplanungsgesetz 2014, Paradigmenwechsel oder alter Wein in neuen Schläuchen?, Zürich 2015, 245
- HÄNNI PETER, Bau- und besonderes Umweltschutzrecht, 6. Aufl., Bern 2016

¹¹⁴ RUCH, in: ZUFFEREY/WALDMANN, 21.

- RIVA ENRICO, Hauptfragen der materiellen Enteignung, Bern 1990
- RUCH ALEXANDER, Grundlagen der Revision vom 15. Juni 2012, in: ZUFFERY JEAN-BAPTISTE/WALDMANN BERNHARD, Revision Raumplanungsgesetz 2014, Paradigmenwechsel oder alter Wein in neuen Schläuchen?, Zürich 2015, 1
- SCHÜRMAN LEO, Raumplanung als gesetzgeberischer Auftrag, in: Mensch und Umwelt, Freiburger Festgabe zum Schweizerischen Juristentag 1980, Freiburg 1980, 53
- THURNHERR DANIELA, Überprüfung und Redimensionierung bestehender Bauzonen, in: ZUFFERY JEAN-BAPTISTE/WALDMANN BERNHARD (Hrsg.), Revision Raumplanungsgesetz 2014, Paradigmenwechsel oder alter Wein in neuen Schläuchen?, Zürich 2015, 219
- TSCHANNEN PIERRE, Planungen des Bundes und Richtplanung der Kantone, in: ALEXANDER RUCH/ALAIN GRIFFEL (Hrsg.), Raumplanungsrecht in der Krise, Ursachen/Auswege/Perspektiven, Zürich 2008, 43
- WALDMANN BERNHARD, Der Raum wird knapp – Funktionen und Grenzen des Planungsrechts, Schweizerische Baurechtstagung 2009, 221 (zit. als WALDMANN, Raum)
- WALDMANN BERNHARD, Materielle Enteignung, in: BIAGGINI/HÄNER/SAXER/SCHOTT, Fachhandbuch Verwaltungsrecht, Zürich 2015, 1115
- WALDMANN BERNHARD/BELSER EVA MARIA/EPINEY ASTRID (Hrsg.), Basler Kommentar Bundesverfassung, Basel 2015
- WALDMANN BERNHARD/HÄNNI PETER, Stämpflis Handkommentar zum Raumplanungsgesetz, Bern 2006 (SHK)
- WEILENMANN BARBARA, Gründe für die Zersiedelung der Schweiz: Die sozioökonomischen Treiber der Siedlungsentwicklung 1980–2010, SREJ 2016, 12

Materialienverzeichnis

- ARE, Bauzonenstatistik Schweiz 2012: Statistik und Analysen, Bern 2012 (zit. als Bauzonenstatistik)
- ARE, Revision des Raumplanungsgesetzes – Erläuternder Bericht vom 12. Dezember 2008 (zit. als Erläuternder Bericht)
- Botschaft des Bundesrates an die Bundesversammlung vom 31. Mai 1972 zum Bundesgesetz über die Raumplanung, BBl 1972 I 1453 ff. (zit. als Bot. RPG 1974)
- Botschaft zu einer Teilrevision des Raumplanungsgesetzes vom 20. Januar 2010, BBl 2010 1049 ff. (zit. als Bot. RPG 2012)
- UVEK, Faktenblatt, Revision des Raumplanungsgesetzes, Bauzonen, <<https://www.uvek.admin.ch/dam/uvek/de/dokumente/raumentwicklung/bauzonen.pdf.download.pdf/bauzonen.pdf> > (zit. als Faktenblatt)
- UVEK/BPUK, Technische Richtlinien Bauzonen (beschlossen von der BPUK am 7. März 2014 und vom UVEK am 17. März 2014), 1 (zit. als Technische Richtlinien Bauzonen)

Massnahmen gegen die Gefährdung der Meinungs- und Angebotsvielfalt

Reformbedarf einer Regelung zur Sicherung medialer Diversität

Patricia Martina Hager

Inhaltsübersicht

I. Einleitung	71
II. Massnahmen gegen die Gefährdung der Meinungs- und Angebotsvielfalt	72
A. Gefährdung der Meinungs- und Angebotsvielfalt	72
1. Vorliegen einer marktbeherrschenden Stellung	74
a. Abgrenzung der relevanten Medienmärkte	74
b. Beherrschende Stellung	75
2. Missbrauch der marktbeherrschenden Stellung	76
B. Interventionsmöglichkeiten	77
III. Kritik an den Massnahmen gegen die Gefährdung der Meinungs- und Angebotsvielfalt	78
A. Verflechtung von Medien- und Kartellrecht	78
B. Keine klaren Auf- und Eingreifkriterien	80
C. Verfassungsmässigkeit	80
D. Medienkonzentration vs. Vielfalt	81
E. Starke Marktposition der SRG	82
F. Notwendigkeit zur Vielfaltssicherung	84
1. Konzentrationsrechtliche Bestimmungen im RTVG	84
2. Sachgerechtigkeitsgebot	85
3. Vielfaltsgebot	87
4. Erforderlichkeit von Art. 74 f. RTVG zur Vielfaltssicherung?	88
IV. Lösungsvorschläge und Schlussbemerkungen	90
Literaturverzeichnis	91
Materialienverzeichnis	93

I. Einleitung

Medienvielfalt ist für eine Demokratie von zentraler Bedeutung. Nur wenn gewährleistet ist, dass die Bevölkerung Zugang zu vielfältigen und umfassenden Informationen hat, kann die für den demokratischen Prozess erforderliche freie Meinungsbildung stattfinden. Entsprechend ist die Sicherung publizistischer Diversität ein wichtiges medienpolitisches Anliegen.¹ Aufgrund der Verfassungslage kann der

¹ Zur Bedeutung der Medien im Rahmen der politischen Meinungsbildung: Bot. Radio- und Fernsehartikel, BBl. 1981 II, 948; NOBEL/WEBER, 16; PAAL, 17 f.; RUSSI, 25 ff.

schweizerische Gesetzgeber aber nicht in sämtliche Medienbereiche mit derselben Intensität eingreifen. Während im Pressesegment ausschliesslich indirekte Förderungsmassnahmen möglich sind,² kann die Radio- und Fernsehlandschaft gestützt auf Art. 93 BV umfassender gestaltet werden. Der sogenannte «Radio- und Fernsehartikel» bringt zum Ausdruck, dass der Rundfunk als regelungsbedürftig erachtet wird³ und fordert die Schaffung von Rahmenbedingungen, welche die Entstehung einseitiger Meinungstendenzen verhindern und ein pluralistisches Rundfunkangebot ermöglichen sollen.⁴ Dieses verfassungsmässige Postulat nach publizistischer Vielfalt wurde unter anderem durch die Schaffung von *Massnahmen gegen die Gefährdung der Meinungs- und Angebotsvielfalt* im Radio- und Fernsehgesetz (Art. 74 f. RTVG) umgesetzt.⁵ Zweck der Bestimmung ist die Gewährleistung einer pluralistischen Medienlandschaft.⁶ Die Regelung ermöglicht es, im Bereich Radio und Fernsehen Massnahmen zu ergreifen, wenn ein Programmveranstalter oder ein anderes im Radio- und Fernsehbereich tätiges Unternehmen durch den Missbrauch seiner marktbeherrschenden Stellung die Meinungs- und Angebotsvielfalt gefährdet.

Die Anordnung ist allerdings mit zahlreichen Problemen verbunden, die von der konzeptionellen Ausgestaltung der Norm über ihre Notwendigkeit zur Gewährleistung einer vielfältigen Medienlandschaft bis hin zu ihrer Verfassungskonformität reichen. Vor diesem Hintergrund analysiert der vorliegende Beitrag die *Massnahmen gegen die Gefährdung der Meinungs- und Angebotsvielfalt*, beleuchtet ihre Schwächen *de lege lata* und versucht schliesslich Vorschläge *de lege ferenda* aufzuzeigen.

II. Massnahmen gegen die Gefährdung der Meinungs- und Angebotsvielfalt

A. Gefährdung der Meinungs- und Angebotsvielfalt

Eine Gefährdung der Meinungs- und Angebotsvielfalt liegt gemäss Art. 74 Abs. 1 RTVG vor, wenn ein Programmveranstalter im relevanten Markt seine beherrschende Stellung missbraucht (lit. a) oder alternativ ein Programmveranstalter

² Im Bereich der indirekten Presseförderung kennt die Schweiz den reduzierten Mehrwertsteuersatz für Druckerzeugnisse und die verbilligten Posttarife. Vgl. Evaluation Presseförderung, 11.

³ BSK BV-ZELLER/DUMERMUTH, Art. 93 N 1. Ausführlich zu den Gründen für die Sonderstellung von Radio und Fernsehen: HAGER, 189 ff.

⁴ Diese Forderung wird aus dem im Leistungsauftrag (Art. 93 Abs. 2 BV) enthaltenen Vielfaltsgebot hergeleitet. Vgl. BSK BV-ZELLER/DUMERMUTH, Art. 93 N 22.

⁵ Die Massnahmen gegen die Gefährdung der Meinungs- und Angebotsvielfalt in Art. 74 f. RTVG wurden anlässlich der Totalrevision des RTVG (in Kraft seit 1. April 2007) im Gesetz verankert. Ein spezifisches rundfunkrechtliches Instrument zur Bekämpfung von medienrelevanten Konzentrationsvorgängen fehlte bis zu diesem Zeitpunkt. Vgl. Bot. RTVG 2002, BBl. 2003, 1588.

⁶ SHK-WEBER, Art. 74 RTVG N 3; Bot. RTVG 2002, BBl. 2003, 1645 ff.

oder eine andere im Radio- und Fernsehmarkt tätige Unternehmung ihre beherrschende Stellung in einem oder mehreren medienrelevanten Märkten missbraucht (lit. b). Voraussetzung für eine Vielfaltsgefährdung ist also zum einen das Vorliegen einer marktbeherrschenden Stellung und zum anderen deren Missbrauch. Eine Gefährdung kann dabei sowohl vorliegen, wenn ein Radio- oder Fernsehveranstalter seine beherrschende Stellung innerhalb seines Medienbereichs missbraucht, als auch, wenn ein Unternehmen seine beherrschende Stellung in anderen relevanten Medienmärkten missbraucht. Dadurch sollen nicht nur horizontale, sondern auch crossmediale und vertikale Verbindungen erfasst werden. Es ist folglich das gesamte Mediensystem zu untersuchen, nicht nur der Radio- und Fernsehsektor. Eine Gefährdung kann demnach auch vorliegen, wenn ein Unternehmen im Zeitungsmarkt über eine marktbeherrschende Stellung verfügt und diese missbraucht.⁷

Bis zur Teilrevision des RTVG (2015) war der Erhalt einer Rundfunkkonzession an die Voraussetzung geknüpft, dass die Meinungs- und Angebotsvielfalt nicht gefährdet ist.⁸ Es wurde folglich bereits während des Konzessionierungsprozesses summarisch geprüft, ob eine Gefährdung i.S.v. Art. 74 RTVG vorliegt. Eine detaillierte Prüfung wurde dabei aber nie vorgenommen.⁹ Eine ausführliche Analyse der Bestimmung erfolgte erst im Rahmen von Beschwerdeverfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht und der darauffolgenden Neuurteilung der Konzessionsentscheide durch das UVEK. Im Rahmen der in drei Fällen durchgeführten detaillierten Prüfung von Art. 74 RTVG wurde eine Gefährdung der Meinungs- und Angebotsvielfalt durch den Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung allerdings nie bestätigt. Der Grund dafür lag bei allen der drei Fälle im Fehlen eines missbräuchlichen Verhaltens.¹⁰ Eine marktbeherrschende Stellung auf einem oder mehreren medienrelevanten Märkten wurde hingegen stets bejaht.¹¹

⁷ Bot. RTVG 2002, BBl. 2003, 1730 f.; BVGer A-7801/2008 vom 7. Dezember 2009, E. 9.3. Zur Kritik daran: NOBEL/STIRNIMANN, 32 ff.; Vernehmlassungsbericht RTVG 2001, 47.

⁸ In Art. 44 Abs. 1 lit. g aRTVG war festgehalten, dass eine Konzession nur erteilt werden kann, wenn der Bewerber die Meinungs- und Angebotsvielfalt nicht gefährdet. In Folge der Teilrevision wurde diese Konzessionsvoraussetzung gestrichen. Bot. RTVG 2013, BBl. 2013, 4992 f.

⁹ So wurde lediglich festgehalten, dass die Prüfung ergeben habe, dass die Konzessionsvoraussetzungen erfüllt seien. Vgl. z.B. Verfügung des UVEK vom 31. Oktober 2008 betreffend Erteilung einer Konzession im Versorgungsgebiet Aargau, E. 2.2.

¹⁰ Entscheid des UVEK vom 3. November 2011 in Sachen *Tele Säntis vs. TVO*, E. II.3.4; Entscheid des UVEK vom 6. März 2013 in Sachen *Radio Grischa vs. Radio Südost*, E. II.3.4; Entscheid des UVEK vom 22. Oktober 2013 in Sachen *Radio Argovia vs. Radio AG*, E. II.3.4.

¹¹ Die Weko stellte in den folgenden Märkten eine marktbeherrschende Stellungen fest: (1) *NZZ Mediengruppe*: Markt für Radiowerbung im Versorgungsgebiet Ostschweiz. (2) *Somedia AG*: Lesermarkt, Printwerbemarkt und Markt für Radiowerbung im Versorgungsgebiet Südostschweiz. (3) *BT Holding AG*: Lesermarkt, Zuschauermarkt, und Markt für Radiowerbung im Versorgungsgebiet Aargau. Vgl. Entscheid des UVEK vom 3. November 2011 in Sachen *Tele Säntis vs. TVO*, E. II.3.2.6.9; Entscheid des UVEK vom 6. März 2013 in Sachen *Radio Grischa vs. Radio Südost*, E.II. 3.2.6.10; Entscheid des UVEK vom 22. Oktober 2013 in Sachen *Radio Argovia vs. Radio AG*, E. II.3.2.6.10.

1. Vorliegen einer marktbeherrschenden Stellung

Die Frage, ob eine Marktbeherrschung vorliegt, wird von der Weko nach kartellrechtlichen Grundsätzen beurteilt (Art. 74 Abs. 2 RTVG).¹² Der Begriff der marktbeherrschenden Stellung gemäss Art. 74 RTVG entspricht dem kartellrechtlichen Terminus und wird i.S.v. Art. 4 Abs. 2 KG beurteilt.¹³ Als marktbeherrschende Unternehmen gelten demnach einzelne oder mehrere Unternehmen, die auf einem Markt als Anbieter oder Nachfrager in der Lage sind, sich von anderen Marktteilnehmern (Mitbewerbern, Anbietern oder Nachfragern) in wesentlichem Umfang unabhängig zu verhalten. Die Bestimmung der Marktbeherrschung ist in zwei Schritten vorzunehmen: Zunächst ist der relevante Markt abzugrenzen, anschliessend wird die Marktstellung des betreffenden Unternehmens untersucht.¹⁴

a. Abgrenzung der relevanten Medienmärkte

Seit der Teilrevision des RTVG (2015) steht fest, dass die Zuständigkeit für die Abgrenzung der relevanten Medienmärkte bei der Weko liegt und diese dabei kartellrechtliche Grundsätze anwendet.¹⁵ Zuvor hatte das UVEK diese Aufgabe als Teil der Sachverhaltsbestimmung übernommen¹⁶ und sachlich jeweils in die folgenden acht Märkte unterschieden: (1) Den Lesermarkt für lokal-regionale Informationen, (2) den Hörermarkt für lokal-regionale Informationen (technologieneutral), (3) den Zuschauermarkt für lokal-regionale Informationen (technologieneutral), (4) den Markt für Nutzer von Informationsplattformen im Internet, (5) den Markt für Printwerbung, (6) den Markt für Radiowerbung, (7) den Markt für Fernsehwerbung und (8) den Markt für Online-Werbung.¹⁷ Als räumlich relevanter Markt definierte das UVEK das jeweilige UKW-Versorgungsgebiet des betreffenden Rundfunkveranstalters.¹⁸

Eine Abgrenzung der relevanten Medienmärkte durch die Weko für eine Beurteilung der Marktbeherrschung i.S.v. Art. 74 RTVG wurde bisher noch nie vorgenommen. Da das UVEK aber in verschiedene mediale Teilmärkte unterschieden und sich so

¹² Diese Formulierung soll klarstellen, dass die Weko für die Abgrenzung der medienrelevanten Märkte zuständig ist. Vgl. Bot. RTVG 2013, BBl. 2013, 5033.

¹³ BVGE 2009/63, E. 4.3, E. 4.4; BVGer A-7801/2008 vom 7. Dezember 2009, E. 9.3, E. 9.4.

¹⁴ BSK KG-REINERT/BLOCH, Art. 4 Abs. 2 KG N 3 ff.

¹⁵ Bot. RTVG 2013, BBl. 2013, 5033.

¹⁶ Entscheid des UVEK vom 3. November 2011 in Sachen *Tele Säntis vs. TVO*, E. II.3.2.1; Entscheid des UVEK vom 6. März 2013 in Sachen *Radio Grischa vs. Radio Südost*, E. II.3.2.1; Entscheid des UVEK vom 22. Oktober 2013 in Sachen *Radio Argovia vs. Radio AG*, E. II.3.2.1; RPW 2011/3, 455. Die vorgenommene Marktabgrenzung durch das Bakom als Teil der Sachverhaltsbestimmung wurde vom BVGer als zulässig erachtet. Vgl. BVGer A-6542/2011 vom 22. August 2012, E. 5.3.

¹⁷ RPW 2011/3, 455; Entscheid des UVEK vom 22. Oktober 2013 in Sachen *Radio Argovia vs. Radio AG*, E. II.3.2.2.5.

¹⁸ RPW 2011/3, 455.

für eine Marktabgrenzung entschieden hat, die sich primär an ökonomischen und weniger an publizistischen Kriterien orientiert,¹⁹ dürfte eine von der Weko nach kartellrechtlichen Kriterien vorgenommene sachliche Marktabgrenzung zu ähnlichen Ergebnissen führen. Schliesslich hat auch die Weko im Rahmen der Fusionskontrolle mit beteiligten Medienunternehmen jeweils in zahlreiche medienspezifische Teilmärkte unterschieden und sich so gegen eine weite Marktabgrenzung i.S. eines Informations- und Meinungsmarkts ausgesprochen.²⁰ Bezüglich räumlicher Marktabgrenzung ist ebenfalls mit keiner Veränderung zu rechnen. Auch die Weko hat die Märkte räumlich anhand der entsprechenden UKW-Versorgungsgebiete abgegrenzt, wenn der relevante Markt regionaler Rundfunksender für das Verfahren von Bedeutung war.²¹

b. Beherrschende Stellung

Ein Unternehmen ist marktbeherrschend, wenn seine wirtschaftliche Stellung auf dem relevanten Markt derart stark ist, dass es sich gegenüber Mitbewerbern, Anbietern oder Nachfragern in wesentlichem Umfang unabhängig verhalten kann.²² Zur Beurteilung der Marktbeherrschung ist eine Gesamtwürdigung des einzelnen Falls vorzunehmen, wobei die absoluten und relativen Marktanteile, der potenzielle Wettbewerb und die Marktzutrittsschranken, die Stellung der Marktgegenseite, die Unternehmensstruktur sowie das Marktverhalten in der Vergangenheit Bewertungskriterien bilden.²³

Die Weko stellte bei jedem der drei bisher zu beurteilenden Fälle im Zusammenhang mit Art. 74 RTVG eine Marktbeherrschung auf einem oder mehreren relevanten Medienmärkten fest.²⁴ Sie stützte sich dabei im Wesentlichen auf die Marktanteile, die

¹⁹ Eine enge sachliche Marktabgrenzung in verschiedene mediale Teilmärkte ist unter einer ökonomisch-kartellrechtlichen Perspektive nicht ungewöhnlich, erstaunt aber aus einem publizistischen Blickwinkel. Denn im Hinblick auf den publizistischen Wettbewerb geht es in erster Linie um den Schutz vor Meinungsmacht und diesbezüglich ist es zentral, dass sachlich von einer Unteilbarkeit des Meinungsmarkts ausgegangen wird, da Informationen und Meinungen nicht an ein bestimmtes Medium gebunden sind. Vgl. SHK-WEBER, Art. 74 RTVG N 19 f.; KELLERMÜLLER, 63 f.; SCHÜLL, 34 f.

²⁰ Einen Überblick zur Praxis der Weko gibt HEMMELER, 25 ff. Die Weko hat allerdings jeweils offen gelassen, ob eigenständige Hörer- und Zuschauermärkte abzugrenzen sind resp. darauf verzichtet, eigenständige Hörer- und Zuschauermärkte abzugrenzen. Begründet wurde dies jeweils damit, dass aufgrund der starken Stellung der SRG gar keine beherrschende Stellung begründet oder verstärkt werden könne. Trotzdem hat sich die Weko dann aber auf eine räumliche Marktabgrenzung eingelassen. Vgl. z.B. RPW 2007/4, 608 f.; RPW 2009/3, 257 (beide m.w.H.).

²¹ HEMMELER, 41, 44; RPW 2007/4, 609; RPW 2009/3, 257.

²² Vgl. Art. 4 Abs. 2 KG. Zum Begriff der Marktbeherrschung vgl. auch: ZÄCH, 38 f.

²³ BSK KG-REINERT/BLOCH, Art. 4 Abs. 2, N 268 ff.

²⁴ Vgl. Fn. 11.

anhand der Reichweiten der jeweiligen Medienprodukte ermittelt wurden.²⁵ Teilweise wurde auch der potenzielle Wettbewerb berücksichtigt,²⁶ andere Merkmale wurden hingegen nicht als Kriterien hinzugezogen.²⁷

2. Missbrauch der marktbeherrschenden Stellung

Liegt eine marktbeherrschende Stellung vor, prüft das UVEK, ob die Meinungs- und Angebotsvielfalt durch deren Missbrauch gefährdet wird.²⁸ Bei der Beurteilung des Missbrauchs wird im Gegensatz zur Prüfung der marktbeherrschenden Stellung aber nicht an kartellrechtliche, sondern an medienspezifische Faktoren angeknüpft. Ausschlaggebend ist also ein publizistischer Missbrauchs begriff.²⁹ Als missbräuchlich i.S.v. Art. 74 RTVG gelten gemäss UVEK Verhaltensweisen von Medienunternehmen, die geeignet sind, «die freie und umfassende Meinungs- und Willensbildung der Mediennutzerinnen und -nutzer in den Bereichen Politik, Wirtschaft, Kultur, Gesellschaft und Sport einzuschränken.» Dies sei der Fall, wenn der publizistische Zugang der verschiedenen Meinungen und Interessen nicht chancengleich ist, relevante Themen ignoriert oder nur einseitig dargestellt werden³⁰ oder wenn versucht wird, durch eine einseitige Auswahl von Meinungen und Akteuren auf demokratische Entscheidungsprozesse einzuwirken. Zudem könne auch eine Verletzung der allgemeinen Grundsätze journalistischen Handelns als missbräuchliches Verhalten qualifiziert werden.³¹

Um die Meinungs- und Angebotsvielfalt zu gefährden, muss ein publizistischer Missbrauch sowohl systematisch als auch zukunftsgerichtet sein. Es reicht nicht aus, wenn in einem Einzelfall Anzeichen für ein missbräuchliches Verhalten vorliegen.

²⁵ Beispiel für die Ermittlung von Marktanteilen im Rahmen der Neubeurteilung des Konzessionsentscheids betreffend das TV Gebiet Ostschweiz: RPW 2011/3, 457 (Printtitel), 459 (Radiosender), 463 (Fernsehsender), 466 (Online-Plattformen).

²⁶ RPW 2011/3, 472.

²⁷ Kritisch zur ausschliesslichen Betrachtung von Marktanteilen im Zusammenhang mit der Beurteilung von Marktmacht: HAGER/MURER, recht 2015, 197, 201.

²⁸ Bot. RTVG 2002, BBl. 2003, 1731.

²⁹ Entscheid des UVEK vom 3. November 2011 in Sachen *Tele Säntis vs. TVO*, E. II.3.3.1.1; Entscheid des UVEK vom 6. März 2013 in Sachen *Radio Grischa vs. Radio Südost*, E. II.3.3.1.1; Entscheid des UVEK vom 22. Oktober 2013 in Sachen *Radio Argovia vs. Radio AG*, E. II.3.3.1.1.

³⁰ Eine gewisse publizistische oder politische Ausrichtung reicht aber gemäss UVEK nicht aus, um die Meinungs- und Angebotsvielfalt zu gefährden. Bereits in diesem Fall eine Gefährdung der Meinungs- und Angebotsvielfalt anzunehmen wäre im Lichte der Medienfreiheit (Art. 17 BV) unhaltbar. Vgl. Entscheid des UVEK vom 22. Oktober 2013 in Sachen *Radio Argovia vs. Radio AG*, E. II.3.4.

³¹ Entscheid des UVEK vom 3. November 2011 in Sachen *Tele Säntis vs. TVO*, E. II.3.3.1.2; Entscheid des UVEK vom 6. März 2013 in Sachen *Radio Grischa vs. Radio Südost*, E. II.3.3.1.2; Entscheid des UVEK vom 22. Oktober 2013 in Sachen *Radio Argovia vs. Radio AG*, E. II.3.3.1.2.

Systematisch und zukunftsgerichtet ist ein Missbrauch erst, «wenn entweder wenige gleichartige oder viele verschiedenartige, publizistisch missbräuchliche Verhaltensweisen nachgewiesen werden können» und wenn gleichzeitig «zukünftig mit publizistisch missbräuchlichen Verhaltensweisen des Medienunternehmens zu rechnen ist.»³² Ein Missbrauch i.S.v. Art. 74 RTVG muss sich zudem in jedem Fall publizistisch auswirken. Bei einer Missbrauchsprüfung auf den Werbemärkten sind aus diesem Grund auch immer die komplementären Nutzungsmärkte einzubeziehen.³³

B. Interventionsmöglichkeiten

Die Schwelle zur Bejahung eines publizistischen Missbrauchs scheint sehr hoch zu sein. Bisher wurde jedenfalls noch nie eine Gefährdung der Meinungs- und Angebotsvielfalt festgestellt.³⁴ Würde das UVEK allerdings zum Ergebnis gelangen, dass eine Gefährdung der publizistischen Vielfalt vorliegt, könnte es gemäss Art. 75 RTVG Massnahmen im Bereich Radio und Fernsehen ergreifen. Die Interventionen sind aber in jedem Fall auf diese beiden Bereiche beschränkt. In andere Mediensegmente einzugreifen ist ausgeschlossen, da hierfür eine verfassungsmässige Zuständigkeit des Bundes fehlt. Eine Gefährdung der publizistischen Vielfalt durch ein multimediales Unternehmen kann folglich nur durch ein Eingreifen in die Rundfunkaktivitäten des betreffenden Medienhauses abgeschwächt werden.³⁵

Dem UVEK stehen nach Art. 75 Abs. 2 RTVG insgesamt drei Interventionsmöglichkeiten zur Auswahl: (1) Vielfaltssichernde Massnahmen wie die Einräumung von Sendezeit für Dritte oder die Verpflichtung zur Zusammenarbeit mit anderen Marktteilnehmern (lit. a), (2) Massnahmen gegen Konzernjournalismus wie den Erlass eines Redaktionsstatuts zur Absicherung der redaktionellen Freiheit (lit. b) sowie (3) die Anpassung der unternehmerischen und organisatorischen Strukturen (lit. c). Bezüglich der Wahl der Intervention ist das UVEK frei. Geregelt ist lediglich, dass die Anpassung der unternehmerischen und organisatorischen Strukturen nur bei offensichtlichem Ungenügen anderer Massnahmen als *ultima ratio* ergriffen werden kann (Art. 75 Abs. 2 lit. c).

³² Entscheid des UVEK vom 3. November 2011 in Sachen *Tele Säntis vs. TVO*, E. II.3.3.1.3; Entscheid des UVEK vom 6. März 2013 in Sachen *Radio Grischa vs. Radio Südost*, E. II.3.3.1.3; Entscheid des UVEK vom 22. Oktober 2013 in Sachen *Radio Argovia vs. Radio AG*, E. II.3.3.1.3.

³³ Entscheid des UVEK vom 22. Oktober 2013 in Sachen *Radio Argovia vs. Radio AG*, E. II.3.3.2.2.

³⁴ Vgl. Fn. 10.

³⁵ Bot. RTVG 2002, BBl. 2003, 1647, 1731.

III. Kritik an den Massnahmen gegen die Gefährdung der Meinungs- und Angebotsvielfalt

A. Verflechtung von Medien- und Kartellrecht

Art. 74 RTVG knüpft die Gefährdung der Meinungs- und Angebotsvielfalt an den Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung. Dadurch wird versucht, mithilfe eines kartellrechtlichen Instruments (Missbrauch von Marktmacht) ein medienpolitisches Anliegen (Sicherung von publizistischer Vielfalt) zu erreichen.³⁶ Diese Verflechtung von medienpolitischen und wettbewerbsrechtlichen Aspekten wirft allerdings konzeptionelle Fragen auf.³⁷

Der Zweck des Kartellgesetzes besteht gemäss Art. 1 KG darin, volkswirtschaftlich oder sozial schädliche Auswirkungen von Kartellen und anderen Wettbewerbsbeschränkungen zu verhindern und damit den Wettbewerb im Interesse einer freiheitlichen marktwirtschaftlichen Ordnung zu fördern. Ziel ist die Gewährleistung des wirksamen Wettbewerbs.³⁸ Medienspezifische Motive (z.B. die Folgen einer Marktveränderung auf die publizistische Vielfalt) werden im kartellrechtlichen Verfahren nicht berücksichtigt.³⁹ Entscheidend bei der Anwendung des Kartellgesetzes sind allein ökonomische Kriterien.⁴⁰ Die *Massnahmen gegen die Gefährdung der Meinungs- und Angebotsvielfalt* bezwecken allerdings den Erhalt einer pluralistischen Medienlandschaft und verfolgen damit ein medienpolitisches Anliegen, welches mit dem kartellrechtlichen Konzept des Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung nicht deckungsgleich ist. So kann beispielsweise auch ein marktbeherrschendes Unternehmen ein Interesse daran haben, den Konsumenten ein publizistisch vielfältiges Angebot zu unterbreiten, um seinen Gewinn zu steigern,⁴¹ während die Marktbeherrschung aus kartellrechtlicher Sicht aufgrund der Möglichkeit einer Monopolrentenabschöpfung problematisch sein kann. Auf der anderen Seite können zahlreiche, sich

³⁶ Kritisch zur Verflechtung von Medien- und Kartellrecht: NOBEL/STIRNIMANN, 52; Stellungnahme Weko, 2 f.; ZURKINDEN, *medialex* 2014, 184, 187 ff.

³⁷ Stellungnahme Weko, 2.

³⁸ Das ergibt sich aus dem Zweckartikel des Kartellgesetzes (Art. 1 KG). Zum wirksamen Wettbewerb als wettbewerbspolitisches Leitbild: BSK KG-LEHNE, Art. 1 N 27 ff. Allgemein zum Zweck des Kartellrechts: HEINEMANN, ZSR 2016, 431, 435 ff.

³⁹ Bot. RTVG 2013, BBl. 2013, 4992, 5029.

⁴⁰ Mit der Ausrichtung auf das Konzept des wirksamen Wettbewerbs durch die Kartellrechtsnovelle im Jahr 1995 erfolgte eine bewusste Abkehr von der bis dahin praktizierten Saldomethode, nach welcher sowohl wettbewerbliche als auch ausserwettbewerbliche Auswirkungen ermittelt und gegeneinander abgewogen wurden. Vgl. BSK KG-LEHNE, Art. 1 N 32.

⁴¹ GEORGE, *Information Economics and Policy* 2007, 285, 301, stellte im Rahmen einer Studie etwa fest, «that increases in ownership concentration lead firms to differentiate products to a greater extent and cover a larger number of reporting topics.» Ähnlich auch: BERRY/WALDFOGEL, *Quarterly Journal of Economics* 2001, 1009, 1024, die zu folgendem Schluss kamen: «We find some evidence that consolidation increases the amount of programming variety absolutely.»

konkurrierende Medienunternehmen homogene Medienangebote zur Verfügung stellen,⁴² was unter einem kartellrechtlichem Blickwinkel zwar unproblematisch, im Hinblick auf die publizistische Vielfalt hingegen nicht erwünscht ist.⁴³

Kartellrechtliche Instrumente dienen der Gewährleistung des wirksamen Wettbewerbs. Sie wurden nicht dafür geschaffen, publizistische Vielfalt sicherzustellen und werden kaum tauglich sein, diese Zielsetzung zu erreichen. Dass sich kartellrechtliche Instrumente für die Verfolgung medienpolitischer Anliegen wenig eignen, wurde im Übrigen bereits anlässlich der Kartellgesetz-Teilrevision von 2003 diskutiert und war mit ein Grund, weshalb die verschärfte Meldepflicht für Medienunternehmen im Rahmen der Fusionskontrolle wieder aufgehoben wurde.⁴⁴ Es ist daher schwer verständlich, weshalb das RTVG auf kartellrechtliche Hilfsmittel zurückgreift, statt eigene Kriterien zu entwickeln, um den Gefährdungstatbestand in Art. 74 RTVG zu erfassen.⁴⁵ Zudem führt der «Umweg» über das Kartellrecht zu umständlichen und vor allem auch zeitaufwendigen Verfahren, die bis zu zwei Jahre in Anspruch nehmen können.⁴⁶ Die Weko hat deshalb anlässlich der Vernehmlassung zur Teilrevision des RTVG (2015) u.a. auch empfohlen, das Gesetz aus verfahrensökonomischen Gründen dahingehend anzupassen, dass die Prüfung des Missbrauchs nicht mehr *a priori* nach der Beurteilung der Marktstellung zu erfolgen hat.⁴⁷ Vor dem Hintergrund, dass in der Vergangenheit ein publizistischer Missbrauch stets verneint wurde und dadurch die Abgrenzung der relevanten Medienmärkte sowie die Prüfung der Marktstellung hätte entfallen können, erschiene eine solche Gesetzesanpassung im Hinblick auf die Verfahrensökonomie zweckmässig. Dem Vorschlag der Weko wurde anlässlich der Teilrevision des RTVG (2015) allerdings nicht gefolgt.⁴⁸

⁴² So kam eine Studie zum Schluss, dass ruinöser Wettbewerb zu einer Verstärkung des Preiswettbewerbs und in der Folge dazu führe, dass Medienunternehmen nur noch Produkte herstellen, die von der breiten Masse der Konsumenten nachgefragt werden, was schliesslich in einer Homogenisierung der Produkte münde. Vgl. VAN CUILENBURG, in: DE BENS, 25, 40.

⁴³ Ähnlich: Stellungnahme Weko, 2.

⁴⁴ Der Bundesrat äusserte sich in der Botschaft wie folgt dazu: «Für die Verfolgung medienpolitischer Anliegen eignet sich das ausschliesslich dem Wettbewerb verpflichtete KG allerdings wenig.» Vgl. Bot. KG, BBl. 2002, 2042.

⁴⁵ Die Weko hat anlässlich der Vernehmlassung zur Teilrevision des RTVG (2015) auch empfohlen, die kartellrechtlich besetzten Begriffe aus dem RTVG zu entfernen und eine vollständige Entflechtung von Medien- und Kartellrecht vorzunehmen. Vgl. Stellungnahme Weko, 2 f.

⁴⁶ Bot. RTVG 2013, BBl. 2013, 4992. ZURKINDEN, *medialex* 2014, 184, 190, weist zudem darauf hin, dass dieser «Umweg» nicht nur «unnötig und zweitaufwendig, sondern rechtsdogmatisch falsch» sei.

⁴⁷ Stellungnahme Weko, 3.

⁴⁸ Bot. RTVG 2013, BBl. 2013, 4975 ff.

B. Keine klaren Auf- und Eingreifkriterien

Der Erhalt einer Rundfunkkonzession war bis zur Teilrevision des RTVG (2015) an das Fehlen einer Gefährdung der Meinungs- und Angebotsvielfalt geknüpft.⁴⁹ Nach dem Wegfall dieser Konzessionsvoraussetzung kann Art. 74 RTVG nur noch angewendet werden, wenn ausserhalb des Konzessionierungsprozesses Anhaltspunkte einer Vielfaltsgefährdung bestehen. Die Umschreibung des Tatbestands von Art. 74 RTVG ist allerdings relativ vage. Festgelegt ist lediglich, dass eine Gefährdung der Meinungs- und Angebotsvielfalt vorliegt, wenn die marktbeherrschende Stellung missbraucht wird. Die Gesetzesbestimmung liefert keine weiteren Hinweise dazu, in welchen konkreten Fällen eine derartige Gefährdung vorliegen könnte. Es sind weder quantitative Marktanteilsgrenzen im Gesetz verankert, noch wurden Beispieltatbestände genannt.⁵⁰ Zudem verwendet die Bestimmung mit den Begriffen der Meinungs- und Angebotsvielfalt auch Termini, die weder auf Gesetzes- noch Verordnungsstufe definiert sind.⁵¹ Daraus ergeben sich für Medienunternehmen beachtliche Rechtsunsicherheiten, da schwierig abzuschätzen ist, wann das UVEK eine Untersuchung nach Art. 74 RTVG aufnehmen wird. Eine Überprüfung der Gefährdung der Meinungs- und Angebotsvielfalt könnte also grundsätzlich jederzeit, auch ohne konkreten äusseren Anlass stattfinden.⁵² Im Hinblick auf die Rechtssicherheit, Vorhersehbarkeit und Rechtsstaatlichkeit ist dies nicht unbedenklich.⁵³

Bisher gelangte die Bestimmung ausserhalb der Konzessionierung allerdings nie zur Anwendung. Es besteht also die realistische Möglichkeit, dass Art. 74 f. RTVG zu einer Regelung mit rein symbolischer Bedeutung verkommt, die in der Praxis keine Anwendung mehr finden kann. Eine Anordnung mit einem rein symbolischen Wert hat allerdings in einem Gesetz keine Daseinsberechtigung.

C. Verfassungsmässigkeit

Die Frage der Verfassungsmässigkeit der *Massnahmen gegen die Gefährdung der Meinungs- und Angebotsvielfalt* stellt sich auf mehreren Ebenen. Zunächst einmal ist festzuhalten, dass die Interventionsmöglichkeiten gemäss Art. 75 Abs. 2 RTVG Eingriffe in das Grundrecht der Eigentumsgarantie (Art. 26 BV) bzw. der Wirtschafts-

⁴⁹ Bot. RTVG 2013, BBl. 2013, 4992 f.

⁵⁰ Die Botschaft weist ausdrücklich darauf hin, dass auf die Statuierung gesetzlicher Marktanteile und Eigentumsbeschränkungen verzichtet wurde. Vgl. Bot. RTVG 2002, BBl. 2003, 1647.

⁵¹ SHK-WEBER, Art. 74 RTVG N 4, N 30. Auch die Botschaft äussert sich nicht klar dazu. Sie legt lediglich fest, dass der Pluralismus der Medien «ein möglichst grosses Spektrum der verschiedenen gesellschaftlichen, politischen, kulturellen und weltanschaulichen Strömungen zum Ausdruck bringen soll.» Vgl. Bot. RTVG 2002, BBl. 2003, 1645.

⁵² BÜHRER/RENFER, Jusletter 2006, Rz. 48; NOBEL/STIRNIMANN, 49 f.

⁵³ NOBEL/Weber, 516, 522; SHK-WEBER, Art. 74 RTVG N 30; KELLERMÜLLER, 125.

freiheit (Art. 27 BV) darstellen.⁵⁴ Sie müssen folglich den Bedingungen einer Grundrechtseinschränkung nach Art. 36 BV⁵⁵ genügen.⁵⁶ In Bezug auf den Grundsatz der Verhältnismässigkeit ist allerdings fragwürdig, ob die Massnahmen überhaupt geeignet sind, zu einer Erhöhung publizistischer Diversität beizutragen. Ist die Meinungs- und Angebotsvielfalt nämlich tatsächlich gefährdet, dann wird eine Verpflichtung zur Einräumung von Sendezeit resp. eine kurze Sendeunterbrechung dies wohl kaum aufzuwiegen vermögen.⁵⁷

Mit Blick auf die Verfassungsmässigkeit ist zudem problematisch, dass Art. 74 Abs. 1 lit. b RTVG eine Betrachtung des gesamten Mediensystems erlaubt, wodurch Aufgreifkriterien bestehen, die nicht im Rundfunkbereich liegen. M.a.W. könnte auch eine Gefährdung der Vielfalt im Printbereich zur Anordnung einer Massnahme nach Art. 75 Abs. 2 RTVG führen. Dafür fehlt es allerdings an einer Kompetenzgrundlage in der Verfassung.⁵⁸ Ob Art. 74 RTVG Abs. 1 lit. b RTVG verfassungskonform ist, darf deshalb angezweifelt werden.

D. Medienkonzentration vs. Vielfalt

Grund für die gesetzliche Verankerung der *Massnahmen gegen die Gefährdung der Meinungs- und Angebotsvielfalt* waren Bedenken bezüglich multimedialer Verflechtungen privater Medienunternehmen im lokalen Raum. Mit Art. 74 f. RTVG sollte ein Instrument zur Bekämpfung der Medienkonzentration geschaffen werden, das sich insbesondere für die Beurteilung lokaler Märkte eignen soll.⁵⁹ Die Anordnung gilt zwar auch für die SRG, zielt aber in erster Linie auf die privaten Rundfunkanbieter.⁶⁰ Denn aufgrund der im Leistungsauftrag der SRG enthaltenen umfangreichen Verpflichtung zu einer umfassenden, vielfältigen und sachgerechten Berichterstattung, dürfte die Anordnung für die SRG kaum je praktische Bedeutung erlangen, weshalb sich die Bestimmung für den öffentlich-rechtlichen Anbieter der Schweiz eigentlich erübrigt.⁶¹

⁵⁴ Ausführlich: HAGER, 104 ff.

⁵⁵ Voraussetzung für die Beschränkung eines Grundrechts ist eine gesetzliche Grundlage, ein öffentliches Interesse sowie die Einhaltung des Grundsatzes der Verhältnismässigkeit. Des Weiteren darf der Kerngehalt des Grundrechts nicht verletzt werden. Vgl. BSK BV-EPINEY, Art. 36 N 29 ff.

⁵⁶ SHK-WEBER, Art. 75 RTVG N 4 ff.; NOBEL/WEBER, 517 f.; WEBER/DÖRR, 263 ff.; Bot. RTVG 2002, BBl. 2003, 1731 f.

⁵⁷ Ähnlich: NOBEL/WEBER, 517; WEBER/DÖRR, 263. KELLERMÜLLER, 137, weist darauf hin, dass aufgrund der «ungeklärten Kausalitäten zur Erreichung publizistischer Vielfalt» die Eignung der Massnahmen nach Art. 75 Abs. 2 RTVG grundsätzlich zur Diskussion stehen dürften.

⁵⁸ NOBEL/STIRNIMANN, 7, 33; KELLERMÜLLER, 124 f.

⁵⁹ Bot. RTVG 2002, BBl. 2003, 1593, 1646 f. Vgl. auch: KELLERMÜLLER, 122.

⁶⁰ NOBEL/DO CANTO, ZSR 2006, 283, 292 ff.; KELLERMÜLLER, 123.

⁶¹ KELLERMÜLLER, 123. Zum Programmauftrag der SRG: Vgl. Art. 2 Konzession SRG.

Auch wenn der Begriff der Medienkonzentration heute nicht mehr im Gesetzestext verankert ist,⁶² knüpft die Prüfung der Vielfaltsgefährdung noch immer an den Aspekt der Konzentration an, indem das Vorliegen einer marktbeherrschenden Stellung Voraussetzung für den Tatbestand von Art. 74 RTVG bildet.⁶³ Aus diesem Grund stellt sich im Zusammenhang mit den *Massnahmen gegen die Gefährdung der Meinungs- und Angebotsvielfalt* die grundsätzliche Frage nach der Berechtigung konzentrationsrechtlicher Regelungen.⁶⁴ Da eine kausale Beziehung zwischen ökonomischem Wettbewerb und publizistischem Ergebnis bislang nicht bewiesen werden konnte, sind bezüglich der Eignung konzentrationsrechtlicher Regelung für die Medienvielfaltssicherung generelle Bedenken anzubringen.⁶⁵

E. Starke Marktposition der SRG

Die Frage nach der Berechtigung einer Norm, bei der Konzentrationstendenzen privater Medienunternehmen im Fokus stehen, stellt sich auch im Zusammenhang mit der starken Marktposition der SRG. Die SRG verfügt mit Marktanteilen zwischen 64 und 76 Prozent (je nach Sprachregion) auf den Hörermarkten und Marktanteilen zwischen 28 und 33 Prozent auf den Zuschauermarkten über eine sehr starke Position auf den schweizerischen Rundfunkmärkten.⁶⁶ Aufgrund dieser Marktposition scheint

⁶² Vor der Teilrevision des RTVG 2015 waren Art. 74 f. RTVG noch unter dem Gliederungstitel «Massnahmen gegen die Medienkonzentration» eingeordnet und wurden in der Botschaft als «Instrument zur Bekämpfung der Medienkonzentration» beschrieben. Vgl. Bot. RTVG 2002, BBl. 2003, 1593. Der Bundesrat stellte zur sprachlichen Änderung im Rahmen der Teilrevision des RTVG aber klar, dass diese terminologische Anpassung nicht bedeute, dass «Phänomene der Medienkonzentration bei der Prüfung der Gefährdung der Meinungs- und Angebotsvielfalt nicht zu berücksichtigen wären». Vgl. Bot. RTVG 2013, BBl. 2013, 5033.

⁶³ Ursprünglich war sogar geplant, die Gefährdung der Meinungs- und Angebotsvielfalt sowie die damit verbundenen Massnahmen direkt an das Vorliegen einer marktbeherrschenden Stellung anzuknüpfen. Im Rahmen der parlamentarischen Beratungen wurde der Anwendungsbereich von Art. 74 RTVG allerdings eingeschränkt, indem das Kriterium des Missbrauchs hinzugefügt wurde. Grund dafür war, dass nicht die marktbeherrschende Stellung an sich bestraft werden sollte, sondern erst deren Missbrauch. Vgl. Bot. RTVG 2002, BBl. 2003, 1730 f.; Amtl. Bull. NR 2004, 141 ff.; Amtl. Bull. SR 2005, 189 f.

⁶⁴ Allerdings weist auch die Botschaft darauf hin, dass Medienkonzentration ambivalent zu beurteilen sei. Vgl. Bot. RTVG 2002, BBl. 2003, 1645.

⁶⁵ Die sog. Vielfaltsvermutung wird dementsprechend häufig kritisiert. Im Wesentlichen wird an ihr beanstandet, dass sie auf einer zu simplen Schlussfolgerung aufbaue, weil sie von der Marktstruktur direkt auf das Marktergebnis schliesse und weitere Aspekte (insb. die Verhaltensebene) unberücksichtigt lasse. Vgl. u.a. RUSSI, 76 f.; SCHÜLL, 33 f.; TRAPPEL/MEIER, Medienwissenschaft Schweiz 2002, 56, 59. Detailliert zu verschiedenen Forschungsrichtungen, die sich mit dem Zusammenhang zwischen Vielfalt und Wettbewerb auseinandergesetzt haben sowie zu den entsprechenden Forschungsergebnissen: HAGER, 217 ff.

⁶⁶ In der Deutschschweiz verfügt die SRG über einen Marktanteil von 64.5% (Radio) und 31% (TV), in der Romandie sind es 65.6% (Radio) und 28% (TV) und im Tessin 76.3% (Radio) und 33% (TV). Vgl. Jahresbericht Mediapulse Deutschschweiz 2016, 26, 62; Jahresbericht Mediapulse Suisse romande 2016, 26, 62, Jahresbericht Mediapulse Svizzera italiana 2016, 26, 57.

es fraglich, ob Programme privater schweizerischer Anbieter mit gesamthaften Marktanteilen zwischen 16 und 30 Prozent (je nach Sprachregion) auf den Hörer-
märkten und lediglich ein bis acht Prozent⁶⁷ auf den Zuschauermärkten überhaupt
eine Bedrohung für die publizistische Vielfalt darstellen können.⁶⁸ Das UVEK betonte
allerdings, dass in Bezug auf die Meinungsvielfalt nur diejenigen Programme von
Bedeutung seien, die im entsprechenden Versorgungsgebiet regionale Informationen
senden. Aus diesem Grund seien nur die in diesem Bereich relevanten Sendungen der
SRG in die Prüfung der marktbeherrschenden Stellung einzubeziehen.⁶⁹ Als Folge
davon gewinnen die privaten Veranstalter entsprechend an Relevanz. Während der
Sender Radio Südostschweiz⁷⁰ z.B. bei einer Berücksichtigung sämtlicher Radiopro-
gramme in der deutschsprachigen Schweiz über einen Marktanteil von weniger als
einem Prozent und im Versorgungsgebiet Südostschweiz über einen Marktanteil von
10 Prozent verfügt,⁷¹ weist er bei der ausschliesslichen Beachtung regional relevanter
Sendungen im Versorgungsgebiet einen Marktanteil von knapp 29 Prozent aus.⁷²
Doch auch bei einer derart engen Eingrenzung wird eine Marktbeherrschung wohl
nur sehr selten vorliegen. Bisher wurde eine marktbeherrschende Stellung auf den
regionalen und lokalen Rundfunk-Meinungsmärkten nur ein einziges Mal festge-
stellt: Auf dem Zuschauermarkt für lokal-regionale Informationen aus den Bereichen
Politik, Wirtschaft, Kultur, Gesellschaft und Sport im Versorgungsgebiet Aargau, in
dem die BT Holding AG mit den beiden Fernsehsendern Tele M1 und TeleZüri einen
Marktanteil von 69 Prozent aufweist.⁷³

⁶⁷ Private Anbieter verfügen in der deutschsprachigen Schweiz zwar über einen Marktanteil von acht Prozent, das ist im Wesentlichen aber auf Programme wie 3 Plus, 4 Plus oder Star TV zurückzuführen, und nicht auf Programme der Konzessionierten. Vgl. Jahresbericht Mediapulse Deutschschweiz 2016, 30.

⁶⁸ SHK-WEBER, Art. 74 RTVG N 29. Zu den Marktanteilen: Jahresbericht Mediapulse Deutschschweiz 2016, 26, 63; Jahresbericht Mediapulse Suisse romande 2016, 26, 63, Jahresbericht Mediapulse Svizzera italiana 2016, 26, 57.

⁶⁹ Entscheid des UVEK vom 22. Oktober 2013 in Sachen *Radio Argovia vs. Radio AG*, E. II.3.2.2.5.

⁷⁰ Früher: Radio Grischa.

⁷¹ Jahresbericht Mediapulse Deutschschweiz 2016, 63, 67.

⁷² Entscheid des UVEK vom 6. März 2013 in Sachen *Radio Grischa vs. Radio Südost*, E. II.3.2.6.3. Bei den Radiosendern der BT Holding AG (*Radio Argovia* und *Radio 24*) sind es im Versorgungsgebiet Aargau 54%, bei dem Radiosender FM1 der NZZ Mediengruppe sind es 26%. Vgl. Entscheid des UVEK vom 22. Oktober 2013 in Sachen *Radio Argovia vs. Radio AG*, E. II.3.2.6.7; Entscheid des UVEK vom 3. November 2011 in Sachen *Tele Säntis vs. TVO*, E. II.3.6.2. Derart konkrete Zahlen liegen allerdings nicht für die ganze Schweiz vor, sondern ausschliesslich für die Versorgungsgebiete Aargau, Südostschweiz und Ostschweiz, da eine umfassende Marktanalyse nur im Rahmen von Streitigkeiten bei der Konzessionsvergabe vorgenommen wurde.

⁷³ Entscheid des UVEK vom 22. Oktober 2013 in Sachen *Radio Argovia vs. Radio AG*, E. II.3.2.6.4.

F. Notwendigkeit zur Vielfaltssicherung

Neben den *Massnahmen gegen die Gefährdung der Meinungs- und Angebotsvielfalt* finden sich im RTVG weitere Anordnungen, die der Vielfaltssicherung dienen. So bestimmt Art. 44 Abs. 3 RTVG, dass ein Programmveranstalter beziehungsweise das Unternehmen, dem er gehört, maximal zwei Fernsehkonzessionen und zwei Radiokonzessionen erwerben kann.⁷⁴ Zudem regelt Art. 45 Abs. 3 S. 2 RTVG, dass im Konzessionsverfahren bei Gleichwertigkeit mehrerer Bewerbungen demjenigen Bewerber den Vorrang zu geben ist, der die Meinungs- und Angebotsvielfalt am meisten bereichert. Auf diese Weise wird die Bevorzugung des «unabhängigeren» Bewerbers im Rahmen des Vergabeverfahrens erlaubt.⁷⁵ Neben diesen aussenpluralistischen Bestimmungen, welche der externen Vielfaltssicherung dienen, hat der schweizerische Gesetzgeber zur Gewährleistung publizistischer Vielfalt im Rundfunkbereich auch Massnahmen erlassen, welche die Vielfalt und Ausgewogenheit von Meinungen und Themen bereits innerhalb des Programmes eines Anbieters verwirklichen sollen.⁷⁶ Angestrebt wird damit eine *medieninterne* Vielfaltssicherung.⁷⁷ So gilt mit dem Sachgerechtigkeitsgebot eine Mindestanforderung für den Programminhalt, welche sämtlichen redaktionellen Sendungen mit Informationsgehalt betrifft (Art. 4 Abs. 2 RTVG). Für konzessionierte Anbieter findet überdies das Vielfaltsgebot Anwendung (Art. 4 Abs. 4 RTVG). Vor diesem Hintergrund stellt sich die Frage, ob die publizistische Vielfalt und der Schutz der freien und umfassenden Meinungs- und Willensbildung allenfalls bereits genügend gesichert und die Anordnung in Art. 74 f. RTVG somit entbehrlich ist.

1. Konzentrationsrechtliche Bestimmungen im RTVG

Ziel von Art. 44 Abs. 3 RTVG und Art. 45 Abs. 3 S. 2 RTVG ist die Verhinderung horizontaler Eigentümerkonzentration resp. die Förderung einer Vielzahl verschiedener Anbieter.⁷⁸ Die beiden Regelungen tragen zwar zur Verhinderung einer ausgeprägten Konzentration resp. zur Unterbindung einer (Meinungs-)Machtballung auf

⁷⁴ Da Art. 44 Abs. 3 RTVG im Lichte der digitalen Entwicklung allerdings als zu starr empfunden wird, soll die Bestimmung im Rahmen des geplanten Gesetzes über elektronische Medien aufgehoben werden. In der Herbstsession 2017 wurde im Nationalrat aber bereits die Motion zur Abschaffung dieser «2+2»-Regel angenommen. Vgl. Amtl. Bull. NR 2017, 1240 f.

⁷⁵ HAGER, 115 f.

⁷⁶ KELLERMÜLLER, 95 f.; PAAL, 140; WEBER, in: KLEIST/ROßNAGEL/SCHEUER, 119, 119 f.

⁷⁷ Regelungen, welche interne Vielfalt anstreben, sind zwar insbesondere für den öffentlich-rechtlichen Rundfunk kennzeichnend (Art. 24 RTVG, Art. 2 der Konzession SRG) verankert, kommen aber – wenn auch in «abgemilderter» Form – ebenfalls im privaten Sektor vor. Vgl. KELLERMÜLLER, 95.

⁷⁸ HAGER, 111 f., 115 f.; Bot. RTVG 2013, BBl. 2013, 5029.

den Rundfunkmärkten bei,⁷⁹ betreffen aber nur einen geringen Teil der auf den schweizerischen Informationsmärkten tätigen Radio- und Fernsehveranstalter. Aufgrund der Digitalisierung im Bereich Radio und der damit verbundenen Loslösung von der UKW-Verbreitung im Rahmen der derzeit laufende RTVV-Revision ist zudem geplant, dass künftig nur noch Radioveranstalter konzessionspflichtig sein müssen, die einen Anteil an den Empfangsgebühren erhalten (21 Radioprogramme).⁸⁰ Kommerzielle Anbieter ohne Abgabenanteil, die heute noch über eine UKW-Konzession verfügen und einen Leistungsauftrag zu erfüllen haben, sollen nach Ablauf ihrer Konzession im Jahr 2019 vom Konzessionserfordernis befreit werden.⁸¹ Dadurch wird die Konzessionspflicht von Radiosendern derjenigen von Fernsehprogrammen angepasst,⁸² gleichzeitig wird aber auch der Einflussbereich der konzentrationsrechtlichen Bestimmungen im RTVG eingeschränkt. Ausserdem ist auch im Zusammenhang mit Art. 44 Abs. 3 RTVG und Art. 45 Abs. 3 S. 2 RTVG darauf hinzuweisen, dass von verschiedenen, miteinander im Wettbewerb stehenden Medien nicht *per se* auf inhaltliche Vielfalt geschlossen werden kann.⁸³

2. Sachgerechtigkeitsgebot

In Art. 4 Abs. 2 RTVG ist festgehalten, dass redaktionelle Sendungen mit Informationsgehalt Tatsachen und Ereignisse sachgerecht darstellen müssen, so dass sich das Publikum eine eigene Meinung bilden kann. Eine Sendung muss also durch den vermittelten Sachverhalt die Voraussetzung für eine selbständige Meinungsbildung schaffen.⁸⁴ Das Sachgerechtigkeitsgebot verfolgt das Ziel, Zuhörer und Zuschauer vor Diskriminierung und einseitiger Meinungsbeeinflussung zu bewahren.⁸⁵ Es bezieht sich in erster Linie auf die Art und Weise der Berichterstattung und ist dadurch mit einem Manipulationsverbot vergleichbar.⁸⁶ Ob eine Sendung den Anforderungen

⁷⁹ Zum Einfluss konzentrationsrechtlicher Bestimmungen im RTVG im Rahmen der Konzessionsvergabe: HAGER, 154 f.

⁸⁰ Erläuternder Bericht Teilrevision RTVV, 1 ff., 7.

⁸¹ Erläuternder Bericht Teilrevision RTVV, 2. Im Rahmen der Vernehmlassung wurde allerdings von verschiedener Seite Kritik an dieser Anpassung geübt: Vernehmlassungsbericht Teilrevision RTVV, 3 f.

⁸² Im Bereich des Fernsehens sind schon heute nur diejenigen Sender mit Abgabeanteil konzessionspflichtig (13 Fernsehprogramme). Vgl. Anhang 2 RTVV.

⁸³ Anstelle vieler: TRAPPEL/MEIER, Medienwissenschaft Schweiz 2002, 56, 59.

⁸⁴ SGK BV-GRABER/STEINER, Art. 93 N 20. Zur Rechtsprechung des BGer: BGE 137 I 340, 344 f. E. 3.1; 132 II 290, 292 f. E. 2.1; 131 II 253, 256 E. 2.1; 121 II 359, 363 f. E. 3. Zur Rechtsprechung der UBI: UBI-Entscheid vom 14. Februar 2014, b.682, E. 4.2; UBI-Entscheid vom 31. August 2007, b.557, E. 3.4.

⁸⁵ DUMERMUTH, SBVR Rundfunkrecht, Rz. 68; SHK-WEBER, Art. 4 RTVG N 10; Bot. RTVG 2002, BBl. 2003, 1669.

⁸⁶ DUMERMUTH, SBVR Rundfunkrecht, Rz. 68.

des Sachgerechtigkeitsgebots genügt, entscheidet der Gesamteindruck.⁸⁷ Nicht alle Standpunkte müssen genau gleichwertig dargestellt werden. Ausschlaggebend ist, dass erkennbar ist, ob und weshalb etwas umstritten ist.⁸⁸

Das Sachgerechtigkeitsgebot gilt für sämtliche Anbieter von Rundfunkprogrammen in der Schweiz und muss innerhalb der einzelnen Sendung verwirklicht werden.⁸⁹ Beschwerden betreffend das Sachgerechtigkeitsgebot werden von der Unabhängigen Beschwerdeinstanz für Radio und Fernsehen (UBI) behandelt.⁹⁰ Die UBI stützt sich bei der Prüfung einer Verletzung des Sachgerechtigkeitsgebots primär auf die Einhaltung journalistischer Sorgfaltspflichten.⁹¹ Zu diesen Pflichten gehören u.a. Wahrhaftigkeit, Transparenz, Sachkenntnis, die Überprüfung übernommener Fakten, die faire Verarbeitung anderer Meinungen sowie die sorgfältige Auswahl und Begleitung in der Sendung auftretender Gäste.⁹² Das Mass der geforderten Sorgfalt hängt allerdings vom konkreten Einzelfall ab.⁹³ Die Anforderungen an die Berichterstattung sind bei heiklen Themen grundsätzlich viel höher als bei weniger diffizilen.⁹⁴ Wird eine Verletzung des Sachgerechtigkeitsgebots festgestellt, können Massnahmen nach Art. 89 RTVG ergriffen werden. So kann beispielsweise von der für die Verletzung des Sachgerechtigkeitsgebots verantwortlichen natürlichen oder juristischen Person verlangt werden, den Mangel zu beheben und Massnahmen zu treffen, damit sich die Verletzung nicht wiederholt (Art. 89 Abs. 1 lit. a Ziff. 1 RTVG).⁹⁵

⁸⁷ DUMERMUTH, SBVR Rundfunkrecht, Rz. 70 ff. Vgl. auch den UBI-Entscheid vom 31. August 2007, b.557, E. 3.4 sowie E. 4.3.

⁸⁸ Vgl. u.a.: BGE 137 I 340, 344 f. E. 3.1; 131 II 253, 256 E. 2.1; BGer Urteil 2A.41/2005 vom 22. August 2005, E. 2.1.

⁸⁹ Art. 4 Abs. 2 RTVG. Das RTVG ist auf natürliche und juristische Personen anwendbar, welche die Veranstaltung, die Aufbereitung, die Übertragung und den Empfang von Radio- und Fernsehprogrammen in der Schweiz beabsichtigen. Vgl. SHK-WEBER, Art. 1 RTVG N 1.

⁹⁰ Art. 83 Abs. 1 lit. a RTVG. Voraussetzung für eine Beschwerdeführung ist die Teilnahme am Vorverfahren vor der Ombudsstelle sowie eine enge Beziehung zum Gegenstand der beanstandeten Sendung (Art. 94 Abs. 1 RTVG). Wer keine enge Beziehung zum Gegenstand der beanstandeten Publikation nachweisen kann, hat alternativ die Möglichkeit Beschwerde zu führen, wenn mindestens 20 Personen die Beschwerde unterschreiben (Art. 94 Abs. 2 RTVG). Es besteht also sowohl die Möglichkeit einer *Betroffenheits-* als auch einer *Popularbeschwerde*. Vgl. Bot. RTVG 2002, BBl. 2003, 1742.

⁹¹ Vgl. u.a. UBI-Entscheid vom 14. Februar 2014, b.682, E. 4.2; UBI-Entscheid vom 22. Februar 2013, b.662, E. 4.5; UBI-Entscheid vom 31. August 2007, b.557, E. 3.4; UBI-Entscheid vom 31. August 2007, b.555, E. 6.1; BGE 137 I 340, 344 f. E. 3.1. Vgl. dazu auch: DUMERMUTH, SBVR Rundfunkrecht, Rz. 73; SHK-WEBER, Art. 4 RTVG N 17; NOBEL/WEBER, 422.

⁹² Detailliert zu den inhaltlichen Aspekten journalistischer Sorgfaltspflichten: DUMERMUTH, SBVR Rundfunkrecht, Rz. 75 ff.; SHK-WEBER, Art. 4 RTVG N 20 ff.; NOBEL/WEBER, 422. Aus dem Sachgerechtigkeitsgebot lässt sich allerdings keine Verpflichtung ableiten, in einer Diskussionsrunde z.B. alle beteiligten Parteien auftreten zu lassen. Diese Forderung liesse sich höchstens aus dem Vielfaltsgebot ableiten. Vgl. dazu: GRABER, medialex 2011, 105, 106.

⁹³ BGE 132 II 290, 292 f. E. 2.1; 131 II 253, 257 E. 2.2.

⁹⁴ BGE 137 I 340, 345 E. 3.2; 121 II 29, 34 E. 3.b; 116 Ib 37, 48 E. 8.a.

⁹⁵ Gemäss Art. 97 Abs. 3 RTVG kann die UBI bei Feststellung einer Verletzung die in Art. 89 RTVG vorgesehenen Massnahmen ergreifen.

Zweck des Sachgerechtigkeitsgebots ist, dass sich das Publikum eine eigene Meinung bilden kann. Es ist primär darauf ausgerichtet, *wie* berichtet wird, und nicht in erster Linie darauf, *worüber* berichtet wird.⁹⁶ Das Gebot zu einer sachgerechten Berichterstattung verpflichtet also nicht zu einer vielfältigen Auswahl an Themen. Es reicht daher für sich alleine noch nicht aus, eine umfassende publizistische Vielfalt zu gewährleisten. Das Sachgerechtigkeitsgebot trägt aber bereits einen grossen Teil zur freien Meinungsbildung des Rundfunkpublikums bei, indem es die Zuhörer und Zuschauer vor einseitiger Meinungsbeeinflussung und Manipulation schützt.

3. Vielfaltsgebot

Das in Art. 4 Abs. 4 RTVG verankerte Vielfaltsgebot bestimmt, dass konzessionierte Programme in der Gesamtheit ihrer redaktionellen Sendungen die Vielfalt der Ereignisse und Ansichten zum Ausdruck bringen müssen. Verlangt ist eine möglichst breite Palette an Themen, die aus unterschiedlichen Blickwinkeln beleuchtet werden.⁹⁷ Dem Vielfaltsgebot ist sowohl die *negative* Verpflichtung inhärent, einseitige Meinungstendenzen abzuwehren, als auch der *positive* Auftrag, die unterschiedlichen Meinungen und Anschauungen der Gesellschaft i.S. einer «politisch-weltanschaulichen Vielfalt» wiederzugeben.⁹⁸

Im Gegensatz zum Sachgerechtigkeitsgebot, das innerhalb der einzelnen Sendung zu verwirklichen ist, bezieht sich das Vielfaltsgebot auf die Gesamtheit der redaktionellen Sendungen. Das Vielfaltsgebot gilt in der Regel nur dann als verletzt, wenn Themen und Meinungen über einen längeren Zeitraum lediglich eindimensional berücksichtigt werden. Eine einzelne, einseitig ausgefallene Sendung kann so durch andere vergleichbare Beiträge, die dazu ein Gegengewicht bilden, «kompensiert» werden.⁹⁹ Bei einer Verletzung des Vielfaltsgebots können wie bei einer Verletzung des Sachgerechtigkeitsgebots Massnahmen nach Art. 89 RTVG ergriffen werden.¹⁰⁰ In der Praxis kommt dem Vielfaltsgebot allerdings ein deutlich geringerer Stellenwert zu als dem Sachgerechtigkeitsgebot.¹⁰¹ Das Gebot zur vielfältigen Berichterstattung hat

⁹⁶ Vgl. Fn. 86.

⁹⁷ DUMERMUTH, SBVR Rundfunkrecht, Rz. 93; SHK-WEBER, Art. 4 RTVG N 37.

⁹⁸ Es sind also auch Minderheitenmeinungen adäquat darzustellen. Vgl. zum Ganzen: DUMERMUTH, SBVR Rundfunkrecht, Rz. 92; SHK-WEBER, Art. 4 RTVG N 37 f.; NOBEL/WEBER, 424; BSK BV-ZELLER/DUMERMUTH, Art. 93 N 22. Vgl. auch UBI, VPB 1997 (61) Nr. 69, E. 3.2.

⁹⁹ Falls ein kontroverses Thema aber nur in einer Einzelsendung diskutiert wird, kann das Vielfaltsgebot bereits für diese eine Sendung angewendet werden. Auch im Zusammenhang mit kurz bevorstehenden Abstimmungen oder Wahlen ist das Vielfaltsgebot strenger auszulegen. Vgl. dazu: DUMERMUTH, SBVR Rundfunkrecht, Rz. 94 ff.; NOBEL/WEBER, 424; SHK-WEBER, Art. 4 RTVG N 39; BGE 134 I 2, 7 E. 3.3.2.

¹⁰⁰ Art. 97 Abs. 3 RTVG i.V.m. Art. 89 RTVG.

¹⁰¹ Vgl. <<https://www.ubi.admin.ch/de/entscheide/datenbank/>> (26.10.2017).

primär einen richtungsweisenden (programmatischen) Charakter und ist nur begrenzt justiziabel.¹⁰²

Das Vielfaltsgebot dient ebenso wie das Sachgerechtigkeitsgebot dem Schutz vor einseitiger Meinungsbeeinflussung. Es geht aber über das Sachgerechtigkeitsgebot hinaus, indem es zudem den positiven Auftrag beinhaltet, ein breites Spektrum an Meinungen und Themen wiederzugeben. Da aber nur Programme konzessionierter Veranstalter dem Vielfaltsgebot unterstellt sind, ist sein Einflussbereich klar begrenzt.¹⁰³ Trotzdem trägt es einen wesentlichen Bestandteil zur Sicherung publizistischer Vielfalt im Rundfunkbereich bei, da es insbesondere die konzessionierten Veranstalter sind, die Informationssendungen ausstrahlen und damit hinsichtlich einer inhaltlichen Vielfalt i.S. einer Informations- und Meinungsvielfalt bedeutsam sind.¹⁰⁴ Sollte allerdings durch die RTVV-Revision die Anzahl konzessionspflichtiger Veranstalter verringert werden, wird dadurch auch die Reichweite des Vielfaltsgebots eingeschränkt.

4. Erforderlichkeit von Art. 74 f. RTVG zur Vielfaltssicherung?

Zur Umsetzung der verfassungsmässigen Forderung nach publizistischer Diversität hat der schweizerische Gesetzgeber auf verschiedene vielfaltssichernde Instrumente zurückgegriffen. Jede Massnahme für sich alleine betrachtet, vermag diesen Auftrag nicht umfassend zu erfüllen. Vielmehr sind sie gegenseitig als Ergänzung zu verstehen.¹⁰⁵ Es stellt sich allerdings die Frage, ob auch die *Massnahmen gegen die Gefährdung der Meinungs- und Angebotsvielfalt* einen Teil zur Vielfaltssicherung beitragen und damit zur Erreichung der verfassungsmässigen Zielvorgabe erforderlich sind.

Schutzobjekt von Art. 74 RTVG ist die freie und umfassende Meinungs- und Willensbildung der Mediennutzer in den Bereichen Politik, Wirtschaft, Kultur, Gesellschaft und Sport. Handlungen von Medienunternehmen, welche diese freie und um-

¹⁰² Das ist auch der Grund, weshalb das Vielfaltsgebot nicht innerhalb der einzelnen Sendung, sondern nur in der Gesamtheit der redaktionellen Sendungen verwirklicht werden muss. Vgl. Bot. RTVG 2002, BBl. 2003, 1669.

¹⁰³ Gemeldete Programme sind von der Verpflichtung zur vielfältigen Berichterstattung i.S.v. Art. 4 Abs. 4 RTVG entbunden. Grund dafür ist die Überlegung, dass diese Programme regelmässig in Regionen ausgestrahlt werden, in denen bereits hinlänglich Aussenpluralismus herrscht. Aufgrund desselben Gedankens können auch konzessionierte Veranstalter vom Vielfaltsgebot befreit werden, wenn ein Versorgungsgebiet bereits durch eine hinreichende Anzahl Programme abgedeckt wird (Art. 4 Abs. 4 S. 2 RTVG). Vgl. Bot. RTVG 2002, BBl. 2003, 1669.

¹⁰⁴ HAGER, 57.

¹⁰⁵ Neben den Konzentrationsrechtlichen Bestimmungen im RTVG und dem Sachgerechtigkeits- bzw. Vielfaltsgebot dient im Übrigen auch die Konzessionierung von Anbietern und der damit verbundenen Leistungsauftrag sowie die Finanzierung eines Service public der Verwirklichung des verfassungsmässigen Vielfaltsauftrags. Vgl. BSK BV-ZELLER/DUMERMUTH, Art. 93 N 22.

fassende Meinungs- und Willensbildung einschränken können, gelten gemäss UVEK als missbräuchlich. Zu diesen Verhaltensweisen zählen der nicht chancengleiche publizistischer Zugang verschiedener Meinungen und Interessen, das Ignorieren oder die einseitige Darstellung relevanter Themen sowie die Beeinflussung des demokratischen Entscheidungsprozesses durch die einseitige Auswahl von Meinungen und Akteuren.¹⁰⁶ Die dem Vielfaltsgebot immanente negative Verpflichtung zur Abwehr einseitiger Meinungstendenzen und der positive Auftrag zur Themenvielfalt führen allerdings streng genommen dazu, dass die vom UVEK als missbräuchlich definierten Verhaltensweisen gar nicht vorliegen können, wenn das Vielfaltsgebot verwirklicht wird. M.a.W. kann bei einem Programm, welches das Vielfaltsgebot umsetzt, eigentlich gar kein publizistischer Missbrauch in den Rundfunkmärkten vorliegen.

Da das Vielfaltsgebot allerdings ausschliesslich Konzessionierte betrifft und Art. 74 RTVG zudem vielfaltsgefährdende Verhaltensweisen erfasst, die sich in rundfunkfremden Märkten publizistisch auswirken, umfassen die *Massnahmen gegen die Gefährdung der Meinungs- und Angebotsvielfalt* auch Fälle, die vom Vielfaltsgebot nicht erfasst werden können. Das führt zwar zu einer gewissen Berechtigung der Norm. Diese wird allerdings aufgrund der doch erheblichen Zweifel an der Verfassungskonformität «rundfunkfremder» Aufgreifkriterien für die Anordnung einer Massnahme wieder zu einem grossen Teil relativiert.¹⁰⁷ Würde nämlich nur der publizistische Missbrauch in Rundfunkmärkten im Zentrum stehen, wäre es auch denkbar, das Vielfaltsgebot auf nicht-konzessionierte Programme auszudehnen, welche lokale und regionale Informationssendungen ausstrahlen und gemessen an ihren Hörer- bzw. Zuschauerzahlen annähernd bedeutsam sind.¹⁰⁸ Auf diese Weise würden sich Art. 74 f. RTVG erübrigen. Es ist allerdings darauf hinzuweisen, dass bei Vorliegen eines publizistischen Missbrauchs natürlich weitreichendere Massnahmen getroffen werden können als bei einer Verletzung des Vielfaltsgebots. Aufgrund der Bedenken bezüglich der Verfassungskonformität der Interventionsmöglichkeiten gemäss Art. 75 Abs. 2 RTVG, sind den Massnahmen nach Art. 89 RTVG allerdings ohnehin den Vorrang zu geben.

¹⁰⁶ Vgl. Fn. 31.

¹⁰⁷ Kritisch zur Verfassungsmässigkeit «rundfunkfremder» Aufgreifkriterien für die Anordnung von Massnahmen: KELLERMÜLLER, 124 f.; NOBEL/STIRNIMANN, 32 ff.; Vernehmlassungsbericht RTVG 2001, 47.

¹⁰⁸ Bei den Programmen, die im Hinblick auf die Informations- und Meinungsvielfalt von Bedeutung sind, handelt es sich insbesondere um die heute konzessionierten Anbieter sowie den privaten nicht-konzessionierten Fernsehsender TeleZüri. Vgl. HAGER, 51 ff., 57.

IV. Lösungsvorschläge und Schlussbemerkungen

Die *Massnahmen gegen die Gefährdung der Meinungs- und Angebotsvielfalt* sind in vielerlei Hinsicht problematisch: Sie werfen nicht nur grundsätzliche konzeptionelle Fragen auf, sondern sind auch unter den Aspekten der Rechtssicherheit, Rechtsstaatlichkeit und Verfassungsmässigkeit als bedenklich einzustufen. Zudem bestehen Zweifel an ihrem tatsächlichen Nutzen für die Medienvielfaltssicherung. Vor diesem Hintergrund sind konsequenterweise eigentlich nur zwei Möglichkeiten denkbar: (1) Eine Neugestaltung der Bestimmung oder (2) deren Entfernung aus dem Gesetz.

Bei einer Neugestaltung der Norm ist eine Entflechtung von Medien- und Kartellrecht resp. die Entfernung kartellrechtlich besetzter Begriffe unabdingbar. Stattdessen wäre eine Umschreibung des Gefährdungstatbestands vorstellbar oder eine Ausformulierung von Beispieltatbeständen. Die Definition des UVEK für den publizistischen Missbrauch könnte hierfür einen Anhaltspunkt bilden. Gleichzeitig müssten bei einer Neuformulierung der Norm aber auch die Probleme der Verfassungskonformität angegangen werden, was konsequenterweise mit einer Anpassung der Interventionsmöglichkeiten und einer Streichung von Art. 74 Abs. 1 lit. b RTVG verbunden sein müsste. Werden allerdings die umfassenden Änderungen – welche die *Massnahmen gegen die Gefährdung der Meinungs- und Angebotsvielfalt* in Anbetracht ihrer zahlreichen Probleme erfordern würden – gegen den tatsächlichen Nutzen der Norm für die Gewährleistung medialer Diversität abgewogen, so scheint eine komplette Entfernung von Art. 74 f. RTVG aus dem Gesetz die gangbarere Alternative zu sein. Anstelle der Anordnung wäre z.B. eine Ausweitung des Vielfaltsgebots auf nicht-konzessionierte Rundfunkprogramme mit einer gewissen Reichweite diskutierbar.¹⁰⁹

Aktuell sind in Bezug auf die Gestaltung der Radio- und Fernsehlandschaft mehrere Reformbestrebungen im Gange: Die laufende Revision der RTVV will die Konzession als regulatorisches Gestaltungsmittel der Digitalisierung im Radiobereich anpassen,¹¹⁰ zudem ist aufgrund von Entwicklungen auf technischer und ökonomischer Ebene sowie im Mediennutzungsverhalten geplant, das RTVG durch ein neues Gesetz über elektronische Medien abzulösen.¹¹¹ Im Rahmen dieser Gesetzesreform soll u.a. die in Art. 44 Abs. 3 RTVG festgehaltene «2+2-Regel» abgeschafft werden.¹¹² Die *Massnahmen gegen die Gefährdung der Meinungs- und Angebotsvielfalt* wurden im Zusammenhang mit der Gesetzesreform bis anhin zwar noch nicht besprochen, es bleibt aber zu hoffen, dass auch diesbezüglich Änderungen vorgenommen werden.

¹⁰⁹ Die Reichweiten und Marktanteile der verschiedenen Radio- und Fernsehprogramme werden von der Mediapulse AG regelmässig ermittelt. Vgl. <www.mediapulse.ch> (26.10.2017).

¹¹⁰ Erläuternder Bericht Teilrevision RTVV, 1 ff.

¹¹¹ Vgl. <www.bakom.admin.ch/bakom/de/home/das-bakom/organisation/rechtliche-grundlagen/bundesgesetz/zukuenftiges-gesetz-ueber-elektronische-medien.html> (26.10.2017).

¹¹² Vgl. Fn. 74.

Im Zeitalter der Digitalisierung und der damit verbundenen unüberschaubaren Menge an Inhalten stellt sich allerdings die grundsätzliche Frage, ob eine isolierte Betrachtung des Rundfunks resp. eine von anderen Mediengattungen getrennte Forderung nach publizistischer Vielfalt überhaupt sinnvoll ist. Eine kürzlich publizierte Studie zum Thema «Medien- und Meinungsmacht» spricht sich u.a. für eine direkte technologieneutrale Medienförderung privater Anbieter aus, um die Voraussetzungen für unabhängige und vielfältige Medienleistungen zu schaffen.¹¹³ Eine Umsetzung dieser Empfehlung dürfte sich allerdings aufgrund der in der Schweiz umstrittenen direkten Förderung im Presse-¹¹⁴ und Online-Bereich¹¹⁵ schwierig gestalten. Im Hinblick auf die für den demokratischen Entscheidungsprozess bedeutsame inhaltliche Medienvielfalt wäre eine technologieneutrale Gewährleistung der publizistischen Vielfalt einer rundfunkspezifischen allerdings vorzuziehen, da Informationen und Meinungen nicht an ein bestimmtes Medium gebunden sind.

Literaturverzeichnis

- AMSTUTZ MARC/REINERT MANI (Hrsg.), Basler Kommentar zum Kartellgesetz, Basel 2010 (zit. als BSK KG-AUTOR)
- BERRY STEVEN T./WALDFOGEL JOEL, Do mergers increase product variety?, Evidence from radio broadcasting, *Quarterly Journal of Economics*, Vol. 116, No. 3, 2001, 1009
- BÜHRER CAROLE/RENFER STEFAN, Medienkonzentration im Spannungsfeld zwischen Kartellgesetz und neuem Radio- und Fernsehgesetz, *Jusletter* vom 9. Oktober 2006
- DUMERMUTH MARTIN, Rundfunkrecht, in: KOLLER HEINRICH/MÜLLER GEORG/ RHINOW RENÈ/ZIMMERLI ULRICH (Hrsg.), *Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht, Informations- und Kommunikationsrecht*, Basel 1996
- EHRENZELLER BERNHARD ET AL., *Die Schweizerischen Bundesverfassung: St. Galler Kommentar*, 3. Aufl., Zürich 2014 (zit. alsSGK BV-AUTOR)
- GEORGE LISA, What's fit to print: The effect of ownership concentration on product variety in daily newspaper markets, *Information Economics and Policy*, Vol. 19, No. 3-4, 2007, 285

¹¹³ Des Weiteren unterstützt die Studie auch die Aufrechterhaltung des Service-Public-Angebots der SRG und empfiehlt im Hinblick auf ein qualitativ hochwertiges Medienangebot für junge Mediennutzer zudem den Aufbau eines attraktiven Online-Angebots (Video und Audio) durch die SRG. Vgl. PUPPIS ET AL., in: PUPPIS/SCHENK/HOFSTETTER, 353, 358 ff.

¹¹⁴ Direkte Presseförderung dürfte schon aufgrund einer fehlenden verfassungsmässigen Kompetenzgrundlage schwierig umzusetzen sein. Zum Scheitern eines Medienartikels, welcher dem Bund die Kompetenz zur direkten Presseförderung eingeräumt hätte: KELLERMÜLLER, 114 ff.; HAGER, 8 ff. Zudem ist die direkte Presseförderung in der Schweiz auch wegen eines möglichen negativen Einflusses auf die Pressefreiheit umstritten. Allerdings ist es so, dass sich diejenigen Länder auf der Weltrangliste der Pressefreiheit auf den Spitzenplätzen befinden, in denen eine direkte Presseförderung existiert. Vgl. PUPPIS ET AL., *Medienwoche* 2014.

¹¹⁵ Umstritten ist die Verfassungskonformität von Förderungsmassnahmen im Online-Bereich. *Pro*: BSK BV-ZELLER/DUMERMUTH, Art. 93 N 17 f.; BVGer A-6603/2010 vom 21. April 2011, E. 3.3.2. *Contra*: HETTICH, ZBl 2009, 349, 358; SAXER, AJP 2017, 334, 347 ff.

- GRABER CHRISTOPH BEAT, UBI heisst Beschwerde gegen Diskussionssendung «Fokus» auf TVO gut, *medialex* 2011, 105
- HAGER PATRICIA MARTINA, Rundfunkvielfalt und Medienkonzentration: Rechtliche Massnahmen zur Sicherung der Diversität in Radio und Fernsehen, Zürich/Basel/ Genf 2016
- HAGER PATRICIA M./MURER ANGELIKA S., Wie hast du's mit der Erheblichkeit?: Zur kartellrechtlichen Gretchenfrage vor dem Bundesgericht, *recht* 4/2015, 197
- HEINEMANN ANDREAS, Marktwirtschaft und Wettbewerbsordnung: Der Zweck des Kartellrechts, *ZSR* 2016, 431
- HEMMELE KASPAR ANDREAS, Die kartellrechtliche Bestimmung von Medienmärkten, Zürich/Basel/Genf 2007
- HETTICH PETER, Regulierung von audiovisuellen Abrufdiensten (Video On Demand) – Nur eine Frage des Nachvollzugs der neuen europäischen Richtlinie 2007/65/EG?, *ZBl* 2009, 349
- KELLERMÜLLER HANSPETER, Staatliche Massnahmen gegen Medienkonzentration, Zürich/Basel/Genf 2007
- PAAL BORIS P., Medienvielfalt und Wettbewerbsrecht, Tübingen 2010
- PUPPIS MANUEL/SCHENK MICHAEL/BOSSHART STEFAN/HOFSTETTER BRIGITTE, Schlussfolgerungen, in: PUPPIS MANUEL/SCHENK MICHAEL/HOFSTETTER BRIGITTE (Hrsg.), *Medien und Meinungsmacht*, TA-Swiss 65/2017, 353
- PUPPIS MANUEL/STUDER SAMUEL/SCHWEIZER CORINNE/KÜNZLER MATTHIAS, Mit Subventionen zu neuen Ufern, *Medienwoche*, 22. April 2014, abrufbar unter: <<https://medienwoche.ch/2014/04/22/mit-subventionen-zu-neuen-ufern/>> (26.10.2017)
- NOBEL PETER/DO CANTO PHILIPP, Schutz der Medienvielfalt durch das RTVG, *ZSR* 3/2006, 283
- NOBEL PETER/STIRNIMANN ISABEL, Die Medienkonzentrationsbestimmungen im Entwurf zum revidierten RTVG – eine Stellungnahme aus rechtlicher Sicht, Gutachten im Auftrag des Verbands Schweizer Presse vom 16. Februar 2004
- NOBEL PETER/WEBER ROLF H., *Medienrecht*, 3. Aufl., Bern 2007
- RUSSI LORIS, Ökonomische Bedingungen publizistischer Vielfalt: Eine theoretische Modellierung und Fuzzy Set Analyse der Beziehung von Wettbewerb und Produktdifferenzierung in europäischen Zeitungsmärkten, Baden-Baden 2013
- SAXER URS, Die Online-Zuständigkeit des Bundes, *AJP* 2017, 334
- SCHÜLL RALF, Schutz der Meinungsvielfalt im Rundfunkbereich durch das europäische Recht unter besonderer Berücksichtigung des europäischen Wettbewerbsrechts, Bern 2006
- TRAPPEL JOSEF/MEIER WERNER A., Gesellschaftliche Folgen der Medienkonzentration aus medienökonomischer und publizistikwissenschaftlicher Perspektive, *Medienwissenschaft Schweiz* 2002, 56
- VAN CUILENBURG JAN, Media diversity, competition and concentration, *Concepts and Theories in: DE BENS ELS (Hrsg.): Media Between Culture and Commerce*, Bristol 2007, 25
- WALDMANN BERNHARD/BELSER EVA MARIA/EPINEY ASTRID (Hrsg.), *Basler Kommentar zur Bundesverfassung*, Basel 2015 (zit. als BSK BV-AUTOR)
- WEBER ROLF H., *Rundfunkrecht*, Bundesgesetz vom 24. März 2006 über Radio und Fernsehen (RTVG), Stämpflis Handkommentar, Bern 2008
- WEBER ROLF H., Externe und interne Einflüsse der Vielfalt auf die Medienordnung im föderalen Bundesstaat, in: KLEIST THOMAS/ROBNAGEL ALEXANDER/SCHEUER ALEXANDER (Hrsg.), *Europäisches und nationales Medienrecht im Dialog*, Festschrift aus Anlass des 20-jährigen Bestehens des Instituts für Europäisches Medienrecht e.V. (EMR), Baden-Baden 2010, 119

- WEBER ROLF H./DÖRR BIANKA S., Digitale Verbreitung von Rundfunkprogrammen und Meinungs-
vielfalt: Entwicklungen, Probleme, Lösungen, Zürich 2001
- ZÄCH ROGER, Schweizerisches Kartellrecht, 2. Aufl., Bern 2005
- ZURKINDEN PHILIPP, Die Meinungs- und Angebotsvielfalt und das Kartellgesetz am Beispiel der
Erteilung von Rundfunkkonzessionen, medialex 4/2014, 184

Materialienverzeichnis

- Botschaft über den Radio- und Fernsehartikel vom 1. Juni 1981, BBl. 1981 II, 885 (zit. als Bot. Ra-
dio- und Fernsehartikel)
- Botschaft über die Änderung des Kartellgesetzes vom 7. November 2001, BBl. 2002, 2002 (zit. als
Bot. KG)
- Botschaft zur Änderung des Bundesgesetzes über Radio und Fernsehen (RTVG) vom 29. Mai 2013,
BBl. 2013, 4975 (zit. als Bot. RTVG 2013)
- Botschaft zur Totalrevision des Bundesgesetzes über Radio- und Fernsehen (RTVG) vom
18. Dezember 2002, BBl. 2003, 1569 (zit. als Bot. RTVG 2002)
- Erläuternder Bericht zur Teilrevision der Radio- und Fernsehverordnung (RTVV) vom Februar 2017
(Vernehmlassung) (zit. als Erläuternder Bericht Teilrevision RTVV)
- Evaluation der Presseförderung seit 2008 und alternative Modelle, Schlussbericht von Ecoplan zu-
handen des Eidgenössischen Departements für Umwelt, Verkehr, Energie und Kommunikation
vom 22. Dezember 2010 (zit. als Evaluation Presseförderung)
- Jahresbericht der Mediapulse AG 2016, Bd. 1, Allgemeine Daten, Deutschschweiz (zit. als Jahresbe-
richt Mediapulse 2016 Deutschschweiz)
- Jahresbericht der Mediapulse AG 2016, Bd. 1, Allgemeine Daten, Suisse Romande (zit. als Jahres-
bericht Mediapulse 2016 Suisse Romande)
- Jahresbericht der Mediapulse AG 2016, Bd. 1, Allgemeine Daten, Svizzera italiana (zit. als Jahres-
bericht Mediapulse 2016 Svizzera italiana)
- Recht und Politik des Wettbewerbs (RPW) 2007/4, Bern 2007
- Recht und Politik des Wettbewerbs (RPW) 2009/3, Bern 2009
- Recht und Politik des Wettbewerbs (RPW) 2011/4, Bern 2011
- Stellungnahme der Wettbewerbskommission im Rahmen der Vernehmlassung zur Teilrevision des
Radio- und Fernsehgesetzes vom 20. August 2012 (zit. als Stellungnahme Weko)
- Verfügung des Eidgenössischen Departements für Umwelt, Verkehr, Energie und Kommunikation
UVEK vom 31. Oktober 2008 in Sachen Radio AG und Radio Argovia betreffend Erteilung einer
Konzession mit Leistungsauftrag ohne Gebührenanteil betreffend das Versorgungsgebiet Nr. 15
(Aargau) gemäss Anhang 1, Ziffer 4 zur RTVV (zit. als Verfügung des UVEK vom 31. Okto-
ber 2008 betreffend Erteilung einer Konzession im Versorgungsgebiet Aargau)
- Vernehmlassungsbericht des UVEK zum Bundesgesetz über Radio und Fernsehen (RTVG) vom
November 2001 (zit. Vernehmlassungsbericht RTVG 2001)
- Vernehmlassung zur Änderung der Radio- und Fernsehverordnung: Zusammenfassung und Ergeb-
nisse, Sommer 2017 (zit. Vernehmlassungsbericht Teilrevision RTVV)

Teilrevision des Transplantationsgesetzes

Eine kritische Würdigung

Raphaela Holliger

Inhaltsübersicht

I. Einleitung	95
II. Teilrevision	96
A. Wohnsitzerfordernis und Nichtdiskriminierung	96
1. Ausgangslage	96
2. Art. 17 und 21 TxG vor der Revision	96
3. Art. 17 und 21 TxG nach der Revision	98
4. Ergebnisse des Vernehmlassungsverfahrens	100
B. Organentnahme bei Verstorbenen	101
1. Ausgangslage	101
2. Medizinische Grundlagen	101
3. Art. 8 und 10 TxG vor der Revision	102
a. Zeitpunkt der Anfrage an die nächsten Angehörigen	102
b. Einwilligung in vorbereitende medizinische Massnahmen	103
4. Art. 8 und 10 TxG nach der Revision	104
a. Zeitpunkt der Anfrage an die nächsten Angehörigen	104
b. Einwilligung in vorbereitende medizinische Massnahmen	105
5. Ergebnisse des Vernehmlassungsverfahrens	106
C. Lebendspende	107
1. Ausgangslage	107
2. Art. 14 Abs. 2 lit. b aTxG vor der Revision	108
3. Art. 14 und 15a ff. nach der Revision	109
a. Aufwandsersatz und Versicherungsschutz	109
b. Kosten der Nachverfolgung des Gesundheitszustands	109
4. Ergebnisse des Vernehmlassungsverfahrens	111
III. Ausblick	111
Literaturverzeichnis	111
Materialienverzeichnis	113

I. Einleitung

Die am 24. September 2008 eingereichte Motion der Sozialdemokratischen Ständerätin MAURY PASQUIER bildete Anlass für die Teilrevision des Transplantationsgesetzes. Mit der Motion wurde der Bundesrat beauftragt, Art. 17 Abs. 2 aTxG dahingehend zu ändern, dass Grenzgänger mit einer Schweizer Krankenversicherung und

ihre ebenfalls versicherten nichterwerbstätigen Angehörigen bei der Zuteilung von Organen gleich behandelt werden, wie Personen mit Wohnsitz in der Schweiz.¹ Im Rahmen der Umsetzung dieser Motion wurde gleichzeitig die Änderung von Bestimmungen des Transplantationsgesetzes vorgenommen, bei welchen sich in der Praxis Schwierigkeiten ergeben haben. Dies einerseits bezüglich des Zeitpunkts der Anfrage der nächsten Angehörigen (Art. 8 TxG), und andererseits, ob die Angehörigen in vorbereitende medizinische Massnahmen einwilligen können, wenn der Spender keinen Entscheid dazu gefällt hat (Art. 10 TxG). Des Weiteren ist gemäss Art. 15 ff. TxG sichergestellt, dass der Lebendspender die finanziellen Auslagen einer Organspende nicht selbst tragen muss.

II. Teilrevision

A. Wohnsitzerfordernis und Nichtdiskriminierung

1. Ausgangslage

Bei der Organzuteilung müssen Grundsätze wie das Diskriminierungsverbot und das Gleichbehandlungsgebot zwingend eingehalten werden.² Um dennoch eine räumliche Grenze für die Organallokation zu ziehen, hat der Gesetzgeber dies in Art. 21 aTxG in Form eines Wohnsitzprinzips verankert.³ Wie die Gesetzesmaterialien belegen, war es für den Gesetzgeber bereits bei der Schaffung des genannten Artikels schwierig, eine gerechte Lösung für dieses Dilemma zu finden.⁴ Die Folge davon war, dass eine Regelung geschaffen wurde, die in der Praxis zu einer Ungleichbehandlung bezüglich Organzuteilung zwischen Grenzgängern mit einer Schweizer Krankenversicherung und Personen mit Wohnsitz in der Schweiz führte und die nicht mit dem Personenfreizügigkeitsabkommen zwischen der Schweiz und der EU sowie dem EFTA-Freihandelsübereinkommen vereinbar war.⁵

2. Art. 17 und 21 TxG vor der Revision

Seit Inkrafttreten des Transplantationsgesetzes im Jahre 2004 verläuft die Organallokation wie folgt: Als erstes wird eine Person in die Warteliste aufgenommen (Art. 21

¹ Bot. TxG, BBl 2013, 2318.

² Bot. TxG, BBl 2002, 29, 112.

³ Vgl. dazu Bot. TxG, BBl 2002, 29, 99.

⁴ Bot. TxG, BBl 2002, 29, 99.

⁵ Bot. TxG, BBl 2013, 2317, 2318.

TxG) und als zweites wird ihr, sofern die dafür notwendigen Voraussetzungen⁶ erfüllt sind, ein Organ zugeteilt. Vor der Revision galt gemäss Art. 21 Abs. 1 aTxG, dass der Patient für die Aufnahme in die von Swisstransplant geführte Warteliste grundsätzlich Wohnsitz in der Schweiz haben musste, wobei der Bundesrat einen Ausnahmekatalog erlassen hat. Gemäss Art. 4 aOzV waren dies u.a. Personen, welche nach Art. 1 KVV der Versicherungspflicht unterstanden. Grenzgänger,⁷ welche in einem EU-Mitgliedstaat wohnten und in der Schweiz arbeiteten, konnten sich – weil das FZA und dessen Anhang II solche Grenzgänger der schweizerischen Versicherung unterstellt – somit wie in der Schweiz wohnhafte Personen in die Warteliste aufgenommen werden. Wenn ein Grenzgänger ohne Wohnsitz in der Schweiz in die Warteliste aufgenommen wurde, konnte ihm jedoch nur dann ein verfügbares Organ zugeteilt werden, wenn die Transplantation medizinisch dringlich⁸ war und sich keine Person mit Wohnsitz in der Schweiz in der gleichen Situation befand, oder wenn die Transplantation medizinisch nicht dringlich war und kein Empfänger mit Wohnsitz in der Schweiz ermittelt werden konnte (Art. 17 Abs. 3 aTxG). Dies hatte zur Folge, dass Personen mit Wohnsitz in der Schweiz bevorzugt wurden.⁹ Zwar bestand auch für Patienten ohne Schweizer Wohnsitz die Möglichkeit, in die Warteliste aufgenommen zu werden. Unter Betrachtung des heute herrschenden Organmangels führte dies aber faktisch dazu, dass Grenzgänger von der Möglichkeit auf ein Spenderorgan völlig ausgeschlossen wurden, da sich praktisch immer eine Person mit schweizerischem Wohnsitz finden liess, welche das Organ dringlich benötigte.¹⁰ Obwohl vor Inkrafttreten des TxG die genannte Kategorie Grenzgänger bei der Aufnahme in die Warteliste und der Organzuteilung den gleichen Status wie in der Schweiz wohnhafte Personen genossen,¹¹ wurde diese Regelung durch den ausdrücklichen Willen des Gesetzgebers nicht in das TxG übernommen, womit es sich bei der genannten Ungleichbehandlung also nicht um «ein parlamentarisches Versehen» handelte.¹²

⁶ Die Voraussetzungen für die Entnahme von Organen, Geweben und Zellen bei verstorbenen Personen sind in Art. 8 TxG sowie der Transplantationsverordnung und bei lebenden Personen in Art. 12 TxG geregelt.

⁷ Als Grenzgänger gelten gemäss Verordnung (EWG) Nr. 1408/71 Art. 1 lit. b: jeder Arbeitnehmer oder Selbstständige, der seine Berufstätigkeit im Gebiet eines Mitgliedstaats ausübt und im Gebiet eines anderen Mitgliedstaats wohnt, in das er in der Regel täglich, mindestens aber einmal wöchentlich zurückkehrt. Nach dieser Definition können Grenzgänger grundsätzlich im Gebiet eines beliebigen EU-Staates wohnen, vgl. MADER, Rz. 9.

⁸ Das Kriterium der medizinischen Dringlichkeit ist bei derjenigen Person am grössten, der es gesundheitlich am schlechtesten geht, wobei nur der medizinische Status des Patienten relevant ist und nicht etwa Aspekte einer allfälligen «sozialen Dringlichkeit», vgl. Bot. TxG, BBl 2002, 29, 149.

⁹ PÄRLI/FUCHS, Rz. 605.

¹⁰ MADER, Rz. 4.

¹¹ MADER, Rz. 5.

¹² MADER, Rz. 6.

Des Weiteren wurde das in Art. 17 Abs. 2 aTxG statuierte absolute Gleichbehandlungsgebot,¹³ wonach Personen mit Wohnsitz in der Schweiz gleich zu behandeln sind, nicht gewährt.

International ist in Art. 3 Abs. 1 Verordnung (EWG) Nr. 1408/71¹⁴ der Grundsatz der Gleichbehandlung verankert. Danach gelten für diejenigen Personen, die im Gebiet eines Mitgliedstaats in der EU oder der Schweiz wohnhaften Personen, die gleichen Rechte und Pflichten, welche aufgrund der Rechtsvorschriften dieses Staates gelten, wie für seine Staatsangehörigen. Für die Schweiz bedeutet dies, dass sie Personen aus EU-Mitgliedstaaten wie die eigenen Bürger zu behandeln hat.¹⁵ Somit lässt die Verordnung (EWG) Nr. 1408/71 beim Zugang zu den Leistungen bei Krankheit keine Ungleichbehandlung der genannten Personenkategorien gegenüber in der Schweiz wohnhaften Personen aufgrund des Wohnsitzkriteriums zu.¹⁶

Des Weiteren war das genannte Wohnsitzprinzip nicht mit dem in Art. 2 FZA normierten Prinzip der Nichtdiskriminierung vereinbar. Art. 17 Abs. 1 TxG griff bzw. greift ebenfalls das Diskriminierungsverbot auf, wonach bei der Zuteilung eines Organs niemand diskriminiert werden darf. Die Organe müssen nach sachlichen Kriterien allokiert werden, was heisst, dass nur diejenigen Unterschiede für einen Zuteilungsentscheid massgebend sein können, die dem Sinn und Zweck der Organspende folgen, ohne gewisse Personen direkt oder indirekt zu diskriminieren.¹⁷ Das Wohnsitzkriterium hingegen stellte eine indirekte Diskriminierung dar, weil dadurch die in der Schweiz wohnhaften Personen bevorzugt wurden, ohne dass es dafür sachliche Gründe gäbe, die zudem verhältnismässig wären.¹⁸

3. Art. 17 und 21 TxG nach der Revision

Gemäss Art. 17 Abs. 2 TxG sind seit Mai 2016 folgende Personen bei der Organzuteilung gleich zu behandeln: «Personen mit Wohnsitz in der Schweiz (lit. a); Personen, die in einem Mitgliedstaat der Europäischen Union, in Island oder Norwegen

¹³ Absolute Gleichbehandlung liegt vor, wenn «an zwei miteinander vergleichbare Sachverhalte die genau gleichen Rechtsfolgen» anknüpfen, vgl. HÄFELIN/HALLER/KELLER, Rz. 751.

¹⁴ Verordnung (EWG) Nr. 1408/71 des Rates vom 14. Juni 1997 zur Anwendung der Systeme der sozialen Sicherheit auf Arbeitnehmer und Selbstständige sowie der Familienangehörige, die innerhalb der Gemeinschaft zu- und abwandern. In der Fassung von Anhang II zum Abkommen zwischen der Europäischen Gemeinschaft und ihren Mitgliedstaaten einerseits und der schweizerischen Eidgenossenschaft andererseits über die Freizügigkeit, SR 0.831.109.268.1.

¹⁵ MADER, Rz. 13.

¹⁶ MADER, Rz. 23.

¹⁷ SCHOTT, Verfassungsrechtliche Probleme, 135.

¹⁸ MADER, Rz. 14. Mildere Massnahmen wären bspw. die Einführung einer Mindestzeit, während der ein Grenzgänger in der Schweiz arbeiten und krankenversichert sein muss, bis er auf die Warteliste aufgenommen wird, vgl. dazu USZ, Vernehmlassungsantwort, 2; UZH, Vernehmlassungsantwort, 1.

wohnen und die nach dem Abkommen vom 21. Juni 1994 zwischen der Schweiz und der Europäischen Gemeinschaft und ihren Mitgliedstaaten über die Freizügigkeit sowie nach dem Übereinkommen vom 4. Januar 1960 zur Errichtung der EFTA in der Schweiz der obligatorischen Krankenversicherung unterstellt sind (lit. b), oder während ihres zeitlich begrenzten Aufenthalts in der Schweiz Anspruch auf internationale Leistungsabhilfe haben (lit. c)». Nach lit. c ebenfalls gleichgestellt werden Grenzgänger, «welche nach Art. 25 AuG auf eigenes Gesuch hin in der Schweiz der obligatorischen Krankenpflegeversicherung unterstellt worden sind, sowie der obligatorischen Krankenversicherung unterstellte Familienangehörige». Durch diese Regelung sollen nun die in der Schweiz wohnhaften Personen mit den genannten Personen bezüglich Organspende gleichgestellt werden.

Personen, die zwar in die Warteliste aufgenommen wurden und nach Abs. 2 *nicht* den Personen mit Wohnsitz in der Schweiz gleichgestellt sind, wird ein verfügbares Organ zugeteilt (Art. 17 Abs. 3 TxG): «Sofern eine Transplantation medizinisch dringlich ist, sich keine Person mit Wohnsitz in der Schweiz in der gleichen Situation befindet oder sofern die Transplantation medizinisch nicht dringlich ist kein Empfänger mit Wohnsitz in der Schweiz ermittelt werden kann» (Art. 17 Abs. 3 lit. a und b TxG). Durch diese Neuregelung wird dem Willen des Gesetzgebers entsprochen, indem er das Wohnsitzkriterium aufhebt, um selbst in Mangelsituationen eine knappe medizinische Ressource zu verteilen.¹⁹

Die Kommission für soziale Sicherheit und Gesundheit des Nationalrates begrüßte eine künftige Gleichstellung von Grenzgängern, die einer schweizerischen Krankenversicherung unterstellt sind, mit Personen, die in der Schweiz Wohnsitz haben.²⁰ Dabei folgte die nationalrätliche Kommission dem Ständerat und lehnte einen Antrag, der sich gegen die gegen die genannte Änderung aussprach, deutlich mit 15 zu 4 Stimmen und 3 Enthaltungen, ab.²¹ In den Materialien wurde ebenfalls betont, dass die Anknüpfung an den Wohnort dem «eigentlichen Ziel und Zweck» des FZA widerspreche.²² Der Bundesrat hat sich im Jahre 2008 noch gegen die Motion von MAURY PASQUIER ausgesprochen; Dies mit der Begründung, dass aufgrund des Organmangels falsche Anreize gesetzt würden und dadurch die Gefahr eines Transplantationstourismus bestünde.²³ Weiter war der Bundesrat der Ansicht, dass es nicht ersichtlich wäre, weshalb Grenzgänger bei der Zuteilung von Organen bessergestellt sein sollen, als andere Personen ohne Wohnsitz in der Schweiz, welche ebenfalls hier arbeiten.²⁴ Von dieser Argumentation ist der Gesetzgeber nun abgerückt. Der Zugang

¹⁹ Bot. TxG, BBl 2013, 2317, 2328.

²⁰ Vorschau NR, 26.

²¹ Vorschau NR, 26.

²² Bot. TxG, BBl 2013, 2317, 2328.

²³ Vgl. Motion MAURY PASQUIER; BÜCHLER/MICHEL, 259.

²⁴ Vgl. Motion MAURY PASQUIER.

zu einer medizinischen Leistung dürfe nicht an den Wohnsitz angeknüpft werden, was auch für die Zuteilung von Organen gelten müsse.²⁵

Die genannten Neuerungen sind zudem mit dem Diskriminierungsverbot gemäss Art. 17 Abs. 1 TxG vereinbar, weil die frühere indirekte Diskriminierung aufgehoben wurde. Des Weiteren stellen die genannten Änderungen auch eine Anpassung an Art. 4 der Verordnung (EG) 883/2004 dar. Es ist somit nicht mehr möglich, die genannten Personenkategorien beim Zugang zur medizinischen Versorgung aufgrund des Wohnsitzes unterschiedlich zu behandeln als in der Schweiz wohnhafte Personen.²⁶

4. Ergebnisse des Vernehmlassungsverfahrens

Die vom Bundesrat vorgeschlagenen Änderungen wurden in der Vernehmlassung insgesamt als positiv bewertet: So stimmten 73% der Vernehmlassungsteilnehmenden den Änderungen ohne Vorbehalt zu.²⁷

Als *positiv* bewertet wurde, dass von den genannten Änderungen oft Grenzgänger profitieren würden, welche jahrelang in einem Schweizer Spital betreut wurden, und es aus medizinischer Sicht wenig Sinn mache, dass diese Personen in ein meist weiter entferntes Transplantationszentrum reisen müssten, um sich einer Organtransplantation zu unterziehen.²⁸ Auch sei ein grosser Prozentsatz des Personals der Universitätskliniken in Genf und Basel Grenzgänger, weshalb es stossend wäre, wenn sie nicht im eigenen Spital operiert werden könnten.²⁹ Die Argumentation, dass sich Personen mit einem örtlich näheren Transplantationszentrum behandeln lassen dürfen, erscheint mit überzeugend. Eine Organtransplantation ist psychisch und physisch belastend, weshalb jede zusätzliche Erschwernis – sofern möglich – verhindert werden muss.

Allgemein kritisierten die SVP,³⁰ die UZH und das USZ, dass durch die genannten Änderungen ein Transplantationstourismus entstehe.³¹ Die beiden letztgenannten Vernehmlassungsteilnehmer begründeten dies damit, dass die mittlere Wartezeit für solide Organe in der Schweiz tiefer sei, als in einigen der umliegenden EU-Länder.³² Um dem Transplantationstourismus vorzubeugen, schlugen sie deshalb vor, eine

²⁵ Bot. TxG, 2013, 2317, 2329.

²⁶ Bot. TxG, 2013, 2317, 2328.

²⁷ BAG, Vernehmlassungsbericht, 8.

²⁸ CP, Vernehmlassungsantwort, 3; EKBB, Vernehmlassungsantwort, 3; SOL-DHR, Vernehmlassungsantwort, 4; LNRH, Vernehmlassungsantwort, 2.

²⁹ EKBB, Vernehmlassungsantwort, 3; SOL-DHR, Vernehmlassungsantwort, 4.

³⁰ SVP, Vernehmlassungsantwort, 1.

³¹ USZ, Vernehmlassungsantwort, 1; UZH, Vernehmlassungsantwort, 1.

³² USZ, Vernehmlassungsantwort, 1; UZH, Vernehmlassungsantwort, 1.

Mindestzeit einzuführen, während der ein Grenzgänger in der Schweiz arbeiten und auch krankenversichert sein müsste, bevor er in die Warteliste der Schweiz aufgenommen würde.³³

B. Organentnahme bei Verstorbenen

1. Ausgangslage

Damit einer verstorbenen Person Organe, Gewebe und Zellen entnommen werden dürfen, muss der Patient gemäss Art. 8 Abs. 1 lit. a TxG einerseits in eine Organtransplantation eingewilligt haben, und andererseits muss der Tod festgestellt worden sein (Art. 8 Abs. 1 lit. b TxG). Liegt keine Willensäusserung vor, entscheiden die nächsten Angehörigen nach dem mutmasslichen Willen der verstorbenen Person über das Ob und den Umfang einer Organentnahme (sog. erweiterte Zustimmungslösung).³⁴ Falls keine nächsten Angehörigen erreichbar oder vorhanden sind, ist eine Organentnahme unzulässig.³⁵

2. Medizinische Grundlagen

Vor jeder Organentnahme werden beim Spender medizinische Massnahmen durchgeführt, die dazu dienen, die Transplantate bis zur Spende in einem möglichst guten und funktionstüchtigen Zustand zu erhalten.³⁶ Organe dürfen bei Verstorbenen jedoch erst dann entnommen werden, wenn der Gesamthirntod eingetreten ist.³⁷ Gemäss Art. 9 Abs. 1 TxG ist ein Mensch tot, wenn die Funktionen seines Hirns einschliesslich des Hirnstamms irreversibel ausgefallen sind. Art. 7 TxV sieht vor, dass sich die Todesfeststellung nach der SAMW-Richtlinie zur Feststellung des Todes³⁸

³³ USZ, Vernehmlassungsantwort, 2; UZH, Vernehmlassungsantwort, 1.

³⁴ Art. 8 Abs. 2 f. TxG; TAG, Transplantationsmedizin, 517.

³⁵ Art. 8 Abs. 4 TxG.

³⁶ Bot. TxG, BBl 2002, 29, 142. Durch die Verabreichung von Antikoagulanzen (Heparin), also gerinnungshemmenden Medikamenten, welche die Blutzirkulation erhöhen, sowie zur Vermeidung von Gerinnseln beitragen. Weiter kann die Verabreichung von Vasodilanzien (Phetolamin), also Medikamente zur Blutgefässverengung notwendig sein. Aber auch die Perfusion zur Organkühlung und -konservierung und die damit verbundene Setzung von arteriellen Kanülen können solche Massnahmen darstellen, vgl. zum Ganzen Bot. TxG, BBl 2002, 29, 142.

³⁷ So schon in BGE 98 Ia 508 E. 4 b. In der Lehre ist der Hirntod als Todeskriterium keineswegs unumstritten. Beachte dazu: WITTEW/BREITSCHMID, Rz. 442; SKARUPISKI/THIER, 2 ff.; BURCH, 1 ff.; GÄCHTER/RÜTSCHKE, Rz. 442; LACHENMEIER, 203 ff.; BÜCHLER/MICHEL, 35.

³⁸ Feststellung des Todes in Bezug auf Organtransplantationen, Medizinisch-ethische Richtlinien, vom Senat der Richtlinie der Schweizerischen Akademie der Medizinischen Wissenschaften genehmigt am 24. Mai 2011.

mit Bezug auf Organtransplantationen richtet. Nach eingetretenem Hirntod sterben alle Organe, Gewebe und Zellen unabwendbar ab.³⁹

Vom Hirntod sind die *Non-Heart-Beating-Donors* (NHBD) zu unterscheiden. Damit ist der Tod nach Kreislaufstillstand gemeint, bei dem die Durchblutung des Gehirns so lange reduziert oder unterbrochen wird, bis der irreversible Funktionsausfall von Hirn und Hirnstamm – und damit der Tod – eintritt.⁴⁰ Nach der international massgebenden Maastricht-Kategorie werden folgende vier Kategorien unterschieden:⁴¹ Der Tod ist bei der Ankunft im Spital bereits eingetreten (Kategorie 1); der Tod tritt nach erfolgloser Reanimation ein (Kategorie 2); der Tod tritt nach geplantem Abbruch der lebenserhaltenden Massnahmen ein (Kategorie 3); nach vorgängigem Tod infolge primärer Hirnschädigung erfolgt ein irreversibler Herz-Kreislauf-Stillstand (Kategorie 4).⁴²

In einer weiteren Unterteilung wird zwischen kontrollierten bzw. unkontrollierten Personen mit irreversiblen Herzstillstand unterschieden. Kontrollierte Personen mit irreversiblen Herzstillstand sind terminal krank und medizinische Massnahmen werden mit ihrem Einverständnis oder demjenigen der nächsten Angehörigen eingestellt⁴³ (dies entspricht den Maastricht-Kategorien 3 und 4⁴⁴). Bei ihnen kann der Tod geplant und medizinische Massnahmen im Voraus getroffen werden. Bei unkontrollierten Personen mit irreversiblen Herzstillstand steht das Herz unerwartet still, wodurch eine Organentnahme nicht geplant werden kann und eine Wiederbelebung nicht mehr möglich ist⁴⁵ (dies entspricht der Maastricht-Kategorie 1 und 2⁴⁶).

3. Art. 8 und 10 TxG vor der Revision

a. Zeitpunkt der Anfrage an die nächsten Angehörigen

Bereits vor der Revision waren Organtransplantationen bei Spendern nach den Maastricht-Kategorien 1, 2 und 4 rechtlich unproblematisch, da bei ihnen der Hirntod ge-

³⁹ SAMW-RL, Tod, 5. Dass die Konkretisierung des Hirntods lediglich in einer Richtlinie statt in einem Gesetz normiert ist, wird von verschiedener Seite kritisiert, vgl. u.a. TAG, Überblick, 186; RÜETSCHI, 1222. Damit das Kriterium des Hirntods erfüllt ist, müssen folgende sieben Anzeichen kumulativ erfüllt sein: Koma; beidseits weite, auf Licht nicht reagierende Pupillen; Fehlen der okulozephalen (zervikookulären und vestibulookulären) Reflexe; Fehlen der Kornealreflexe; Fehlen zerebraler Reaktionen auf schmerzhafte Reize; Fehlen des Husten- und Schluckreflexes; Fehlen der Spontanatmung (Apnoetest), vgl. zum Ganzen SAMW-RL, Tod, 5.

⁴⁰ SAMW-RL, Tod, 6.

⁴¹ SAMW-RL, Tod, 13.

⁴² Vgl. dazu SAMW-RL, Tod, 13.

⁴³ Bot. TxG, BBl 2002, 29, 91.

⁴⁴ MICHEL/CHRISTENSEN, Jusletter, 8.

⁴⁵ Bot. TxG, BBl 2002, 29, 91.

⁴⁶ MICHEL/CHRISTENSEN, Jusletter, 8.

mäss SAMW-Richtlinien als erfüllt erachtet wurde.⁴⁷ Problematisch waren die Organexplantationen bei Patienten die den NHBD nach Maastricht-Kategorie 3 entsprachen,⁴⁸ da diese Patienten zwar regelmässig eine schwere Hirnschädigung erleiden, welche allerdings nicht zum Hirntod führt und somit nicht sämtliche klinischen Todeskriterien erfüllt sind.⁴⁹ Die Praxis hatte gezeigt, dass aufgrund des Wortlauts von Art. 8 aTxG Unsicherheit darüber bestand, ob die Anfrage an die Angehörigen bezüglich einer Organspende erst dann erfolgen darf, wenn der Tod des Patienten gemäss Art. 9 TxG festgestellt worden war, oder ob die Anfrage bereits zu einem früheren Zeitpunkt erfolgen durfte⁵⁰, wie es in den SAMW-RL zur Feststellung des Todes mit Bezug auf Organtransplantationen aus dem Jahre 2005 statuiert war⁵¹.

Das von GUILLOD/MADER erstellte Gutachten hielt fest, dass eine Anfrage an die nächsten Angehörigen des potentiellen Spenders, welche erst nach dessen Tod erfolgt, eine Transplantation von NHBD nach Maastricht-Kategorie 3 praktisch verunmöglichen würde.⁵² Aus logistischen Gründen und um eine erfolgreiche Organtransplantation zu sichern, ist eine Anfrage an die nächsten Angehörigen nach Todesfeststellung nicht mehr denkbar.⁵³ Ausserdem sollen Organentnahmen von Spendern mit irreversiblen Herzstillstand nicht verunmöglicht werden, denn dies entspreche weder dem Willen des Gesetzgebers noch dem verfolgten Ziel des Gesetzes,⁵⁴ wonach menschliche Organe zu Transplantationszwecken zur Verfügung stehen müssen (Art. 1 TxG). Des Weiteren ergebe sich aus Art. 9 TxG i.V.m. Art. 7 TxV, dass eine Organentnahme sowohl nach einem primären Hirntod, als auch nach einem sekundären Hirntod erlaubt sei.⁵⁵

b. Einwilligung in vorbereitende medizinische Massnahmen

Gemäss Art. 10 Abs. 1 aTxG durften vorbereitende medizinische Massnahmen nur dann vor dem Tod des Organspenders durchgeführt werden, wenn sie ausschliesslich der Erhaltung von Organen, Geweben oder Zellen dienten. Der Spender musste umfassend informiert worden sein und frei zugestimmt haben.⁵⁶ Vor der Revision kam eine stellvertretende Einwilligung in vorbereitende medizinische Massnahmen durch die nächsten Angehörigen oder den gesetzlichen Vertreter nicht in Frage, da diese nur rechtmässig in Massnahmen einwilligen könnten, die dem objektiven Wohl des

⁴⁷ MICHEL/CHRISTENSEN, Bioethica Forum, 77.

⁴⁸ MICHEL/CHRISTENSEN, Jusletter, 8.

⁴⁹ Erläuterungen zur Änderung des TxG, 17.

⁵⁰ Erläuterungen zur Änderung des TxG, 16.

⁵¹ Vgl. Wortlaut der SAMW-RL Todesfeststellung (2005), S. 10, Ziff. 4.

⁵² GUILLOD/MADER, 74.

⁵³ GUILLOD/MADER, 74.

⁵⁴ GUILLOD/MADER, 74.

⁵⁵ GUILLOD/MADER, 74.

⁵⁶ Dies gilt auch nach der Revision noch, vgl. Art. 10 Abs. 1 TxG.

Patienten dienen.⁵⁷ Dies war nur dann gewährleistet, wenn mit der medizinischen Massnahme ein konkreter therapeutischer Zweck verfolgt wurde. Massnahmen, die ausschliesslich der Organerhaltung hinsichtlich einer Transplantation dienen, waren nicht mit dem Patientenwohl vereinbar.⁵⁸ Die Erweiterung der Stellvertreterbefugnisse war bereits vor der Revision des TxG in die Richtlinie zur Organspende aufgenommen,⁵⁹ obwohl dies weder gesetzlich verankert noch aus den Materialien ersichtlich war; Dies führte in der Praxis zu Unsicherheiten.

Vorbereitende Massnahmen waren nach Abs. 2 zudem verboten, wenn sie den Tod des Patienten beschleunigten oder dazu führten, dass der Spender in einen dauernd negativen Zustand gerät. Wenn keine Erklärung zur Spende vorlag, durften solche Massnahmen nach dem Tod des Spenders so lange durchgeführt werden, bis eine Entscheidung der nächsten Angehörigen vorlag (Abs. 3).

Das Transplantationsgesetz enthielt keine Norm, die vorschrieb, wie bei Urteilsunfähigkeit des potentiellen Spenders vorzugehen war. Dies hat in der Praxis zu Unsicherheiten geführt. Insbesondere war fraglich, ob die Angehörigen solchen Massnahmen zustimmen konnten, wenn der Spender seinen Willen nicht geäussert hatte, oder ob das Gesetz eine stellvertretende Zustimmung ausschloss.⁶⁰

4. Art. 8 und 10 TxG nach der Revision

a. Zeitpunkt der Anfrage an die nächsten Angehörigen

Art. 8 Abs. 3^{bis} TxG hält normativ fest, dass die Anfrage an die nächsten Angehörigen bezüglich der Organspende und deren Zustimmung erfolgen kann, *nachdem* entschieden worden ist, die lebenserhaltenden Massnahmen abubrechen.

Durch die geplante Wiedereinführung der NHBD Maastricht-Kategorie 3 sollen an Patienten, organerhaltende Massnahmen durchgeführt werden, bevor ein Herz-Kreislauf-Stillstand eingetreten ist und bevor der Hirntod festgestellt wurde. Dies wird damit begründet, dass alle medizinischen Bemühungen nach diesem Zeitpunkt hoffnungslos wären und es sich deshalb rechtfertigt, die Frage nach einer potentiellen Organentnahme zu stellen.⁶¹ Aus logistischer Sicht und aus dem Ziel, eine erfolgreiche Organtransplantation zu gewährleisten, wäre eine entsprechende Anfrage an die nächsten Angehörigen erst nach der Todesfeststellung nicht mehr vernünftig.⁶² Des Weiteren sprechen auch ethische Gründe für die frühzeitige Anfrage der nächsten

⁵⁷ Bot. TxG, BBl 2002, 29, 142.

⁵⁸ BGE 114 Ia 350 E. 4 b.

⁵⁹ MICHEL/CHRISTENSEN, Bioethica Forum, 78.

⁶⁰ Bot. TxG, BBl 2013, 2317, 2337.

⁶¹ Erläuterungen TxG, 19.

⁶² Bot. TxG, BBl 2013, 2317, 2335.

Angehörigen: So werden die Pietätsgefühle der Angehörigen respektiert und ihnen die Möglichkeit gegeben, in einem würdigen Rahmen Abschied vom Spender zu nehmen; zudem bleibt mehr Zeit für die Entscheidung.⁶³

b. Einwilligung in vorbereitende medizinische Massnahmen

Der revidierte Art. 10 TxG sieht vor, dass auch die zur Vertretung im medizinischen Bereich berechtigte Person einer vorbereitenden medizinischen Massnahme zustimmen kann, sofern dies dem mutmasslichen Willen der spendenden Person entspricht (Art. 10 Abs. 2 TxG) und die Massnahmen für eine spätere Entnahme von Organen, Geweben oder Zellen unerlässlich sind sowie für die spendende Person nur mit minimalen Risiken und Belastungen verbunden sind (Art. 10 Abs. 3 TxG). In der SGK-SR war die Frage strittig, ob bei Patienten, bei denen das erste lebenswichtige Organ endgültig ausgefallen ist, bereits vorbereitende Massnahmen für eine Organtransplantation vorgenommen werden dürfen. Insbesondere waren die maschinelle Beatmung, um den Kreislauf zu stabilisieren oder die Abgabe von gerinnungshemmenden Medikamenten, welche nicht dem Patienten nützen, sondern eine Organtransplantation ermöglichen, umstritten.⁶⁴

Die nächsten Angehörigen können in medizinische Massnahmen, die ausschliesslich der Erhaltung von Organen, Geweben oder Zellen dienen, einwilligen, *nachdem* entschieden worden ist, die lebenserhaltenden Massnahmen abubrechen (Art. 10 Abs. 4 TxG). Solche Massnahmen sind unzulässig, wenn die spendende Person urteilsunfähig ist und keine nächsten Angehörigen vorhanden oder erreichbar sind (Art. 10 Abs. 5 TxG). Unzulässig sind nach der Revision auch Massnahmen, die den Tod der spendenden Person beschleunigen oder dazu führen können, dass sie in einen dauernden vegetativen Zustand gerät (Art. 10 Abs. 6 TxG).

Wenn keine Spendeerklärung vorliegt, so dürfen die genannten Massnahmen nur durchgeführt werden, bis die Entscheidung der nächsten Angehörigen vorliegt. Der Bundesrat legt fest, wie lange die genannten Massnahmen durchgeführt werden dürfen (Art. 10 Abs. 8 TxG). Es ist jedoch möglich, dass der Patient die Entscheidung über die vorsorglichen Massnahmen nachweisbar einer Person seines Vertrauens überträgt, womit diese an die Stelle der nächsten Angehörigen tritt (Art. 8 Abs. 6 TxG i.V.m. Art. 10 Abs. 9 TxG). Dadurch wird nochmals unterstrichen, dass vorbereitende medizinische Massnahmen ohne Zustimmung des gesetzlichen Vertreters oder ohne die nächsten Angehörigen kontaktiert zu haben, ausgeschlossen sind⁶⁵. Auch eine liberale Auslegung des Patientenwohls setzt die Zustimmung des gesetzlichen Vertreters oder der nächsten Angehörigen voraus, da dadurch eine «deutlich

⁶³ GUILLOD/MADER, 75.

⁶⁴ EGERZEGI-OBRIST AB 2013, 990.

⁶⁵ GUILLOD/MADER, 52.

höhere Legitimität» bezüglich Organspende geschaffen werden kann.⁶⁶ Dies im Gegensatz zur paternalistischen Haltung, der Arzt könne in Abwesenheit der entscheidungsberechtigten Personen – im wohlverstandenen Interesse des Patienten – handeln.⁶⁷ Um eine Organentnahme zu erleichtern, sind der Entnahmeentscheid sowie der Entscheid über vorsorgliche Massnahmen von derselben Person zu fällen.⁶⁸ Art. 3 ff. TxV erläutert, wer diese Person ist, wobei Art. 5 Abs. 1 TxV festhält, dass die am engsten mit dem potentiellen Spender verbundene Person entscheidungsbefugt ist. Dieser Grundsatz soll analog auf die vorbereitenden Massnahmen angewendet werden (vgl. Art. 10 Abs. 9 i.V.m. mit Art. 8 Abs. 6 TxG). Die Bestimmungen des Erwachsenenschutzrechts nach Art. 360 ff. ZGB finden keine Anwendung.⁶⁹

5. Ergebnisse des Vernehmlassungsverfahrens

Insgesamt wurden die genannten Änderungen durch die Vernehmlassungsteilnehmer als positiv erachtet: 76% begrüsst die vorgeschlagenen Änderungen.⁷⁰

Allgemein wurde jedoch kritisiert, dass durch die genannten Änderungen der Entscheid für eine Organentnahme vor allem im Interesse von Empfängern getroffen werden könnte⁷¹ und durch die Änderung des Art. 8 TxG die reine Fremdnützigkeit und das Ziel einer erfolgreichen Transplantation eindeutig im Vordergrund stünden.⁷² Die NEK begrüsst zwar grundsätzlich die Klärung hinsichtlich des Zeitpunkts der Anfrage an die nächsten Angehörigen, jedoch betonte die Kommission, dass die Änderungen so ausgestaltet sein müssen, dass «das Vertrauen der Bevölkerung in die Praxis der Organspende nicht untergraben, bzw. dieses im Idealfall» gestärkt werde.⁷³ Die Minderheit der Ethikkommission befürchtete, dass «das Interesse, Spender zu gewinnen, dazu führen könnte, öfter lebenserhaltende Massnahmen einzustellen».⁷⁴ Ebenfalls kritisch zeigten sich MICHEL/CHRISTENSEN. Sie machten u.a. geltend, dass lebende Patienten vollen Anspruch auf körperliche Integrität und die Wah-

⁶⁶ GUILLOD/MADER, 52.

⁶⁷ GUILLOD/MADER, 52. Gemäss einem Gutachten können Organentnahmen selbst dann vorgenommen werden, wenn der mutmassliche oder tatsächliche Wille des Spenders nicht bekannt ist, wenn folgende vier Voraussetzungen kumulativ erfüllt sind: a) Die vorbereitenden medizinischen Massnahmen müssen für den Erfolg der Organentnahme und die anschliessende Transplantation unerlässlich sein. b) Die genannten Massnahmen dürfen für den Spender nur minimale Risiken und Belastungen darstellen. c) Die Zustimmung der vertretungsberechtigten Person muss vorliegen. d) Des Weiteren muss es einen Nutzen für den schwer kranken potentiellen Empfänger ergeben. Vgl. zum Ganzen GUILLOD/MADER, 62 f.

⁶⁸ Bot. TxG, BBl 2013, 2317, 2342.

⁶⁹ Bot. TxG, BBl 2013, 2317, 2342.

⁷⁰ BAG, Vernehmlassungsbericht, 10.

⁷¹ GRÜNE, Vernehmlassungsantwort, 3.

⁷² HLI, Vernehmlassungsantwort, 2.

⁷³ NEK, Vernehmlassungsantwort, 1 f.

⁷⁴ NEK, Vernehmlassungsantwort, 1 f.

rung ihrer Menschenwürde haben.⁷⁵ Diese Rechte würden durch die Revision massiv eingeschränkt, weil bereits vor dem Tod medizinische Massnahmen eingeleitet werden, welche Drittinteressen dienen. Dies selbst dann, wenn nicht einmal ein entsprechender Wille des Patienten vorläge.⁷⁶

Als positiv wurde die frühzeitige Anfrage an die Angehörigen bewertet, da dies den Angehörigen mehr Bedenkzeit erlaube und dadurch tendenziell eine bessere Entscheidungsfindung ermöglicht werde.⁷⁷ Auch wurde vorgebracht, dass die genannte Änderung im Interesse des Patienten sei, weil dadurch bekannt werde, ob palliative oder medizinische Massnahmen im Hinblick auf eine Organentnahme vorgenommen werden sollen. Es sei auch im Interesse der Angehörigen, dass dadurch der Sterbeprozess nicht künstlich herausgezögert werde.⁷⁸ Die Befürworter dieser Änderungen machten insbesondere geltend, dass dadurch Klarheit und Rechtssicherheit geschaffen werden könne, was vorher insbesondere unter Ärzten nicht der Fall war.⁷⁹ Auch wurde vorgebracht, dass eine solche Klärung im Hinblick auf die vorsorglichen Massnahmen notwendig sei, da diese für den Organspendeprozess unentbehrlich seien.⁸⁰

C. Lebendspende

1. Ausgangslage

Bei der Umsetzung von Art. 14 aTxG hatte sich eine uneinheitliche Praxis etabliert.⁸¹ Dies vor allem in Bezug auf die Entschädigung bei Erwerbsausfall des Spenders sowie der Frage, welcher der Versicherer leistungspflichtig werde, wenn der Empfänger stirbt.⁸² Deshalb wurde nun durch die Teilrevision die finanzielle Absicherung der spendenden Person verbessert, wobei die Versicherer verpflichtet wurden, die Kosten der Nachsorge in Form einer Pauschale zu leisten.⁸³ Zudem war die Einforderung der Kosten für die Nachbehandlung der spendenden Person mit Problemen und zusätzlichem Aufwand verbunden.⁸⁴ Ausserdem wird durch die Einrichtung einer Lebendspende-Nachsorgestelle die Nachverfolgung des Gesundheitszustands der

⁷⁵ MICHEL/CHRISTENSEN, 78.

⁷⁶ MICHEL/CHRISTENSEN, 78.

⁷⁷ SPO, Vernehmlassungsantwort, 1.

⁷⁸ INSELSPITAL, Vernehmlassungsantwort, 1; UNI BEMed, Vernehmlassungsantwort, 1.

⁷⁹ BAG Vernehmlassungsbericht, 10 f.

⁸⁰ BAG Vernehmlassungsbericht, 10 f.

⁸¹ Bot. TxG, BBl 2013, 2317, 2323.

⁸² Bot. TxG, BBl 2013, 2317, 2344.

⁸³ Bot. TxG, BBl 2013, 2317, 2344.

⁸⁴ Bot. TxG, BBl 2013, 2317, 2344.

spendenden Person gewährleistet⁸⁵ und zu diesem Zweck ein Register geführt werden (Art. 15a ff. TxG).

2. Art. 14 Abs. 2 lit. b aTxG vor der Revision

Als Schutz des Lebendspenders normiert das TxG, dass dieser gegen mögliche schwerwiegende Folgen der Organentnahme angemessen versichert sein musste (Art. 14 Abs. 1 TxG). Art. 14 Abs. 2 lit. b aTxG statuierte, dass der Versicherer, der ohne Lebendspende die Kosten für die Behandlung der Krankheit des Empfängers zu tragen hätte, eine angemessene Entschädigung für den Erwerbsausfall oder andere Aufwendungen, welche der spendenden Person im Zusammenhang mit der Entnahme entstehen, bezahlen musste. Dies können bspw. Reisekosten, Abklärungskosten oder Kosten für eine lebenslange Nachverfolgung des Gesundheitszustands sein (Art. 12 TxV). Dies gilt auch dann, wenn die Organentnahme nicht durchgeführt werden konnte (Art. 14 Abs. 3 TxG). Dabei handelt es sich um einen privatrechtlichen und nicht um einen sozialversicherungsrechtlichen Anspruch.⁸⁶

Damit bei der Krankenkasse die Kosten für den *Aufwandersatz* eingefordert werden konnten, mussten folgende Voraussetzungen erfüllt sein: Eine ausgewiesene Vermögenseinbusse, ein Kausalzusammenhang und die Beachtung von Treu und Glauben sowie die Schadensminderungspflicht⁸⁷. Unter dem alten Recht musste der geltend gemachte Aufwand in Form von Urkunden bewiesen werden. Das war für den Spender äusserst nachteilig, denn es ist nicht zu unterschätzen, wie fordernd die Zeit der Organentnahme für den Spender ist und dass es deshalb vorkommen kann, dass nicht immer alle Belege, für die vom Versicherten gegenüber dem Versicherer geltend gemachten Beträge zur Rückforderung der finanziellen Auslagen, vorhanden waren. Im Einzelfall lag es im Ermessen des Versicherers, zu entscheiden, ob der Nachweis als genügend erachtet wurde.⁸⁸

Problematisch war zudem, dass eine stark verzögerte oder gänzlich ausbleibende Bezahlung der Arztrechnungen durch die Versicherer zu verzeichnen war.⁸⁹ Dem wollte der Gesetzgeber durch die Einführung der Art. 15a ff. TxG entgegenen.

⁸⁵ Bot. TxG, BBl 2013, 2317, 2344.

⁸⁶ TREMP, 135.

⁸⁷ TREMP, 154 ff.

⁸⁸ TREMP, 155.

⁸⁹ THIEL, 309.

3. Art. 14 und 15a ff. nach der Revision

a. Aufwandersatz und Versicherungsschutz

Art. 14 Abs. 2 lit. b TxG ist dahingehend geändert worden, dass der Begriff «angemessen» gestrichen wurde, weil sich dadurch eine unterschiedliche Praxis bezüglich des Erwerbsausfalls ergeben hatte.⁹⁰ Während die Krankenversicherung dem Spender den Erwerbsausfall zu 100% ersetzt, leisten die IV, Militär- und Unfallversicherung den Erwerbsausfall nur entsprechend Taggeldregelungen zu 80%.⁹¹ Ausserdem wird klargestellt, dass jeder Aufwand zu ersetzen ist.⁹² Der Begriff «Krankheit» in Art. 14 Abs. 2 TxG wird durch «gesundheitliche Beeinträchtigung» ersetzt, damit unter den Begriff «Versicherung» auch die Invaliden-, Militär- oder Unfallversicherung subsumiert werden können.⁹³

Durch die Einführung des Art. 14 Abs. 2^{bis} TxG soll zudem gewährleistet werden, dass, falls das Versicherungsverhältnis aus anderen Gründen als einem Wechsel des Versicherers endet, der vor dem Ende des Versicherungsverhältnisses zuständige Versicherer kostentragungspflichtig bleibt.⁹⁴ Da diejenigen Personen nicht mehr den obligatorischen Versicherungen oder der Versicherungspflicht nach KVG unterstehen, müsste der Spender letztendlich für die Kosten selbst aufkommen.⁹⁵

b. Kosten der Nachverfolgung des Gesundheitszustands

Art. 15a Abs. 1 TxG verpflichtet den Versicherer die Kosten nach Art. 14 Abs. 2 TxG welche im Zusammenhang mit der Nachverfolgung des Gesundheitszustands des Spenders von Organen oder Blut-Stammzellen entstehen (Art. 15a Abs. 3 lit. a TxG) sowie die administrativen Kosten für die Registerführung nach Art. 15c Abs. 2 zu übernehmen (15a Abs. 3 lit. b TxG). Durch die Einführung des Art. 15a Abs. 3 TxG wird die Pflicht des Staates verstärkt: Die Versicherer sollen durch die künftige Regelung ebenfalls ausgeglichen belastet werden, wobei jedoch keine falschen Anreize zur Organspende geschaffen werden dürfen.⁹⁶ Zu berücksichtigen ist, dass wer sich zu einer Lebendspende bereit erklärt, sich solidarisch zeigt, indem das Leiden anderer vermindert werden kann und Menschenleben gerettet werden können, wofür dem Spender Respekt und Anerkennung gebührt.⁹⁷

⁹⁰ Bot. TxG, BBl 2013, 2317, 2323.

⁹¹ Art. 17 UVG; BSV, Kreisschreiben IV, E 7 Ziff. 1030.2.2.

⁹² Bot. TxG, BBl 2013, 2317, 2360 f.

⁹³ Bot. TxG, BBl 2013, 2317, 2360 f.

⁹⁴ Bot. TxG, BBl 2013, 2317, 2361.

⁹⁵ Bot. TxG, BBl 2013, 2317, 2361.

⁹⁶ LOHR, AB 2015, Rz. 136.

⁹⁷ INGOLD, AB 2015, Rz. 140.

Die Höhe der von den Versicherern zu entrichtende Pauschale wird vom Bundesrat festgelegt, wie auch der Zeitpunkt, in dem die Pauschale und der Beitrag des Bundes fällig werden (Art. 15a Abs. 4 TxG). Im Vertrag zwischen der SVK und den H+ Spitalern ist geregelt, dass die Finanzierung der lebenslangen Nachverfolgung des Gesundheitszustandes des Spenders in Form einer einmaligen Pauschale entrichtet wird.⁹⁸ Die Krankenversicherung des Empfängers übernimmt die Pauschale, auch wenn der Empfänger während der Transplantation verstirbt.⁹⁹ Das Problem dieses Vertrages ist, dass er nicht für alle Krankenversicherer gilt, sondern nur für die am SVK angeschlossenen.¹⁰⁰ Dieses Problem soll nun mit Art. 15a ff. TxG geändert werden, denn dadurch wird die Nachbetreuung aller Lebendspender sichergestellt, wodurch sowohl Spender vor Inkrafttreten des Transplantationsgesetzes erfasst werden, als auch solche Spender, die vor Inkrafttreten des Vertrags zwischen den H+ und dem SVK Organe spendeten.¹⁰¹ Im Hinblick auf den erheblichen Nutzen, den der Organspender leistet, sollte die Absicherung der Risiken, welche er für den Empfänger eingeht, als «moralische Pflicht der Gesamtheit der am Transplantationssystem beteiligten Personen im gegenüber begriffen werden»¹⁰².

Die Aufgabe des Lebendspende-Nachsorgefonds wird die Verwaltung der von den Versicherern geleisteten Pauschalen gemäss Art. 15a Abs. 2 TxG sein (Art. 15b Abs. 1 TxG). Der Fonds wird durch die Pauschale der Versicherer gespeisen, wobei zusätzliche Zuwendungen Dritter eingebracht werden können (Abs. 2). Bei der Lebendspende-Nachsorgestelle wird der Gesundheitszustand des Spenders von Organen oder Blut-Stammzellen sichergestellt, wobei auch dort auf zweckmässige und kostengünstige Art ein Register zu führen ist (Art. 15c Abs. 1 und 2 TxG).

Der Geld- und Datenfluss ist wie folgt geregelt: Die von den Versicherern geleisteten Pauschalen fliessen in einen Fonds, welcher jährliche Ausschüttungen an die Lebendspende-Nachsorgestelle vornimmt.¹⁰³ Diese begleicht anschliessend die Arztrechnungen. Die vom Bund zu leistenden Subventionen fliessen direkt in den Fonds.¹⁰⁴

⁹⁸ H+/SVK, 4, Punkt 3.1.4.

⁹⁹ H+/SVK, 4, Punkt 3.1.4.

¹⁰⁰ Bot. TxG, 2013, 2317, 2345.

¹⁰¹ Bot. TxG, BBl 2013, 2317, 2345.

¹⁰² GUTMANN/SCHROTH, 117.

¹⁰³ Bot. TxG, BBl 2013, 2317, 2349.

¹⁰⁴ Bot. TxG, BBl 2013, 2317, 2349.

4. Ergebnisse des Vernehmlassungsverfahrens

76% der Vernehmlassungsteilnehmer stimmten den erläuterten Anpassungen zu.¹⁰⁵

Die FMH war der Meinung, dass die Kosten nicht den Lebendspendern angelastet werden dürfen. Die Lebendspender erlebten «emotional aufwühlende Momente» vor und nach der Operation. Aus diesem Grund sollen ihnen aus ethischen, juristischen und medizinischen Gründen nicht noch mehr Nachteile zugemutet werden, welche ihre Situation zusätzlich erschweren können.¹⁰⁶ Von der FMH wurde zudem vorgeschlagen, einen Fonds für Lebendspender zu errichten,¹⁰⁷ was der Gesetzgeber durch Art. 15a ff. TxG umgesetzt hat.

III. Ausblick

Ob durch die Teilrevision des Transplantationsgesetzes Klarheit geschaffen werden kann und ob die bestehenden Probleme in der praktischen Anwendung gelöst werden können, wird sich in den nächsten Jahren zeigen. M.E. ist gerade im Transplantationsbereich eine klare, unmissverständliche sowie praktikable Gesetzgebung unerlässlich, die es zustande bringt, möglichst viele Organspender zu gewinnen, jedoch ohne den Persönlichkeitsschutz des Spenders oder die Pietätsgefühle der Angehörigen zu verletzen. Es bleibt zu hoffen, dass dem Gesetzgeber dieser Spagat mit der Teilrevision des Transplantationsgesetzes gelungen ist.

Literaturverzeichnis

BURCH STEPHANIE, Das Konzept des «Hirntodes», in: Jusletter 22. November 2010

BÜCHLER ANDREA/MICHEL MARGOT, Medizin – Mensch – Recht, Eine Einführung in das Medizinrecht der Schweiz

GÄCHTER THOMAS/RÜTSCHÉ BERNHARD, Gesundheitsrecht, Ein Grundriss für Studium und Praxis, 3. Auflage, Basel 2013

GUILLOD OLIVIER/MADER MÉLANIE, Vorbereitende medizinische Massnahmen im Hinblick auf eine Organentnahme, Rechtsgutachten zu verschiedenen Fragen im Zusammenhang mit dem Transplantationsgesetz, Neuenburg 2010

GUTMANN THOMAS/SCHROTH ULRICH, Organlebendspende in Europa, Rechtliche Regelungsmodelle, ethische Diskussion und praktische Dynamik, Berlin 2002

¹⁰⁵ BAG, Vernehmlassungsbericht, 15.

¹⁰⁶ FMH, Vernehmlassungsantwort, 2.

¹⁰⁷ FMH, Vernehmlassungsantwort, 2.

- HÄFELIN ULRICH/HALLER WALTER/KELLER HELEN, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 9. Auflage, Zürich 2016
- LACHENMEIER PASCAL, Der Tod im liberalen Staat: die Definitionsmacht des Rechts über den Todeszeitpunkt, Diss., Basel 2008
- MADER MÉLANIE, Rechtsgutachten über die Allokation von Organen an Personen ohne Wohnsitz in der Schweiz unter Berücksichtigung des Personenfreizügigkeitsabkommens, Neuchâtel 2011
- MICHEL MARGOT/CHRISTENSEN BIRGIT, Organtransplantation zwischen Integritätsschutz und Drittinteressen, Eine Analyse der Revisionsvorlage zum Transplantationsgesetz unter besonderer Berücksichtigung von Art. 8 und 10 des Transplantationsgesetzes, in: Jusletter 30. Januar 2012 (zit. als MICHEL/CHRISTENSEN, Jusletter)
- MICHEL MARGOT/CHRISTENSEN BIRGIT, Die Wiedereinführung des Non-Heart-Beating-Donor-Programms in der Schweiz aus rechtlicher Perspektive, in: Bioethica Forum 2012/Volume 12/No. 2, 77 (zit. als MICHEL/CHRISTENSEN, Bioethica Forum)
- RÜETSCHI DAVID, Die Medizinisch-ethischen Richtlinien der SAMW aus juristischer Sicht, in: SÄZ, 2004 (85), 1222
- SCHOTT MARKUS, Patientenauswahl und Organallokation, Diss., Basel 2001 (zit. als SCHOTT, Organallokation)
- SCHOTT MARKUS, Verfassungsrechtliche Probleme der Organallokation, in: Becchi Paolo/Bondolfi Alberto/Kostka Ulrike/Seelmann Kurt, Organallokation, Ethische und rechtliche Fragen, Basel 2004, 127 (zit. als SCHOTT, Verfassungsrechtliche Probleme)
- SKARUPINSKI PHILIPP/THIER MARKUS, Sozialversicherungsrecht und Medizinrecht/Hirntod – Zwischen medizinischer Notwendigkeit und ethischer Akzeptanz, in: Loacker Leander D./Zellweger-Gutknecht Corinne, Analysen und Perspektiven von Assistierenden des Rechtswissenschaftlichen Instituts der Universität Zürich (APARIUZ) Bd/Nr. 14, 2012, 447
- TAG BRIGITTE, Das Bundesgesetz über die Transplantation von Organen, Geweben und Zellen – Die schweizerische Rechtslage zur Transplantationsmedizin, in: Böse Martin et al. (Hrsg.), Grundlagen des Straf- und Strafverfahrensrechts, Festschrift für Knut Amelung zum 70. Geburtstag, Schriften zum Strafrecht, Heft 202, Grundlagen des Straf- und Strafverfahrensrecht, Berlin 2009, 507 (zit. als TAG, Transplantationsmedizin)
- TAG BRIGITTE, Das Schweizerische Transplantationsgesetz – Überblick über die rechtlichen Bestimmungen und einige Überlegungen zu ethischen Fragen der Lebendspende sowie der postmortalen Organspende, in: Demirhan Erdemir Ayşegül et al., Organ ve doku naklinde tip etiği ve tip hukuku sorunları, Problems of medical ethics and law in organ and tissue transplantation, Istanbul 2007 (zit. als Tag, Überblick)
- THIEL GILBERT T., Das Schweizer Lebendspenderregister und die Krankenkassen, in: SÄZ, 2009 (90), 307
- TREMP DANIA, Lebendspende in der Schweiz, Insbesondere die finanzielle Absicherung des Spenders von Organen, Geweben und Zellen, Diss., Zürich 2010
- PÄRLI KURT/FUCHS TIZIANA, Diskriminierungsschutz im Bereich Gentechnik und Transplantation, in: Naguib Tarek, Diskriminierungsrecht, Handbuch für Jurist_innen, Berater_innen und Diversity-Expert_innen, Bern 2014
- WITTEW CAROLINE/BREITSCHMID PETER, Entwicklungen im Transplantationsrecht, Unter besonderer Berücksichtigung der Auswirkungen des neuen Erwachsenenschutzrechts, in: Jusletter 22. November 2010

Materialienverzeichnis

- AMTLICHES BULLETIN, Transplantationsgesetz. Teilrevision (13.029), Die Wortprotokolle von Nationalrat und Ständerat, Ständerat, Wintersession 2013, Vierte Sitzung, 28. November 2013, 08h15, 989 ff. (zit. als Name des Ständerats AB 2013)
- AMTLICHES BULLETIN, Transplantationsgesetz. Teilrevision (13.029), Nationalrat, Frühjahrsession 2015, Fünfte Sitzung 05.03.2015, 08h00, Rz. 135 (zit. als Name des Nationalrats AB 2015)
- BUNDESAMT FÜR GESUNDHEIT BAG, Entwurf zur Änderung des Bundesgesetzes über die Transplantation von Organen, Geweben und Zellen (Transplantationsgesetz), Ergebnisse des Vernehmlassungsverfahrens (29. Juni bis 21. Oktober 2011), Januar 2013 (zit. als BAG, Vernehmlassungsbericht)
- Botschaft zur Änderung des Transplantationsgesetzes vom 8. März 2013, BBl 2013 2317, 2317
- Botschaft zum Bundesgesetz über die Transplantation von Organen, Geweben und Zellen (Transplantationsgesetz) vom 12. September 2001, BBl 2002 29, 29
- CP, Révision partielle de la loi sur la transplantation, Réponse à la Consultatio, Paudex 2011 (zit. als CP, Vernehmlassungsantwort)
- Dokumentation Parlamentsbibliothek, Vorschau, Perspective, Nationalrat, Conseil national, Frühjahrsession 2015, Session de printemps 2015, DH 899, Stand am, Etat au 17.02.2015 (zit. als Vorschau NR)
- EKBB, Stellungnahme zur Revision des Bundesgesetzes über die Transplantation von Organen, Geweben und Zellen, Basel 2011 (EKBB, Vernehmlassungsantwort)
- Erläuterung zur Änderung des Bundesgesetzes über die Transplantation von Organen, Geweben und Zellen (Transplantationsgesetz), 29. Juni 2011 (zit. als Erläuterungen zur Änderung des TxG)
- FMH, Stellungnahme der FMH zum Entwurf Teilrevision Transplantationsgesetz, Bern 21. Oktober 2011 (zit. als FMH, Vernehmlassungsantwort)
- Grüne, Teilrevision des Transplantationsgesetzes vom 8. Oktober 2004, Vernehmlassung, Bern 2011 (zit. als Grüne, Vernehmlassungsantwort)
- HLI, Vernehmlassung zur Teilrevision des Transplantationsgesetzes, Zug 2011 (zit. als HILI, Vernehmlassungsantwort)
- Inselspital, Vernehmlassung zur Teilrevision des Transplantationsgesetzes (TxG), Bern 2011 (zit. als Inselspital, Vernehmlassungsantwort)
- LNRH, Position du Laboratoire National de Référence pour l’Histocompatibilité (LNRH) sur la révision partielle de la loi sur la transplantation, Genève 2011 (zit. als LNRH, Vernehmlassungsantwort)
- Motion Maury Pasquier Liliane (08.3519), Änderung des Transplantationsgesetzes, Eingereicht am 24.09.2008 (zit. als Motion Maury)
- SAMW, Feststellung des Todes mit Bezug auf Organtransplantationen, Medizinisch-Ethische Richtlinien der SAMW, Vom Senat der SAMW am 24. Mai 2005 genehmigt (SAMW-RL Todesfeststellung (2005))
- SAMW-Richtlinie, Feststellung des Todes mit Bezug auf Organtransplantationen, medizinisch-ethische Richtlinien, genehmigt am 24. November 2011 (zit. als SAMW-RL, Tod)
- SOL-DHR, Stellungnahme zur Revision des Bundesgesetzes über die Transplantation von Organen, Geweben und Zellen, Basel 2011 (zit. als SOL-DHR, Vernehmlassungsantwort)

SPO, Vernehmlassung, Teilrevision des Transplantationsgesetzes (TxG), Zürich 2011 (zit. als SPO, Vernehmlassungsantwort)

SVP, Teilrevision des Transplantationsgesetzes (TxG), Vernehmlassungsantwort der Schweizerischen Volkspartei, Bern 2011 (zit. als SVP, Vernehmlassungsantwort)

UNI BEMed, Vernehmlassung zur Teilrevision des Transplantationsgesetzes (TxG), Bern 2011 (zit. als UNI BEMed, Vernehmlassungsantwort)

USZ, Teilrevision des Transplantationsgesetzes (TxG), Eröffnung des Vernehmlassungsverfahrens, Zürich 2011 (zit. als USZ, Vernehmlassungsantwort)

UZH, Teilrevision des Transplantationsgesetzes, Vernehmlassung, Zürich 2011 (zit. als UZH, Vernehmlassungsantwort)

Vertrag und Tarifstruktur zwischen H+ Die Spitäler der Schweiz und dem SVK Schweizerischer Verband für Gemeinschaftsaufgaben der Krankenversicherer, Solothurn, betreffend Fallabwicklung und Abgeltung von nicht durch SwissDRG geregelten Leistungen im Zusammenhang mit der Transplantation solider Organe, Gültig ab 01. Januar 2015 (zit. als H+/SVK)

Die rechtliche Einordnung von Drohnen

Eine kritische Würdigung der heutigen Rechtslage und Überlegungen *de lege ferenda*

David Henseler*

Inhaltsübersicht

I.	Einleitung	116
II.	Begriff und Technik	117
	A. Begriff	117
	B. Technische Bezeichnungen	118
	1. Luftfahrzeug / <i>Aircraft</i>	119
	2. <i>Unmanned Aircraft</i> (UA)	119
	3. <i>Unmanned Aerial Vehicle</i> (UAV)	120
	4. <i>Unmanned Aircraft System</i> (UAS)	121
	5. <i>Remotely Piloted Aircraft System</i> (RPAS)	121
	6. Weitere Bezeichnungen und Erscheinungsformen	122
	C. Zwischenfazit	123
III.	Schweizerisches Begriffsverständnis	124
	A. BAZL Bericht «Zivile Drohnen»	124
	1. Ausgangslage	124
	2. Definition der Drohne	125
	B. Würdigung und Kritik	125
	1. Gesetzliche Verwendung des Drohnenbegriffs	125
	2. Qualifikation als Modellluftfahrzeug	126
	3. Abgrenzung Flugmodell – Drohne	127
	a. Unschärfe der Abgrenzung	127
	b. Praktische Relevanz der Abgrenzung	128
	C. Seitenblick zum Nachrichtendienstgesetz	129
	D. Zwischenfazit	130
IV.	Überlegungen <i>de lege ferenda</i>	130
	A. Anknüpfen an allgemeinen Sprachgebrauch	130
	B. Anpassung der Marginalie zu Art. 17 VLK	131
	C. Abschaffung der Kategorie «Modellluftfahrzeuge»	132
	D. Schaffung einer neuen Kategorie unbemannter Luftfahrzeuge	133
	E. Zwischenfazit	133
V.	Zusammenfassung und Schlussbemerkungen	134
	Literaturverzeichnis	134
	Materialienverzeichnis	138

I. Einleitung

«Das Grundverhältnis von Recht und Technik zu bestimmen fällt nicht sonderlich schwer. Technisches Handeln und technische Sachverhalte werden im Recht immer erst als soziales Handeln und soziale Sachverhalte von Belang. Hüten wir uns sodann, die Technik aus der Gesellschaft zu isolieren und wie eine Person auf die Anklagebank zu setzen. Recht und Technik sind beide zunächst Funktionen gesellschaftlicher Wirklichkeit, obwohl sie hernach in der transcendierten Kulturwirklichkeit eine unterschiedliche Stellung innehaben. Da nun aber die Technik im höchsten Grade in die Gesellschaft eindringt und sie mitreißt, da sie immerfort die realen Daseinsbedingungen umstößt und wandelt, da sie die Doppelstellung des Menschen, als Glied im Gefüge des Miteinanderseins und als Einzelner und Einsamer, noch zu steigern scheint, da sie vor allem die Regelungsbedürftigkeit gesellschaftlicher Beziehungen ohnegleichen erhöht, die Regelung selber aber erschwert oder niederhält, ist das Verhältnis von Recht und Technik so bezugsreich und so folgenschwer.»¹

So wies HANS HUBER, Bundesrichter und Professor an der Universität Bern, bereits 1960 auf die Beeinflussung des Rechts durch die Technik hin. Denn technische Neuerungen müssen – früher oder später – vom Recht erfasst werden: sei es durch Subsumption der Technik unter bestehende Regelwerke,² sei es durch die Schaffung spezifischer Rechtssätze oder Normen.³ Mithin geht es um die Frage, wie das Recht mit dem Einsatz neuer Technik umgeht⁴ und um die Wirksamkeit bestehender Rechtsnormen angesichts technologischer Veränderungen.⁵

Diese Problembereiche bestehen auch mit Blick auf Drohnen. Die Doktrin hat sich denn auch bereits unter verschiedenen Gesichtspunkten mit der Anwendbarkeit des Schweizer Rechts auf Drohnen befasst.⁶ Der vorliegende Beitrag widmet sich jedoch nicht einem konkreten rechtlichen Aspekt der Drohnen bzw. deren Nutzung. Vielmehr geht es darum, den hinter der Technik stehenden Begriff zu analysieren und zu hinterfragen. Denn die allermeisten Menschen haben eine klare Vorstellung davon,

* Mein herzlicher Dank gilt Benno Fischer, MLaw sowie Simon Henseler, MLaw, für die kritische Durchsicht des Manuskripts und die wertvollen Hinweise zum Text. Ausserdem gilt mein Dank den Herausgebern dieses Bandes, die mich daran mitschreiben lassen und mich beim formellen Feinschleif unterstützt haben.

¹ HUBER, 8.

² Vgl. HUBER, 16.

³ Vgl. HUBER, 14.

⁴ Vgl. KORNMEIER, 3; GASSER, 12.

⁵ BURKERT/HETTICH/THOUVENIN, in: GSCHWEND et al., 47, 49; vgl. auch OTTO, 145, der festhält, dass die mit technischen Innovationen verbundenen neuartigen Handlungsmöglichkeiten die Schaffung rechtlicher Innovation erfordere.

⁶ Vgl. zunächst ausführlich STEIGER (verschiedene Aspekte ziviler Drohnennutzung) sodann HÄNSENBERGER (Haftungsfragen); HÄNSENBERGER/WILDHABER (regulatorische, luftrechtliche Aspekte); HRUBESCH-MILLAUER/BRUGGISSER (sachenrechtliche Aspekte); KETTIGER (gerichtliches Verbot nach 258 ff. ZPO); NADAKAVUKAREN SCHEFER sowie WEBER/OERTLY (Datenschutz) und WEBER, in: WIDMER (Datenschutz; sachenrechtliche Aspekte).

was unter dem Begriff «Drohne» zu verstehen ist.⁷ In der Gesellschaft⁸ und in den Medien⁹ ist er denn auch bereits weit verbreitet. Doch wenn man genauer – und aus rechtswissenschaftlicher Optik – hinschaut, ist der Begriff und seine Definition alles andere als klar und einfach.¹⁰

Die Auseinandersetzung mit dem Drohnenbegriff im vorliegenden Beitrag beginnt mit einer Darstellung der technischen Begrifflichkeiten (II. B.). Danach soll auf das in der Schweiz vorherrschende Begriffsverständnis eingegangen werden (III. A.), wobei dieses einer kritischen Würdigung unterzogen wird (III. B.). Anschliessend werden einige Vorschläge *de lege ferenda* angebracht (IV.). Zunächst folgt nun aber ein Blick auf die Etymologie und die Geschichte des Begriffs.

II. Begriff und Technik

A. Begriff

Drohnen oder *flying machines*¹¹ haben eine sehr lange Geschichte. Der griechische Ingenieur Archytas von Tarent soll bereits im vierten Jahrhundert vor Christus eine mechanische Taube entworfen haben, die angeblich 200 Meter weit geflogen war.¹² Die grössten technischen Fortschritte im Bereich der unbemannten Luftfahrt sind

⁷ Vgl. dazu beispielsweise die Untersuchung zur gesellschaftlichen Akzeptanz von Drohnen von KLAUSER/PEDROZO, Geogr. Helv. 72, 231, *passim*.

⁸ Einen Hinweis auf die gesellschaftliche Verwendung des Begriffs findet man auch bereits in der bundesgerichtlichen Rechtsprechung. In BGer 6B_251/2011 vom 5. Juli 2011 E. 3 hatte sich das Bundesgericht mit dem Vorbringen eines Beschwerdeführers zu befassen, er sei «betroffen gewesen von einer fünfwöchigen Untersuchung seiner Räume mit der Unterstützung von Drohnen». Vgl. auch bereits BGer 1A.365/1999 vom 12. April 2002, wo es um Flugbewegungen militärischer Drohnen ging.

⁹ Vgl. statt vieler HALLER, <<https://www.nzz.ch/schweiz/registrierungspflicht-drohnen-sollen-mit-chip-fliegen-ld.105700>> (28.09.2017); BETSCHON, <<https://www.nzz.ch/digital/aktuelle-themen/schweizer-start-ups-ein-himmel-voller-drohnen-ld.127698>> (28.09.2017). Kritisch zur Drohnenutzung HESSE, <<http://www.derbund.ch/schweiz/standard/surr-mich-nicht-an/story/149>> (28.09.2017). Vgl. auch STUMVOLL, 5.

¹⁰ Ausführlich CORCORAN, <<http://www.abc.net.au/news/2013-2003-2001/drone-wars-the-definition-dogfight/4546598>> (28.09.2017); SALTER, 163 mit der dortigen FN 1.

¹¹ Diese Bezeichnung verwendet Prof. Raffaello D'Andrea, Leiter des Institute for Dynamic Systems and Control der ETH Zürich. In den Medien wurde er unlängst als «König der Drohnen» bezeichnet (<<https://www.fuw.ch/article/raffaello-dandrea-der-koenig-der-drohnen/>> [Artikel Finanz und Wirtschaft; 28.09.2017]). Vgl. dazu auch <<https://www.youtube.com/watch?v=RCXGpEmFbOw>> (eindrücklicher TED Talk von Prof. D'Andrea [28.09.2017]).

¹² GOGARTY/HAGGER, Journal of Law, Information and Science 19/2008, 74, 76 mit FN 5; DALAMAGKIDIS, in: VALAVANIS/VACHTSEVANOS, 57, 58; SINGER, 44.

allerdings auf die militärische Nutzung ebendieser zurückzuführen.¹³ Dort ist auch nach dem Ursprung der Bezeichnung «Drohne» zu suchen. 1933 setzte die Royal Navy erstmals ferngesteuerte, unbemannte Flugzeuge des Typs de Havilland D.H.82B, genannt *Queen Bee* (Bienenkönigin), als Übungsziele ein.¹⁴ Diese Bezeichnung hat sehr wahrscheinlich dazu geführt, dass sich für diese unbemannten Luftfahrzeuge der Term «Drohne» etabliert hat.¹⁵ Dieser ist der Biologie entlehnt, wo das Männchen der Honigbiene «Drohn» oder eben Drohne genannt wird.¹⁶ Zunächst wurde der Begriff aber nur für die militärische Luftfahrt verwendet;¹⁷ erst mit der Zeit hat er sich auch für die zivile Nutzung durchgesetzt.¹⁸ In der technischen Literatur und in gewissen behördlichen Texten werden allerdings oftmals noch andere Bezeichnungen verwendet.

B. Technische Bezeichnungen

Um den umgangssprachlich gebräuchlichen¹⁹ Drohnenbegriff besser einordnen zu können, werden nachfolgend die in diesem Zusammenhang zentralen technischen Begriffe der unbemannten Luftfahrt dargestellt und erläutert. Soweit als möglich soll jeweils auch eine Einordnung dieser Termini in die Schweizerische Luftfahrtgesetzgebung vorgenommen werden. Dabei konzentriert sich der vorliegende Beitrag auf zivile Drohnen.²⁰

¹³ STEIGER, Sicherheit & Recht 3/2014, 169, 170; STÄDELE, 17; STUMVOLL, 9 f.; PREZNUK, 8 ff.; MAHN-GAUSEWEG, in: FRAU, 1, 3; ausführlich DALAMAGKIDIS, in: VALAVANIS/VACHTSEVANOS, 57, 57 und *passim*.

¹⁴ DALAMAGKIDIS, in: VALAVANIS/VACHTSEVANOS, 57, 60 m.w.H; vgl. auch CHAMAYOU, 41 f. Teilweise wird der Ursprung von unbemannten Luftfahrzeugen auf 1849 gesetzt, als bei der Belagerung von Venedig durch die Österreicher mit Sprengsätzen beladene Ballone eingesetzt wurden; vgl. dazu BARTSCH/COYNE/GRAY, 21; PREZNUK, 10.

¹⁵ LAUMANN, 4; LANGE, 18; KORNMEIER, 11 mit FN 26; BARTSCH/COYNE/GRAY, 25; vgl. auch PREZNUK, 9.

¹⁶ Duden Online, Begriff «Drohne»: «Männchen der Honigbiene mit etwas größerem, plumperem Körper, das keinen Stachel besitzt und sich überwiegend von den Arbeitsbienen füttern lässt.» Oxford Dictionary Online, Begriff «drone»: «A male bee in a colony of social bees, which does no work but can fertilize a queen.» Vgl. auch LAUMANN, 4; KORNMEIER, 11.

¹⁷ STEIGER, Sicherheit & Recht 3/2014, 169, 171; vgl. auch LEISSLER, *ecolex* 2015, 535.

¹⁸ Vgl. aber EBINGER, 131, der den Ausdruck Drohne weiterhin ausschliesslich der Militärluftfahrt zuordnet.

¹⁹ Vgl. SOLMECKE/NOWAK, MMR 7/2014, 432; BAZL, 5; ARORA, 25 («colloquial term»).

²⁰ Die militärische Verwendung von Drohnen in der Schweiz wird nachfolgend nur am Rand behandelt. Es sei aber darauf hingewiesen, dass die Armee gemäss Art. 180 des Bundesgesetzes über die militärischen Informationssysteme (MIG) unter anderem luftgestützte, unbemannte Überwachungsgeräte (Überwachungsmittel) betreibt, womit auch Drohnen gemeint sind (vgl. dazu Bot. MIG, BBl. 2008, 3213, 3271 f.; STEIGER, Sicherheit & Recht 3/2014, 169, 179); der Betrieb derselben richtet sich nach Art. 180 ff. MIG.

1. Luftfahrzeug / *Aircraft*

Luftfahrzeug oder engl. *aircraft* ist der begriffliche Ausgangspunkt für die nachfolgenden Ausführungen. Das schweizerische Recht definiert den Begriff Luftfahrzeuge in Art. 1 Abs. 2 Luftfahrtgesetz (LFG). Danach gelten als solche Fluggeräte, die sich durch Einwirkungen der Luft in der Atmosphäre halten können.²¹ Diese Legaldefinition entspricht derjenigen, welche die International Civil Aviation Organisation (ICAO) verwendet.²²

Abzugrenzen sind die Luftfahrzeuge von den Flugkörpern, welche die zweite Hauptkategorie der Fluggeräte bilden. Da keine weiteren Hauptkategorien bestehen, gelten gemäss Art. 1 Abs. 3 LFG Fluggeräte, die nicht den Luftfahrzeugen zugehören, als Flugkörper.²³ Anders als Luftfahrzeuge halten sie sich gerade *nicht* durch Einwirkungen der Luft in der Atmosphäre und entsprechend deshalb nicht dem Begriff des Luftfahrzeugs.²⁴ Eingeteilt werden sie in Raketen, Geschosse und übrige Flugkörper,²⁵ wobei im LFG und den zugehörigen Verordnungen nur solche erfasst werden, die zu zivilen Zwecken eingesetzt werden.²⁶ Marschflugkörper, ballistische Geschosse etc. werden nicht erfasst und gelten deshalb auch nicht als Fluggeräte im Sinne dieses Gesetzes.²⁷

2. *Unmanned Aircraft* (UA)

Die Abkürzung UA steht für *Unmanned Aircraft*²⁸ oder unbemanntes Luftfahrzeug. Der Begriff «unbemannt» kann zweierlei bedeuten: Zunächst kann es bedeuten, dass

²¹ Fluggeräte, die sich der Wirkung von Luft gegen den Boden bedienen (sog. Luftkissenfahrzeuge), werden explizit ausgenommen, da sie nicht über unebenen Flächen verkehren können. Dies stellt aber gerade ein entscheidendes Merkmal der Luftfahrzeuge dar (vgl. dazu ausführlich SCHWENK/GIEMULLA, Kapitel 7 N 15 f.). Luftkissenfahrzeuge sind ausserdem keine «übrigen Flugkörper» (vgl. Grafik im Anhang der Verordnung über die Luftfahrt [Luftfahrtverordnung, LFV; SR 748.01]).

²² Vgl. ICAO, Cir. 328, ix: aircraft = «any machine that can derive support in the atmosphere from the reactions of the air other than the reactions of the air against the earth's surface.» Vgl. STEIGER, Sicherheit & Recht 3/2014, 169, 174.

²³ Vgl. Bot. LFG, BBl. 1992 I, 607, 614.

²⁴ Vgl. Bot. LFG, BBl. 1992 I, 607, 614 sowie FRANTZEN/BRUNNECKE in: HOBE/VON RUCKETSHELL, 353 Rz. 18.

²⁵ Art. 23 Abs. 1 i.V.m. Anhang LFV. Der Ordnungsgeber hat dort als Beispiel für «übrige Flugkörper» einen Raketenrucksack aufgeführt; vgl. dazu auch bereits Bot. LFG, BBl. 1992 I, 607, 615.

²⁶ Vgl. Bot. LFG, BBl. 1992 I, 607, 614; Anhang LFV.

²⁷ Teilweise wird in der Literatur explizit eine Abgrenzung zwischen Marschflugkörpern (sog. cruise missiles) und (zivilen) unbemannten Luftfahrzeugen herausgearbeitet. Dabei wird auf die Wiederverwendbarkeit abgestellt (vgl. DALAMAGKIDIS, in: VALAVANIS/VACHTSEVANOS, 43, 44; KUTSCHERA, 31 f.; CHAMAYOU, 42).

²⁸ DALAMAGKIDIS, in: VALAVANIS/VACHTSEVANOS, 43, 44; vgl. Art. 1 VLK.

keine Person an Bord des Luftfahrzeugs ist bzw. sein darf. Des Weiteren kann darauf abgestellt werden, dass sich kein *Pilot* an Bord befindet.²⁹ Da in Zukunft wahrscheinlich auch das Reisen in ferngesteuerten oder autonom fliegenden Luftfahrzeugen³⁰ möglich sein wird,³¹ sollte «unbemannt» m.E. so verstanden werden, dass sehr wohl Personen an Bord sein dürfen.³² Solange keine Person mitfliegt, deren Aufgabe es ist, auf den Verlauf des Fluges Einfluss zu nehmen – unabhängig davon, ob dies aktiv durch Steuereingriffe oder passiv etwa durch (ständiges) Überwachen der Instrumente passiert – wäre somit von einem unbemannten Luftfahrzeug auszugehen.³³

Die Schweizer Gesetzgebung stellt in Art. 14 ff. der Verordnung des UVEK über Luftfahrzeuge besonderer Kategorien (VLK) Regeln für unbemannte Luftfahrzeuge auf. Gemäss Art. 14 Abs. 1 VLK gehören namentlich Drachen, Drachenfallschirme, Fesselballone, Freiballone und Modellluftfahrzeuge zu dieser besonderen Kategorie von Luftfahrzeugen.³⁴ Drohnen werden in der geltenden VLK nicht explizit erwähnt.³⁵

3. *Unmanned Aerial Vehicle (UAV)*

UAV steht für *Unmanned Aerial Vehicle*,³⁶ wobei vereinzelt auch die Bezeichnung *Unmanned Air Vehicle* verwendet wird.³⁷ Im Deutschen werden diese Begriffe ebenfalls mit «unbemanntes Luftfahrzeug» übersetzt.³⁸ Die Bezeichnung «UAV» soll anfangs der 1990er-Jahre erstmals aufgetaucht sein.³⁹ UA und UAV werden meist als Synonyme verwendet.⁴⁰ In der älteren Literatur wurde teilweise versucht, UAVs und

²⁹ Vgl. dazu die Definition der ICAO, Cir 328, x («An aircraft which is intended to operate with no pilot on board.») sowie NADAKAVUKAREN SCHEFER, ZSR 2014 I, 259, 261.

³⁰ In Dubai sollen bereits in den nächsten Monaten autonome Passagierdrohnen als «Taxis» getestet werden, LANGTON, <<https://www.thenational.ae/uae/transport/laying-down-the-law-for-dubai-s-flying-taxis-1.617238>> (28.09.2017); vgl. auch <<http://www.bbc.com/news/technology-38967235>> (28.09.2017).

³¹ Vgl. dazu KUTSCHERA, 34 f.; PREZNUK, 99 ff.; FREYTAG, Sicherheit & Recht 2/2016, 111, 120; SCHEIDT, in: VALAVANIS/VACHTSEVANOS, 1273, 1276 ff.; zurückhaltend GIEMULLA/FREIHERR VON BOTHMER, Crisis Prevention 2013, 20, 20; EBINGNER, 141 f.

³² Davon geht auch das Schweizer Recht aus; vgl. dazu die Aufzählung der Kategorien unbemannter Luftfahrzeuge in Art. 14 Abs. 1 VLK.

³³ Zu diesen Kriterien ICAO, Cir 328, x (Definition «Pilot [to]») sowie Ziff. 3.2; KUTSCHERA, 34.

³⁴ Vgl. Art. 2 Abs. 1 lit. c und Art. 51 LFG.

³⁵ Vgl. zur Einordnung von Drohnen in die Kategorie der Modellluftfahrzeuge Ziff. III.A.1.

³⁶ MAHN-GAUSEWEG, in: FRAU, 1, 2; STEIGER, Sicherheit & Recht 3/2014, 169, 171. ZUBELDIA, 23, spricht fälschlicherweise von «Unmanned Aerial Vehicle».

³⁷ So zum Beispiel KORNMEIER, 10 m.w.H.

³⁸ STUMVOLL, 5; vgl. KORNMEIER, 10.

³⁹ ZUBELDIA, 23 m.w.H.

⁴⁰ KORNMEIER, 10 m.w.H.; KUTSCHERA, 35.

Drohnen begrifflich klar zu trennen.⁴¹ Diese Unterscheidung hat sich jedoch nicht durchgesetzt.⁴²

4. *Unmanned Aircraft System (UAS)*

Das Akronym UAS steht für *Unmanned Aircraft System*⁴³ und stellt die umfassendste Bezeichnung dar.⁴⁴ Durch die Verwendung des Ausdrucks «System» wird hervorgehoben, dass ein unbemanntes Luftfahrzeug notwendigerweise als «Drohnsystem» zum Einsatz kommt.⁴⁵ Dabei werden beispielsweise auch die Bodenkontrollstation, die Kommunikationstechnologie, Start- und Landeelemente, die Ladung (sog. *payload*) etc. miteinbezogen.⁴⁶ Auch das Bodenpersonal wird teilweise zum System gezählt.⁴⁷ Ein UAS kann auch mehrere Bodenkontrollstationen sowie Start- und Landeelemente umfassen.⁴⁸ Je nach Situation ist somit zu entscheiden, ob die Abkürzung UAV oder UAS zutreffender ist. Bei Sicherheitsfragen ist unter Umständen nicht nur das Luftfahrzeug an sich, sondern das System insgesamt massgebend.⁴⁹ Oftmals sind diese Abkürzungen aber austauschbar.⁵⁰

5. *Remotely Piloted Aircraft System (RPAS)*

RPAS steht für *Remotely Piloted Aircraft System*.⁵¹ Diese Bezeichnung stellt explizit auf die Fernsteuerung durch einen sich nicht an Bord befindlichen Piloten ab.⁵² Somit sind autonom fliegende Luftfahrzeuge – die wohl in Zukunft ebenfalls vorkommen werden⁵³ – nicht erfasst. RPAS stellen mithin eine Teilmenge der UAS dar.⁵⁴

⁴¹ So beispielsweise AUSTIN, 3; vgl. auch JABLONOWSKI, CM 2015, 1, 8.

⁴² Vgl. CORCORAN, <<http://www.abc.net.au/news/2013-2003-2001/drone-wars-the-definition-dog-fight/4546598>> (28.09.2017); STÄDELE, 26.

⁴³ STUMVOLL, 6 f.; KORNMEIER, 10; STEIGER, Sicherheit & Recht 3/2014, 169, 171; KUTSCHERA, 35; vgl. ICAO, Cir 328, x. STÄDELE, 25, gibt dagegen Unmanned Aerial System an.

⁴⁴ STEIGER, Sicherheit & Recht 3/2014, 169, 171.

⁴⁵ Vgl. STÄDELE, 25 («Gesamtsystem»).

⁴⁶ STEIGER, Sicherheit & Recht 3/2014, 169, 171; KORNMEIER, 10; AUSTIN, 3; vgl. DALAMAGKIDIS, in: VALAVANIS/VACHTSEVANOS, 43, 45.

⁴⁷ So beispielsweise STUMVOLL, 6.

⁴⁸ DALAMAGKIDIS, in: VALAVANIS/VACHTSEVANOS, 43, 45; KORNMEIER, 10.

⁴⁹ Vgl. BAZL, 7.

⁵⁰ DALAMAGKIDIS, in: VALAVANIS/VACHTSEVANOS, 43, 45; vgl. KORNMEIER, 11.

⁵¹ KUTSCHERA, 36; STEIGER, Sicherheit & Recht 3/2014, 169, 171; BAZL, 5; vgl. leicht abweichend ICAO, Cir 328, x (remotely-piloted aircraft system).

⁵² «[u]nbemannt und doch pilotengesteuert» (BAZL, 7); vgl. ICAO, Cir 328, Ziff. 3.2.

⁵³ Vgl. dazu oben Ziff. II.B.2.

⁵⁴ So explizit die Europäische Kommission, <http://ec.europa.eu/growth/sectors/aeronautics/rpas_de> (22.6.2017) und HILF/UMBACH, CRi 3/2015, 65, 65; anders STEIGER, Sicherheit & Recht 3/2014, 169, 171, der RPAS und UAS als Synonyme bezeichnet.

Auf lange Sicht greift die Bezeichnung «RPAS» also zu kurz,⁵⁵ weshalb m.E. jedenfalls dann dem Begriff UAV bzw. UAS der Vorzug zu geben ist, wenn nicht nur (piloten-)ferngesteuerte Drohnen erfasst werden sollen. Solange aber einzig der heute noch vorherrschende, spezifische Typ der ferngesteuerten Drohnen erfasst werden soll, behält auch die hier diskutierte Bezeichnung ihren Sinn.

6. Weitere Bezeichnungen und Erscheinungsformen

Zum Teil finden sich in der Literatur weitere Bezeichnungen wie beispielsweise Flugdrohne,⁵⁶ Flugroboter⁵⁷ oder *flying robot*.⁵⁸ Dabei wird der Fokus auf das Medium gelegt, in welchem sich die Vehikel bewegen. M.E. stellt der Begriff Flugdrohne einen Pleonasmus dar, da sich eine Drohne notwendigerweise in der Luft bewegt bzw. bewegen können muss.⁵⁹ WIEDE umschreibt Drohnen sodann als «unbemannte motorisch angetriebene Luftfahrzeuge»⁶⁰. Dies erscheint korrekt, bringt aber Abgrenzungsschwierigkeiten zu den Modellluftfahrzeugen bzw. Flugmodellen mit sich.⁶¹

Des Weiteren sind auch Begriffe wie Multikopter bzw. Multirotor anzutreffen.⁶² Diese Begriffe sind Synonyme und beschreiben eine Art der UAVs. Multikopter sind wie Helikopter konstruiert, verfügen aber über mehrere Rotoren als Antrieb und zur Stabilisierung.⁶³ Quadrocopter gehören in diese Gruppe, wobei bei der Bezeichnung auf die Anzahl Rotoren oder Propeller abgestellt wird. Quadrocopter bedeutet, dass das Luftfahrzeug vier Rotoren aufweist.⁶⁴ Sie sind wohl deswegen am bekanntesten, weil diese Konfiguration bei den auf dem Markt erhältlichen UAVs vorherrscht.⁶⁵ Neben den Multikoptern werden folgende Arten von UAVs unterschieden:⁶⁶ *fixed-*

⁵⁵ KUTSCHERA, 36.

⁵⁶ RIEHM, ITRB 5/2014, 113, 113.

⁵⁷ LANGE, Titel; vgl. KORNMEIER, 11 m.w.H. in FN 31.

⁵⁸ ARORA, 25; NADAKAVUKAREN SCHEFER, ZSR 2014 I, 259, 261; vgl. Economist, Taking Flight, <<http://www.economist.com/technology-quarterly/2017-06-08/civilian-drones>> (28.09.2017).

⁵⁹ A.M. MAHN-GAUSEWEG, in: FRAU, 1, 2, die Drohne «als Synonym für alle unbemannten beweglichen Systeme», d.h. auch solche, die nicht in der Luft, sondern auf oder im Wasser oder auf dem Erdboden eingesetzt werden, verwendet. Ähnlich GOGARTY/HAGGER, Journal of Law, Information and Science 19/2008, 74, 75, die aber darauf hinweisen, dass «drone» primär für UAVs verwendet wird. Gleich wie hier, statt vieler KETTIGER, Jusletter 11. April 2016, Rz. 3; KORNMEIER, 11; LAUMANN, 5; PREZNUK, 1; STEIGER, Sicherheit & Recht 3/2014, 169, 169.

⁶⁰ WIEDE, Rz. 172; vgl. auch HÄNSENBERGER, AJP 2017, 163, 166.

⁶¹ Vgl. zu dieser Problematik unten, Ziff. III.B.2.

⁶² Vgl. KORNMEIER, 11 f.; STEIGER, Sicherheit & Recht 3/2014, 169, 172.

⁶³ STEIGER, Sicherheit & Recht 3/2014, 169, 172.

⁶⁴ Ein Multirotor mit sechs Rotoren wäre somit ein Hexakopter, ein solcher mit acht Rotoren ein Oktokopter etc. Vgl. hierzu auch WEBER, in: WIDMER, 1, 3 m.w.H. in FN 9.

⁶⁵ PREZNUK, 23; vgl. STEIGER, Sicherheit & Recht 3/2014, 169, 172.

⁶⁶ Ausführlich auch zum nachfolgenden PREZNUK, 17 ff. (mit Illustrationen); VERGOUW/NAGEL/BONDT/CUSTERS in: CUSTERS, 24; abweichend KETTIGER, Jusletter 11. April 2016,

wing (Starrflügler; insbesondere Flugzeuge)⁶⁷ sowie *rotary-wing* (Drehflügler), wovon primär Hubschrauber fallen.⁶⁸

Daneben werden teilweise noch weitere Arten genannt,⁶⁹ namentlich *lighter-than-air* (leichter als Luft), wie beispielsweise Ballone und Luftschiffe,⁷⁰ sowie *tethered* (kabel- bzw. ortsgebunden).⁷¹ Diese letzten beiden Arten können ohne Zweifel als unbemannte Luftfahrzeuge vorkommen;⁷² sie werden aber kaum je als Drohnen aufgefasst oder bezeichnet.⁷³ Der Vollständigkeit halber sei hier noch auf die sog. Schlagflügler (Ornithopter) verwiesen. Diese imitieren den Flügelschlag von Insekten oder Vögeln.⁷⁴

C. Zwischenfazit

Die vorangehende Darstellung der verwendeten Begriffe zeigt auf, dass die Bezeichnung von unbemannten Luftfahrzeugen weder einheitlich noch einfach verständlich ist. Die verbreitete Verwendung des Begriffs «Drohne» hängt wohl auch mit diesen Schwierigkeiten zusammen.⁷⁵ M.E. sollte der Bezeichnung «*Unmanned Aerial Vehicle*» – oder kurz UAV – der Vorzug gegeben werden.⁷⁶ Liegt der Fokus auf der Gesamtheit des Systems, kann sodann UAS zum Zuge kommen. Die Bezeichnung «RPAS» hat ihre Daseinsberechtigung aber ebenfalls noch nicht verloren. Gemäss heutigem Stand der Technik ist immer eine gänzliche oder zumindest teilweise Fern-

Rz. 4, der nur zwei Arten unterscheidet, namentlich Multikopter und «Tragflächenflieger-Drohnen».

⁶⁷ SCHWENK/GIEMULLA, Kapitel 7 N 18. Die Definition der Drohne als «ferngesteuertes, unbemanntes Flugzeugzeug [sic]» bei WEBER/OERTLY, Jusletter 26. Oktober 2015, Rz. 5, ist somit zu eng.

⁶⁸ Daneben gehören auch Tragschrauber und Flugschrauber zu den Drehflüglern; FRANTZEN/BRUNNECKE in: HOBE/VON RUCKETSHELL, 350 Rz. 14, zweites Lemma; SCHWENK/GIEMULLA, Kapitel 7 N 19.

⁶⁹ PREZNUK, 23 ff.

⁷⁰ Vgl. Anhang LFV.

⁷¹ Vgl. SCHWENK/GIEMULLA, Kapitel 7 N 24 *in fine*.

⁷² Vgl. nur Art. 15 f. VLK.

⁷³ Vgl. VERGOUW/NAGEL/BONDT/CUSTERS in: CUSTERS, 25.

⁷⁴ VERGOUW/NAGEL/BONDT/CUSTERS in: CUSTERS, 25; AUSTIN, 69, weist diesbezüglich auf die Schwierigkeit hin, eine ausreichende Schlagfrequenz der Flügel zu erreichen.

⁷⁵ Vgl. KORNMEIER, 14, die «sprachliche Gründe» für die Verwendung des Begriffs Drohne anführt.

⁷⁶ Diese Bezeichnung wird denn auch von führenden Forschern in diesem Bereich verwendet. Vgl. nur die Publikationen auf der Homepage von Prof. Margarita Chli, Vision for Robotics Lab, ETH Zürich (<<http://margaritachli.com/research.html>>; 28.09.2017) oder auf derjenigen von Prof. Raffaello D'Andrea, Institute for Dynamic Systems and Control, ETH Zürich (<<http://www.idsc.ethz.ch/research-dandrea/publications.html>>; 28.09.2017). Auch in anderen Werken technischer Natur wird diese Bezeichnung bevorzugt; vgl. beispielsweise die Werke von VALAVANIS/VACHTSEVANOS (Hrsg.) sowie FAROO/WANG/YIN (Hrsg.).

steuerung durch einen menschlichen «Drohnenpiloten» nötig.⁷⁷ Aus sprachlichen Gründen und aufgrund der weiten Verbreitung des Begriffs in der Gesellschaft, den Medien und der Literatur⁷⁸ sollte m.E. aber auch der Begriff «Drohne» verwendet werden. In der Bevölkerung wird dieser Begriff wohl meist verstanden, möglicherweise aber einzig mit Multikoptern assoziiert.⁷⁹ Die Verwendung des Drohnenbegriffs in einem rechtswissenschaftlichen Kontext setzt aber voraus, dass (auch) aus rechtlicher Sicht klar ist, was damit gemeint ist. Ob dem aus Sicht des Schweizer Rechts so ist, soll sogleich untersucht werden.

III. Schweizerisches Begriffsverständnis

A. BAZL Bericht «Zivile Drohnen»

1. Ausgangslage

Das (rechtliche) Verständnis des Begriffs «Drohne» in der Schweiz orientiert sich an einem Bericht des Bundesamtes für Zivilluftfahrt (BAZL), welcher auf das Postulat Tornare Manuel zurückgeht.⁸⁰ Namentlich hat das BAZL in seinem Bericht über zivile Drohnen vom Februar 2016 festgehalten, dass das gültige schweizerische Luftfahrtgesetz und die Verordnung des UVEK über die Luftfahrzeuge besonderer Kategorien (VLK) nur von unbemannten Luftfahrzeugen respektive Modellluftfahrzeugen sprechen.⁸¹ Das BAZL konstatiert denn auch: «Den spezifischen Begriff der «Drohne» gibt es in der schweizerischen Gesetzgebung bislang nicht.»⁸²

Das BAZL qualifiziert Drohnen somit als Luftfahrzeuge besonderer Kategorie gemäss VLK und, spezifischer, als unbemannte Luftfahrzeuge⁸³ bzw. Modellluftfahrzeuge.⁸⁴ Das Bundesamt hat aber erkannt, dass Drohnen nicht ohne weiteres Modellluftfahrzeugen gleichgesetzt werden können.

⁷⁷ STEIGER, Sicherheit & Recht 3/2014, 169, 171; vgl. VALAVANIS/VACHTSEVANOS in: VALAVANIS/VACHTSEVANOS, 1723, 1723.

⁷⁸ Die Verwendung des Begriffs explizit auch in die akademische Terminologie befürwortend SARRIÓN ESTEVE, REJP 2017, 103, 105.

⁷⁹ Dies hängt mit der weiten Verbreitung dieser Art Drohne zusammen; vgl. dazu Ziff. II.B.6 mit der dortigen FN 65.

⁸⁰ Postulat Tornare (13.3977). Dieses wurde zwar abgeschrieben, der Bericht des BAZL wurde aber dennoch ausgearbeitet. Vgl. in diesem Zusammenhang auch Interpellation Tornare (16.3837).

⁸¹ BAZL, 8.

⁸² BAZL, 8.

⁸³ Anders und klar falsch SHK ZG-WIPRÄCHTIGER, Art. 108 N 21, der Drohnen als «unbemannte Flugkörper» umschreibt. Vgl. zur Unterscheidung Luftfahrzeug – Flugkörper oben, Ziff. II.B.1.

⁸⁴ Vgl. dazu namentlich Art. 14 ff., vor allem Art. 17 VLK. Dabei unterscheidet die Verordnung zwischen unbemannten Luftfahrzeugen über 30 kg Gewicht (Art. 14 f. VLK) und solchen bis 30 kg Gewicht (Art. 14b ff. VLK). Des Weiteren stellt Art. 17 Abs. 2 VLK Regeln für Modellluft-

2. Definition der Drohne

Gemäss BAZL eignet sich als Unterscheidungskriterium zwischen einer Drohne und einem Modellluftfahrzeug der Verwendungszweck am besten. Aus diesem Grund verwendet es für seine praktische Arbeit die folgende Definition:

«Bei Drohnen handelt es sich um unbemannte, ferngesteuerte Luftfahrzeuge, die bestimmten Zwecken dienen wie etwa Bildaufnahmen, Vermessungen, Transporten, wissenschaftlichen Untersuchungen usw. Dabei spielt es keine Rolle, ob der Einsatz gewerbsmässig, privat, beruflich oder wissenschaftlich erfolgt. Im Gegensatz dazu stehen Flugmodelle wie Modellflugzeuge, Modellhelikopter usw., die grundsätzlich für Freizeitaktivitäten genutzt werden. Hier steht die Ausführung des Fluges und die Freude daran im Vordergrund.»⁸⁵ Das Bundesamt räumt aber auch ein, dass eine griffige rechtliche Definition der «Drohne» bzw. eine klare rechtliche Abgrenzung zwischen Drohnen und Modellluftfahrzeugen weder auf internationaler noch auf schweizerischer Ebene existiert.⁸⁶

Nachfolgend sollen einige Kritikpunkte im Zusammenhang mit dieser Definition herausgegriffen und diskutiert werden.

B. Würdigung und Kritik

1. Gesetzliche Verwendung des Drohnenbegriffs

Zunächst ist festzuhalten, dass die oben dargestellten Ausführungen des BAZL nicht ganz korrekt sind bzw. einzig die Luftfahrtgesetzgebung in Betracht ziehen.⁸⁷ Den Begriff «Drohne» kennt das Schweizerische Recht bereits.⁸⁸ Explizit erwähnt wird er in Art. 3 Abs. 2 der Verordnung über den Einsatz von Bildaufnahme-, Bildaufzeichnungs- und anderen Überwachungsgeräten durch die Eidgenössische Zollverwaltung.⁸⁹ Auch in Verordnungen zum militärischen Flugdienst wird der Begriff der

fahrzeuge zwischen 0,5 und 30 kg Gewicht auf. Ausführlich zu diesen Bestimmungen HÄNSENBERGER, AJP 2017, 163, 164; STEIGER, Sicherheit & Recht 3/2014, 169, 175 f.

⁸⁵ BAZL, 9; vgl. in diesem Zusammenhang die Definition von Flugmodellen gemäss deutschem Recht, wo ebenfalls auf den Aspekt der Freizeitgestaltung abgestellt wird (FRANTZEN/BRUNNECKE in: HOBE/VON RUCKETSHELL, 352 Rz. 14, zweites Lemma).

⁸⁶ BAZL, 9.

⁸⁷ Rechtssätze, in denen der Begriff «Drohne» im biologischen Sinne verstanden wird, werden vorliegend nicht betrachtet. Daraus können für die vorliegende Auseinandersetzung denn auch keine Erkenntnisse gewonnen werden.

⁸⁸ Vgl. STEIGER, Sicherheit & Recht 3/2014, 169, 171.

⁸⁹ SR 631.053; «Sie [die Bildaufnahme-, Bildaufzeichnungs- und anderen Überwachungsgeräte] können auch von Strassenfahrzeugen, Schiffen, Luftfahrzeugen oder Drohnen aus eingesetzt werden.» Vgl. hierzu Art. 108 des Zollgesetzes vom 18. März 2005 (ZG; SR 631.0) sowie Art. 181 Abs. 2 lit. a MIG und dazu Bot. MIG, BBl. 2008, 3213, 3271 f.

Drohne erwähnt, wobei er dort nicht alleine, sondern als «Drohnenoperator» oder «Drohnenpilot» verwendet wird.⁹⁰ Jedoch fehlt auch in diesen Rechtssätzen eine Begriffsannäherung oder gar eine Legaldefinition;⁹¹ ein Verständnis des Begriffs wird vielmehr vorausgesetzt.⁹²

2. Qualifikation als Modellluftfahrzeug

Es ist fraglich, ob die Einordnung von Drohnen in die Kategorie der Modellluftfahrzeuge sinnvoll ist. Angesichts des Wortlauts von Art. 17 VLK will kaum einleuchten, dass für Drohnen die Regeln für Modellluftfahrzeuge zur Anwendung gelangen. Den Drohnen wird dadurch eine unpassende Bezeichnung übergestülpt. Denn bereits rein sprachlich handelt es sich bei Drohnen eben nicht um Modelle bereits existierender, grösserer Luftfahrzeuge.⁹³ Das BAZL versucht diese sprachliche Inkohärenz dadurch zu umgehen, dass es die Modellluftfahrzeuge in die Kategorien Flugmodelle und Drohnen aufteilt. Dies ändert jedoch nichts daran, dass Drohnen gesetzlich unter den Modellbegriff subsumiert werden. Dies ist sprachlich inkorrekt und sollte deshalb vermieden werden.

Es ist zwar nachvollziehbar, dass auf eine neue Technologie zunächst bestehende Regeln zu ähnlichen, bereits bekannten Technologien Anwendung finden.⁹⁴ Analogie stellt oftmals die einzige Methode dar, wenn sich Technologie nicht in eine passende rechtliche Kategorie einordnen lässt.⁹⁵ Die Verwendung des Oberbegriffs «Modellluftfahrzeug» kann jedoch dazu führen, dass die Gemeinsamkeiten von Flugmodellen und Drohnen in den Fokus geraten. Dabei können die – durchaus gewichtigen – Unterschiede in den Hintergrund gedrängt werden oder gar vergessen gehen.⁹⁶ Die

⁹⁰ Verordnung über den militärischen Flugdienst (Militärflugdienstverordnung, MFV; SR 512.271) sowie Verordnung des VBS über die Angehörigen des militärischen Flugdienstes (VAmFD; SR 512.271.1); Vgl. auch Anhang 2 lit. h Ziff. 4 der Verordnung über die Militärdienstpflicht (MDV; SR 512.21) sowie Anhang 1 KM 10 Anmerkungen Ziff. 4 der Verordnung über das Kriegsmaterial (KMV; SR 514.511): «Aufklärungsdrohnen».

⁹¹ Vgl. STEIGER, *Sicherheit & Recht* 3/2014, 169, 171; KETTIGER, *Jusletter* 11. April 2016, Rz. 3.

⁹² Auch die Bot. MIG, BBl. 2008, 3213, 3271, verwendet den Begriff, ohne sich mit ihm auseinander zu setzen. Das MIG selbst enthält den Begriff «Drohne» dagegen nicht.

⁹³ Vgl. GIEMULLA, *ZLW* 2/2007, 195, 203; KORNMEIER, 53 f.

⁹⁴ Beispielsweise werden im Vertragsrecht auf Online-Verträge regelmässig die Normen zu bestehenden Rechtsinstituten zur Anwendung gebracht. Dies hat beispielsweise bei den Online-Partnervermittlungsverträgen zu einer Kontroverse in der Lehre geführt, vgl. RUSCH/KLAUS, *AJP* 2011, 1571, *passim*; HUGUENIN, Rz. 3221 f.

⁹⁵ Vgl. GREENHOUSE, <<http://www.nytimes.com/1997/03/24/business/what-level-of-protection-for-internet-speech.html>> (28.09.2017).

⁹⁶ Vgl. zu diesem Argument THOMASEN, <http://www.slate.com/articles/technology/future_tense/2016/05/why_policymakers_shouldn_t_think_of_drones_just_as_planes.html> (28.09.2017), m.w.H.

sprachliche Einordnung der Drohnen ist deshalb m.E. von nicht zu unterschätzender Bedeutung.

Das Unwissen der Drohnenpiloten bezüglich der anwendbaren Regelungen⁹⁷ könnte in Einzelfällen (auch) der verwirrenden gesetzlichen Einordnung geschuldet sein. Auf jeden Fall sind Aufklärungskampagnen des BAZL⁹⁸ sowie auch von Verbänden⁹⁹ unbedingt notwendig, solange keine klarere gesetzliche Regelung zu Drohnen eingeführt werden kann.¹⁰⁰

3. Abgrenzung Flugmodell – Drohne

a. Unschärfe der Abgrenzung

Das BAZL stellt zur Unterscheidung von Flugmodellen und Drohnen auf den Verwendungszweck ab. Danach werden Flugmodelle «grundsätzlich für Freizeitaktivitäten genutzt». Es stehe dabei die Ausführung des Fluges und die Freude daran im Vordergrund.¹⁰¹ Hält man sich an diese Abgrenzung, gilt eine Drohne, deren Kamera entfernt wird, als Flugmodell. Denn dient das Modelluftfahrzeug nicht mehr einem bestimmten Zweck «wie etwa Bildaufnahmen, Vermessungen, Transporten, wissenschaftlichen Untersuchungen usw.»¹⁰², liegt – gemäss Definition des BAZL – keine Drohne mehr vor. Ausserdem wäre ein Multikopter, dessen Pilot ihn um der Freude am Fliegen willen einsetzt, ein Flugmodell.¹⁰³ Dies gilt selbst dann, wenn der Pilot des Multikopters diesen anhand der Bilder der angehängten Kamera steuert.¹⁰⁴ Diese Perspektive an sich stellt den Reiz des Fluges dar.¹⁰⁵ Solange die Bilder nicht gespei-

⁹⁷ Vgl. nur SRF, Viele Drohnen-Piloten wissen nicht über Flugverbotszonen Bescheid, 29. Dezember 2016, <<http://www.srf.ch/news/regional/basel-baselland/viele-drohnen-piloten-wissen-nicht-ueber-flugverbotszonen-bescheid>> (28.09.2017). Vgl. zur gleich gelagerten Problematik im Vereinigten Königreich Department for Transport, Unlocking the UK's High Tech Economy: Consultation on the Safe Use of Drones in the UK, Government Response vom Juli 2017, Ziff. 3.16 ff.

⁹⁸ Vgl. die Webseite des BAZL, wo erst kürzlich ein Video mit Gebrauchsregeln für Drohnen veröffentlicht wurde: <<https://www.bazl.admin.ch/bazl/de/home/gutzuwissen/drohnen-und-flugmodelle/allgemeine-fragen-zu-drohnen/drohnenvideo-regeln-fuer-den-gebrauch-.html>> (28.09.2017).

⁹⁹ Vgl. z.B. die Rubrik «Piloten-Briefing» auf der Webseite des Schweizer Verband Ziviler Drohnen SVZD: <<http://www.drohnenverband.ch/>> (28.09.2017).

¹⁰⁰ Vgl. dazu die Überlegungen *de lege ferenda* unter Ziff. IV.

¹⁰¹ BAZL, 9; vgl. dazu auch Ziff. III.A.2.

¹⁰² BAZL, 9.

¹⁰³ Vgl. dazu THOMASEN, <<https://www.theglobeandmail.com/opinion/we-regulate-driving-why-not-droning/article22744240/>> (28.09.2017): «The drone (...) was not equipped with a video camera (...)».

¹⁰⁴ Vorausgesetzt ist dafür eine Bewilligung des BAZL (vgl. Art. 18 Abs. 1 lit. b VLK); denn grundsätzlich muss ein Drohnenpilot «stets direkten Augenkontakt zum Luftfahrzeug halten» (Art. 17 Abs. 1 VLK). Vgl. für das österreichische Recht KUTSCHERA, 23.

¹⁰⁵ Vgl. dazu JABLONOWSKI, CM 2015, 1, 9. Vgl. auch JABLONOWSKI, in: KUNTSMAN, 97, 102, wo dies mit *le drone pour le drone* umschrieben wird.

chert werden, liegen keine Bildaufnahmen vor und es wird damit kein «bestimmter Zweck» verfolgt, welcher zu einer Qualifikation als Drohne führen würde. Ein Passant würde das Luftfahrzeug aber vermutungsweise als Drohne identifizieren. Umgekehrt wäre ein Flugmodell mit aufgesetzter Kamera eine Drohne im Sinne der BAZL-Definition. Das Anbringen bzw. Entfernen einer Kamera würde somit dazu führen, dass einmal eine Drohne und einmal ein Flugmodell vorliegen würden.¹⁰⁶

Die vom BAZL vorgeschlagene Abgrenzung zwischen Flugmodellen und Drohnen ist m.E. somit nicht praktikabel. Rechtliche Konsequenzen daraus ergeben sich gemäss dem derzeit geltenden Luftfahrtrecht jedoch nicht, denn das BAZL wendet, wie bereits erwähnt, auf Flugmodelle und Drohnen die gleichen Normen an. Da die Qualifikation als Modellluftfahrzeug m.E. bereits sprachlich unzutreffend ist, sollte diese aufgegeben und Drohnen einer eigenen gesetzlichen Regelung zugeführt werden. Im Hinblick auf diese allfälligen zukünftigen Regelungen wäre eine praktikablere Abgrenzung bzw. eine griffigere Definition der Drohnen angezeigt.¹⁰⁷

b. Praktische Relevanz der Abgrenzung

Je nach Verwendung stellen Drohnen, aber auf Flugmodelle, eine Gefahr für die bemannte Luftfahrt, namentlich Linienflugzeuge, dar.¹⁰⁸ In diesem Zusammenhang wird teilweise eine Registrierungspflicht für Drohnen vorgeschlagen.¹⁰⁹ Hält man sich aber an die Begriffsdefinition des BAZL, so führt eine Registrierungspflicht für Drohnen dazu, dass gewisse Modellluftfahrzeuge gerade nicht registriert werden müssten, namentlich Flugmodelle, die «grundsätzlich für Freizeitaktivitäten»¹¹⁰ genutzt werden. Dabei ist klar, dass der Schaden bei einer Kollision in keiner Weise davon abhängt, aus welchem Grund der «Pilot» sein unbemanntes Luftfahrzeug fliegen liess. Das Risiko bleibt dasselbe, unbesehen des Umstands, ob der Flug zu Frei-

¹⁰⁶ Vgl. dazu auch BARTSCH/COYNE/GRAY, 32; KORNMEIER, 55.

¹⁰⁷ Vgl. in diesem Zusammenhang die Stellungnahme des BR vom 6. Juli 2016 zur Motion Leutenegger Oberholzer (16.3310), wo der BR darauf hinweist, dass der Bericht des BAZL «eine Definition von Drohnen» enthält, ohne sich jedoch zu deren Praktikabilität zu äussern.

¹⁰⁸ Vgl. u.a. DELEURY, Les drones menacent toujours plus la sécurité de l'aviation civile en Suisse, <<https://www.rts.ch/info/suisse/8805823-les-drones-menacent-toujours-plus-la-securite-de-l-aviation-civile-en-suisse.html>> (28.09.2017); SRF, Eine Kollision ist nur eine Frage der Zeit, <<http://www.srf.ch/news/schweiz/eine-kollision-ist-nur-eine-frage-der-zeit>> (28.09.2017). Politisch wurde diese Gefahr beispielsweise in der Motion Leutenegger Oberholzer (16.3310) bereits aufgegriffen. Relativierend aber der BAZL-Sprecher Urs Holderegger im Interview mit dem Tagesanzeiger, <<http://www.tagesanzeiger.ch/schweiz/standard/Das-Triebwerk-koennte-zerstoert-werden/story/14154051>> (28.09.2017). Vgl. in diesem Zusammenhang auch den Jahresbericht 2016 der Schweizerischen Sicherheitsuntersuchungsstelle SUST, 42.

¹⁰⁹ Vgl. die Beiträge in FN 108; sodann HALLER, *passim*, und ausführlich HÄNSENBERGER/WILDHABER, *sui generis* 2016, 82, 87 f. m.w.H.

¹¹⁰ BAZL, 9.

zeitwecken erfolgt oder nicht.¹¹¹ Soll eine Registrierungspflicht wirksam sein, wären vielmehr alle Modellluftfahrzeuge, d.h. sowohl Flugmodelle als auch Drohnen, zu registrieren. Ob eine solche Massnahme für Flugmodelle aber notwendig ist und nicht einzig administrativen Aufwand schafft, sei dahingestellt. Soweit ersichtlich war eine Registrierungspflicht für Flugmodelle denn auch noch nie ein Thema.

C. Seitenblick zum Nachrichtendienstgesetz

Aus den vorangehenden Ausführungen wird ersichtlich, dass eine klare rechtliche Begriffsbestimmung der Drohne heute (noch) nicht existiert. Trotzdem hat die Drohne in der Schweizerischen Gesetzgebung bereits Einzug gehalten. Neben den bereits angesprochenen Erlassen¹¹² werden Drohnen auch im NDG¹¹³ erwähnt, wenn auch nicht explizit.

Gemäss Art. 14 Abs. 1 NDG kann der Nachrichtendienst des Bundes Vorgänge und Einrichtungen an öffentlichen und allgemein zugänglichen Orten beobachten und in Bild und Ton festhalten. Er kann dazu Fluggeräte und Satelliten einsetzen. Die Botschaft hält bezüglich der Fluggeräte fest, dass «unbemannte Einsatzmittel in der Luft, d.h. vom Boden aus gesteuerte Luftfahrzeuge» eingesetzt werden können.¹¹⁴ Damit kann der NDB auch drohnengestützte Beobachtungen durchführen und aufzeichnen.¹¹⁵ Mit der Präzisierung «vom Boden aus gesteuert» wird der Bezug zur Definition des BAZL hergestellt.¹¹⁶ Wieso die Botschaft den Begriff der Drohne vermeidet, ist nicht klar, umso weniger, als der Begriff gerade im Bereich der Überwachung ja bereits in der Schweizer Gesetzgebung verankert ist.¹¹⁷

Es steht somit fest, dass auch aus dem neuen NDG keine zusätzlichen Erkenntnisse für die rechtliche Einordnung der Drohne ergeben. Der Drohnenbegriff wird nicht verwendet und es fehlt folglich auch eine entsprechende Definition.

¹¹¹ Vgl. Government of Canada, Department of Transport, Regulations Amending the Canadian Aviation Regulation (Unmanned Aircraft Systems), Regulatory Impact Analysis Statement, Canada Gazette vom 15. Juli 2017, 3118.

¹¹² Vgl. Ziff. III.B.1.

¹¹³ Das NDG trat per 1. September 2017 in Kraft (AS 2017 4095, 4133).

¹¹⁴ Bot. NDG, BBl. 2014, 2105, 2150.

¹¹⁵ Vgl. STEIGER, *digma* 2015, 134, 134 sowie die Beratungen im Ständerat zu Art. 14 NDG, AB 2015 S 515 f.

¹¹⁶ Vgl. die Ausführungen unter III.A.2; zum Begriff «RPAS» vgl. Ziff. II.B.5.

¹¹⁷ Vgl. dazu Ziff. III.B.1.

D. Zwischenfazit

Die Ausführungen haben gezeigt, dass eine Einordnung der Drohnen in das geltende Schweizer Recht nicht problemlos gelingt. Die Definition des BAZL ist sowohl sprachlich als auch aus Praktikabilitätsgründen problembehaftet. Ausserdem ist sie aus juristischer Sicht unbefriedigend. Auch ein Seitenblick zur Gesetzgebung im Staatsschutz erweist sich als unergiebig. Diese Feststellungen überraschen aber nicht, hat doch die European Aviation Safety Agency (EASA) erst kürzlich festgehalten, dass auch sie keine Definition der Flugmodelle gefunden habe, die «*accurately separate[s] classical <model aircraft> from unmanned aircraft*»¹¹⁸. Die Abgrenzung von Flugmodellen und Drohnen ist somit weder auf schweizerischer noch auf internationaler Ebene vollständig gelungen.

IV. Überlegungen *de lege ferenda*

A. Anknüpfen an allgemeinen Sprachgebrauch

Die Anwendbarkeit der Luftfahrtgesetzgebung auf Drohnen sollte m.E. klarer zum Ausdruck kommen. Erreicht werden könnte dies unter anderem durch die explizite Verwendung des Begriffs «Drohne» im Gesetz bzw. der VLK.¹¹⁹ Im Rahmen der Gesetzgebung ist bei der Wortwahl denn auch «soweit möglich am allgemeinen Sprachgebrauch anzuknüpfen.»¹²⁰ Die explizite Verwendung der Bezeichnung «Drohne» ist m.E. ohne weiteres vertretbar, hat sie sich doch im allgemeinen Sprachgebrauch bereits durchgesetzt. Weiter verlangen die Grundsätze guter Gesetzgebung, in unterschiedlichen Erlassen eine einheitliche Begriffsverwendung vorzunehmen, was der Verständlichkeit zuträglich ist.¹²¹ Nicht zuletzt wird der Begriff «Drohne» auch von internationalen Behörden verwendet,¹²² was dafür spricht, dass sich dessen Verwendung durchgesetzt hat.

Ein weiteres Indiz für die gesellschaftliche Verbreitung des Begriffs der Drohne kann in dessen expliziter Verwendung durch kantonale und kommunale Gesetzgeber gese-

¹¹⁸ EASA, Explanatory Note, 8.

¹¹⁹ Vgl. auch WEBER, in: WIDMER, 1, 4, der die Tatsache, dass das Luftfahrtrecht «den ausdrücklichen Begriff der Drohne» nicht erwähnt, «als nur wenig zeitgemäss» erachtet.

¹²⁰ MÜLLER/UHLMANN, Rz. 358 m.w.H.; vgl. auch NOLL, 258 mit FN 129; BJ, Gesetzgebungsleitfaden, Rz. 966.

¹²¹ MÜLLER/UHLMANN, Rz. 355 mit FN 907; vgl. zur Verwendung des Begriffs «Drohne» im Bundesrecht die Ausführungen oben, Ziff. III.B.1.

¹²² Beispielsweise von der EASA (vgl. <<https://www.easa.europa.eu/easa-and-you/civil-drones-rpas>> [28.09.2017]); vgl. auch die Hinweise bei WRIGHT/FINN, in: CUSTERS, 325, 325 mit FN 1.

hen werden.¹²³ Namentlich verbietet die Verordnung über die Jagdvorschriften des Kantons St. Gallen «Drohnen und andere unbemannte Fluggeräte» zur Ausübung der Jagd.¹²⁴ Im Basel-Landschaftlichen Naturschutzrecht ist sodann ein Verbot des Befliegens mit «Modellflugzeugen und Drohnen» zu finden.¹²⁵ Des Weiteren werden Drohnen auch im Polizeireglement Oberes Fricktal, das für 21 Gemeinden gilt, explizit genannt.¹²⁶

Als Ausdruck des allgemeinen Sprachgebrauchs wird vom Bundesgericht regelmässig der Duden herangezogen.¹²⁷ Demnach ist eine Drohne unter anderem ein «mit vier oder mehr nach unten wirkenden Rotoren ausgestattetes unbemanntes, ferngesteuertes [Modell]fluggerät für zivile Zwecke, meist im Freizeitbereich.»¹²⁸ Aufgrund der in den Medien weit verbreiteten Verwendung von Multikoptern als grafische Anschauungsbeispiele von Drohnen überrascht diese Definition nicht. Es ist wohl davon auszugehen, dass ein Teil der Bevölkerung einzig diese Art der unbemannten Luftfahrzeuge als Drohnen qualifizieren würde.

Aus den vorstehenden Ausführungen erhellt, dass sich der Drohnenbegriff im allgemeinen Sprachgebrauch bereits etabliert hat. Die VLK sollte deshalb m.E. revidiert werden, sodass deren Anwendbarkeit auf Drohnen klarer zum Ausdruck kommt. Einige Möglichkeiten, wie diese Forderung umgesetzt werden könnte, sollen nachfolgend diskutiert werden.

B. Anpassung der Marginalie zu Art. 17 VLK

Die erste und einfachste Möglichkeit der sprachlichen Klarstellung wäre eine Revision der Marginalie zu Art. 17 VLK. Diese würde dann wie folgt lauten: «Einschränkungen für Modellluftfahrzeuge und Drohnen».¹²⁹ Durch eine solche Begriffsverwendung würde die vom BAZL eingeführte Unterteilung der Modellluftfahrzeuge in

¹²³ Vorliegend wird nicht auf die Frage eingegangen, ob Gemeinden überhaupt berechtigt sind, Regeln zur Nutzung von Drohnen zu erlassen; vgl. dazu Art. 51 Abs. 3 LFG sowie Art. 19 VLK sowie das Interview mit BAZL-Sprecher Urs Holderegger im Tagesanzeiger, <<http://www.tagesanzeiger.ch/schweiz/standard/Das-Triebwerk-koennte-zerstoert-werden/story/14154051>> (28.09.2017).

¹²⁴ Art. 18 Abs. 1 lit. c Verordnung über die Jagdvorschriften vom 31. März 2016 (sGS SG 853.111).

¹²⁵ Vgl. § 3 Abs. 2 lit. g der Verordnung über das Naturschutzgebiet «Helfenbergrüttenen», Langenbruck, vom 6. September 2016 (SGS BL 790.527).

¹²⁶ Vgl. § 7 Polizeireglement Oberes Fricktal vom 1. Januar 2016, verfügbar unter <<https://www.polizeioberesfricktal.ch/de/reglemente>>.

¹²⁷ Vgl. statt vieler BGE 141 IV 215, 218 E. 2.3.3; 137 III 444, 448 E. 3.2; BGer 2C_386/2015 vom 9. Mai 2016 E. 4.2.2.

¹²⁸ Duden online, Begriff «Drohne» (28.09.2017).

¹²⁹ Vgl. die Stellungnahme des BR vom 23. November 2016 zur Interpellation Tornare (16.3837), wo dieser auf den «Betrieb von Modellflugzeugen und Drohnen» Bezug nimmt.

Flugmodelle und Drohnen wegfallen, was m.E. zu begrüssen wäre. Die Vorteile einer expliziten Nennung der Drohnen ist im Hinblick auf die Verständlichkeit der VLK höher zu gewichten als die Gefahr, dass die Rechtsunterworfenen den Begriff «Drohnen» in einer revidierten Verordnung einzig mit Multikoptern in Verbindung bringen könnten.¹³⁰ Ebenfalls würde dieser Umstand durch die Tatsache abgeschwächt, dass dieser Typus der Drohnen in der Schweiz auch tatsächlich am weitesten verbreitet ist.¹³¹

C. Abschaffung der Kategorie «Modellluftfahrzeuge»

Daneben bestünde die Möglichkeit, das Konzept der Modellluftfahrzeuge als Oberbegriff zu überdenken bzw. abzuschaffen.¹³² Der Begriff ist verwirrend, denn bei den heute vorwiegend benutzten Drohnen wird kaum jemand an ein Modellluftfahrzeug denken. Ausserdem ist – wie oben aufgezeigt – die Abgrenzung zwischen Flugmodellen und Drohnen mit Schwierigkeiten verbunden. Hinzu kommt, dass heute auf dem Markt nicht nur in einem verkleinerten Massstab gebaute Luftfahrzeuge erhältlich sind, sondern auch Eigenkonstruktionen.¹³³ Auch in diesen Fällen ist eine Subsumption unter den Modellbegriff sprachlich verfehlt. Der Vorschlag von EBINGER, diese Kategorie von Luftfahrzeugen als «ferngesteuerte Luftfahrzeuge» zusammenzufassen,¹³⁴ wäre allerdings nicht technologieneutral und bedürfte in der Zukunft wohl einer erneuten Anpassung.¹³⁵ Ausserdem könnte sich die Frage stellen, ob das Abstellen auf die Fernsteuerung die Abgrenzung zu Drachen oder Fesselballonen genügend zum Ausdruck bringt.¹³⁶ Über diese Unzulänglichkeiten wäre aber – zumindest mittelfristig – hinwegzusehen, wenn die VLK Normen für Drohnen sowie für Flugmodelle enthalten würde, deren Anwendungsbereich für alle Rechtsunterworfenen klar ersichtlich ist. Dabei wäre m.E. bereits bei der sprachlichen Ausgestaltung der Verordnung bzw. der betreffenden Bestimmungen anzusetzen.

¹³⁰ Vgl. zum Verständlichkeitsgebot HÖFLER, in: UHLMANN, 143, 145.

¹³¹ Vgl. dazu Ziff. II.B.6.

¹³² Vgl. EBINGER, 151.

¹³³ EBINGER, 151.

¹³⁴ EBINGER, 151.

¹³⁵ Durch einen Hinweis auf die Fernsteuerung würden nämlich autonome Drohnen vom Anwendungsbereich einer so verfassten Norm nicht erfasst.

¹³⁶ Vgl. in diesem Zusammenhang die Definition von «unmanned aircraft» gemäss einer kürzlich vorgeschlagenen Änderung des kanadischen Rechts (Canada Gazette vom 15. Juli 2017, 3164): «*unmanned aircraft means a navigable aircraft, other than a balloon or kite, operated by a pilot who is not on board.*»

D. Schaffung einer neuen Kategorie unbemannter Luftfahrzeuge

Schliesslich wäre es denkbar, eine neue Art der Luftfahrzeuge besonderer Kategorie zu schaffen. Diese Kategorie könnte «Drohnen» genannt werden; die Regeln betreffend Modellluftfahrzeuge blieben somit unverändert bestehen. Es wäre aber auch denkbar, diese neue Kategorie «unbemannte Luftfahrzeugsysteme» zu nennen. Dieser Begriff wird auch in der technischen Literatur verwendet¹³⁷ und würde eine begriffliche Verwechselbarkeit mit Flugmodellen ausschliessen.¹³⁸ Letztere werden in der Literatur denn auch nicht mit diesem Begriff bezeichnet. Durch die Hervorhebung des Begriffs «System» könnte zudem der Konnex zu den technischen Begriffen UAS sowie RPAS hergestellt werden,¹³⁹ was der Verständlichkeit der Normen zuträglich wäre. Aufgrund der Schwierigkeiten, Kriterien zu finden, anhand derer Flugmodelle und Drohnen akkurat voneinander abgegrenzt werden können,¹⁴⁰ ist eine Schaffung einer eigenen Drohnenkategorie in der VLK jedoch abzulehnen.

E. Zwischenfazit

Die in den vorangehenden Abschnitten skizzierten Lösungsvorschläge würden dazu beitragen, die heute unbefriedigende Rechtslage zu verbessern. Durch eine explizite Nennung des Begriffs «Drohne» in der VLK wären die anwendbaren Regeln für die Rechtsunterworfenen einfacher und klarer verständlich. Hinzu kommt, dass durch eine explizite Anerkennung von *Unmanned Aircraft Systems* im Bundesrecht dem weitreichenden technologischen Fortschritt der unbemannten Luftfahrt Rechnung getragen werden könnte. M.E. erscheint der gleichberechtigte Betrieb von unbemannten Luftfahrzeugen neben der bemannten Luftfahrt im Schweizer Luftraum durchaus realistisch.¹⁴¹ Deswegen wäre die Aufnahme des Begriffs «Drohne» oder «unbemanntes Luftfahrzeugsystem» in das schweizerische Luftfahrtrecht anzustreben. Die Schaffung einer neuen, drohnenspezifischen Kategorie von unbemannten Luftfahrzeugen ist aufgrund der Abgrenzungsschwierigkeiten zu Flugmodellen dagegen abzulehnen. Sollte in Zukunft ein griffiges Unterscheidungsmerkmal gefunden werden, könnte sodann die Schaffung einer selbständigen Drohnenkategorie in der VLK angestrebt werden.

¹³⁷ Vgl. dazu Ziff. II.B.4.

¹³⁸ Vgl. zur Regelung im deutschen Recht SCHWENK/GIEMULLA, Kapitel 7 N 44.

¹³⁹ Vgl. zu diesen Begriffen oben Ziff. II.B.4 bzw. II.B.5.

¹⁴⁰ Vgl. dazu oben Ziff. III.D sowie EASA, Explanatory Note, 8.

¹⁴¹ Vgl. dazu aus deutscher Sicht BT-Drucksache 17/8098, 14 sowie die Medienmitteilung von Skyguide zur Integration von Drohnen in den Luftraum mittels U-Space, <<https://www.skyguide.ch/wp-content/uploads/2017/09/INMR-2017-09-14-D-U-Space-Demonstration.pdf>>, (28.09.2017).

V. Zusammenfassung und Schlussbemerkungen

Die Auseinandersetzung mit dem Ursprung des Begriffs «Drohne» sowie technischen Bezeichnungen dieses Phänomens hat aufgezeigt, dass die technischen Begriffe nicht einheitlich verwendet werden und zudem relativ kompliziert sind. Dies ist wohl mit ein Grund für die verbreitete Verwendung des Begriffs «Drohne» in der Bevölkerung und den Medien. Nichts desto trotz führt auch dieser zu Schwierigkeiten: Selbst das BAZL hat Mühe, Drohnen zu definieren und sinnvoll in die Schweizerische Luftfahrtgesetzgebung einzuordnen. Dabei ist es kaum hilfreich, dass in der Zoll- sowie der Militärgesetzgebung die Bezeichnung «Drohne» bereits verwendet wird, ohne dass eine Legaldefinition existiert. Aufgrund seiner weiten Verbreitung sollte der Drohnenbegriff trotzdem Eingang in die Schweizerische Luftfahrtgesetzgebung finden. Dies sollte durch die explizite Nennung des Begriffs geschehen, was zu einer Präzisierung der Rechtslage führen würde. Damit wäre der Verständlichkeit der VLK gedient, was sich auch positiv auf das Verständnis der Luftfahrtgesetzgebung in der Bevölkerung auswirken dürfte. Das heutige rechtliche Kleid der Drohne als Modellluftfahrzeug ist sprachlich verfehlt und sollte aufgegeben werden.

Literaturverzeichnis

- ARORA SIDDHARTHA, *Swiss Commercial Drone Industry: A possibility with potential?*, Zürich/St. Gallen 2016
- AUSTIN REG, *Unmanned Aircraft Systems: UAVS Design, Development and Deployment*, New York 2010
- BARTSCH RON/COYNE JAMES/GRAY KATHERINE, *Drones in Society: Exploring the strange new world of unmanned aircraft*, Oxford/New York 2017
- BETSCHON STEFAN, Ein Himmel voller Drohnen, <<https://www.nzz.ch/digital/aktuelle-themen/schweizer-start-ups-ein-himmel-voller-drohnen-ld.127698>>
- BUNDESAMT FÜR ZIVILLUFTFAHRT (BAZL), *BAZL RPAS Working Group, Zivile Drohnen in der Schweiz: Eine neue Herausforderung*, Bern 7. Februar 2016
- BUNDESAMT FÜR JUSTIZ (BJ), *Leitfaden für die Ausarbeitung von Erlassen des Bundes (Gesetzgebungsleitfaden)*, 3. Aufl., Bern 2007
- BURKERT HERBERT/HETTICH PETER/THOUVENIN FLORENT, *Grundlagen: Eine kritische Geschichte des Informationsrechts*, in: GSCHWEND LUKAS et al. (Hrsg.), *Recht im digitalen Zeitalter*, Festgabe Schweizer Juristentag 2015 in St. Gallen, Zürich/St. Gallen 2015
- CHAMAYOU GRÉGOIRE, *Théorie du drone*, Paris 2013
- CORCORAN MARK, *Drone wars: The definition dogfight*, <<http://www.abc.net.au/news/2013-2003-2001/drone-wars-the-definition-dogfight/4546598>>
- DALAMAGKIDIS KONSTANTINOS, *Definitions and Terminology*, in: VALAVANIS KIMON P./VACHTSEVANOS GEORGE J. (Hrsg.), *Handbook of Unmanned Aerial Vehicles I*, Heidelberg/New York/London 2015, 43

- DALAMAGKIDIS KONSTANTINOS, Aviation History and Unmanned Flight, in: VALAVANIS KIMON P./VACHTSEVANOS GEORGE J. (Hrsg.), Handbook of Unmanned Aerial Vehicles I, Heidelberg/New York/London 2015, 57
- DELEURY STÉPHANE, Les drones menacent toujours plus la sécurité de l'aviation civile en Suisse, <<https://www.rts.ch/info/suisse/8805823-les-drones-menacent-toujours-plus-la-securite-de-l-aviation-civile-en-suisse.html>>
- EBINGER CHRISTOPH, Zivilrechtliche Haftung des Luftfrachtführers im Personentransport: Unter besonderer Berücksichtigung der Beförderung von Personen durch ferngesteuerte Luftfahrzeuge, Zürich/Basel/Genf 2012
- EUROPEAN AVIATION SAFETY AGENCY (EASA), Explanatory Note for the Prototype Commission Regulation on Unmanned Aircraft Operations vom 22. August 2016 (zit. EASA, Explanatory Note)
- FAHROO FARIBA/WANG LE YI/YIN GEORGE (Hrsg.), Recent Advances in Research on Unmanned Aerial Vehicles, Lecture notes in control and information sciences 444, Heidelberg et al. 2013
- FRANTZEN BERND/BRUNNEKE PUSPHA, Teil III: Luftfahrtgeräte, insbesondere Luftfahrzeuge, A. Einführung, in: HOBE STEPHAN/VON RUCKTESCHELL NICOLAI (Hrsg.), Kölner Kompendium des Luftrechts I: Grundlagen, Köln 2008, 347
- FREYTAG URS, Sicherheitsrechtliche Aspekte der Robotik, Sicherheit & Recht 2/2016, 111
- GASSER URS, Das Recht neu codieren, NZZ vom 6. Februar 2016, 12
- GIEMULLA ELMAR, Unbemannte Luftfahrzeugsysteme – Probleme ihrer Einfügung in das zivile und militärische Luftrecht, ZLW 2/2007, 195
- GIEMULLA ELMAR/FREIHERR VON BOTHMER BERNHARD, Ziviler Einsatz von unbemannten Luftfahrzeugen, Crisis Prevention 2013, 20
- GOGARTY BRENDAN/HAGGER MEREDITH, The Laws of Man over Vehicles Unmanned: The Legal Response to Robotic Revolution on Sea, Land and Air, Journal of Law, Information and Science 19/2008, 73
- GREENHOUSE LINDA, What Level of Protection for Internet Speech?, <<http://www.nytimes.com/1997/03/24/business/what-level-of-protection-for-internet-speech.html>>
- HALLER URSINA, Registrierungspflicht: Drohnen sollen mit Chip fliegen, <<https://www.nzz.ch/schweiz/registrierungspflicht-drohnen-sollen-mit-chip-fliegen-ld.105700>>
- HÄNSENBERGER SILVIO, Wenn Drohnen vom Himmel fallen – luftrechtliche Haftungsfragen, AJP 2017, 163
- HÄNSENBERGER SILVIO/WILDHABER ISABELLE, Risiko im Anflug? Die Regulierung ziviler Drohnen, sui-generis 2016, 82
- HESSE DAVID, Surr mich nicht an, <<http://www.derbund.ch/schweiz/standard/surr-mich-nicht-an/story/149>>
- HILF JULIANE/UMBACH KLAUS, The Commercial Use of Drones, An Overview of Regulatory Developments in the US and the EU, CRi 3/2015, 65
- HÖFLER STEFAN, Das Legalitätsprinzip in der Gesetzessprache, in: UHLMANN FELIX (Hrsg.), Das Legalitätsprinzip in Verwaltungsrecht und Rechtssetzungslehre, 15. Jahrestagung des Zentrums für Rechtssetzungslehre, Zürich/St. Gallen 2017, 143
- HRUBESCH-MILLAUER STEPHANIE/BRUGGISSER DAVID, Sachenrechtliche Aspekte zum Einsatz von privaten Drohnen, Jusletter 11. August 2014
- HUBER HANS, Das Recht im technischen Zeitalter, Berner Rektoratsreden, Bern 1960

- HUGUENIN CLAIRE, *Obligationenrecht – Allgemeiner Teil und Besonderer Teil*, 2. Aufl., Zürich 2014
- INTERNATIONAL CIVIL AVIATION ORGANIZATION (ICAO), *Circular 328 AN/190, Unmanned Aircraft Systems (UAS)*, Montreal 2011 (zit. ICAO, Cir 328)
- JABLONOWSKI MAXIMILIAN, *Drone it yourself! On the decentring of ‚drone stories‘*, CM 2015, 1
- JABLONOWSKI MAXIMILIAN, *Dronie Citizenship?*, in: KUNTSMAN ADI (Hrsg.), *Selfie Citizenship*, Cham 2017, 97
- KETTIGER DANIEL, *Das gerichtliche Verbot als Instrument zur Abwehr ziviler Drohnen*, Jusletter 11. April 2016
- KLAUSER FRANCISCO/PEDROZO SILVANA, *Big data from the sky: popular perceptions of private drones in Switzerland*, Geogr. Helv. 72, 231
- KOCHER MARTIN/CLAVADETSCHER DIEGO (Hrsg.), *Zollgesetz (ZG), SHK – Stämpflis Handkommentar*, Bern 2009
- KORNMEIER CLAUDIA, *Der Einsatz von Drohnen zur Bildaufnahme: Eine luftverkehrsrechtliche und datenschutzrechtliche Betrachtung*, Berlin 2012
- KUTSCHERA WOLFGANG, *Rechtliche Grundlagen für die Verwendung von Drohnen in Österreich*, Linz 2016
- LANGE SASCHA, *Flugroboter statt bemannter Militärflugzeuge?*, in: *Stiftung Wissenschaft und Politik, Deutsches Institut für internationale Politik und Sicherheit (Hrsg.), SWP-Studie*, Berlin 2003
- LANGTON JAMES, *Laying down the law for Dubai’s flying taxis*, <<https://www.thenational.ae/uae/transport/laying-down-the-law-for-dubai-s-flying-taxis-1.617238>>
- LAUMANN HORST W., *Drohnen: seit 1990*, Stuttgart 2012
- LEISSLER GÜNTHER, *Drohnen und Datenschutz: ein europäisches Problem*, *ecolex* 2015, 535
- MAHN-GAUSEWEG CAROLIN, *Automated Warfare – Operationen unbemannter Systeme: Eine technische Systematisierung*, in: FRAU ROBERT (Hrsg.), *Drohnen und das Recht*, Tübingen 2014, 1
- MÜLLER GEORG/UHLMANN FELIX, *Elemente einer Rechtssetzungslehre*, 3. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2013
- NADAKAVUKAREN SCHEFER KRISTA, *Ein völkerrechtlicher Schutz der kollektiven Privatsphäre? Der Schutz der Privatsphäre und die Anonymität im Zeitalter kommerzieller Drohnen*, ZSR 2014 I, 259
- NOLL PETER, *Gesetzgebungslehre*, Reinbeck bei Hamburg 1973
- OTTO DIETRICH W., *Die Entwicklung der Regulierung der Luftfahrt in Hinsicht auf die Globalisierung: 1783-1947*, Zürich 2016
- PREZNUK DAVID, *The Drone Age: A Primer for Individuals and the Enterprise*, Haymarket 2016
- RIEHM THOMAS, *Von Drohnen, Google-Cars und Software-Agenten: Rechtliche Herausforderungen autonomer Systeme*, ITRB 5/2014, 113
- RUSCH ARNOLD/KLAUS PHILIPP, *Online-Partnervermittlung – Vertragsinhalt, Qualifikation und Probleme*, AJP 2011, 1571
- SALTER MICHAEL, *Toys for the Boys? Drones, Pleasure and Popular Culture in the Militarisation of Policing*, Crit Crim 22, 163
- SARRIÓN ESTEVE JOAQUÍN, *El régimen jurídico de la utilización de los drones. Una aproximación multinivel a la legislación europea y española*, *Revista de la Escuela Jacobea de Posgrado (REJP)*, Nr. 12, Juni 2017, 103

- SCHEIDT DAVID H., Command and Control of Autonomous Unmanned Vehicles, in: VALAVANIS KIMON P./VACHTSEVANOS GEORGE J. (Hrsg.), Handbook of Unmanned Aerial Vehicles III, Heidelberg/New York/London 2015, 1273
- SCHWENK WALTER/GIEMULLA ELMAR, Handbuch des Luftverkehrsrechts, 4. Aufl., Köln 2013
- SINGER PETER W., Wired for War: The Robotics Revolution and Conflict in the 21st Century, New York 2009
- SOLMECKE CHRISTIAN/NOWAK FABIAN, Zivile Drohnen – Probleme ihrer Nutzung, MMR 7/2014, 431
- STÄDELE JULIUS PH., Völkerrechtliche Implikationen des Einsatzes bewaffneter Drohnen, Berlin 2014
- STEIGER MARTIN, Regulierung von Drohnen im zivilen Behördeneinsatz in der Schweiz, Sicherheit & Recht 3/2014, 169
- STEIGER MARTIN, Sicherheitsesoterik statt Menschenrechte, digma 2015, 134
- STUMVOLL KONSTANTIN, Die Drohne – Das unbemannte Luftfahrzeug im Völkerrecht, Bonn 2013
- THE ECONOMIST, Taking Flight, <<http://www.economist.com/technology-quarterly/2017-06-08/civilian-drones>>
- THOMASEN KRISTEN, We regulate driving. Why not droning?, <<https://www.theglobeandmail.com/opinion/we-regulate-driving-why-not-droning/article22744240/>>
- THOMASEN KRISTEN, Drones Aren't Planes: Using the wrong metaphor for unmanned aerial vehicles can have serious policy implications, <http://www.slate.com/articles/technology/future_tense/2016/05/why_policymakers_shouldn_t_think_of_drones_just_as_planes.html>
- VALAVANIS KIMON P./VACHTSEVANOS GEORGE J., UAV Autonomy: Introduction, in: VALAVANIS KIMON P./VACHTSEVANOS GEORGE J. (Hrsg.), Handbook of Unmanned Aerial Vehicles III, Heidelberg/New York/London 2015, 1723
- VERGOUW BAS/NAGEL HUUB/BONDT GEERT/CUSTERS BART, Drone Technology: Types, Payloads, Applications, Frequency Spectrum Issues and Future Developments, in: CUSTERS BART (Hrsg.), The Future of Drone Use: Opportunities and Threats from Ethical and Legal Perspectives, Den Haag 2016, 21
- WEBER ROLF H./OERTLY DOMINIC, Datenschutzrechtliche Problemfelder von zivilen Drohneneinsätzen, Jusletter 26. Oktober 2015
- WEBER ROLF H., Zivile Drohneneinsätze – Herausforderungen für das Wirtschafts- und Datenschutzrecht, in: WIDMER ALFRED (Hrsg.), Der rasante technologische Wandel – Überforderung der Gesellschaft?, Broker-Tagung 2016, Zürich/St. Gallen 2017, 1
- WIEDE ANDREAS, Reiserecht: Schweizer Handbuch zu den Verträgen über Reiseleistungen, Zürich 2014
- WRIGHT DAVID/FINN RACHEL, Making Drones More Acceptable with Privacy Impact Assessments, in: CUSTERS BART (Hrsg.), The Future of Drone Use: Opportunities and Threats from Ethical and Legal Perspectives, Den Haag 2016, 325
- ZUBELDIA OCÉANE, Histoire des drones: De 1914 à nos jours, Paris 2012

Materialienverzeichnis

Botschaft über eine Änderung des Luftfahrtgesetzes vom 20. November 1991, BBl. 1992 I, 607

Botschaft zur Änderung der Militärgesetzgebung (Militärgesetz und Bundesgesetz über die militärischen Informationssysteme) vom 7. März 2008, BBl. 2008, 3213

Botschaft zum Nachrichtendienstgesetz vom 19. Februar 2014, BBl. 2014, 2105

Gesetzesentwurf der Bundesregierung, Entwurf eines Vierzehnten Gesetzes zur Änderung des Luftverkehrsgesetzes vom 8. Dezember 2011, BT-Drucksache 17/8098

Interpellation 16.3837, TORNARE MANUEL (Zivile Drohnen. Kritische Infrastrukturen besser schützen)

Motion 16.3310, LEUTENEGGER OBERHOLZER SUSANNE (Drohnen. Bevölkerung vor Gefährdungen schützen)

Postulat 13.3977, TORNARE MANUEL (Zivile Drohnen. Gesetzgebung anpassen)

Regulations Amending the Canadian Aviation Regulations (Unmanned Aircraft Systems), Canada Gazette Part I, Vol. 151, No. 28, vom 15. Juli 2017, 3114

Privatrecht

Schweizerischer Kulturgüterschutz in Zeiten von Krieg und Zerstörung

Der Erwerb ausländischer Kulturgüter durch Private und die Problematik sofort vollstreckbarer Rückführungsansprüche aus privatrechtlicher Sicht

*Lukas Brugger**

Inhaltsübersicht

I.	Einleitung	142
II.	Kulturgüterschutz und Private	143
	A. Der Platz von Privaten im Kulturgüterschutz	143
	B. Der private Erwerber ausländischer Kulturgüter	144
	1. Der private Erwerber und seine Motive	144
	2. Problem des Guten Glaubens	145
III.	Ausländisches Kulturgut als Erwerbsgegenstand – <i>res in</i> oder <i>extra commercium</i> ?	146
	A. Internationale und schweizerische Rechtsquellen des Kulturgüterschutzrechts	147
	1. Internationale Rechtsquellen	147
	2. Schweizerische Rechtsquellen	148
	B. Inländisches kulturelles Erbe und «einfaches» Kulturgut	149
	C. Beachtung ausländischer Exportverbote nach dem KGTG	150
	1. Die <i>lex rei sitae</i> als Hindernis des internationalen Kulturgüterschutzes	150
	2. Beachtung ausländischer Exportverbote	151
	3. Befristete Massnahmen zum Schutz des kulturellen Erbes in Syrien und dem Irak	152
IV.	Das Risiko der Herausgabe beim privaten Erwerb von Kulturgut	154
	A. Rückführungs- und Herausgabeansprüche bei erworbenen Kulturgütern	154
	1. Staaten mit bilateralen Vereinbarungen sowie Irak und Syrien	154
	2. Andere Staaten und ehemalige private Eigentümer bzw. Besitzer	156
	a. Fahrnisklage nach Art. 934 Abs. 1 ^{bis} ZGB	156
	b. Eigentumsklage nach Art. 641 Abs. 2 ZGB	157
	B. Aussetzung der Urteilsvollstreckung bei Gefährdung des Kulturguts?	157
	1. Mangelhafte privatrechtliche Grundlagen <i>de lege lata</i>	157
	2. ZPO, <i>Ordre public</i> und Analogieschluss des Art. 9 Abs. 2 KGTG?	159
V.	Überlegungen <i>de lege ferenda</i> und Ergebnis	160
	Literaturverzeichnis	161
	Materialienverzeichnis	163

* Der Autor dankt Claude Humbel, MLaw, LL.M. (Berkeley), Robin Landolt, MLaw, RA in Linda Nester, MLaw, Stv. Leiterin der Fachstelle internationaler Kulturgütertransfer des Bundesamts für Kultur und Valerie Baldinger, Stud. Philosophie, Wirtschaft und Politik für die Durchsicht sowie die wertvollen kritischen Hinweise bei der Erarbeitung des Beitrags.

I. Einleitung

Kulturgüter sind Gegenstände von unschätzbarem immateriellem Wert für die Menschheitsgeschichte und identitätsstiftende Zeugnisse derjenigen Gemeinschaft, aus der sie stammen.¹ Ihr Schutz wurde unter klassischem Verständnis dem Staat als natürliche Hoheitskompetenz anheimgestellt. Der Staat sollte diese Gegenstände legislativ mittels Erwerbs- und Ausfuhrverboten vor unrechtmässiger Entziehung schützen und durch finanzielle, personelle und museale Förderungsmassnahmen bewahren.²

Auch beim internationalen Kulturgüterschutz stehen *staatliche Akte* im Zentrum: Einerseits verpflichtet humanitäres Völkerrecht Kriegsparteien zum Schutz besonderer Kulturgüter, andererseits wird die Staatengemeinschaft aufgerufen, sichernde Massnahmen für den Schutz der Kulturgüter fremder Staaten zu treffen.³ Kulturgüterschutz als eine Aufgabe zu verstehen, die *ausschliesslich* Staaten zufällt, kann indes mit der Zielsetzung des Kulturgüterschutzrechts konfliktieren, das kulturelle Erbe tatsächlich bestmöglich zu schützen. Neben dem Staat spielen auch *Private* im Kulturgüterschutz eine herausragende Rolle, insbesondere dann, wenn staatliche Massnahmen in einer Krisenregion administrativ und rechtlich komplex, politisch heikel oder schlichtweg zu teuer sind. Es stellt sich daher die Frage, ob die aktuelle Rechtslage einen solchen privaten Erwerb von gefährdeten ausländischen Kulturgütern zulässt, oder aber beim effektiven Kulturgüterschutz der *Schein* dem *Sein* überwiegt.

Nach einleitenden Bemerkungen zum Spannungsfeld zwischen Kulturgütern und Privaten (Teil II.) soll erörtert werden, ob private, aus der Zivilbevölkerung entstammende Personen oder Personenvereinigungen ausländische Kulturgüter erwerben können (Teil III.). Sodann wird nach ihrem Rechtsschutz gefragt, wobei das Hauptaugenmerk auf drohende Rückführungsansprüche der Herkunftsstaaten gelegt wird (Teil IV.A.). Schliesslich soll die Möglichkeit diskutiert werden, (legitime) Rückführungsansprüche so lange auszusetzen, bis Kulturgüter im Herkunftsstaat keiner *imminenten* Gefahr mehr ausgesetzt sind (Teil IV.B.).

¹ Bot. KGTG, BBl. 2002, 535, 538.

² Gleichsam wurde aus rechtlicher Warte stets versucht, gutgläubige Erwerber von erwerbsfähigen Kulturgütern (dazu unten III.) auch in ihren wohl erworbenen Rechten zu schützen; mithin liefen Bemühungen dahingehend, den *Verkehrsschutz* mit den *legitimen Anliegen des Herkunftsstaates* in Einklang zu bringen, BSK IPRG-FISCH, Art. 100 N 61; S. auch die kritischen Anmerkungen zum effektiven Schutzes von Weltkulturerbe durch die Schweiz bei ENGELER/RASCHÈR, AJP 2016, 890 *passim*.

³ Diese *safe havens* für Kulturgüter werden meist in Zusammenarbeit mit der UNESCO geschaffen S. hierzu weiter unten III.

Freilich kann vorliegend keine holistische Analyse des schweizerischen Kulturgüterschutzrechts vorgenommen werden. Fokussiert werden soll einzig auf Aspekte des Privatrechts, unter Ausschluss anderer Rechtsgebiete.⁴

II. Kulturgüterschutz und Private

A. Der Platz von Privaten im Kulturgüterschutz

Der Schutz von Kulturgütern ist eine Aufgabe, die nicht alleine durch den Staat vollzogen werden kann. Viele kulturell bedeutsame Objekte, Kulturgüter und Gegenstände des kulturellen Erbes⁵ befinden sich im Eigentum Privater.⁶

Im internationalen Schutz von Kulturgütern sind es gerade Private, die häufig als erste Bewahrer von Kulturgütern in Krisenzeiten auftreten können – lange bevor staatliche Interventionen oder solche der Weltgemeinschaft greifen.⁷ Besonders deutlich tritt die Rolle von *privaten Sicherungsinitiativen* anlässlich der manifesten Zerstörung von unersetzlichen Kulturgütern auf dem Gebiet des ehemaligen Mesopotamiens und Levante⁸ zutage.

Kulturgüter spielen für die dortigen islamisch-fundamentalistischen Terrororganisationen (etwa *Taliban*, *Al-Qaida*, *Boko Haram* oder der sog. *Islamische Staat*) eine janusköpfige Rolle: Zum einen sind diese Gegenstände Zeugnis aus Epochen, die mit ihren fundamentalistischen Gesinnungen nicht in Einklang stehen, zum anderen hat sich der Handel mit geraubten Kulturgütern zu einer äusserst lukrativen Einkommensquelle entwickelt.⁹ Schätzungen zufolge nahm etwa der sog. *Islamische Staat*

⁴ Ebenfalls nicht behandelt werden die Spezialthematiken rund um die sog. Raub-, Flucht- oder Beutekunst. Vgl. hierzu etwa ANTON, 273 ff.; ferner SIEHR, in: EBLING/SCHULZE, 175, 212 ff.

⁵ Zu diesen Begriffen s. unten III.B.

⁶ Aktuellstes und wohl zurzeit prominentestes Beispiel der häufig widerstrebenden Interessen zwischen Staat und Privaten bei Kulturgütern ist die Affäre rund um das Archiv *Giorgio Vasari*. Italien qualifizierte die Sammlung als nationales Kulturgut und leitete Mitte Juli 2017 formal ein Enteignungsverfahren ein, da die Eigentümerfamilie *Festari* die Sammlung verkaufen wollte. S. *artemagazine* vom 30. Juli 2017, <<http://www.artemagazine.it/attualita/item/4885-mibact-procedura-di-esproprio-dell-archivio-vasari-i-proprietari-dell-archivio-auspicano-un-accordo-con-il-ministero>> (27.09.2017).

⁷ Für den Kulturgüterschutz ausserdem besonders gefährlich ist eine sich abzeichnende Erosion staatlicher Monopolgewalt und das Ableiten in *failed states*, denn häufig wird im Rahmen von Regierungsumstürzen keine Rücksicht auf den Erhalt der unersetzbaren Kulturgüter genommen, die sich im betroffenen Gebiet befinden. S. den Aufruf zu mehr Privatinitiativen im internationalen Kulturgüterschutz bei SIEHR, in: EBLING/SCHULZE, 175, 229 sowie VLASIC/TURKU, 1415.

⁸ Dieses historische Gebiet besteht zu grossen Teilen aus dem heutigen Irak und Syrien, s. für Details CHARLES KEITH MAISELS, *Early Civilizations of the Old World – The formative histories of Egypt, the Levant, Mesopotamia, India and China*, London/New York, 1999, 80 ff.

⁹ S. hierzu vertiefend auch aus rechtlicher Perspektive VLASIC/TURKU, *passim*.

alleine mit dem Verkauf von in seinen Einzugsgebieten (Irak, Syrien, teilweise auch Yemen) erbeuteten Kulturgüter je nach Quelle mehrere zehn Millionen¹⁰ bis hin zu 200 Millionen¹¹ USD ein. Besonders perfide ist dabei die Taktik, durch ostentative Zerstörung den Preis für die noch erhaltenen Kulturgüter in die Höhe zu treiben.¹²

Gerade vor dem Hintergrund solcher Katastrophen können Private durch *sichernde Erwerbe*¹³ Kulturgüter in Sicherheit bringen, bevor sie den *imminenten* Gefahren der Zerstörung oder des illegalen Verkaufs ausgesetzt werden.¹⁴ Heute geschehen solche Massnahmen zumeist über Kooperationen zwischen Museen, Archäologieverbänden oder Kultusgemeinden.¹⁵

B. Der private Erwerber ausländischer Kulturgüter

1. Der private Erwerber und seine Motive

Der vorliegende Beitrag beschäftigt sich ausschliesslich mit den Erwerbsmöglichkeiten von Kulturgut durch Private. Die Figur des *privaten Erwerbers* muss jedoch in einen greifbaren Rahmen gefasst werden um ihn einer Analyse zugänglich zu machen. Um Aspekte der Verantwortlichkeit aufgrund öffentlich-rechtlicher (Dienst-)Verhältnisse bewusst auszuklammern, sollen Körperschaften, Institute und Organisationen des Bundes und der Kantone vorliegend nicht behandelt werden.¹⁶ Damit ein realitätsgetreues Bild des Kulturgüterhandels gezeichnet werden kann, darf der Rahmen eines potenziellen privaten Erwerbers allerdings auch nicht zu eng gefasst werden. Daher soll die alleinige Förderung von nichtstaatlichen Organisationen, Verbän-

¹⁰ FATF/GAFI, 16 f.

¹¹ GRAMER, Foreignpolicy v. 12.4.2017, der sich bei diesen Zahlen auf Schätzungen Russlands stützt.

¹² Vorrangig in Erinnerung blieben die Zerstörung der syrischen Wüstenstadt *Palmyra* sowie des zweitgrössten archäologischen Museums des Irak, dem *Mosul Museum* 2015. S. für eine detailliertere Auseinandersetzung mit Taktiken und möglichen Absatzmärkten des illegalen Kulturgüterhandels ANTON, 44 ff.

¹³ Häufig nimmt der sichernde Erwerb von Kulturgütern neben der Form des Kaufs (Art. 187 ff. OR) auch diejenige der Schenkung (Art. 239 ff. OR) an, insbesondere wenn die Sicherung des Kulturguts in Absprache mit lokalen privaten Einrichtungen geschieht. Freilich sind auch für die Zeit der Gefährdung abgeschlossene Leihverträge (Art. 305 ff. OR) von grosser Relevanz.

¹⁴ Dem interessierten Leser sei an dieser Stelle das Projekt *Rekrei*, vormals *Project Mosul*, nahegelegt. Darin wird – freilich für sichernde Zwecke zu spät – versucht, durch den sog. *Islamischen Staat* (und andere Katastrophen) zerstörte Kulturgüter des *Mosul Museum* mittels eingereichter Photographien, Pläne und Erinnerungen 3-D Replika zu erstellen. S. <<https://projectmosul.org/>> (27.09.2017).

¹⁵ Daneben treten häufig auch Kuratoren privater Museen, Restauratoren, sowie Vertreter vertriebener Minderheiten beim privaten Erwerb von Kulturgütern auf; sie alle sind bedeutsame *Stakeholder* des Kulturgüterschutzes.

¹⁶ Dies umfasst auch Museen des Bundes und der Kantone sowie universitäre Forschungsstellen. Vgl. aber Art. 15 KGTG.

den oder Personen durch Mittel der öffentlichen Hand insoweit nicht weiter schädlich sein, als der private Erwerber weiterhin keiner öffentlich-rechtlichen Verantwortlichkeit untersteht.

Zusammenfassend kommen als Erwerber von ausländischem Kulturgut v.a. infrage: Interessensvertretungen für den Schutz von Kulturgut, NGOs, private Kooperationen zwischen Museen und NGOs (nicht jedoch bundes- bzw. kantonale Museen selbst) sowie jede Privatperson, die Kulturgüter erwirbt. Sie alle werden unter den Begriff des *privaten Erwerbers* subsumiert.¹⁷

Die *Motive* des Erwerbs von Kulturgut sind so divers wie die Akteure selbst. Häufig anzutreffen sind freilich Konservierungs- oder Forschungszwecke. Aber auch das Bemühen um den Erhalt möglicherweise stark dezimierter Kulturgüter einer bestimmten Volksgruppe, die ethnischen und kulturellen Säuberungen zum Opfer fiel, kann genauso als Antriebsfeder dienen wie das intrinsische Verlangen nach dem Erhalt der eigenen Geschichte.¹⁸ Gemein ist den in dieser Arbeit unterstellten Motiven des Erwerbs von ausländischen Kulturgütern, dass der private Erwerber Kulturgut erwirbt, *um es vor (weiterer) Beschädigung oder Zerstörung zu schützen*, er insoweit von hehren Motiven geleitet ist. Ein privater Erwerb zu alleinigen Zwecken der Wiederveräusserung oder gar aus kriminellen Motiven wird in dieser Abhandlung nicht behandelt.

2. Problem des Guten Glaubens

Die soeben unterstellten *hehren Motive* eines privaten Erwerbers von ausländischen Kulturgütern gilt es umrisshaft¹⁹ von der Gutgläubigkeit im Rechtssinne abzugrenzen.

Die Anforderungen an die Gutgläubigkeit i.S.d. Art. 3 ZGB sind beim Handel mit Antiquitäten (worunter zweifellos auch Kulturgüter fallen) erhöht anzusetzen, da es sich nach mittlerweile konstanter Rechtsprechung um einen Geschäftszweig handelt, der «dem Angebot von Waren zweifelhafter Herkunft und folglich mit Rechtsmängeln behafteter Sachen im besonderen Masse» ausgesetzt ist.²⁰

¹⁷ S. hierzu die verschiedenen Akteure des Kunstmarkts bei BISCHOFF, 33 ff.

¹⁸ Schliesslich können aber auch simple vertragliche oder sittliche Pflichten zum Erwerb von ausländischen Kulturgütern anhalten. Zu denken ist hier etwa an (meist eher lose) vertragliche Kooperationen zwischen privaten Museen verschiedener Staaten.

¹⁹ Für eine tiefgreifende Auseinandersetzung mit der diffizilen Frage des guten Glaubens beim Erwerb von Kulturgütern s. statt aller BERGER-RÖTHLISBERGER, 148 ff. und GRELL/PLUTSCHOW, *passim*.

²⁰ BGE 122 III 1, E. 2a.bb; ferner 113 II 397 E. 2; 131 III 418, E. 2.3.2; 139 III 305; siehe hierzu die Kritik bei WEBER, in: WELLER/KEMLE/DREIER, 47 ff.

Die Lehre hat sich bereits ausgiebig mit den Folgen einer Verletzung der in Art. 16 KGTG²¹ vorgesehenen Sorgfaltspflichten von im Kunsthandel und Auktionswesen tätigen Personen auseinandergesetzt.²² Häufig wird es aber bei privaten «Kulturgüterrettungsaktionen» der Fall sein, dass zum einen das KGTG nicht zur Anwendung gelangt, da der Erwerbsvorgang im Ausland stattfand bzw. begonnen hat,²³ zum anderen der Erwerb in kooperativer Absprache mit Partnern des Herkunftsstaates²⁴ stattfindet.

Irrt sich der Erwerber über die Berechtigung der übertragenden Person, die Sache tatsächlich zu übereignen, muss dies nicht notwendigerweise in der Versagung des Gutgläubensschutzes resultieren. Dies gilt insbesondere dann, wenn er den Schutz von Kulturgut in Kriegs- und Krisenzeiten subjektiv höher gewichtete als die korrekte Beschaffung der Ausfuhrbescheinigungen. M.E. ist ein solcher Erwerber von ausländischem Kulturgut weiterhin als gutgläubig im Rechtssinne zu betrachten, selbst wenn er insoweit einem (möglichen²⁵) *Rechtsirrtum* auflieg.²⁶

Im Folgenden wird die Gutgläubigkeit des privaten Erwerbers im Rechtssinne vorausgesetzt. Freilich hat jedoch stets eine fallbezogene Analyse der Gutgläubigkeit des Erwerbers stattzufinden.

III. Ausländisches Kulturgut als Erwerbsgegenstand – *res in oder extra commercium?*

Kulturgüter stellen teilweise derart bedeutsame Gegenstände dar, dass sie aus rechtlichem Blickwinkel als Sachen *à part* qualifizieren und ihre Erwerbsfähigkeit bewusst

²¹ S. zum KGTG unten III.A.2.

²² S. etwa BERGER-RÖTHLISBERGER, 72 ff.; SCHMIDT-GABIN, AJP 2007, 575, 581 ff.; GRELL/PLUTSCHOW, *passim*; RASCHÈR/KUPRECHT/FISCHER, *passim*; WEBER, ZSR 123 I (2004), 495 ff., 521 ff.

²³ Damit stellt sich ein internationaler Sachverhalt, womit im Grundsatz die *lex rei sitae* zur Anwendung kommt, s. unten III.C.1.

²⁴ Vgl. oben II.A.

²⁵ Befasste sich ein schweizerisches Gericht mit der Frage, ob eine ausländische Ausfuhrbestimmung oder gar eine Ausserverkehrsetzung von Kulturgütern im Allgemeinen höher zu gewichten seien als ein effektiver Schutz des Kulturguts, müsste es sich auch mit BGE 123 II 134, E. 7c auseinandersetzen. Darin hielt das BGer betreffend die Ziele der UNESCO-Konvention 1970 fest: «*Ces normes, qui relèvent d'une commune inspiration, constituent autant d'expressions d'un ordre public international en vigueur ou en formation*». Vgl. aber auch die Bot. KGTG, BBl. 2002, 535, 582, die für die Gutgläubigkeit eines Erwerbers stets die Abklärung der Ausfuhrbedingungen verlangt.

²⁶ Siehe zum umstrittenen Verhältnis von Rechtsirrtum und Gutgläubensschutz statt aller und m.w.H. BK-HOFER, Art. 3 ZGB N 126 und BSK ZGB I-HONSELL, Art. 3 N 40.

ausgeschlossen wird. Im Folgenden soll der nationale und internationale Rechtsrahmen skizziert werden.

A. Internationale und schweizerische Rechtsquellen des Kulturgüterschutzrechts

1. Internationale Rechtsquellen

Nach dem zweiten Weltkrieg bemühten sich neben der neu gegründeten UNESCO²⁷ die UNO, die EU²⁸ sowie das Römische Internationale Institut für die Vereinheitlichung des Privatrechts (Unidroit)²⁹ um einen internationalen Rechtsrahmen zum Schutz von Kulturgütern.³⁰

Für die Schweiz stehen zwei Abkommen im Zentrum:³¹ Das Haager Abkommen für den Schutz von Kulturgut bei bewaffneten Konflikten vom 14. Mai 1954³² (hiernach: Haager Abkommen) mitsamt den Ausführungsbestimmungen³³ und dem sog. ersten³⁴ und zweiten Protokoll³⁵, sowie das UNESCO-Übereinkommen über Massnahmen zum Verbot und zur Verhütung der rechtswidrigen Einfuhr, Ausfuhr und Übereignung von Kulturgut vom 14. November 1970 (hiernach: UNESCO-Konvention).³⁶ Die

²⁷ S. ausführlich zu ihrer durchwachsenen Geschichte <<http://www.unesco.org/new/en/unesco/about-us/who-we-are/history/>> (27.09.2017).

²⁸ S. etwa die Richtlinie 93/7/EWG des Rates vom 15. März 1993 über die Rückgabe von unrechtmässig aus dem Hoheitsgebiet eines Mitgliedstaats verbrachten Kulturgütern, ABL v. 27.3.1993, L 74.

²⁹ S. hierzu die Unidroit Convention on Stolen or Illegally Exported Cultural Objects, beschlossen in Rom am 24. Juni 1995, <<http://www.unidroit.org/instruments/cultural-property/1995-convention>> (27.09.2017).

³⁰ SIEHR unterteilt die Entwicklung des internationalen Kulturgüterschutzes in vier Phasen: Nachkriegszeit, Postkolonialismus, Integration und Globalisierung, ausführlich SIEHR, in: FS Vogt, 261, 266 ff.

³¹ S. für eine Zusammenfassung der Bedeutung der verschiedenen Abkommen für die Schweiz SIEHR, SZIER 2005, 53 ff., 69 ff.

³² SR. 0.520.3, AS 1962 1007, ratifiziert durch die schweizerische Bundesversammlung am 15. März 1962, in Kraft seit 15. August 1962.

³³ Ausführungsbestimmungen des Haager Abkommens für den Schutz von Kulturgut bei bewaffneten Konflikten vom 14. Mai 1954, SR. 0.520.31, AS 1962 1022, ratifiziert durch die schweizerische Bundesversammlung am 15. März 1962, in Kraft seit 15. August 1962.

³⁴ Haager Protokoll über den Schutz von Kulturgut bei bewaffneten Konflikten vom 14. Mai 1954, SR. 0.520.32, AS 1962 1033, ratifiziert durch die schweizerische Bundesversammlung am 15. März 1962, in Kraft seit 15. August 1962.

³⁵ Zweites Protokoll zum Haager Abkommen von 1954 für den Schutz von Kulturgut bei bewaffneten Konflikten vom 26. März 1999, SR. 0.520.33, AS 2005 149, ratifiziert durch die schweizerische Bundesversammlung am 19. März 2004, in Kraft seit 9. Oktober 2004.

³⁶ SR. 0.444.1, AS 2004 2881, ratifiziert durch die schweizerische Bundesversammlung am 12. Juni 2003, in Kraft seit 3. Januar 2004.

Unidroit-Konvention hingegen ratifizierte die Schweiz, wie die meisten Industriestaaten, nicht.³⁷

Das Haager Abkommen setzt sich zum Ziel, Kulturgut vor Zerstörung im Zuge kriegerischer Handlungen zu schützen, indem Kriegsparteien³⁸ bestimmte Vorsichtsmassnahmen auferlegt bzw. Handlungen untersagt werden. Die UNESCO-Konvention wiederum fokussiert auf den Schutz von Kulturgut vor unrechtmässiger Ausfuhr und dem unrechtmässigen Erwerb in Friedenszeiten (bzw. unabhängig von kriegerischen Handlungen).³⁹ Freilich können diese zwei Regelwerke nicht mit einer absoluten Trennschärfe auseinandergehalten werden. Grund hierfür ist, dass sie die beiden Hauptbedrohungen des weltweiten Kulturgüterbestandes bekämpfen: Die Zerstörung durch Krieg und Gewalt einerseits und den illegalen Handel und die damit einhergehende Entziehung andererseits. Daher kann bei dem Haager Abkommen und der UNESCO-Konvention von den tragenden Säulen des grenzüberschreitenden Kulturgüterschutzes gesprochen werden.

2. Schweizerische Rechtsquellen

Die einem Diptychon ähnelnde Beschaffenheit des Kulturgüterschutzes mit dem Kulturgut als Scharnier zwischen den zwei Komponenten Schutz vor kriegerischer Zerstörung und Schutz vor unrechtmässiger Einziehung manifestiert sich indes auch im schweizerischen Recht. Das Bundesgesetz über den Schutz der Kulturgüter bei bewaffneten Konflikten, bei Katastrophen und in Notlagen vom 20. Juni 2014⁴⁰ (hiernach: KGSG) und dessen Verordnung⁴¹ setzen das Haager Abkommen in nationales Recht um. Das Bundesgesetz über den internationalen Kulturgütertransfer vom 20. Juni 2003⁴² (hiernach: KGTG) sowie deren Verordnungen⁴³ implementieren wiederum die UNESCO-Konvention. Sie halten die Regeln zur Ein- und Ausfuhr von Kulturgütern, Rückführungs- und Entschädigungsansprüchen sowie Strafmassnah-

³⁷ Dies geht zum einen darauf zurück, dass die Konvention mit einer direkten Anwendbarkeit (*self-executing*) versehen wurde und deshalb keiner Implementierung im Schweizer Recht bedürfte. Zum andern aber scheuen viele Staaten, auch wegen des vermeintlich (zu) starken Schutzes der ursprünglichen Eigentümer, vor diesem Abkommen zurück, SIEHR, in: FS Vogt, 261, 267.

³⁸ Staaten aber auch andere Akteure, etwa militärischen Verbände oder Freiheitskämpfer.

³⁹ Ausführlich Bot. KGTG, BBl. 2002, 535, 536 ff.

⁴⁰ SR. 520.3, AS 2014 3545.

⁴¹ Verordnung über den Schutz der Kulturgüter bei bewaffneten Konflikten, bei Katastrophen und in Notlagen vom 29. Oktober 2014, SR. 520.31, AS 2014 3555.

⁴² SR. 444.1, AS 2005 1869.

⁴³ Verordnung über den internationalen Kulturgütertransfer vom 13. April 2005 (hiernach: KGTV), SR 444.11, AS 2005 1883 und Verordnung über das Kulturgüterverzeichnis des Bundes vom 21. Mai 2014 (KGVV), SR. 444.12, AS 2014 1451.

men bei Verstössen dagegen fest.⁴⁴ Schliesslich finden sich Spezialnormen zum Kulturgüterschutz auch im ZGB.

B. Inländisches kulturelles Erbe und «einfaches» Kulturgut

Das schweizerische Privatrecht enthält Bestimmungen, die gewisse Gegenstände von einem Erwerb durch Privatpersonen ausnehmen. Zuvörderst fallen darunter gemäss Art. 724 ZGB *wissenschaftliche Gegenstände*. Als wissenschaftlicher Gegenstand gilt eine selbständige, herrenlose Sache, die für die massgebliche Wissenschaft nachweislich von wissenschaftlichem Wert ist.⁴⁵

Art. 724 ZGB hält seit Inkrafttreten des KGTG⁴⁶ fest, dass herrenlose Naturkörper oder Altertümer von wissenschaftlichem Wert *qua* Gesetz im Eigentum jenes Kantons stehen, in dessen Gebiet sie gefunden worden sind (Art. 724 Abs. 1 ZGB). Ein derivativer Erwerb solcher wissenschaftlichen Gegenstände ist nur unter besonderen Umständen möglich. Art. 724 Abs. 1^{bis} ZGB postuliert, dass sie ohne Genehmigung der zuständigen kantonalen Behörden weder veräussert, ersessen oder gutgläubig erworben werden können; ein Vindikationsanspruch verjährt nicht.⁴⁷

Seit Inkrafttreten des KGTG am 1. Juni 2005 verfügt die Schweiz zudem über rechtliche Grundlagen, die den Erwerb von sämtlichen im schweizerischen Bundesverzeichnis⁴⁸ eingetragenen Kulturgütern von gesamtschweizerischem Interesse⁴⁹ verhindern. Gemäss Art. 3 Abs. 2 KGTG bewirkt die Eintragung in das Verzeichnis, dass ein entsprechendes Kulturgut weder ersessen noch gutgläubig erworben werden kann (lit. a), der Herausgabeanspruch nicht verjährt (lit. b) und die definitive Ausfuhr aus der Schweiz verboten ist (lit. c). Man spricht bei im Bundesverzeichnis eingetragenen Gegenständen auch vom «kulturellen Erbe» der Schweiz an welchem kein privater Erwerb möglich ist.⁵⁰ Sie sind somit *res extra commercium*.

⁴⁴ S. für eine detaillierte Auseinandersetzung mit den im Folgenden nicht behandelten Regelungen des KGTG m. ausführlichen w.H. GABUS/RENOLD, *passim*.

⁴⁵ S. hierzu BGer 1A.215/2000 vom 16.10.2000, E. 4c/bb; ferner BSK ZGB II-SCHWANDER, Art. 724 N 2.

⁴⁶ Vgl. die Änderungen des ZGB durch Art. 32 KGTG, in der Version AS 2005 1869.

⁴⁷ Vgl. hierzu BSK ZGB II-SCHWANDER, Art. 724 N 7.

⁴⁸ Dieses wird zurzeit vom Bundesamt für Kultur (BAK) erstellt, <<http://www.bak.admin.ch/kulturerbe/04371/04387/index.html?lang=de>> (27.09.2017).

⁴⁹ Art. 4 KGTG und Art. 2 KGTV regeln nunmehr – teilweise – auch die Möglichkeiten der Kantone, eigene Kulturgüterverzeichnisse zu erstellen. Die Eintragung eines Kulturguts bewirkt ebenfalls, dass dieses weder ersessen noch gutgläubig erworben werden kann sowie ein Herausgabeanspruch nicht verjährt. Die Datenbanken der Kantone werden allerdings nicht in das Bundesverzeichnis *integriert*, sondern einzig durch Links verbunden (Art. 2 KGTV).

⁵⁰ ERNST, recht 2008, 2, 3 ff.

Wurde ein bestimmter Gegenstand nicht in das Bundesverzeichnis eingetragen, kann er dennoch einen von den allgemeinen Regeln des Sachenrechts abweichenden Schutz erfahren, nämlich dann, wenn er als *Kulturgut* i.S.d. Art. 728 Abs. 1^{ter} und 934 Abs. 1^{bis} ZGB besonderen Ersitzungs-, bzw. Gutgläubenserwerbsfristen unterliegt. Damit die *leges speciales* für Kulturgüter zur Anwendung gelangen, muss es sich bei dem jeweiligen Gegenstand um ein *Kulturgut* nach Art. 2 Abs. 1 KGTG handeln. Als Kulturgut gilt dabei ein aus religiösen oder weltlichen Gründen für Archäologie, Vorgeschichte, Geschichte, Literatur, Kunst oder Wissenschaft bedeutungsvolles Gut, das einer der Kategorien nach Art. 1 der UNESCO-Konvention 1970 angehört. Der Begriff des «(einfachen)⁵¹ Kulturguts» ist dabei ein Rechtsbegriff, der vom Richter nach allgemeinen methodischen Grundsätzen auszulegen und anzuwenden ist.⁵² Im Grundsatz sind solche Gegenstände jedoch weiterhin *res in commercium*.

C. Beachtung ausländischer Exportverbote nach dem KGTG

1. Die *lex rei sitae* als Hindernis des internationalen Kulturgüterschutzes

Der Schutz von Kulturgütern und deren Ausgestaltung als *res extra commercium* ist primär Aufgabe desjenigen Nationalstaats, der Anspruch auf sie erhebt. Gleich wie die Schweiz kennen andere Staaten Regelungen, die den Erwerb von gewissen Gegenständen verunmöglichen und ihre Ausfuhr verbieten.⁵³ Da letztere Normen öffentliches und Erwerbsvorbehalte jedenfalls ausländisches hoheitliches Recht darstellen, werden sie in der Schweiz grundsätzlich weder anerkannt noch umgesetzt.⁵⁴

⁵¹ ERNST, recht 2008, 2, 4 ff.

⁵² GABUS/RENOLD, Art. 2 LTBC N 8 ff. m.w.H.; BSK ZGB II-ERNST, Art. 934 N 17e.

⁵³ Einige Staaten, darunter Ägypten, Griechenland, Italien und die Türkei sehen etwa für jedes *illegal ausgegrabene* archäologisches oder paläontologisches Objekt vor, dass dieses in Staatseigentum fällt, vgl. Bot. KGTG, BBl. 2002, 535, 603; ferner SIEHR, SZIER 2005, 53, 67 f. sowie SCHACK, 271 mit Beispielen weiterer Staaten.

⁵⁴ S. hierzu den diesbezüglich klaren Wortlaut des BGer in BGE 131 III 418, E. 2.4.4.1. Freilich setzt dies voraus, dass schweizerisches Sachenrecht gem. Art. 100 ff. IPRG für einen zu beurteilenden Eigentumserwerb zur Anwendung kommt, s. ausführlich BSK ZGB II-ERNST, Art. 933 N 12c. Allenfalls und unter engen Voraussetzungen könnte ein ausländisches Exportverbot bzw. ein Erwerbsvorbehalt an Kulturgütern einen Fall von Art. 19 IPRG (Berücksichtigung von ausländischem *Ordre public*) darstellen. Das Bundesgericht scheint allerdings in Fragen des Kulturgüterschutzes von der Anwendbarkeit des Art. 19 IPRG (zumindest in «privaten» Rückführungsansprüchen) abzusehen, BGE 131 III 418 E. 3.2.1. In der Lehre wird diese Frage kontrovers diskutiert. Siehe zum aktuellen Meinungsstand BSK IPRG-FISCH, Art. 100 N 75 ff.; SIEHR, in: FS Rey, 127, 135 f.; S. ferner die Auseinandersetzung mit dem *Ordre public* bei Kulturgütern (aus deutscher Perspektive) ANTON, 219 ff.

Diese Werke stellen keine schweizerischen *res extra commercium* dar⁵⁵ und können somit wie jede andere Sache in der Schweiz erworben werden.

Diese Ausgangslage liess die Wirkung des nationalen Kulturgüterschutzes historisch betrachtet stets an den Grenzen eines Staates enden, denn schliesslich genügte es, das Werk in einen anderen Staat zu verbringen, um dort einen Erwerbsvorgang zu initiieren⁵⁶ mittels dessen sich nach der *lex rei sitae* ein Statutenwechsel vollzog. Damit kam das jeweilige Sachenrecht des Belegenheitsortes zur Anwendung.⁵⁷ Staaten, die einen sofortigen gutgläubigen Erwerb vom Nichtberechtigten ermöglichen⁵⁸ aber auch solche mit relativ kurzen Ersitzungs- und Gutgläubenserwerbsfristen (wie etwa die Schweiz)⁵⁹, wurden häufig als Drehscheibe des illegalen Kulturgüterhandels missbraucht.

Vor diesem rechtlichen Hintergrund und aufgrund der Tatsache, dass das Ansehen des schweizerischen Kunstmarkts durch diverse Verdachtsmomente der Verstrickung in illegale Handlungen schwer ramponiert wurde,⁶⁰ beschloss der schweizerische Gesetzgeber, den Erwerb von ausländischem Kulturgut in der Schweiz zu erschweren.⁶¹ Seit Erlass des KGTG verfügt die Schweiz nunmehr über Rechtsgrundlagen, die den internationalen (legalen wie illegalen) Kulturgütertransfer und die Anerkennung ausländischer Exportbestimmungen regeln.⁶²

2. Beachtung ausländischer Exportverbote

Doch selbst das Inkrafttreten des KGTG vermag die Frage nicht eindeutig zu beantworten, ob ausländisches Kulturgut in der Schweiz erworben werden kann oder

⁵⁵ Stehen ausländische Kulturgüter hingegen unter einer Rückgabegarantie nach Art. 10 KGTG ist ein Erwerb an ihnen in der Schweiz nicht möglich. Sie werden daher vereinzelt als *temporäre res extra commercium* bezeichnet, BSK IPRG-FISCH, Art. 100 N 74.

⁵⁶ Ohne einen solchen Erwerbsvorgang in einem anderen Staat richteten sich der Erwerb und Verlust dinglicher Rechte an beweglichen Sachen in Anwendung des Art. 100 Abs. 1 IPRG weiterhin nach dem Recht des Ursprungsstaates des Kulturguts. Damit wäre aufgrund der Verweisung auf das ausländische Recht eine dortige Bestimmung zu beachten, die Kulturgut als *res extra commercium* von einem Erwerb ausnimmt. Freilich wären diesfalls Überlegungen des negativen *ordre public* i.S.d. Art. 17 IPRG anzustellen. S. hierzu m.w.H. BSK IPRG-FISCH, Art. 100 N 74.

⁵⁷ Die von Teilen der Lehre sowie Unidroit vorgeschlagene Anwendung des *lex originis* bei Kulturgütern konnte sich international noch nicht überall durchsetzen, SIEHR, SZIER 2005, 53, 68 f; SIEHR, in: EBLING/SCHULZE, 175, 199 ff.

⁵⁸ Hierzu zählt klassischerweise Italien, wo gemäss Art. 1153 ff. des italienischen Codice civile der sofortige gutgläubige Erwerb möglich ist. S. zu einem Rechtsvergleich mit einigen ausgewählten Staaten SIEGFRIED, 85 ff.

⁵⁹ Art. 728 Abs. 1, Art. 934 Abs. 1 ZGB wonach die Ersitzungs- bzw. Gutgläubenserwerbsfrist auf je fünf Jahre beschränkt ist.

⁶⁰ Bot. KGTG, BBl. 2002, 535, 536.

⁶¹ *Ibid.*

⁶² S. insb. Art. 5-9 KGTG.

nicht. Einer der Hauptgründe hierfür liegt in der vom Gesetzgeber gewählten *Art* der Umsetzung der UNESCO-Konvention. Dem Bundesrat lagen damals zwei Modelle vor. Das erste Modell (sog. amerikanisches Modell) machte die Anerkennung eines ausländischen Exportverbots vom Abschluss eines bilateralen Staatsvertrags mit dem jeweiligen Herkunftsstaat abhängig. Die zweite Möglichkeit (sog. kanadisches Modell) sah vor, dass jede illegale Ausfuhr aus einem Vertragsstaat der UNESCO-Konvention automatisch als illegale Einfuhr in der Schweiz qualifiziert.⁶³ Die Schweiz entschloss sich für die Umsetzung der UNESCO-Konvention nach dem amerikanischen Modell. Damit werden ausländische Exportverbote erst dann in der Schweiz anerkannt, wenn eine *bilaterale Vereinbarung* geschlossen wurde. Zurzeit bestehen 7 solcher Vereinbarungen.⁶⁴ Dem stehen 132 Staaten gegenüber, welche die UNESCO-Konvention ratifizierten.⁶⁵

Eine bilaterale Vereinbarung untersteht den strengen Voraussetzungen des Art. 7 KGTG: Gemäss Art. 7 Abs. 2 KGTG können einzig Kulturgüter von wesentlicher Bedeutung für das kulturelle Erbe des jeweiligen Vertragsstaates Gegenstand einer bilateralen Vereinbarung sein (lit. a). Das Kulturgut muss im jeweiligen Vertragsstaat Ausfuhrbedingungen unterliegen, die den Schutz des kulturellen Erbes bezwecken (lit. b) und der Vertragsstaat muss Gegenrecht gewähren (lit. c). Diese strengen Voraussetzungen werden in der Lehre häufig kritisiert.⁶⁶

3. Befristete Massnahmen zum Schutz des kulturellen Erbes in Syrien und dem Irak

Besteht mit einem Staat keine bilaterale Vereinbarung i.S.v. Art. 7 KGTG können seine Kulturgüter wie schweizerisches «einfaches» Kulturgut erworben werden.⁶⁷ Eine Möglichkeit, ausländisches Kulturgut in Krisensituationen einem stärkeren Schutz zu unterstellen, als dies das allgemeine Sachenrecht vorsieht, wird in Art. 8 KGTG normiert. Danach kann der Bundesrat bei ausserordentlichen, das kulturelle Erbe eines Staates gefährdenden Ereignissen die Ein-, Aus- und Durchfuhr von Kulturgut durch *befristete Massnahmen* besonders regeln.

⁶³ Zur Vernehmlassung Bot. KGTG, BBl. 2002, 535, 579 f.; ferner GABUS/RENOLD, Art. 7 LTBC N 4 ff.

⁶⁴ Die Vertragsstaaten sind Italien, Griechenland, Kolumbien, Ägypten, Zypern, China und Peru, <<http://www.bak.admin.ch/kulturerbe/04371/04377/index.html?lang=de>> (27.09.2017).

⁶⁵ S. <<http://www.unesco.org/new/en/culture/themes/illicit-trafficking-of-cultural-property/1970-convention/states-parties/>> (27.09.2017).

⁶⁶ BSK IPRG-FISCHER, Art. 100 N 66 ff.; SIEHR, in: FS Vogt, 261, 269.

⁶⁷ Dazu weiter hinten IV.A.2.

Solche befristeten Massnahmen bestehen zum heutigen Zeitpunkt einzig gegenüber dem Irak⁶⁸ und Syrien.⁶⁹ Im Falle des Iraks hält der Bundesrat in Art. 1a der Irak-VO fest, dass die Ein-, Durch und Ausfuhr sowie der Verkauf, der Vertrieb, der Erwerb und die anderweitige Übertragung von irakischen Kulturgütern verboten sind, die seit dem 2. August 1990 in der Republik Irak gestohlen wurden, gegen den Willen des Eigentümers abhandengekommen oder rechtswidrig ausgeführt worden sind.⁷⁰ Zudem müssen Personen in Besitz solcher Kulturgüter dies unverzüglich dem Bundesamt für Kultur melden (Art. 2a Abs. 3 der VO).

Ausführlicher hält die Syrien-VO in Art. 9a fest, dass die Ein-, Aus- und Durchfuhr, der Verkauf, der Vertrieb, die Vermittlung und der Erwerb von Kulturgütern, die zum kulturellen Eigentum Syriens⁷¹ gehören, verboten sind, sofern Grund zur Annahme besteht, dass die Güter gestohlen wurden, dem rechtmässigen Eigentümer abhandengekommen (lit. a) oder rechtswidrig aus Syrien ausgeführt worden sind (lit. b). Gemäss Art. 9a Abs. 2 der Verordnung besteht eine Vermutung zugunsten einer rechtswidrigen Ausfuhr, wenn die Güter in den Bestandesverzeichnissen von öffentlichen syrischen Sammlungen, syrischen Museen, Archiven, Bibliotheken oder religiösen Einrichtungen aufgeführt sind. Eine Besonderheit besteht darin, dass die angeführten Verbote in Bezug auf syrische Kulturgüter dann nicht zur Anwendung gelangen, wenn die Kulturgüter der rechtmässigen Eigentümerin oder dem rechtmässigen Eigentümer in Syrien auf sichere Weise zurückgegeben werden (Art. 9a Abs. 3 lit. b).⁷²

⁶⁸ Verordnung des Bundesrats über Wirtschaftsmassnahmen gegenüber der Republik Irak vom 7. August 1990, SR. 946.206, AS 1990 1316 (hiernach: Irak-VO).

⁶⁹ Verordnung des Bundesrats über Massnahmen gegenüber Syrien vom 8. Juni 2012, SR. 946.231.172.7, AS 2012 3489 (hiernach: Syrien-VO).

⁷⁰ Gemäss Art. 1a Abs. 2 der VO wird eine rechtswidrige Ausfuhr vermutet, wenn sich das Kulturgut nach dem 2. August 1990 nachweislich im Irak befunden hat.

⁷¹ Ebenfalls unter die Ausfuhrverbote fallen gemäss Art. 9a Abs. 1 Syrien-VO sonstige Gegenstände von archäologischer, historischer, kultureller, religiöser oder besonderer wissenschaftlicher Bedeutung.

⁷² Was in diesem Zusammenhang unter «zurückgeben» zu verstehen ist, definiert der Bundesrat nicht. Auch ist unklar, welche Verbote entfallen, sofern eine «Rückgabe» garantiert wird. Es darf bezweifelt werden, dass der Bundesrat tatsächlich einen Erwerb syrischer Kulturgüter unter Rückgabegarantie ermöglichen wollte. Vielmehr ist davon auszugehen, dass er einzig vorübergehende Ausfuhr zulassen wollte, wenn das Kulturgut zu einem späteren Zeitpunkt rückgeführt wird.

IV. Das Risiko der Herausgabe beim privaten Erwerb von Kulturgut

A. Rückführungs- und Herausgabeansprüche bei erworbenen Kulturgütern

Erwirbt ein Privater Kulturgut, stellt sich nach der Frage, ob der Gegenstand als im Rechtsverkehr fungible Sache überhaupt erworben werden kann, die Frage nach dem Rechtsschutz des Erwerbers.

Bereits ein cursorischer Blick auf die möglichen anwendbaren (privatrechtlichen) Normen des schweizerischen Kulturgüterrechts führen vor Augen, dass eine einheitlich-abschliessende Beantwortung der Frage, ob ein privater Erwerber Kulturgüter (dauerhaft) schützen kann, nicht möglich ist. Nach schweizerischer Rechtslage *de lege lata* ist es notwendig, bei seinem Rechtsschutz zu differenzieren. Die erste Weichenstellung ist danach zu richten, *wer* einen Anspruch geltend macht und wie dessen Rechtsbeziehung in Bezug auf die Schweiz ausgestaltet ist. Eine weitere Unterscheidung ist dahingehend zu treffen, aufgrund *welcher Anspruchsgrundlage* ein *Rückführungsanspruch* geltend gemacht wird.

1. Staaten mit bilateralen Vereinbarungen sowie Irak und Syrien

Erwirbt ein Privater Kulturgut, welches aus Staaten stammt, mit denen die Schweiz eine bilaterale Vereinbarung nach Art. 7 KGTG geschlossen hat, kann der Erwerber nach Art. 9 KGTG vom ausländischen Staat innert eines Jahres (relative Frist) bzw. 30 Jahren (absolute Frist) auf Rückführung verklagt werden. Diese Möglichkeit steht auch den Staaten Irak und Syrien offen, da Art. 9 KGTG einzig auf die *rechtswidrige Einfuhr* abstellt, worunter nach Art. 2 Abs. 5 KGTG auch diejenigen Staaten zu subsumieren sind, gegenüber denen der Bundesrat befristete Massnahmen erlassen hat.⁷³

Art. 98a IPRG begründet für Klagen nach Art. 9 KGTG die Zuständigkeit eines schweizerischen Gerichts am Wohnsitz des Beklagten oder Sitz der Partei oder am Belegenheitsort des Kulturguts. Ehemaligen *privaten Eigentümern* oder Besitzern des Kulturguts steht ein Anspruch nach Art. 9 KGTG aufgrund des klaren Gesetzeswortlauts nicht zu.⁷⁴

Der ausländische Staat muss für einen Erfolg der Klage nach Art. 9 KGTG einzig nachweisen, dass der entsprechende Gegenstand für sein kulturelles Erbe von we-

⁷³ GABUS/RENOLD, Art. 9 LTBC N 8.

⁷⁴ BSK IPRG-FISCH, Art. 98a N 5.

sentlicher Bedeutung ist und bei der Ausfuhr gegen seine Exportbestimmungen verstossen wurde.⁷⁵

Unklar ist, ob die gesetzliche Ausserverkehrsetzung des Heimatstaates (etwa in einem Register) genügt, um die Enteignung des Erwerbers in der Schweiz zu begründen oder aber der Schweizer Richter die «wesentliche Bedeutung» für das kulturelle Erbe eigenständig feststellen muss.⁷⁶ Das IPRG sieht für Klagen aus Art. 9 KGTG keine Bestimmung zum anwendbaren Recht vor.⁷⁷ M.E. offenbart ein Blick in die von der Schweiz geschlossenen bilateralen Vereinbarungen, dass der schweizerische Richter teilweise eine Interpretation gegen den Bestimmungswortlaut vornehmen müsste, um *seiner eigenen Auffassung* von «wesentlicher Bedeutung» Folge leisten zu können. So hält etwa die bilaterale Vereinbarung mit Ägypten⁷⁸ in Art. 2 fest, dass sich die *Typisierung* der Objekte zwar nach dem Anhang des Abkommens richtet, letztlich jedoch für alle Objekte gilt, «die von den beiden Vertragsparteien *gemäss ihrem jeweiligen interstaatlichen Recht* als Altertümer klassifiziert werden». Andere bilaterale Vereinbarungen wiederum wurden offener gestaltet, so dass ein befasstes Gericht auch objektive Massstäbe zur Qualifikation des kulturellen Erbes heranziehen kann. Art. 1 Abs. 2 der bilateralen Vereinbarung mit Peru⁷⁹ bestimmt diesbezüglich einzig, dass die Vereinbarung auf jene Kategorien von Kulturgütern Anwendung findet, die in den Anhängen aufgeführt «und von wesentlicher Bedeutung für das kulturelle Erbe der jeweiligen Vertragspartei sind».

Dem gutgläubigen privaten Erwerber verbleibt abgesehen von seinem Anspruch auf Rückerstattung des Kaufpreises, der notwendigen und nützlichen Aufwendungen (Art. 9 Abs. 5 KGTG)⁸⁰ und seinem damit zusammenhängenden Retentionsrecht (Art. 9 Abs. 6 KGTG) – vorbehaltlich Fristenablaufs und Rechtsmissbrauch⁸¹ – keine Möglichkeit, sich eines Rückführungsanspruches zu erwehren.

⁷⁵ GABUS/RENOLD, Art. 9 LTBC N 8 ff.

⁷⁶ Diese Ansicht vertritt ERNST, recht 2008, 2, 10.

⁷⁷ BSK IPRG-FISCH, Art. 100 N 63.

⁷⁸ Vereinbarung zwischen dem schweizerischen Bundesrat und der Regierung der Arabischen Republik Ägypten über die rechtswidrige Einfuhr und Durchfuhr sowie die Rückführung von Altertümern in deren Herkunftsland vom 14. April 2010, SR. 0.444.132.11, AS 2011 1711.

⁷⁹ Vereinbarung zwischen dem schweizerischen Bundesrat und der Regierung der Republik Peru über die Zusammenarbeit zur Verhütung des rechtswidrigen Handelns mit Kulturgütern vom 12. Juli 2016, SR. 0.444.164.11, AS 2016 3503.

⁸⁰ Hierzu ausführlich und statt aller GABUS/RENOLD, Art. 9 LTBC N 20 ff.

⁸¹ Zu beachten ist freilich auch die Einrede des Fristenablaufs sowie diejenige des besseren Rechts. Hierzu ERNST, recht 2008, 2, 7 ff.

2. Andere Staaten und ehemalige private Eigentümer bzw. Besitzer

Besteht weder eine bilaterale Vereinbarung i.S.d. Art. 7 KGTG mit, noch befristete Massnahmen i.S.d. Art. 8 KGTG gegenüber einem fremden Staat, so kann dieser Staat «sein» Kulturgut einzig mittels der ihm durch das materielle schweizerische Recht zur Verfügung gestellten Anspruchsgrundlagen herausverlangen. Der Normenkonflikt ist allerdings nicht exkludierend: Auch Staaten, mit denen die Schweiz bilaterale Vereinbarung geschlossen hat oder gegenüber denen befristete Massnahmen gelten, können ihre Ansprüche anstatt auf Art. 9 KGTG auf Grundlage des schweizerischen materiellen Rechts geltend machen. Dies schickt sich insbesondere dann, wenn er eine der notwendigen Voraussetzungen (vorheriger Besitz und Verstoss gegen Ausfuhrbestimmungen) nicht zu beweisen vermag. Freilich müssten diese Staaten ihre Ansprüche eventualiter vorbringen, da sonst eine *res iudicata* vorliegen könnte.⁸²

a. Fahrnisklage nach Art. 934 Abs. 1^{bis} ZGB

Gestützt auf Art. 934 Abs. 1^{bis} ZGB kann der *ehemalige Besitzer* ein Kulturgut von jedem aktuellen gutgläubigen Besitzer herausverlangen.⁸³ Abweichend von der in Art. 934 Abs. 1 ZGB normierten Grundnorm verjährt⁸⁴ die Frist zur Klage auf Herausgabe eines Kulturguts ein Jahr nachdem der ehemalige Besitzer⁸⁵ Kenntnis darüber erlangt hat, wo und bei wem sich das Kulturgut befindet (relative Frist), spätestens jedoch 30 Jahre nach dem Abhandenkommen (absolute Frist). Ein ausländischer Registereintrag hat für die Qualifikation als «einfaches» Kulturgut i.S.d. Art. 934 Abs. 1^{bis} ZGB höchstens Indizienwirkung; eine Kulturgutvermutung existiert jedenfalls nicht.

Insbesondere fremde Staaten haben häufig Mühe damit, den notwendigen ehemaligen Besitz zu beweisen. Dieser kommt ihnen einzig dann zu, wenn eine staatseigene Einrichtung der Besitzer gewesen ist.⁸⁶ Beruft sich ein fremder Staat hingegen ausschliesslich auf seine Exportvorschriften, begründet dies keinen Besitz, Art. 934 ZGB ist somit nicht anwendbar.⁸⁷

⁸² Vgl. hierzu die Hinweise bei KUKO ZGB-DOMEJ, Art. 934 N 10.

⁸³ S. hierzu ausführlich BSK ZGB-ERNST, Art. 934 N 17b ff.; CHK ZGB-ARNET/EITEL, Art. 934 N 9 ff.

⁸⁴ Tatsächlich handelt es sich hierbei wohl um eine Verwirkungsfrist, s. Bot. KGTG, BBl. 2002, 535, 602 f.; CHK ZGB-ARNET/EITEL, Art. 934 N 9.

⁸⁵ Der Wortlaut des Art. 934 Abs. 1^{bis} ZGB spricht fälschlicherweise vom «Eigentümer». Vgl. die Hinweise bei BSK ZGB II-ERNST, Art. 934 N 17j.

⁸⁶ BSK ZGB II-ERNST, Art. 934 N 17h.

⁸⁷ Auf Respektierung der eigenen Exportvorschriften kann einzig mittels Art. 9 KGTG geklagt werden, SIEHR, in: FS Vogt, 261, 271. Dafür ist aber wiederum eine bilaterale Vereinbarung notwendig.

Ausländische Kulturgüter nehmen an der schweizerischen Unterscheidung zwischen anvertrauten (Art. 933 ZGB) und abhanden gekommener (Art. 934 ZGB) Sachen teil.⁸⁸ Ein gutgläubiger privater Erwerber erwirbt daher im Zuge des Übertragungsaktes sofort Eigentum, wenn dem Veräusserer das Kulturgut *anvertraut* wurde.⁸⁹

b. Eigentumsklage nach Art. 641 Abs. 2 ZGB

Scheitert ein Herausgabeanspruch, etwa weil der Kläger seinen Besitz oder aber das ungewollte Abhandenkommen des Kulturguts nicht darlegen kann, kommt der konkurrierende Anspruch der Vindikationsklage aus Eigentum nach Art. 641 Abs. 2 ZGB auch für Kulturgüter in Betracht.

Im Unterschied zur Fahrnisklage muss bei der Eigentumsklage das Eigentum des Klägers nachgewiesen werden. Dies gelingt insbesondere Staaten, die bestimmte Sachgegenstände (meist Ausgrabungen) durch Gesetzesbestimmungen automatisch in Staatseigentum überführen, somit eine Art. 724 Abs. 1 ZGB nachempfundene Regelung kennen.⁹⁰

Auch wenn die Eigentumsklage im Grundsatz keine Verjährung oder Verwirkungsfrist vorsieht, geht sowohl die Botschaft⁹¹ als auch die Lehre⁹² davon aus, dass die Verjährungsbestimmungen des Art. 934 Abs. 1^{bis} ZGB auch auf die Vindikation von abhanden gekommenen Kulturgütern anwendbar sind.

B. Aussetzung der Urteilsvollstreckung bei Gefährdung des Kulturguts?

1. Mangelhafte privatrechtliche Grundlagen *de lege lata*

Aufgrund der eben aufgezeigten Rechtslage und der diffizil zu erbringenden Einwendungen⁹³ wird der private Erwerber von ausländischen Kulturgütern heute in den weit überwiegenden Fällen unterliegen und zur Herausgabe des Kulturguts verpflichtet.⁹⁴ Fraglich ist aber, ob ein erlangter Rückführungsanspruch von einem Schweizer

⁸⁸ ERNST, recht 2008, 2, 7.

⁸⁹ Dies ist insbesondere bei unberechtigter Übertragung durch Restauratoren oder Konservatoren anzutreffen. Auch Kulturgütern, die eine Leihgabe darstellen, können – vorbehaltlich einer Rückgabegarantie nach Art. 10 ff. KGTG – unmittelbar gutgläubig erworben werden. S. hierzu die Hinweise bei ERNST, recht 2008, 2, 7.

⁹⁰ ERNST, recht 2008, 2, 12.

⁹¹ Bot. KGTG, BBl. 2002, 535, 603 f.

⁹² BSK ZGB II-ERNST, Art. 934 N 17k.

⁹³ S. oben IV.A.1. *in fine*.

⁹⁴ Dem Erwerber steht im Rahmen von Art. 934 Abs. 1^{bis} freilich auch das Lösungsrecht des Art. 934 Abs. 2 ZGB zu, wobei die Voraussetzungen dazu bei Kulturgütern schwer zu erfüllen sind, muss es gemäss Wortlaut doch öffentlich ersteigert, auf einem Markt oder von einem

Gericht sofort vollstreckt und damit in das Herkunftsland rückgeführt werden muss oder das Gut solange in der Schweiz zurückbehalten werden kann, bis es nicht mehr gefährdet ist.

Die Möglichkeit des Gerichts, eine vorzeitige Rückführung auszusetzen, bis das Kulturgut bei einer Rückführung nicht mehr gefährdet ist, besteht im KGTG nach Art. 9 Abs. 2 KGTG. Wenngleich vom Gesetz unterwähnt, kommt dem privaten Erwerber im Falle seines Unterliegens gegenüber einem solchen Staat m.E. das Recht zu, die Gefährdung dem Gericht bereits in seinem Parteiantrag eventualiter darzulegen.

Problematisch ist allerdings, dass die Aussetzung des sofortigen Vollzugs im Grundsatz einzig gegenüber denjenigen Staaten auf einer eindeutigen Rechtsgrundlage beruht, die ihre Ansprüche auf Art. 9 KGTG stützen. Stellte man einzig auf die Gesetzssystematik – Möglichkeit der Vollstreckungsaussetzung im Rahmen von Art. 9 KGTG; sofortige Vollstreckung im Rahmen von Art. 934 Abs. 1^{bis} und 641 ZGB – ab, würde dies nichts anderes bedeuten, als dass der Vollzug eines auf ein vor dem sog. *Islamischen Staat* in Sicherheit gebrachtes Kulturgut lautendes Urteil zwar gegenüber dem klagenden syrischen nicht jedoch dem jemenitischen Staat vorübergehend ausgesetzt werden kann. Aber auch wenn der syrische Staat seine Rückführungsklage auf Art. 934 Abs. 1^{bis} oder 641 Abs. 2 ZGB statt auf Art. 9 KGTG stützte, könnte der Vollzug unter privatrechtlichen Aspekten nicht ausgesetzt werden. Eine solche Möglichkeit ist für Kulturgüter in Anwendung dieser beiden Anspruchsgrundlagen nicht vorgesehen. Handelt es sich beim ausländischen Kläger um eine Privatperson, scheidet eine Aufschiebung des Vollzugs nach Art. 9 Abs. 2 KGTG von vornherein aus.

Ein dem schweizerischen Kulturgüterschutzrecht stets innewohnendes Problem ist, dass grundsätzlich nicht danach unterschieden wird, ob es sich um einen dem Erhalt der Kulturgüter wohlgesinnten klagenden Anspruchsstaat handelt oder nicht. Ebenfalls ist es bei staatsvertragslosen Anspruchsstaaten nicht von Relevanz, ob es sich um einen Staat mit starken rechtsstaatlichen Strukturen handelt, oder um einen Staat, der in die Rechtslosigkeit entgleitet und sich auf dem Pfad der *failed states* befindet.⁹⁵

SIEHR hält zu dieser Problematik treffend fest, dass die Rückgabe eines Kulturguts auch im Rahmen des Art. 8 KGTG auf einen späteren Zeitpunkt verschoben werden kann, also die gleichen Überlegungen wie in Art. 9 Abs. 2 KGTG anzustellen sind.⁹⁶ Der Bundesrat könnte wohl im Rahmen von befristeten Massnahmen sämtliche Aus-

Kaufmann, der mit Waren gleicher Art handelt, übertragen worden sein. S. zu dieser Problematik CHK ZGB-ARNET/EITEL, Art. 934 N 11 f.; ferner ERNST, recht 2008, 2, 9. Für die Höhe der Entschädigung BERGER-RÖTHLISBERGER, 118.

⁹⁵ S. zu dieser Problematik bereits oben Fn. 7.

⁹⁶ SIEHR, AJP 2005, 675, 683.

führen bestimmter Kulturgüter während einer gewissen Zeit untersagen.⁹⁷ Allerdings ist diese Rechtsgrundlage durch Bundesrat auf dem Verordnungsweg⁹⁸ zu schaffen. Häufig wird es jedoch aufgrund zeitlicher Dringlichkeit eher dem Gericht überlassen sein, den Entscheid über die sofortige oder aufgeschobene Vollstreckung zu fällen – diese Möglichkeit allerdings bietet Art. 9 Abs. 2, nicht jedoch Art. 8 KGTG. Will man verhindern, dass Kulturgüter die durch Private in die Schweiz verbracht wurden, in Staaten rückgeführt werden, die keine Sicherung des Gegenstandes garantieren können, müssen daher zwingend andere Rechtsgrundlagen als das ZGB oder das KGTG herangezogen werden.

Dem Dualismus des schweizerischen Kulturgüterschutzrechts ist geschuldet, dass sich solche Anspruchsgrundlagen auch im KGSG finden können. Art. 12 Abs. 1 KGSG räumt dem Bund die Kompetenz ein, einen Bergungsort («*safe haven*») für durch bewaffnete Konflikte, Katastrophen und Notlagen gefährdete Kulturgüter zu schaffen – allerdings nur, wenn die treuhänderische Aufbewahrung unter der Schirmherrschaft der UNESCO steht und der Bundesrat einen Staatsvertrag mit dem jeweiligen Herkunftsland abgeschlossen hat (Art. 12 Abs. 2 KGSG).⁹⁹ Doch selbst wenn die Voraussetzungen erfüllt wären und die Kulturgüter zur treuhänderischen Aufbewahrung in der Schweiz verblieben, könnte zwar ein Dritter keine Rechtsansprüche geltend machen (Art. 12 Abs. 3 KGSG).¹⁰⁰ Beim Herkunftsstaat handelt es sich jedoch in keinem Fall um einen solchen Dritten. Dem Herkunftsstaat können somit *seine eigenen* Kulturgüter nicht vorbehalten werden. Die Massnahmen des KGSG bieten also keine Abhilfe, wenn ein ausländisches Kulturgut in die Schweiz verbracht wurde und dem Herkunftsstaat (noch) nicht ausgehändigt werden soll.

2. ZPO, *Ordre public* und Analogieschluss des Art. 9 Abs. 2 KGTG?

In aller Kürze und nicht abschliessend sollen weitere mögliche Grundlagen des schweizerischen Rechts präsentiert werden, die es ermöglichen, eine Rückführung in einen Herkunftsstaat so lange aufzuschieben, bis das Kulturgut gesichert ist.

Die erste Möglichkeit ist prozessrechtlicher Natur und bestünde in der Aufschiebung der Vollstreckbarkeit durch die Rechtsmittelinstanz (Art. 336 Abs. 1 lit. a i.V.m. Art. 325 Abs. 2 bzw. Art. 331 Abs. 2 ZPO) in evtl. Verbindung mit einer als Sicherungsmassnahme dienenden Hinterlegung beim Gericht (Art. 340 i.V.m. Art. 325

⁹⁷ Die Verordnung nähme diesfalls die in Art. 8 Abs. 1 lit. a KGTG normierte Ermächtigung wahr, die *Ausfuhr* an Bedingungen zu knüpfen, einzuschränken oder zu verbieten. S. auch GABUS/RENOLD, Art. 9 LTBC N 8.

⁹⁸ Art. 8 Abs. 1 KGTG.

⁹⁹ Bot. KGSG, BBl 2013, 8987, 9011 f.; siehe ferner die kritischen Bemerkungen zu den (engen) Voraussetzungen des möglichen Schutzes fremdstaatlicher Kulturgüter PAUMGARTNER/ZINGG, AJP 2014, 1375, 1376 ff.

¹⁰⁰ Bot. KGSG, BBl 2013, 8987, 9012.

Abs. 2 bzw. Art. 331 Abs. 2 ZPO). Hierbei ist jedenfalls zu beachten, dass die Aufschiebung des Vollstreckung eines Urteils aus prozessrechtlicher Sicht eine absolute Ausnahme darstellt und auf besonders triftigen Gründen basieren muss (vgl. etwa OGer ZH, RB120045 vom 18.10.2012, E. 2).¹⁰¹ Bei Kulturgütern kann indes m.E. genau ein solcher besonderer Grund vorliegen, der eine sofortige Vollstreckung ins Ausland nicht rechtfertigen würde, da *der Streitgegenstand so verändert werden könnte, dass der Endentscheid sich gar nicht mehr vollstrecken liesse*.¹⁰²

Möglich wäre auch eine Berufung des unterliegenden Beklagten auf einen *kulturpolitischen Ordre public*,¹⁰³ der die Ausfuhr von Kulturgütern in einen Staat, in dem dessen Beschädigung oder Zerstörung wahrscheinlich ist, vorübergehend hindert. Ein solcher ist allerdings zum heutigen Zeitpunkt eher unwahrscheinlich und wäre wohl auch politisch schwer durchsetzbar.¹⁰⁴ Gleichwohl werden solche Überlegungen von der Lehre¹⁰⁵ und teilweise von der Rechtsprechung¹⁰⁶ immer wieder postuliert.

Eine dritte Option schliesslich läge in der Erstreckung des *Telos* des Art. 9 Abs. 2 KGTG mittels analoger Anwendung auf Rückführungsansprüche von Kulturgut, die sich auf Art. 934 Abs. 1^{bis} oder 641 Abs. 2 ZGB stützen. Allerdings ist fragwürdig, ob tatsächlich eine planwidrige Regelungslücke vorliegt. Immerhin entschied sich der historische Gesetzgeber bewusst gegen die Ratifizierung der Unidroit-Konvention¹⁰⁷ und die damit verbundenen automatischen Rückführungsansprüche fremder Staaten.

V. Überlegungen *de lege ferenda* und Ergebnis

Der Erwerb von ausländischen Kulturgütern durch Private ist eine häufig sinnvolle und effektive Ergänzung zur hoheitlichen Aufgabe des Staates, sein und das weltweite kulturelle Erbe bestmöglich zu bewahren.

Damit Private ihre Bestrebungen ausüben können, müssen sie (auch) aus privatrechtlicher Sicht Rechtsschutz erfahren. Eine punktuelle Analyse der einschlägigen privatrechtlichen Normen der Schweiz hat ergeben, dass die *Erwerbsmöglichkeiten* von

¹⁰¹ S. hierzu insb. BSK ZPO-SPÜHLER, Art. 325 N 6 m.w.H.

¹⁰² OGer ZH, RB120045 vom 18.10.2012, E. 2; SHK ZPO-REICH, Art. 325 N 3 m.w.H.

¹⁰³ S. zu diesem Begriff SIEHR, in: DOLZER/JAYME/MUSSGNUG, 83 ff., 101 f.

¹⁰⁴ Man denke etwa an die bilateralen Verstimmungen, wenn ein Schweizer Gericht Kulturgüter nicht an die Türkei auslieferte, weil die dortigen Zustände nach schweizerischem Verständnis keinen ausreichenden Schutz böten.

¹⁰⁵ So etwa SIEHR, AJP 2005, 675 ff., 683; WYSS, in: FECHNER/OPPERMANN/PROTT, 201 ff., *passim*.

¹⁰⁶ Vgl. die bereits oben (Fn. 25) erörterte E. 7c des BGE 123 II 134.

¹⁰⁷ S. hierzu oben Fn. 37.

ausländischen Kulturgütern danach zu unterscheiden sind, ob und, bejahendenfalls, welche völkerrechtlichen Vereinbarungen zwischen der Schweiz und dem jeweiligen Herkunftsstaat des Kulturguts bestehen.

Selbst wenn Private das Kulturgut sichernd erwerben konnten, schwebt über diesem Erwerb *de lege lata* das Damoklesschwert der Rückführungsansprüche des Herkunftsstaats. Die aktuell einzige (privatrechtlich) normierte Möglichkeit eines Schweizer Gerichts, den Vollzug eines zu Gunsten des Herkunftsstaats entschiedenes Urteil aufzuschieben, bis das Kulturgut bei einer Rückführung nicht mehr gefährdet ist, findet sich in Art. 9 Abs. 2 KGTG. Diese Möglichkeit des richterlichen Ermessens ist im Grundsatz einzig auf Staaten beschränkt, mit denen die Schweiz eine bilaterale Vereinbarung geschlossen oder denen gegenüber der Bundesrat unilaterale befristete Massnahmen erlassen hat. Zurzeit beläuft sich die Anzahl dieser Staaten auf neun (worunter aber immerhin die Staaten Griechenland, Italien, Irak und Syrien fallen). Folgte man der Gesetzessystematik, könnte ein schweizerisches Gericht die Vollstreckbarkeit allerdings selbst gegenüber diesen Staaten nicht aufschieben, wenn sie ihre Ansprüche nicht auf Art. 9 KGTG, sondern auf die Klage aus Besitz (Art. 934 Abs. 1^{bis} ZGB) oder aus Eigentum (Art. 641 Abs. 2 ZGB) stützten.

Diesen Umstand gilt es zu beseitigen. Aus Sicht des Verfassers verlangt ein effektiver Schutz von Kulturgütern, dass Rückführungsansprüche so lange ausgesetzt werden können, bis die Gegenstände keiner *imminenten* Gefahr mehr ausgesetzt sind und ihr Bestand gesichert ist. Dies hat gegenüber sämtlichen Staaten zu erfolgen, gleichgültig auf welche Grundlage sie ihren Anspruch stützen. Daher sollte die Diskussion über einen in Art. 934 Abs. 1^{bis} ZGB zu verankernden Zusatz eröffnet werden, der die Möglichkeit des Gerichts vorsieht, die Vollstreckung eines Rückführungsanspruches so lange auszusetzen, bis das Kulturgut nicht mehr gefährdet ist.

Literaturverzeichnis

ANTON MICHAEL, *Illegaler Kulturgüterverkehr – Rechtshandbuch Kulturgüterschutz und Kunstrestitutionsrecht* (Band 1), Berlin/New York 2010

BAKER & MCKENZIE (Hrsg.), *Stämpflis Handkommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO)*, Bern 2010

BERGER-RÖTHLISBERGER REGULA, *Sorgfalt bei der Übertragung und beim Erwerb von Kulturgütern*, Bern 2009

BISCHOFF FABIENNE, *Die Kunstmärkte – Funktionsweise und kartellrechtliche Probleme*, Zürich/Basel/Genf 2013

BREITSCHMID PETER/JUNGO ALEXANDRA (Hrsg.), *Handkommentar zum Schweizer Privatrecht – Sachenrecht*, 3. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2016 (zit. CHK ZGB-BEARBEITER/IN)

BÜCHLER ANDREA/JAKOB DOMINIQUE (Hrsg.), *Kurzkommentar ZGB Schweizerisches Zivilgesetzbuch*, Basel 2012 (zit. KUKO ZGB-BEARBEITER/IN)

- ENGELER WALTER/RASCHÈR ANDREA F.G., Für einen zeitgemässen Schutz von Weltkulturerbe in der Schweiz, AJP 2016, 890
- ERNST WOLFGANG, Neues Sachenrecht für Kulturgüter, recht 2008, 2
- FATF/GAFI, Report on Financing of the Terrorist Organisation Islamic State in Iraq and the Levant (ISIL), Februar 2015
- GABUS PIERRE/RENOLD MARC-ANDRÉ, Commentaire LTBC – Loi fédérale sur le transfert international des biens culturels (LTBC), Zürich 2006
- GRAMER ROBBIE, UNESCO fights back as ISIS tries to Stamp out Culture, Foreignpolicy v. 12.4.2017, <<http://foreignpolicy.com/2017/04/12/unesco-united-nations-isis-islamic-state-cultural-antiquities-trade-irina-bokova-refugees-heritage/>> (17.08.2017)
- GRELL BORIS/PLUTSCHOW MATHIAS, Sorgfaltspflichten gemäss Kulturgütertransfergesetz (KGTG) – Anleitung mit praktischen Tipps, Zürich 2005
- HOFER SIBYLLE, Berner Kommentar, Einleitung, Art. 1-9 ZGB, Bern 2012 (zit. BK-HOFER)
- HONSELL HEINRICH/VOGT NEDIM PETER/GEISER THOMAS (Hrsg.), Basler Kommentar zum Zivilgesetzbuch I. Art. 1-456 ZGB, 5. Aufl., Basel 2014 (zit. BSK ZGB I-BEARBEITER/IN)
- HONSELL HEINRICH/VOGT NEDIM PETER/GEISER THOMAS (Hrsg.), Basler Kommentar zum Zivilgesetzbuch II. Art. 457-977 ZGB und Art. 1-61 SchlT ZGB, 5. Aufl., Basel 2015 (zit. BSK ZGB II-BEARBEITER/IN)
- HONSELL HEINRICH/VOGT NEDIM PETER/SCHNYDER ANTON K./BERTI STEPHEN (Hrsg.), Basler Kommentar zum internationalen Privatrecht, 3 Aufl., Basel 2013 (zit. BSK IPRG-BEARBEITER/IN)
- PAUMGARTNER NIKOLAUS THADDÄUS/ZINGG RAPHAEL, Die Schweiz als erster Safe Haven für Kulturgüter, AJP 2014, 1375
- RASCHÈR ANDREA F.G./KUPRECHT KAROLINA/FISCHER YVES, Drum prüfe, wer sich bindet! – «Compliance» im Kulturgüterhandel?, AJP 2003, 507
- SCHACK HAIMO, Kunst und Recht, 2. Aufl., Tübingen 2009
- SCHMIDT-GABIN FLORIAN, Verkaufen verboten! Bemerkungen zu den zivilrechtlichen Folgen des Art. 16 Abs. 1 KGTG, AJP 2007, 575
- SIEGFRIED FELIX HEINZ, Internationaler Kulturgüterschutz in der Schweiz – Das Bundesgesetz über den internationalen Kulturgütertransfer (Kulturgütertransfergesetz, KGTG), Frankfurt am Main 2006
- SIEHR KURT, Öffentliches Recht und internationales Privatrecht beim grenzüberschreitenden Kulturgüterschutz, in: RUDOLF DOLZER/ERIK JAYME/REINHARD MUSSGNUG (Hrsg.), Rechtsfragen des internationalen Kulturgüterschutzes – Symposium vom 22./23. Juni 1990 im Internationalen Wissenschaftsforum Heidelberg, Heidelberg 1994, 83
- DERS., Das Sachenrecht der Kulturgüter – Kulturgütertransfergesetz und das schweizerische Sachenrecht, in: HONSELL HEINRICH/PORTMANN WOLFGANG/ZÄCH ROGER/ZOBL DIETER (Hrsg.), Aktuelle Aspekte des Schuld- und Sachenrechts – Festschrift für Heinz Rey zum 60. Geburtstag, Zürich/Basel/Genf 2003, 127
- DERS., Das Kulturgütertransfergesetz der Schweiz aus der Sicht des Auslandes, AJP 2005, 675
- DERS., Internationaler Rechtsschutz von Kulturgütern – Schutz der bildenden Kunst in Vergangenheit, Gegenwart und Zukunft, SZIER 2005

- DERS., Das kulturelle Erbe im Privatrecht, in: HONSELL HEINRICH/HUWILER BRUNO/SCHULIN HERMANN (Hrsg.), *Liber amicorum Nedim Peter Vogt – Privatrecht als kulturelles Erbe*, Basel 2012, 261
- DERS., Kulturgüterschutz, in: EBLING KLAUS/SCHULZE MARCEL (Hrsg.), *Kunstrecht*, 2. Aufl., München 2012, 179
- SPÜHLER KARL/TENCHIO LUCA/INFANGER DOMINIK (Hrsg.), *Basler Kommentar Schweizerische Zivilprozessordnung (ZPO)*, 3. Aufl., Basel 2017 (zit. BSK ZPO-BEARBEITER/IN)
- VLASIC MARK V./TURKU HELGA, Protecting Cultural Heritage as a Means for International Peace, Security and Stability: The Case of ISIS, Syria and Iraq, *Vanderbilt Journal of Transnational Law* 49, 1371
- WEBER MARC, Bundesgesetz über den internationalen Kulturgütertransfer, ZSR 123 I (2004), 495
- DERS., Internationale Aspekte des gutgläubigen Erwerbers gestohlener Kulturgüter, in: WELLER MATTHIAS/KEMLE NICOLAI/DREIER THOMAS (Hrsg.), *Raub – Beute – Diebstahl*, Tagungsband des Sechsten Heidelberger Kunstrechtstags am 28. und 29. September 2012, Baden-Baden 2012, 45
- WYSS PHILIPP MARTIN, Rückgabeansprüche für illegal ausgeführte Kulturgüter – Überlegungen zu einem kulturpolitischen *Ordre public*, in: FECHNER FRANK/OPPERMANN THOMAS/PROTT LYNDEL V. (Hrsg.), *Prinzipien des Kulturgüterschutzes – Ansätze im deutschen, europäischen und internationalen Recht*, Berlin 1996, 201

Materialienverzeichnis

- Botschaft zur Totalrevision des Bundesgesetzes über den Schutz der Kulturgüter bei bewaffneten Konflikten vom 13. November 2013, BBl 2013, 8987 ff. (zit. Botschaft KGSG)
- Botschaft über die UNESCO-Konvention 1970 und das Bundesgesetz über den internationalen Kulturgütertransfer (KGTG) vom 21. November 2001, BBl 2002, 535 ff. (zit. Botschaft KGTG)

Die Zersplitterung der Gläsernen Decke? Die Gleichstellung der Geschlechter durch gesetzliche Massnahmen

Die vorgesehene Quotenregelung für börsennotierte Grossunternehmen in der aktuellen Aktienrechtsrevision: Erwartungen – Auswirkungen – Kritik

*Jasna Stojanovic**

Inhaltsübersicht

I. Einführung	166
II. Die Ausgangslage: Das Bedürfnis nach Geschlechterquoten	167
A. Das Phänomen der «Gläsernen Decke»	167
1. Gender-Diversity-Pipeline	168
2. Geschlechterrepräsentation nach Hierarchiestufen	168
B. Das Ziel gesetzlicher Richtwerte	170
C. Mögliche Ausgestaltung einer gesetzlichen Quote	172
III. Erwartungen an den Gesetzgeber	173
A. Rechtliche Vorgaben <i>de lege lata</i>	173
1. Art. 8 Abs. 3 BV	173
2. Diskriminierungsverbot und Anwendung des Gleichstellungsgesetzes	175
3. Vorgaben aus dem CEDAW Abkommen	175
B. Der geplante Art. 734f E-OR	176
1. Erfasste Unternehmen	177
2. «Das untervertetene Geschlecht» in VR und GL	178
3. Der «Comply or Explain»-Ansatz	179
a. Rechtliche Qualifikation der Erklärungspflicht	179
b. Pflichten und qualitative Vorgaben	180
IV. Mögliche Auswirkungen einer gesetzlichen Quote	181
A. Ökonomische Aspekte und Regulierungsfolgenabschätzung	181
B. Konkret: Die Einführung einer gesetzlichen Quote im Kanton Basel-Stadt als Beispiel	182
V. Kritische Würdigung einiger Gegenargumente	184
A. Selbstregulierung statt gesetzliche Regelung	184
B. Die Kritik an der «Quotenfrau» und anderen stereotypen Rollenbildern	186
VI. Fazit	188
Literaturverzeichnis	189
Materialienverzeichnis	191

* Die Autorin dankt Frau MLaw Jasmina Bukovac für die sorgfältige Durchsicht und Korrektur.

I. Einführung

Norwegen, Belgien und die Niederlande sowie Italien haben sie eingeführt. Auch Dänemark und Frankreich kennen Normen, die eine ausgewogene Vertretung der Geschlechter in Führungsgremien privatrechtlicher Unternehmen vorschreiben. In der Schweiz hat die laufende Aktienrechtsrevision nun ebenfalls einen Vorschlag hervorgebracht, in welchem der Gesetzgeber Massnahmen zur Gleichstellung der Geschlechter im Obligationenrecht festlegen will.¹ Dieser Beitrag befasst sich mit der Geschlechterquote nach Art. 734f E-OR.² Die Quoten von 30% bzw. 20% sollen nur für bestimmte Gremien gelten, namentlich für Verwaltungsräte und Geschäftsleitungen von privatrechtlichen Gesellschaften, die börsenkotiert sind und eine bestimmte Grösse aufweisen.³

Unter dem Randtitel «Vertretung der Geschlechter im Verwaltungsrat und in der Geschäftsleitung» erhitzt Art. 734f E-OR die Gemüter und wurde zum politischen Dauerbrenner. Mit der Vorlage schossen in den Medien flächendeckend Gegner und Befürworter von Frauenquoten, Spekulationen über *affirmative action* und Männerdiskriminierung aus dem fruchtbaren Boden der Genderthematik empor. Vertreterinnen und Vertreter aus Wirtschaft und Politik warnen vor Überregulierung, Quotenfrauen und übermässigen Eingriffen des Gesetzgebers.

Dieser Beitrag soll die vorgesehene Gesetzesänderung unter verfassungsrechtlichen Gesichtspunkten beleuchten, analysieren und gesellschaftspolitisch verorten. Dabei wird in einem ersten Teil analysiert, wie sich die Ausgangslage der Quotendiskussion gestaltet. Insbesondere wird die *Gender-Diversity-Pipeline*, also die Vertretung beider Geschlechter durch verschiedene Hierarchiestufen, betrachtet und es wird aufgezeigt, dass der Frauenanteil von einer Hierarchiestufe zur nächsten jeweils massiv abnimmt. Sodann wird argumentiert, dass in diesem Zusammenhang berechnete Erwartungen an den Gesetzgeber bestehen und dieser zum Handeln verpflichtet ist. Auch die konkrete Ausgestaltung der Quote wird kritisch untersucht und mögliche Auswirkungen derselben eruiert. Auf die gängige Kritik und überholte Wertvorstellungen wird im letzten Teil besonders eingegangen.

Es soll gezeigt werden, inwiefern die vorgeschlagene Gesetzesänderung ein geeignetes Förderungsinstrument und eine verhältnismässige Massnahme zur Gleichstellung der Geschlechter in Verwaltungsrat und Geschäftsleitung von börsenkotierten Grossunternehmen ist. Insbesondere soll die Problematik der Gläsernen Decke im Lichte des verfassungsrechtlichen Auftrages an den Gesetzgeber gemäss Art. 8 Abs. 3 BV analysiert werden.

¹ Siehe FORSTMOSER/KÜCHLER, 161; Bot. E-OR, BBl 2017 399, 453.

² Entwurf OR, BBl 2017 683.

³ Siehe unten **Verweis?**

II. Die Ausgangslage: Das Bedürfnis nach Geschlechterquoten

A. Das Phänomen der «Gläsernen Decke»

Die Gläserne Decke (engl. *glass ceiling*) steht sinnbildlich für eine unsichtbare Aufstiegsbarriere, welche qualifizierte Frauen daran hindert, in die Führungsetagen von Unternehmen aufzusteigen. Beim Karrierestart noch nicht sichtbar, stellt sie ein unausweichliches Hindernis bei der Wahrnehmung von Aufstiegsmöglichkeiten in Führungspositionen dar und benachteiligt Frauen mutmasslich gegenüber mitstreitenden Männern.⁴ Die Analyse des Schillingreports 2017⁵ zeigt, dass diese zwar stark vereinfachte und pointierte Theorie durchaus ihre Berechtigung hat.⁶ Die Statistik verdeutlicht, dass es sich bei der Gläsernen Decke nicht um ein diffuses Gefühl oder ein fiktives sozialpolitisches Konstrukt, sondern um ein strukturelles Problem in der Schweizer Wirtschaft handelt.

Der Blick in die statistischen Gegebenheiten sagt noch nichts über die Ursachen der Gläsernen Decke aus. Das Phänomen hat verschiedene Facetten, die eine gemeinsame grundlegende Komponente haben: stereotype und diskriminierende Wertvorstellungen. Beispielhaft soll dies folgende Szene aus einer Verwaltungsratssitzung des Unternehmens *Uber*⁷ illustrieren:

«Earlier in the day at an Uber staff meeting to discuss the company's culture, Arianna Huffington, another board member, talked about how one woman on a board often leads to more women joining the board.»

«Actually, what it shows is that it's much more likely to be more talking», Mr. Bonderman responded.»⁸

Die Feststellung, dass Frauen in Aufsichts-, Strategie- sowie Führungsorganen von Schweizer Unternehmen deutlich untervertreten sind, führt unmittelbar zu der Frage, inwiefern dieses Problem rechtlich korrekt identifiziert und vom Gesetzgeber als Gleichstellungsproblem aufgegriffen werden muss.

⁴ Siehe HINDLE, <<http://www.economist.com/node/13604240>> (10. Oktober 2017), mit Hinweis auf MORRISON/WHITE/VAN VELSOR.

⁵ Schillingreport 2017, 1 ff.

⁶ Siehe unten **Verweis?**

⁷ Details zum Unternehmen und eigene Unternehmenshomepage: <<https://www.bloomberg.com/research/stocks/private/snapshot.asp?privcapId=144524848>>; <<https://www.uber.com/en-CH/>> (10. Oktober 2017).

⁸ ISAAC/CHIRA, <<https://www.nytimes.com/2017/06/13/technology/uber-sexual-harassment-huffington-bonderman.html>> (10. Oktober 2017).

1. Gender-Diversity-Pipeline

Es ist unbestritten, dass in der jüngeren Zeitgeschichte die Gleichstellung der Geschlechter massiv vorangeschritten ist, wenn auch nur langsam.⁹ Der verfassungsrechtliche Gleichstellungsauftrag in Art. 8 Abs. 3 BV bildet die Grundlage dieser Entwicklung.¹⁰ Die materielle Beurteilung und die Auslegung der verfassungsrechtlichen Bestimmung sind den sich ändernden Umständen in Gesellschaft und Politik und den damit verbundenen Wertvorstellungen unterworfen.¹¹ Der gesetzgeberische Auftrag gemäss Art. 8 Abs. 3 Satz 2 BV ist zwar nur «programmatischer Natur» und begründet keine justiziablen Ansprüche.¹² Er richtet sich direkt an den Gesetzgeber, Dieser Umstand schliesst nicht aus, dass justiziable Teilgehalte aus Art. 8 Abs. 3 Satz 1 BV abgeleitet werden können.¹³

Die Erwerbstätigkeit ist ein zentraler Bereich, in welchem der Gesetzgeber bereits Massnahmen ergriffen hat, um Frauen den Zugang zum Arbeitsmarkt zu ermöglichen und allfällige damit zusammenhängende Diskriminierungstatbestände zu beseitigen. Diese Massnahmen haben u.a. dazu geführt, dass Frauen einen besseren Zugang zum Arbeitsmarkt haben.¹⁴ Trotz dieser positiven Entwicklung haben sich strukturelle Defizite ergeben, welche einerseits nicht mit dem verfassungsrechtlichen Gleichstellungsbegriff zu vereinbaren sind und andererseits nicht mit den verfügbaren Instrumenten beseitigt werden können. Die deutliche Untervertretung von Frauen in Führungsgremien von Grossunternehmen ist ein solches Defizit. Die positive Entwicklung der Gleichstellung hat vor den höheren Hierarchiestufen von Unternehmen Halt gemacht, die «Gläserne Decke» ist geblieben. Es ist also kein Zufall, dass die *Gender-Diversity* je nach Hierarchiestufe immer noch stark variiert.¹⁵

2. Geschlechterrepräsentation nach Hierarchiestufen

Die «Gläserne Decke» wird durch die Analyse der Hierarchiestufen deutlich. Im aktuellsten Schilling-Report stellten 113 von 250 bedeutenden Unternehmen aus elf

⁹ Siehe unten III.A.1.

¹⁰ Zur Entstehungsgeschichte siehe BSK-WALDMANN, Art. 8 BV N 1–7; das Bundesgericht sieht ??

¹¹ Vgl. KÄGI-DIENER, Kommentar Art. 4 CEDAW, 350; SCHENKER, 471.

¹² BSK-WALDMANN, Art. 8 BV N 103.

¹³ MÜLLER/SCHEFER, 746 m.w.H.

¹⁴ Insbesondere die Einführung des Bundesgesetzes über die Gleichstellung von Frau und Mann (Gleichstellungsgesetz, GlG) vom 24. März 1995 (SR 151.1) stellt in diesem Zusammenhang einen Meilenstein dar, siehe dazu Informationsplattform [humanrights.ch](https://www.humanrights.ch/de/menschenrechte-themen/diskriminierungsverbot/rechtslage-schweiz/frau-mann/), Gleichstellungsgesetz für Frau und Mann, <<https://www.humanrights.ch/de/menschenrechte-themen/diskriminierungsverbot/rechtslage-schweiz/frau-mann/>> (10. Oktober 2017).

¹⁵ SCHENKER, 470, weist darauf hin, dass die historische Analyse der Rechtsentwicklung in Zusammenhang mit Gleichstellungsfragen zeigt, dass Frauen in der Wirtschaft systematisch diskriminiert wurden und ein Aufstieg in Führungspositionen gesellschaftlich weder gewünscht noch akzeptiert wurde. Die Gläserne Decke ist zu einem Teil historisch gewachsen.

verschiedenen Branchen ihre Daten für die Analyse der *Gender-Diversity-Pipeline* zur Verfügung. Die Untersuchung umfasst die Analyse mehrerer Hierarchiestufen (Belegschaft, mittleres Management, Topmanagement, Geschäftsleitung und Verwaltungsrat). Diese Daten zeigen, dass im Privatsektor der Frauenanteil von einer Hierarchiestufe zur jeweils nächsten signifikant abnimmt. Schliesslich beträgt der Frauenanteil in den Verwaltungsräten der untersuchten Unternehmen gesamthaft 17% und nur 9% der Geschäftsleitung sind jeweils Frauen (4% der CEO's sind weiblich).¹⁶ Wird also festgestellt, dass in einem Gremium immerhin 17% Frauen vertreten sind, deutet dies auf eine positive Entwicklung hin. Schliesslich sind 17% im Verhältnis zu einer tieferen Prozentzahl aus dem Vorjahr oder zu gar keiner Vertretung von Frauen eine beachtliche Zahl. Die Aussage dagegen, dass 83% der Verwaltungsräte Männer sind, illustriert das Problem wesentlich deutlicher.

Am häufigsten beschäftigen die untersuchten Gesellschaften 41–50% Frauen in ihrer Belegschaft (29% der Unternehmen). In 16% der Unternehmen sind Frauen sogar in der Mehrheit der Belegschaft. Im mittleren Kader beträgt der Frauenanteil in 39 Unternehmen zwischen 11% und 20% und in immerhin in 19 Unternehmen zwischen 21% und 30%. Ganz anders sieht das Bild im Topmanagement, dem eigentlichen Sprungbrett für die Geschäftsleitung aus: 14% der Unternehmen haben überhaupt keine Frauen im Topmanagement, nur zehn Unternehmen verfügen über einen Frauenanteil von mehr als 30%. Dazwischen bewegen sich 59% bei 1%–20% Frauenvertretung.¹⁷

In fast einem Drittel (26%) der untersuchten Unternehmen sind überhaupt keine Frauen im Verwaltungsrat. In knapp über der Hälfte der Unternehmen findet sich ein Frauenanteil von 11% bis 30%. Diese Grössenordnung ist nicht besonders aussagekräftig. Sie zeigt immerhin auf, dass Frauen zwar einige Verwaltungsratssitze besetzen, aber deutlich unterrepräsentiert sind. In lediglich 11% der Unternehmen sitzen mehr als 30% Frauen im Verwaltungsrat, nur gerade mal 8%, also neun der untersuchten Unternehmen, haben mehr als 30% Frauen in der Geschäftsleitung. Die Hälfte der Unternehmen (57 von 113) haben nur Männer in der Geschäftsleitung.¹⁸

Der Schillingreport kommt zu einem klaren Ergebnis in Bezug auf die Geschlechterverhältnisse nach Hierarchiestufen: Je weiter man die Hierarchiestufen eines Unternehmens emporsteigt, desto geringer wird die Wahrscheinlichkeit, dass eine ausgewogene Geschlechtervertretung vorliegt bzw. dass Frauen zu mehr als 30% vertreten sind.¹⁹ Die entscheidenden Faktoren für eine Erhöhung der Frauenanteile sind die Schaffung von diskriminierungsfreien Aufstiegsmöglichkeiten und der Chancen-

¹⁶ Schillingreport 2017, 18.

¹⁷ Schillingreport 2017, 20.

¹⁸ Schillingreport 2017, 19.

¹⁹ Schillingreport 2017, 20.

gleichheit im Erwerbsleben. Die Durchbrechung der «Gläsernen Decke» bringt Aufstiegsmöglichkeiten für qualifizierte Talente und die adäquate Vertretung beider Geschlechter auf sämtlichen Hierarchiestufen. Eine Quote, welche die oberste Hierarchiestufe betrifft, wird eine «Sogwirkung» auf die tiefere Stufen entwickeln, da Unternehmen ihre Talente (insbesondere mit Hinblick auf Positionen in der Geschäftsleitung) oftmals «heranzüchten».²⁰ Studien weisen auch im internationalen Vergleich auf eine «Gläserne Decke» bzw. auf strukturelle Probleme hin,²¹ die durch positive Fördermassnahmen beseitigt werden müssen. Sie anerkennen insbesondere Quoten als geeignetes Mittel, um dieses Ziel zu erreichen.²²

B. Das Ziel gesetzlicher Richtwerte

Rechtssetzung vermag den gesellschaftlichen Wandel zu beeinflussen und ebenso beeinflussen veränderte Wertvorstellungen das Bedürfnis nach Anpassung der geltenden Rechtslage. Diese Wechselwirkung ist komplex und führt im Resultat oftmals dazu, dass bereits eingetretene Veränderungen in Gesellschaft und Wirtschaft vom Gesetzgeber «nachgeführt» werden.²³

Gender-Diversity in Führungspositionen, die «Gläserne Decke» und berufliche Chancengleichheit in Management und Spitzenpositionen sind keine Randthemen mehr und nehmen sowohl in der Wirtschaft, Politik als auch in der Gesellschaft in der Genderdebatte viel Raum ein. Der durchschnittliche Anteil von Frauen am Beschäftigungsvolumen²⁴ der Schweiz betrug im Jahr 2015 fast 40%.²⁵ Im Rahmen des verfassungsrechtlichen Gleichstellungsauftrags hat der Gesetzgeber die Entwicklungen im Erwerbsleben von Frau und Mann zu evaluieren und darauf zu reagieren. Die verfassungsrechtliche Verpflichtung des Gesetzgebers gemäss Art. 8 Abs. 3 BV umfasst sowohl die Schaffung gleicher Ausgangsbedingungen (Chancengleichheit) sowie die Herbeiführung tatsächlicher Gleichstellung von Mann und Frau (Ergebnisgleichheit).²⁶ Sowohl eine Nachführung als auch Korrekturmassnahmen und andere

²⁰ Siehe SCHENKER, 474.

²¹ Siehe weiterführend statt vieler McKinsey&Company, <<https://womenintheworkplace.com/>> (10. Oktober 2017).

²² International Labour Office (ILO), 45, <http://www.ilo.org/gender/Informationresources/Publications/WCMS_457317/lang--en/index.htm> (10. Oktober 2017).

²³ MÜLLER/UHLMANN, 18 ff.

²⁴ Statistische Grösse, Umrechnung des Arbeitsvolumens (gemessen als Beschäftigte oder Arbeitsstunden) in Vollzeitbeschäftigte, siehe Bundesamt für Statistik, Definitionen, <<https://www.bfs.admin.ch/bfs/de/home/statistiken/querschnittsthemen/raeumliche-analysen/indikatoren-regionale-disparitaeten/erwerbsleben-arbeitslosigkeit.html>> (10. Oktober 2017).

²⁵ Siehe Bundesamt für Statistik, Beschäftigungsanteil von Frauen, <<https://www.bfs.admin.ch/bfs/de/home/statistiken/querschnittsthemen/raeumliche-analysen/indikatoren-regionale-disparitaeten/erwerbsleben-arbeitslosigkeit.html>> (10. Oktober 2017).

²⁶ St. Galler Kommentar-BIGLER-EGGENBERGER/KÄGI-DIENER, Art. 8 Abs. 3 BV N 110 f.

angemessene Anpassungen des Gesetzes in diesem Zusammenhang sind für die Erfüllung des Verfassungsauftrags von zentraler Bedeutung. Nicht zu vernachlässigen ist der Legitimierungszweck und die Integrationswirkung des Rechtsetzungsverfahrens. Demokratisch legitimierte Gesetzgebungsprozesse steigern die Akzeptanz der rechtlichen Neugestaltung von betroffenen Unternehmen und der Gesellschaft allgemein.²⁷

Der politische Widerstand gegen die rechtliche Festschreibung von Geschlechterrichtwerten für Unternehmen hat verschiedene Facetten. Eine davon ist die Tatsache, dass rechtliche und tatsächliche Bevorzugung eines Geschlechts stets mit der Benachteiligung des anderen verbunden ist.²⁸ Eine Fördermassnahme, welche eine ausgewogene Vertretung der Geschlechter in Kaderpositionen wirtschaftlich bedeutender Unternehmen durch eine Quote bewirken soll, stellt bestehende Strukturen in Frage und scheint die Position derjenigen Personen zu gefährden, die von diesen Strukturen bisher profitieren konnten.

Bei der gezielten Frauenförderung im Sinne von Art. 734f E-OR handelt es sich um eine Massnahme, welche die statistisch erwiesene Übervertretung von Männern in höheren Kaderpositionen zu beseitigen vermag. Art. 8 Abs. 3 bildet die verfassungsrechtliche Grundlage für gesetzliche Massnahmen, welche das unterrepräsentierte Geschlecht fördern, um eine gleichwertige Einbindung in der Wirtschaft zu bewirken.²⁹ Schliesslich entspricht das Ziel der gleichwertigen Einbindung auch dem Egalisierungsgebot von Art. 8 Abs. 3 BV. Dabei können Fördermassnahmen, welche das unterrepräsentierte Geschlecht gegenüber dem anderen Geschlecht bevorzugen (umgekehrte Diskriminierung, engl. *affirmative action*) aufgrund des Egalisierungsgebots erforderlich sein.³⁰ Da es sich bei er Quote um einen Abbau einer ungerechtfertigten Bevorzugung von Männern handelt, stellt sie gar keine eigentliche Benachteiligung eines Geschlechts dar,³¹ sondern trägt dazu bei, die bestehende, ungerechtfertigte Übervorteilung abzubauen und längerfristig ganz zu beseitigen.³²

Die Benachteiligung eines Geschlechts beruht auf stereotypen Rollenzuweisungen, welche Zutrittsbarrieren zu Führungspositionen zementieren und sich auf Dauer manifestieren. Vorurteile, Ideologien oder Gewohnheiten sind Faktoren, welche diese Manifestation weiter begünstigen und Unternehmen daran hindern, das vorhandene

²⁷ MÜLLER/UHLMANN, 22.

²⁸ Siehe BÜCHLER/COTTIER, 122.

²⁹ Siehe St. Galler Kommentar-BIGLER-EGGENBERGER/KÄGI-DIENER, Art. 8 Abs. 3 BV N 111 sowie 114; BGE 125 I 21, 29 ff. E. 3 d aa) und bb).

³⁰ Vgl. BSK-WALDMANN, Art. 8 BV N 107–109; St. Galler Kommentar-BIGLER-EGGENBERGER/KÄGI-DIENER, Art. 8 Abs. 3 BV N 114.

³¹ Siehe ARIOLI, 70; St. Galler Kommentar-BIGLER-EGGENBERGER/KÄGI-DIENER, Art. 8 Abs. 3 BV N 114.

³² Bot. E-OR, BBl 2017 399, 663.

Potential eines Talentpools, welcher sowohl Männer als auch Frauen erfasst, vollumfänglich auszuschöpfen, da ein Geschlecht für Führungspositionen offensichtlich nicht in Betracht gezogen wird.³³ Das verfassungsmässige Egalisierungsgebot beinhaltet die Pflicht, diese faktischen Barrieren mittels rechtlicher Massnahmen zu beseitigen.³⁴

C. Mögliche Ausgestaltung einer gesetzlichen Quote

Es gibt verschiedene Arten von Quoten. Eine genaue Qualifikation ist entscheidend, denn je nach Ausgestaltung kann eine gesetzliche Quote unverhältnismässig und somit u.U. unzulässig sein.³⁵ Das Bundesgericht unterscheidet zwischen fixen bzw. starren Quoten und flexiblen Quoten, starre Quoten bevorzugen ein Geschlecht, ohne dass dabei auf Qualifikationen oder andere weitere Merkmale abgestellt wird.³⁶ Die Unterscheidung ist bei der Beurteilung der Verhältnismässigkeit der Massnahme von Bedeutung.³⁷ In der politischen (und medialen) Diskussion häufig suggeriert, es gebe nur eine Art von Quoten. Weil jeweils nicht darauf eingegangen wird, in welcher Form diese realisiert werden sollen, wird die Diskussion um Zulässigkeit und Auswirkungen von Quoten oftmals verzerrt.³⁸ Grundsätzlich sagen die verschiedenen Begriffe (Richtwerte, Zielvorgaben, Raten, Quoten) noch nichts über den rechtlichen Charakter der gesetzlichen Vorgabe aus, die Begriffe sind in diesem Sinne austauschbar. Vielmehr muss jeweils ermittelt werden, wie der Gesetzgeber die jeweilige Quote in einem bestimmten Gesetz tatsächlich ausgestaltet hat.

Art. 734f E-OR statuiert eine Zielvorgabe, welche sich auf bestimmte Positionen bezieht und nach einer Übergangsfrist erreicht werden muss. Es handelt sich hierbei um eine *Zielquote*.³⁹ Dabei ist das zu erreichende Ziel vorgegeben, ein bestimmtes Verhältnis der Repräsentanz der Geschlechter wurde gesetzlich festgelegt.⁴⁰ Zielvorgaben bestimmen dabei nicht, wie das Ziel erreicht werden soll und welche Mittel dabei eingesetzt werden müssen. Die vorliegende Zielquote für Verwaltungsrat und

³³ Siehe dazu SCHENKER, 473.

³⁴ BSK-WALDMANN, Art. 8 BV N 107; UEBERSCHLAG, 912; BGE 137 I 305, 317 E. 3.1; siehe auch Art. 3 Abs. 3 GIG.

³⁵ Siehe z.B. BGE 131 II 361, 376 E. 5.4, wo das Bundesgericht festhält, dass starre Quoten kaum mit dem Diskriminierungsverbot zu vereinbaren sind.

³⁶ BGE 131 II 361, 376 E. 5.4 («la distinction entre quotas fixes et quotas souples [...]»), siehe dazu auch ARIOLI, 147 f.; UEBERSCHLAG, 908 f.

³⁷ Zu starren Quoten: UEBERSCHLAG, 908 f.; ARIOLI, 147; BSK-WALDMANN, Art. 8 BV N 111; siehe auch St. Galler Kommentar-BIGLER-EGGENBERGER/KÄGI-DIENER, Art. 8 Abs. 3 BV N 114 f.

³⁸ KÄGI-DIENER, Kommentar Art. 4 CEDAW, 351.

³⁹ UEBERSCHLAG, 909.

⁴⁰ ARIOLI, 158; UEBERSCHLAG, 909.

Geschäftsleitung legt folglich keinen Kontrahierungszwang fest.⁴¹ Insbesondere verlangt das Gesetz nicht, dass die Umsetzung ohne Qualifikationsbezug erfolgen muss. Das heisst, dass die gesetzliche Regelung den Entscheidungsträgern den nötigen Ermessenspielraum für Personalentscheide belässt und Führungspositionen nach Qualifikationsmerkmalen und nicht bloss nach Geschlechterquoten besetzt werden.⁴² Anders wäre dies bei starren Quoten, die einem Geschlecht einen absoluten und automatischen Vorrang gewähren. Ein solcher Automatismus liegt bei Art. 734f E-OR nicht vor. Die Verantwortung, die geeigneten Massnahmen und Mittel zu finden und umzusetzen, damit die jeweiligen Richtwerte erreicht werden, liegt bei den betroffenen Unternehmen.

Welcher Minimalwert für die gesetzliche Zielvorgabe gewählt wird, hängt von verschiedenen Faktoren ab. Die Zielgrössen dürfen nicht zu hoch oder zu niedrig angesetzt werden. Eine gesetzliche Quote wird als Eingriff in die Wirtschaftsfreiheit gesehen und muss deshalb die Zulässigkeitsvoraussetzungen für Grundrechtseingriffe gemäss Art. 36 BV erfüllen.⁴³ Eine zu hohe Quote wäre in diesem Zusammenhang unverhältnismässig. Demgegenüber lässt sich faktische Chancengleichheit mit einer zu niedrigen Vorgabe nicht herstellen.⁴⁴ Die Quote sollte sich zudem an den bestehenden strukturellen Ungleichheiten orientieren und eine gerechte Lösung finden, diese auszuhebeln. Grundsätzlich kann die nun vorliegende Zielvorgabe von je 30% und 20% als verhältnismässig eingeschätzt werden.⁴⁵

III. Erwartungen an den Gesetzgeber

A. Rechtliche Vorgaben *de lege lata*

1. Art. 8 Abs. 3 BV

Art. 8 Abs. 3 BV stellt einen verbindlichen Massstab auf und verpflichtet den Gesetzgeber: «Mann und Frau sind gleichberechtigt. Das Gesetz sorgt für ihre rechtliche und tatsächliche Gleichstellung, vor allem in Familie, Ausbildung und Arbeit. [...]» Der Auftrag an den Gesetzgeber, die tatsächliche Gleichstellung von Frau und Mann zu verwirklichen, umfasst sämtliche Lebensbereiche, darunter wird der Arbeitsbereich in der Verfassung besonders hervorgehoben.⁴⁶ Der Gesetzgeber wird

⁴¹ ARIOLI, 155 f.; UEBERSCHLAG, 910 f.

⁴² Siehe GROSZ, 517 sowie 534.

⁴³ Siehe dazu u.a. UEBERSCHLAG, 910 ff.; GROSZ, 527 ff.; SCHENKER, 475 ff. m.w.H.

⁴⁴ UEBERSCHLAG, 914.

⁴⁵ UEBERSCHLAG, 910 ff. SCHENKER, 475 f.

⁴⁶ BSK-WALDMANN, Art. 8 BV N 104 f.; MÜLLER/SCHEFER, 746; mit Hinweis auf BGE 123 I 152, 156 E. 3a; BGE 137 I 305, 317 E. 3.1.

aufgefordert, in denjenigen Bereichen aktiv zu werden, wo die rechtliche und/oder die tatsächliche Gleichstellung nicht gegeben sind. Liegen gewichtige strukturelle Ungleichheiten vor, verfügt er über kein Ermessen bei der Entscheidung, *ob* er handeln soll. Hingegen ist der Gesetzgeber bei der konkreten Ausgestaltung seiner Handlungsoptionen frei.⁴⁷ Das Bundesgericht hält dazu fest, dass Art. 8 Abs. 3 dem Gesetzgeber einen «Sozialgestaltungsauftrag» erteilt. Darauf gestützt soll er auf «den Abbau bestehender Stereotypisierungen und diskriminierender Strukturen hinwirken».⁴⁸ Der Gesetzgebungsauftrag betrifft primär den Bund und die Kantone.⁴⁹ Wie bereits erläutert, besteht kein justiziabler Anspruch auf gesetzgeberisches Tätigwerden.⁵⁰

Die Herstellung von rechtlicher Gleichstellung, insbesondere durch die Einführung des Stimm- und Wahlrechts auf eidgenössischer Ebene im Jahre 1971, die verfassungsrechtliche Verankerung des Grundsatzes der Gleichbehandlung von Mann und Frau 1981, die Einführung der gleichberechtigten elterlichen Sorge im Kindsrecht von 1987 sowie die Gleichstellung im Eherecht 1988⁵¹, die Einführung des Gleichstellungsgesetzes und die Gleichstellung im Namensrecht,⁵² zeigt, dass der Gesetzgeber bei strukturellen Problemen gewichtige Schritte zu vollziehen vermag. Idealerweise führt die rechtliche Gleichstellung zu einer tatsächlichen. Das heisst, die rechtliche Massnahme bewirkt tatsächlich eine Veränderung und lässt beispielsweise keinen Raum für indirekte Diskriminierung.⁵³

Der Gesetzgeber verfügt bei der Umsetzung seines verfassungsmässigen Auftrags über einen grossen Gestaltungsspielraum.⁵⁴ Er kann, wie die Aufzählung oben zeigt, sowohl Streichungen und andere Anpassungen von einzelnen Normen vornehmen als auch neue, umfassende Gesetze schaffen.⁵⁵ Im Vordergrund steht dabei die Schaffung von gerechten und fairen Rechtsnormen.⁵⁶ Dass Frauen nun durch Gesetz in politische, ökonomische und gesellschaftliche Prozesse eingebunden werden, scheint

⁴⁷ BSK-WALDMANN, Art. 8 BV N 108; KÄGI-DIENER, 21; BGE 137 I 305, 317 f. E. 3.1.

⁴⁸ BGE 137 I 305, 317 f. E. 3.1.

⁴⁹ MÜLLER/SCHEFER, 747; BGE 131 II 361 E. 5.2; BGE 137 I 305, 317 E. 3.1; KIENER/KÄLIN, 447.

⁵⁰ Siehe oben II.A.1.

⁵¹ In diesem Zusammenhang besonders zu erwähnen ist die Streichung derjenigen Bestimmung, welche den Mann als Familienoberhaupt bestimmte und die Frau zur Hausarbeit rechtlich verpflichtete. Siehe Bot. CEDAW, BBl 1995 IV 901, 935; siehe dazu auch den Film aus dem SRF Archiv, Das neue Eherecht von 1988, vom 7. Juni 1983, <<https://www.youtube.com/watch?v=3Gkz6OSwRcE>> (10. Oktober 2017).

⁵² Siehe Informationsplattform humanrights.ch, Frauenrechte in der Schweiz: Kleine Chronologie der Frauenrechte in der Schweiz, <<https://www.humanrights.ch/de/menschenrechte-themen/gleichstellung/geschichte/frauenrechte-schweiz/>> (10. Oktober 2017).

⁵³ Zur indirekten Diskriminierung siehe BSK-WALDMANN, Art. 8 BV N 61 ff.; KIENER/KÄLIN, 437 ff.

⁵⁴ BGE 137 I 305, 318 E. 3.1.

⁵⁵ Bot. E-OR, BBl 2017 399, 453.

⁵⁶ MÜLLER/UHLMANN, 37.

im Lichte der bisherigen Entwicklung der nur langsam fortschreitenden Geschlechtergleichstellung logisch und notwendig. Die bisherigen gesetzgeberischen Bemühungen waren nicht genügend und müssen ausgebaut werden. Der Gesetzgeber ist verpflichtet, geeignete und verhältnismässige Massnahmen zu ergreifen, um den Unterschieden in den verschiedenen Hierarchiestufen weiter entgegenzuwirken.⁵⁷

2. Diskriminierungsverbot und Anwendung des Gleichstellungsgesetzes

Das Gleichstellungsgesetz stellt einen Meilenstein in der Entwicklung der gesetzgeberischen Bemühungen in Bezug auf die Gleichstellung der Geschlechter dar. Der verfassungsmässige Auftrag in Bezug auf die «Arbeit» erschöpft sich damit aber nicht. Das Gleichstellungsgesetz kommt gemäss Art. 2 GlG bei Arbeitsverhältnissen nach Obligationenrecht sowie für alle öffentlichrechtlichen Arbeitsverhältnisse in Bund, Kantonen und Gemeinden zur Anwendung. Zentrale Bestimmung des Gesetzes ist das Diskriminierungsverbot nach Art. 3 GlG. Gemäss Art. 3 Abs. 3 GlG sind angemessene Massnahmen zur Verwirklichung der tatsächlichen Gleichstellung möglich und stellen in diesem Rahmen keine Diskriminierung dar. Arbeitgeberinnen und Arbeitgeber dürfen also bereits auf der Grundlage von Art. 3 Abs. 3 GlG positive Massnahmen ergreifen, um ein Geschlecht zu fördern, sofern diese Massnahmen geeignet sind, die tatsächliche Gleichstellung der Geschlechter herbeizuführen.⁵⁸

Das Gleichstellungsgesetz ist anwendbar bei Vorliegen eines Arbeitsvertrages. Dies dürfte bei operativen Führungsorganen einer Aktiengesellschaft regelmässig der Fall sein. Zwischen der Aktiengesellschaft und ihrem Verwaltungsrätinnen und Verwaltungsräten liegt hingegen i.d.R. ein gemischtes Arbeitsverhältnis vor, welches im Einzelfall beurteilt werden muss.⁵⁹ Bei Anwendbarkeit des Gleichstellungsgesetzes, verpflichtet das Diskriminierungsverbot die Unternehmen die Quote sodann durch angemessene bzw. verhältnismässige Massnahmen umzusetzen. Dabei müssen faire und gerechte Umsetzungsmechanismen gefunden werden, welche dem Recht beider Geschlechter auf Gleichberechtigung Rechnung tragen.⁶⁰

3. Vorgaben aus dem CEDAW Abkommen

Es gibt mittlerweile zahlreiche Abkommen, welche ein Diskriminierungsverbot statuieren.⁶¹ Besonders interessant im Zusammenhang mit dem Ziel der tatsächlichen

⁵⁷ UEBERSCHLAG, 911.

⁵⁸ Siehe GROSZ, 526.

⁵⁹ UEBERSCHLAG, 912, mit Hinweis auf BGE 130 III 213 ff. E. 2.1.

⁶⁰ UEBERSCHLAG, 912; zur umgekehrten Diskriminierung siehe ARIOLI, 66 ff.

⁶¹ Eine Übersicht bieten BÜCHLER/COTTIER, 201 f.

Gleichstellung der Geschlechter ist das Übereinkommen zur Beseitigung jeder Form von Diskriminierung der Frau.⁶² Das Abkommen stellt bereits in der Präambel fest, dass sich die Vertragsstaaten «[...] unter Hinweis darauf, dass die Diskriminierung der Frau die Grundsätze der Gleichberechtigung und der Achtung der Menschenwürde verletzt, die Frauen daran hindert, am politischen, sozialen, wirtschaftlichen und kulturellen Leben ihres Landes teilzunehmen, [...] und der Frau die volle Entfaltung ihrer Fähigkeiten im Dienste ihres Landes und der Menschheit erschwert [...]», bereit erklären, zur Beseitigung jeder Form von Diskriminierung die notwendigen Massnahmen zu ergreifen. Des Weiteren verpflichten sich die Vertragsstaaten, stereotype Rollenbilder zu bekämpfen und hierfür Massnahmen zur Frauenförderung zu ergreifen, dazu gehören auch Frauenquoten.⁶³

Aus dem Abkommen ergibt sich, dass vom Gesetzgeber Massnahmen zur Gleichstellung erwartet werden können. Diese Massnahmen können durchaus in Form von aktiver Förderung von Frauen ausgestaltet sein. Auch auf völkerrechtlicher Ebene besteht also für den Gesetzgeber eine Handlungspflicht. Die dynamische Auslegung des Abkommens durch die CEDAW-Organe⁶⁴ hat Auswirkungen auf den materiellrechtlichen Gehalt von Art. 8 Abs. 3 BV. Gemäss Bundesgericht wird der allgemein formulierte Gleichstellungsauftrag in Art. 8 Abs. 3 BV durch das Abkommen konkretisiert und ergänzt.⁶⁵ Folglich müssen völkerrechtskonforme Auslegung internationaler Normen und neue Erkenntnisse und Entwicklungen der Gleichstellungsforschung bei der Auslegung der verfassungsrechtlichen Norm berücksichtigt werden.⁶⁶

B. Der geplante Art. 734f E-OR

Die aktuelle Aktienrechtsrevision ist ein umfassendes Projekt, das den Gesetzgeber seit mittlerweile zehn Jahren beschäftigt.⁶⁷ Es herrscht Uneinigkeit darüber, ob die Diskussion über Geschlechtergleichstellung in Verwaltungsrat und Geschäftsleitung überhaupt Gegenstand dieser umfangreichen Aktienrechtsrevision sein soll.⁶⁸ Die wirtschaftliche Bedeutung von Aktiengesellschaften rechtfertigt es nicht, gesellschaftspolitische Diskurse, insbesondere über Geschlechterquoten, ins Aktienrecht zu

⁶² Übereinkommen zur Beseitigung jeder Form von Diskriminierung der Frau (CEDAW-Übereinkommen), in Kraft getreten für die Schweiz am 26. April 1997 (SR 0.108).

⁶³ Art. 4 und 5 CEDAW; BÜCHLER/COTTIER, 2019; KÄGI-DIENER, Kommentar Art. 4 CEDAW, 350 ff.

⁶⁴ Siehe BÜCHLER/COTTIER, 219.

⁶⁵ BGE 137 I 305, 318 E. 3.2.

⁶⁶ KÄGI-DIENER, Kommentar Art. 4 CEDAW, 350.

⁶⁷ Der Entwurf zur Revision des Aktienrechts wurde am 21. Dezember 2007 verabschiedet, Bot. E-OR, BBl 2017 399, 401; siehe auch Bundesamt für Justiz, Revision des Aktienrechts, <<https://www.bj.admin.ch/bj/de/home/wirtschaft/gesetzgebung/aktienrechtsrevision14.html>> (10. Oktober 2017); siehe weiterführend FORSMOSER/KÜCHLER, 153 ff.; GERICKE et al., 25 ff.

⁶⁸ Siehe GROSZ, 520 f.

verlagern.⁶⁹ Anderer Meinung ist SCHENKER, der zu Recht feststellt, dass der Gesetzgeber zum Ziel hat, eine gerechte und sinnvolle Rechtsnorm zu schaffen, ohne sich dabei in rechtsdogmatischen Detailfragen zu verlieren.⁷⁰ Die systematische Einordnung der Norm ist auf die Tatsache zurückzuführen, dass Unternehmen erklärungspflichtig werden, falls sie die Quote nicht erreichen und diese Erklärungen im Vergütungsbericht dargelegt werden müssen.⁷¹ Dieser wird in Art. 734a E-OR ff. detailliert geregelt.⁷²

Der Gleichstellungsauftrag gemäss Art. 8 Abs. 3 beschränkt sich weder auf ein bestimmtes Rechtsgebiet noch auf Formen der zu treffenden gesetzgeberischen Massnahmen. Im Ergebnis sollen «stereotype Rollenbilder sowie institutionalisierte Verhaltensmuster und damit einhergehende Benachteiligungen» durch gezielte Massnahmen abgebaut werden.⁷³ Dadurch soll schliesslich ein «Umdenken in der Gesellschaft» bewirkt werden.⁷⁴

1. Erfasste Unternehmen

Betroffen sind börsenkotierte Unternehmen, welche die Schwellenwerte gemäss Art. 727 Abs. 1 Ziff. 2 OR überschreiten. Namentlich sind dies Gesellschaften, die zwei der folgenden Grössen in mindestens zwei aufeinanderfolgenden Geschäftsjahren überschreiten:

- eine Bilanzsumme von 20 Millionen Schweizer Franken (lit. a);
- einen Umsatzerlös von 40 Millionen Schweizer Franken (lit. b) und/oder
- 250 Vollzeitstellen im Jahresdurchschnitt (lit. c).

Mit der neuen Bestimmung werden nur in diesen Gesellschaften die Geschlechterquoten des weniger stark vertretenen Geschlechts von mindestens 30% für den Verwaltungsrat und 20% für die Geschäftsleitung angestrebt. Erreichen börsenkotierte Gesellschaften, welche von Art. 727 Abs. 1 Ziff. 2 OR erfasst werden, diese Quoten nicht, müssen sie in ihrem Vergütungsbericht darlegen, weshalb die gesetzlich geforderten Ziele verfehlt wurden und welche Massnahmen zur Förderung des weniger stark vertretenen Geschlechts zu treffen sind und welche allenfalls bereits umgesetzt wurden.⁷⁵

⁶⁹ VON DER CRONE/DAENIKER, 463.

⁷⁰ SCHENKER, 471, 475; MÜLLER/UHLMANN, 37.

⁷¹ Siehe unten III.B.3

⁷² Siehe GROSZ, 519 f.

⁷³ BGE 137 I 305, 317 f E. 3.1; vgl. St. Galler Kommentar-BIGLER-EGGENBERGER/KÄGI-DIENER, Art. 8 Abs. 3 BV N 112 ff.

⁷⁴ BGE 137 I 305, 317 E. 3.1.

⁷⁵ Siehe unten III.B.3.

Sinn und Zweck von Art. 734f E-OR ist es, eine gleichmässige Vertretung beider Geschlechter in Verwaltungsrat und Geschäftsleitung herzustellen.⁷⁶ Die prozentualen Richtwerte sind als Minimalwerte zu betrachten und jeweils aufzurunden, falls die Berechnung der 30% bzw. 20% Quote eine Dezimalzahl ergibt. Konkret bedeutet dies, dass z.B. in einem Verwaltungsrat mit 14 Mitgliedern mindestens fünf Personen des untervertretenen Geschlechts Einsitz nehmen müssen, bei einem Gremium von acht Mitgliedern sind es mindestens drei Personen etc. Bei der Geschäftsleitung gilt dies analog mit einer Mindestquote von 20%. Eine Zusammensetzung, die jeweils nur ein Geschlecht berücksichtigt, wird künftig nicht mehr möglich sein.

Vorgesehen ist eine grosszügige Übergangsregelung gemäss Art. 4 der Übergangsbestimmungen zur Änderung des Obligationenrechts.⁷⁷ Die betroffenen Unternehmen verfügen über fünf (für VR) bzw. zehn Jahre (für GL) nach Inkrafttreten der Bestimmung, um die gesetzlichen Richtwerte zu erreichen. Nach Ablauf dieser Frist werden die Gesellschaften ansonsten erklärungs-pflichtig und müssen im Vergütungsbericht begründen, weshalb die Richtwerte nicht erreicht wurden und Massnahmen erläutern, wie die Zielvorgabe konkret erreicht werden soll.⁷⁸

Die Regelung betrifft nur Grossunternehmen. Der Gesetzgeber hat es unterlassen, eine weiterreichende Bestimmung einzuführen und weitere Unternehmen zu verpflichten. Eine Ausweitung der gesetzlichen Pflicht auf weitere Gesellschaftsformen und/oder Unternehmensgrössen kann nicht ohne weiteres vorgenommen werden. Insbesondere könnte die Regelung für kleinere Gesellschaften, in welchen häufig nur wenige Mitglieder oder Einzelpersonen über Entscheidungskompetenzen verfügen oder in den jeweiligen Gremien überhaupt vertreten sind, impraktikabel sein.⁷⁹ Im Falle einer Ausdehnung des Geltungsbereichs wären Ausnahmeregelungen zu treffen.

2. «Das untervertetene Geschlecht» in VR und GL

Die Gesetzesbestimmung ist zwar neutral formuliert, indem sie eine *Geschlechterquote* verlangt. Im Ergebnis zielt sie – zumindest im jetzigen Zeitpunkt – darauf ab, den Frauenanteil in den im Gesetz genannten Gremien zu erhöhen.⁸⁰ Die Quote zielt stets auf das *untervertetene* Geschlecht ab, denn sie fördert eine ausgewogenere

⁷⁶ Bot. E-OR, BBl 2017 399, 662.

⁷⁷ Entwurf OR, BBl 2017 683, 741.

⁷⁸ Es liegt in der Verantwortung der Unternehmen, die geeigneten Massnahmen zur Umsetzung zu finden. Dies bedeutet auch, dass sie die nötige Freiheit haben, diejenigen Massnahmen zu treffen, welche aus ihrer individuellen Sicht die passendsten sind.

⁷⁹ GROSZ, 519.

⁸⁰ Bot. E-OR, BBl 2017 399, 592; ARIOLI, 144; SCHENKER, 476.

Durchmischung der Geschlechter in den Gremien.⁸¹ Offensichtlich kann von einer eigentlichen Gleichstellung bei einer Zielvorgabe von 30% zu 70% nicht die Rede sein. Die Quote entspricht dennoch dem verfassungsmässigen Egalisierungsgebot, welches im Ergebnis nicht ein absolutes bzw. starres Verhältnis von 50% voraussetzt.⁸² Das Gesetz verlangt in jedem Fall eine Zuordnung zu einem der genannten Geschlechter, es sieht keine weiteren Differenzierungen vor.

Art. 734f E-OR stellt verschiedene Quoten für Verwaltungsrat und Geschäftsleitung auf. Die Differenzierung beruht gemäss Botschaft auf den unterschiedlichen Voraussetzungen, welche für die jeweiligen Positionen und die unterschiedlichen Rekrutierungs- und Beförderungswege gefordert werden. Die Quote für die Geschäftsleitung wurde im Verlauf der Revision angepasst, sie betrug 30% und wurde auf 20% gesenkt. Die niedrigere Quote für die Geschäftsleitung wird durch die Anforderung spezifischer Branchenkenntnisse einerseits und die lange Beförderungsdauer andererseits erklärt.⁸³ Diesem Umstand wird weiter dadurch Rechnung getragen, dass die Übergangsfrist für die Richtwerte in der Geschäftsleitung doppelt so lang ist wie diejenige für den Verwaltungsrat, sie beträgt zehn Jahre. Das Festhalten an der Quote für Geschäftsleitungen ist mit Blick auf die Statistik besonders wichtig, schliesslich ist die Untervertretung von Frauen in diesem Bereich besonders prekär.⁸⁴ Diese Lösung ist als verhältnismässig anzusehen, belässt sie den Unternehmen genügend Zeit, um die Massnahmen umzusetzen, dies ohne Sanktionsandrohung.

3. Der «Comply or Explain»-Ansatz

a. Rechtliche Qualifikation der Erklärungspflicht

Die Erstellung des Vergütungsberichts ist eine unübertragbare und unentziehbare Aufgabe des Verwaltungsrats (Art. 716a Abs. 1 Ziff. 9 E-OR). Wird die Zielvorgabe nicht erreicht, ist das betroffene Unternehmen bzw. der Verwaltungsrat verpflichtet, im Vergütungsbericht Erklärungen abzugeben und Massnahmen zu erläutern.

Im Entwurf sind keine eigentlichen Sanktionen bei Nichteinhaltung der Zielvorgabe vorgesehen.⁸⁵ Es ist zudem unklar, nach welchem Massstab der *Explain*-Ansatz zu beurteilen ist, insbesondere wie umfangreich die Erklärungen im Vergütungsbericht sein sollen und wie konkret die zu treffenden Massnahmen zur Erreichung der Zielquote umschrieben werden müssen. Die Botschaft nimmt lediglich Bezug auf die

⁸¹ Siehe St. Galler Kommentar-BIGLER-EGGENBERGER/KÄGI-DIENER, Art. 8 Abs. 3 BV N 114; GROSZ, 512.

⁸² BSK-WALDMANN, Art. 8 BV N 107.

⁸³ Bot. E-OR, BBl 2017 399, 454 f.; KÄGI-DIENER, 29; GROSZ, 518.

⁸⁴ Siehe oben II.A.2.

⁸⁵ UEBERSCHLAG, 908.

Pflicht zur Berichterstattung, ohne dabei auf die inhaltlichen Anforderungen einzugehen.⁸⁶

b. Pflichten und qualitative Vorgaben

Der «*Comply*»-Ansatz verdeutlicht, dass die Zielvorgabe verbindlich ist. Der *Explain*-Ansatz dient dazu, das Unternehmen zu verpflichten, sich mit geeigneten Massnahmen für die Gleichstellung in Verwaltungsrat und Geschäftsleitung auseinanderzusetzen und diese durch einen Strategieplan auch tatsächlich umzusetzen. Die Wirksamkeit dieses Ansatzes ist umstritten, besteht doch die Gefahr, dass Unternehmen auf Erklärungen zurückgreifen, die für die angemessene Vertretung der Geschlechter in ihren Gremien irrelevant sind.⁸⁷ Der Gesetzgeber hat keine Sanktionsmöglichkeiten für die Nichteinhaltung der Regelung vorgesehen. Immerhin kann davon ausgegangen werden, dass die betroffenen Unternehmen sowohl einem internen als auch einem öffentlichem Druck ausgesetzt sind und unter der Beobachtung der Aktionärinnen und Aktionäre als auch der breiten Öffentlichkeit stehen und deshalb bemüht sind, regulatorische Vorgaben auch tatsächlich umzusetzen und Reputationsschäden zu vermeiden.⁸⁸

Der «*Comply or Explain*»-Ansatz steht also in einem gewissen Spannungsfeld zwischen der Verbindlichkeit der normativen Vorgaben und dem Freiraum, den die Unternehmen für ihre Personalentscheide benötigen. Dieser Ansatz verdeutlicht, dass der Gesetzgeber nach einer pragmatischen Lösung gesucht hat, welche der wirtschaftlichen Realität der betroffenen Unternehmen entspricht. Das Auswahlverfahren an sich soll nicht eingeschränkt werden, den Unternehmen steht es frei zu entscheiden, wie sie die Quote erreichen wollen. Die Regel gibt den Unternehmen genügend Spielraum, um weiterhin eine freie Personalpolitik zu betreiben.⁸⁹ Finden sie keine geeignete Person des untervertretenen Geschlechts für die offene Position und führt dieser Umstand dazu, dass die Zielvorgabe nicht erreicht wird, so müssen sie dieses Vorgehen rechtfertigen. Erläuterungen zu Gleichstellungsmassnahmen und weitere Erklärungen sind auch dann abzugeben, wenn die Quote nur in einem der im Gesetz genannten Gremien erreicht wurde.

Die Erklärungspflicht soll aber keinesfalls die Unternehmen von der *Comply*-Pflicht befreien. Es kann nicht das Ziel der Regelung sein, dass ein Unternehmen die Richtwerte nach Ablauf der Übergangsfrist ignoriert bzw. den Status Quo beibehält und diesen Umstand im Vergütungsbericht mit allgemeinen und pauschalen Aussagen

⁸⁶ Siehe Bot. E-OR, BBl 2017 399, 455.

⁸⁷ Siehe GROSZ, 533.

⁸⁸ Siehe GROSZ, 533.

⁸⁹ SCHENKER, 476.

rechtfertigt. Die Erklärungspflicht ist keine Ersatzvornahme, die das Unternehmen von der Pflicht, die Richtwerte tatsächlich zu erreichen, gänzlich befreit.

Das Gesetz stellt keine konkreten inhaltlichen Anforderungen an erklärungspflichtigen Unternehmen. Die Ausführungen im Vergütungsbericht sind im Einzelfall wohl inhaltlich zu prüfen.⁹⁰ Wurde die Quote nicht erreicht, bedeutet dies nicht, dass eine fehlende Gleichstellung oder ein Diskriminierungstatbestand vorliegt.⁹¹ Werden hingegen die gleichen strukturellen Probleme über einen längeren Zeitraum im Vergütungsbericht aufgeführt, ohne dass ein Lösungsansatz gefunden oder alternative Lösungswege vorgeschlagen wurden, kann davon ausgegangen werden, dass die qualitativen Massstäbe für die Umsetzung der Regelung nicht gegeben sind. Die Regelung enthält schliesslich eine Zielvorgabe.⁹² Die Pflicht des Unternehmens besteht darin, diese Vorgabe zu erreichen.

IV. Mögliche Auswirkungen einer gesetzlichen Quote

A. Ökonomische Aspekte und Regulierungsfolgenabschätzung

In der Diskussion über die Sinnhaftigkeit von Quoten wird von den ökonomischen Vor- und Nachteilen von Geschlechterdiversität in Führungsgremien gesprochen.⁹³ Einige Studien verweisen auf die Profitabilität von Unternehmen, welche über eine *Gender-Diversity* in ihren Führungsebenen verfügen.⁹⁴ Die ökonomische Analyse dieser Daten ist in diesem Rahmen nicht möglich. Es lässt sich jedoch feststellen, dass eine empirische Grundlage, auf welcher sich die Dominanz eines Geschlechts in den genannten Gremien rechtfertigen liesse, fehlt. Mit anderen Worten ist es ökonomisch nicht sinnvoller, jeweils mehr Männer als Frauen (und *vice versa*) oder ausschliesslich nur ein Geschlecht im Verwaltungsrat oder in der Geschäftsleitung eines gewinnorientierten Unternehmens zu haben.

Unternehmen profitieren von einer breiteren Auswahl von Fachkräften.⁹⁵ Die Chancengleichheit eröffnet dem untervertreten Geschlecht die Möglichkeit, den Karriereweg so auszugestalten, dass die Gläserne Decke kein Hindernis mehr darstellt. M.a.W. bedeutet Chancengleichheit, die Beseitigung der Gefahr, dass trotz hoher

⁹⁰ Art. 728a Abs. 1 Ziff. 4 E-OR verpflichtet die Revisionsstelle zur Prüfung, ob der Vergütungsbericht dem Gesetz und den Statuten entspricht, siehe dazu Bot. E-OR, BBl 2017 399, 582.

⁹¹ VON DER CRONE/ANGSTMANN, 17.

⁹² Siehe oben **Verweis?**

⁹³ Siehe KÄGI-DIENER, 5.

⁹⁴ Siehe umfassend dazu statt vieler: Peter Institute for International Economics, <<https://piie.com/publications/working-papers/gender-diversity-profitable-evidence-global-survey>> (10. Oktober 2017).

⁹⁵ SCHENKER, 474.

Investitionen in Ausbildung und Karriereplanung, Führungspositionen nicht zu erreichen sind, das «Angebot an qualifizierten Frauen» steigt.⁹⁶

Im Hauptergebnis ergab eine Regulierungsfolgenabschätzung, dass Art. 734f E-OR des die Gleichstellung der Geschlechter in Verwaltungsrat und Geschäftsleitung börsenkotierter Gesellschaften zu beschleunigen vermag.⁹⁷ Im Sinne der Qualitätssicherung, insbesondere der Frage nach der Wirksamkeit der Norm, können periodische Gesetzesfolgenabschätzungen erfolgen.⁹⁸ Im Rahmen einer solchen Untersuchung von Art. 734f E-OR kann während verschiedenen Zeitintervallen gezeigt werden, ob die Zielvorgaben erreicht wurden. Ebenfalls Gegenstand der Gesetzesfolgenabschätzung sind Untersuchungen zu unerwünschten Nebeneffekten und die Frage, wie sich diese zum Normzweck verhalten.⁹⁹

Die Kritik, es handle sich bei der Regelung um «Rechtfertigungs-Bürokratie, die bestenfalls volkserzieherische Konformität verordnet»¹⁰⁰ widerspricht den Resultaten der *ex-ante* Regulierungsfolgenabschätzung des Entwurfs. Diese Prognose stützt sich auf keine empirischen Grundlagen, diese sind in der Schweiz in Bezug auf Quoten für privatrechtliche Gesellschaften schlichtweg noch nicht vorhanden. Zwar gibt es bereits umfassende Studien zu Quotenregelungen im Ausland,¹⁰¹ diese eignen sich nur bedingt für den Direktvergleich, da die rechtlichen Rahmenbedingungen¹⁰² jeweils stark abweichen. Die Annahme, die Zielquote werde in den übergangsrechtlichen Fristen ohnehin nicht erreicht und führe zu einer übermässigen, bürokratischen Belastung von Unternehmen, ist eine blosser Behauptung.

B. Konkret: Die Einführung einer gesetzlichen Quote im Kanton Basel-Stadt als Beispiel

Der Kanton Basel-Stadt hat 2014 als erster Kanton eine gesetzliche Quote als Förderungsmassnahme der Gleichstellung der Geschlechter eingeführt. Die Regelung erfasst Verwaltungsräte von öffentlichrechtlichen Anstalten und öffentlichen Unter-

⁹⁶ SCHENKER, 474; KÄGI-DIENER, 6 weist auf die volkswirtschaftlichen Vorteile dieses Umstands hin.

⁹⁷ Bot. E-OR, BBl 2017 399, 420 f.

⁹⁸ Siehe MÜLLER/UHLMANN, 49 ff.

⁹⁹ MÜLLER/UHLMANN, 51 f.

¹⁰⁰ VOGT, <<http://www.arbeitgeber.ch/arbeitsmarkt/rechtfertigungs-buerokratie-statt-ueberzeugungsarbeit/>> (10. Oktober 2017); Bot. E-OR, BBl 2017 399, 420 f.

¹⁰¹ Siehe RIGASSI/BÜSSER, 16 ff., https://www.seco.admin.ch/seco/de/home/Publikationen_Dienstleistungen/Publikationen_und_Formulare/Arbeit/Arbeitsmarkt/Frauen_Arbeitsmarkt/frauen-in-verwaltungsraeten--situation-in-schweizer-unternehmen-.html (10. Oktober 2017).

¹⁰² Dies insbesondere in Bezug auf weitere staatliche Massnahmen (Elternurlaub, Vereinbarkeit Beruf und Familie, Kinderbetreuung, Lohngleichheit), welche die Gleichstellung der Geschlechter fördern und die rechtliche und tatsächliche Stellung der Frau verbessern.

nehmen. Gemäss 24 Abs. 1 EG GIG¹⁰³ strebt der Kanton eine ausgewogene Vertretung der Geschlechter in diesen Gremien an. Konkret werden die öffentlichen Organe des Kantons, welche die jeweiligen Strategie- und Aufsichtsorgane bestellen, verpflichtet. Sie müssen im Rahmen ihrer Wahlbefugnis sicherstellen, dass Frauen und Männer mindestens zu je einem Drittel vertreten sind. Die operativen Führungsorgane von öffentlichrechtlichen Unternehmen werden von der Quotenvorgabe nicht erfasst. Die Regelung bezieht sich ausschliesslich auf die Zusammensetzung des Verwaltungsrats, es gibt keine Quote für die Geschäftsleitung.

Der Regierungsrat des Kantons Basel-Stadt hat konkrete Massnahmen getroffen, welche die Umsetzung der Drittelsquote sicherstellen sollen. Dazu gehören insbesondere Informationsveranstaltungen und ein vielfältiges Weiterbildungsangebot, welches spezifisch auf angehende oder bereits einem Gremium angehörende Verwaltungsrätinnen und Verwaltungsräte zugeschnitten ist.¹⁰⁴ Die Webseite des Gleichstellungsbüros Basel-Stadt¹⁰⁵ informiert umfassend über die gesetzliche Regelung sowie die Entwicklung der Geschlechterrichtwerte in den betroffenen Unternehmen. Monitoring Berichte zeigen auf, wie sich die Umsetzung der Regelung konkret entwickelt.

Der aktuelle Monitoringbericht zeigt, dass die Verwaltungsräte von staatsnahen Unternehmen einen Frauenanteil über 31.4% aufweisen. Die Geschlechterquote sollte per neue Legislatur 2017–2021 in sämtlichen betroffenen Unternehmen erfüllt sein.¹⁰⁶ Dies ist ein beachtlicher Erfolg und zeigt deutlich, dass die Umsetzung der Quote problemlos durchgeführt werden konnte und keine weiteren Umwälzungen in der Organisationsstruktur der betroffenen Unternehmen vorausgesetzt hat.

Gegen die Einführung der Geschlechterquote in Basel-Stadt wurde das Referendum ergriffen. Insbesondere junge bürgerliche Politikerinnen und Politiker waren gegen die Einführung einer Quote. In diesem Zusammenhang betitelte die Basler Zeitung acht junge Politikerinnen, welche sich gegen die geplante Quote aussprachen, als «Die Quoten-Killerinnen».¹⁰⁷ Durch den Regierungsratsbeschluss und dem an-

¹⁰³ Kanton Basel-Stadt, Einführungsgesetz zum Bundesgesetz über die Gleichstellung von Frau und Mann (EG GIG) vom 26. Juni 1996 (SG 140.100).

¹⁰⁴ Regierungsrat Basel-Stadt, Regierungsratsbeschluss Umsetzung, 3.

¹⁰⁵ Präsidialdepartement des Kantons Basel-Stadt, Gleichstellung von Frauen und Männern, Geschlechterquote, <<http://www.gleichstellung.bs.ch/erwerbsarbeit-familie/geschlechterquote.html>> (10. Oktober 2017).

¹⁰⁶ Präsidialdepartement des Kantons Basel-Stadt, Zweites Monitoring, <<http://www.gleichstellung.bs.ch/erwerbsarbeit-familie/geschlechterquote/aktuelle-situation.html>> (10. Oktober 2016) sowie Regierungsrat Basel-Stadt, Regierungsbeschluss Umsetzung, 3.

¹⁰⁷ Eine der befragten Politikerinnen sagte, sie wolle auf den faden Beigeschmack verzichten, den sie mit der Anstellung aufgrund der Frauenquote hätte. Keine der Frauen äusserte hingegen Zweifel oder Bedenken darüber, dass Frauen aufgrund ihres Geschlechts gerade nicht eingestellt oder für eine bestimmte Position nicht vorgeschlagen werden. Unklar bleibt, ob die Politikerinnen sich gegen jegliche Quoten stellen, also sich auch über alternative Möglichkeiten wie Selbstregulierung aussprechen, oder ob die Tatsache, dass der Gesetzgeber aktiv wird, das entscheidende Ne-

schliessenden Referendum wurde die Quote im Kanton Basel-Stadt in die politische Debatte eingeflochten und dadurch demokratisch legitimiert. Seit der Einführung der Quote ist die Kritik weitgehend verstummt. Das Beispiel zeigt, dass durch die Einführung von gesetzlichen Geschlechterquoten und einem erweiterten Massnahmenkatalog die Geschlechterdiversität in Führungsgremien möglich ist. Die Umsetzung der Quote konnte effizient und erfolgreich durchgeführt werden.¹⁰⁸

V. Kritische Würdigung einiger Gegenargumente

A. Selbstregulierung statt gesetzliche Regelung

In der Botschaft zur Aktienrechtsrevision wird festgehalten, dass es in den letzten 35 Jahren nicht gelungen sei, eine ausgewogene Geschlechtervertretung in Verwaltungsrat und Geschäftsleitung wirtschaftlich bedeutender Unternehmen herzustellen. Das Fehlen von branchenübergreifenden Quoten, Durchsetzungsmechanismen oder verbindlichen Richtwerten zeigt, dass es in der Schweiz eine eigentliche Selbstregulierung nicht gibt.¹⁰⁹ Deshalb überrascht es umso mehr, dass Wirtschaftsverbände, Formen der Selbstregulierung einer gesetzlichen Regelung vorziehen und argumentieren, die «Wirtschaft setze sich selbstbestimmt für die Frauen ein».¹¹⁰

Es gibt verschiedene Verhaltensrichtlinien, sogenannte *Codes of Conduct*¹¹¹, welche von diversen Verbänden herausgegeben werden. Dazu gehören u.a. das Positionspapier der Economiesuisse, der Swiss Code of Best Practice for Corporate Governance,¹¹² oder das vom Arbeitgeberverband herausgegebene, selbstverpflichtende Grundsatzpapier für Personalberatungsfirmen im Bereich Executive Search¹¹³. Bei letzterem handelt es sich um rechtlich unverbindliche Empfehlungen, die von den unterzeichnenden Personalberatungsfirmen bei der Rekrutierung von Verwaltungs-

gativkriterium darstellt. Neben dem Haupttext wurde zudem noch prominent der Titel «*Basel-Stadt sucht 27 Quotenfrauen*» angefügt, um auf die Verhältnisse vor der Einführung der Quote und auf die tabellarische «Berechnung an Bedarf der [...] neu zu rekrutierenden Frauen» des Regierungsrats hinzuweisen, siehe WAHL/MUCHENBERGER, <<https://bazonline.ch/schweiz/standard/Die-QuotenKillerinnen/story/24095317>> (10. Oktober 2017).

¹⁰⁸ Siehe auch ROTH, <http://www.watson.ch/Schweiz/Gesellschaft%20&%20Politik/975256238-Basel-Stadt--Ein-Jahr-nach-Einf%C3%BChrung-der-Frauenquote-ist-sie-praktisch-schon-umgesetzt> (10. Oktober 2017).

¹⁰⁹ Zum Begriff der Selbstregulierung MÜLLER/UHLMANN, 307 ff.

¹¹⁰ VOGT, <<http://www.arbeitgeber.ch/arbeitsmarkt/rechtfertigungs-buerokratie-statt-ueberzeugungsarbeit/>> (10. Oktober 2017); siehe auch GROSZ, 513.

¹¹¹ Für eine umfassendere Übersicht siehe KÄGI-DIENER, 19 f.

¹¹² Economiesuisse, <<https://www.economiesuisse.ch/de/publikationen/swiss-code-best-practice-corporate-governance>> (10. Oktober 2017).

¹¹³ Schweizerischer Arbeitgeberverband, Code of Conduct für Personalberatungsfirmen, <<http://www.arbeitgeber.ch/tag/code-of-conduct/>> (10. Oktober 2017).

ratsmitgliedern beachtet werden sollen. Das zweiseitige Papier enthält pauschale Klauseln, die statt die suchenden Unternehmen selbst zu verpflichten, die Personalberatungsfirmen anweisen, ihre Kunden auf «Nutzen und Auswirkungen von Diversität» hinzuweisen oder «bei den Auswahlkriterien für eine VR-Nachfolge, die unterschiedlichen Fähigkeiten von Frauen und Männern» zu berücksichtigen.¹¹⁴ Weitere Massnahmen des Arbeitgeberverbands sind die Herausgabe einer Liste¹¹⁵, welche 400 Frauen für Verwaltungsratsmandate empfiehlt und das Bekenntnis, sich das Ziel gesetzt zu haben, dass in sämtlichen Top-150 Unternehmen in der Schweiz nicht mehr nur Männer im Verwaltungsrat sitzen sollen.¹¹⁶

Die genannten Empfehlungen, die nur begrenzt branchenübergreifend gelten und keinerlei rechtliche Bindung haben, sind keine genügenden Massnahmen, welche die tatsächliche Gleichstellung und Chancengleichheit von Frau und Mann in Verwaltungsrat und Geschäftsleitung herbeizuführen und damit das strukturelle Problem zu beseitigen vermögen. Es ist zwar lobenswert, dass sich wirtschaftliche Verbände, Unternehmen und andere Interessengemeinschaften dafür aussprechen, dass beispielsweise eine «ausgewogene Zusammensetzung des Verwaltungsrats»¹¹⁷ anzustreben sei. Dabei wird im Positionspapier des Wirtschaftsverbands Economiesuisse dieses Ziel in einem Satz auf den Punkt gebracht: «Dem Verwaltungsrat sollen weibliche und männliche Mitglieder angehören». Darauf folgend heisst es, dass der Verwaltungsrat eine «angemessene Diversität seiner Mitglieder» sicherstellen sollte.¹¹⁸

Es darf zumindest bezweifelt werden, dass Unternehmen in solch offenen und teilweise inhaltslosen Empfehlungen tatsächlich einen Gleichstellungsauftrag erkennen und sich auf dieser Grundlage das Ziel setzen, einen Ausgleich der Geschlechter im Verwaltungsrat herzustellen. Die Zielvorgaben sind vage formuliert und machen deutlich, dass bei der Ausgestaltung dieser Vorgaben der Weg des geringsten Widerstands gewählt wurde.¹¹⁹ Die Bemühungen Privater haben, wie die Statistik gezeigt hat, nicht dazu geführt, dass die «Gläserne Decke» verschwunden ist. Das Eingreifen des Gesetzgebers ist dementsprechend notwendig. Dass insbesondere Wirtschaftsverbände sich vehement gegen die Quote wehren, kann auch als fehlendes Eingreifen

¹¹⁴ Siehe Schweizerischer Arbeitgeberverband, Code of Conduct für Personalberatungsfirmen, 2, <<http://www.arbeitgeber.ch/tag/code-of-conduct/>> (10. Oktober 2017).

¹¹⁵ Schweizerischer Arbeitgeberverband, Fokus: Frauen im Verwaltungsrat, 400 Vorschläge, <<http://www.arbeitgeber.ch/arbeitsmarkt/frauen-im-verwaltungsrat-400-vorschlaege-fuer-schweizer-gesellschaften/>> (10. Oktober 2017).

¹¹⁶ Schillingreport 2017, 16.

¹¹⁷ Randtitel zu Ausführungen zur Zusammensetzung des Verwaltungsrats, Economiesuisse, 10.

¹¹⁸ Economiesuisse, 10.

¹¹⁹ Eine Zusammenstellung von 400 Frauenportraits oder die freiwillige Bindung von Personalvermittlern stellen nach der hier vertretenen Meinung gute ergänzende Massnahmen zu einer gesetzlichen Quote dar. Für sich allein genommen vermögen sie wahrscheinlich kaum etwas zu bewegen. Siehe auch KOHLER, <<https://www.tagesanzeiger.ch/wirtschaft/standard/Alles-bloss-keine-Frauenquote/story/23982564>> (10. Oktober 2017).

ständnis des eigenen Unvermögens gesehen werden, die Gleichstellung von Frau und Mann in Führungsetagen herzustellen. Schliesslich will niemand den Eindruck erwecken, zu wenig für die Frauenförderung getan zu haben oder zu tun.¹²⁰

Die gesetzliche Regelung soll die Bemühungen einzelner Unternehmen, Verbände und anderer Interessensgemeinschaften nicht ersetzen oder gar unterbinden. Die Zielvorgabe soll vielmehr einen gemeinsamen Massstab setzen und diese Bemühungen gerade weiter fördern.¹²¹ Rechtsetzung kann verbindliche Verhaltensordnungen nachhaltig aufstellen und somit Rechtsicherheit schaffen.¹²²

Der Gesetzgeber kann durch die geschaffene Verbindlichkeit sicherstellen, dass die Unternehmen der Gleichstellung einen konstanten Platz in der Unternehmenskultur und -strategie widmen, dies unabhängig von ökonomischen Parametern.¹²³

B. Die Kritik an der «Quotenfrau» und anderen stereotypen Rollenbildern

Gegnerinnen und Gegner der Frauenquote werden in den Medien dahingehend zitiert, dass durch die gesetzliche Regelung die Gefahr bestehe, dass Positionen in Verwaltungsrat und Geschäftsleitung durch *Quotenfrauen* besetzt werden.¹²⁴ Dieser Begriff ist irreführend und beruht auf der falschen Annahme, dass ein Mann, der sich objektiv besser für eine bestimmte Position eignen würde, nicht gewählt wird, weil eine weniger qualifizierte Frau aufgrund der gesetzlichen Quote gewählt werden *muss*. Für diese Annahme gibt es weder eine normative noch eine empirische Grundlage. Es gibt keinerlei Hinweise darauf, dass die vorgesehene gesetzliche Regelung zu einem entsprechenden Entscheidungsverhalten der betroffenen Gremien führen würde. Wie bereits aufgezeigt wurde,¹²⁵ tangiert die Regelung den Kern der Personalpolitik und der damit verbundenen Entscheidungsfreiheit der Wahlorgane nicht. Die Richtwerte sind Zielvorgaben, welche (im Gegensatz zu starren Quoten) nicht leistungsunabhängig umgesetzt werden müssen und folgerichtig auch nicht dazu führen, dass minder- oder unqualifizierte Quotenfrauen überhaupt erst eingestellt bzw. gewählt werden müssen.¹²⁶

¹²⁰ Siehe KOHLER, <<https://www.tagesanzeiger.ch/wirtschaft/standard/Alles-bloss-keine-Frauen-quote/story/23982564>> (10. Oktober 2017).

¹²¹ Bot. E-OR, BBl 2017 399, 454.

¹²² MÜLLER/UHLMANN, 17.

¹²³ Siehe GROSZ, 533.

¹²⁴ Siehe UEBERSCHLAG, 909.

¹²⁵ Siehe oben III.B.3.b.

¹²⁶ UEBERSCHLAG, 908 f; AIOLI, 160.

Diese Kritik ist daher unberechtigt und trägt keinen konstruktiven Inhalt zur Diskussion über Frauenförderung und Chancengleichheit in der Wirtschaft bei. Dieses Beispiel illustriert vielmehr, wie durch Rollenbilder und bestehende Stereotypisierungen, Wirkungen von normativen Vorgaben beliebig und pauschal umgedeutet und missinterpretiert werden. Die negative Deutung und Kontextualisierung des Begriffs «*Quotenfrau*» führt dazu, dass mit der gesetzlichen Regelung, ganz unabhängig davon wie sie schlussendlich vom Gesetzgeber konkret ausgestaltet wird,¹²⁷ eine nicht qualifizierte Frau in einer Position, die ihr nicht zusteht, assoziiert wird. Somit wird mit diesem Begriff weiterhin die Annahme untermauert, es gebe nicht genügend qualifizierte bzw. geeignete Frauen, die sich für höhere Kaderstellen überhaupt zur Verfügung stellen können oder wollen.¹²⁸ Diese Behauptung wird immer wieder hervorgebracht.¹²⁹ Dies obwohl die Regelung in Art. 734f OR die jeweils vorausgesetzten Qualifikationen für ein Verwaltungsratsmandat oder die Geschäftsleitung eines Unternehmens nicht anspricht und somit weder voraussetzt noch eingrenzt. Im Gegenteil: Die Regelung belässt den Unternehmen bzw. den Wahlgremien den nötigen Spielraum, die geeignetsten Kandidatinnen und Kandidaten auszuwählen.

Darüber hinaus wird nicht ersichtlich, weshalb von einer «*Quotenfrau*» nur dann gesprochen wird, wenn eine gesetzliche Quote vorliegt. Die oben genannten Positionspapiere bekennen sich, wenn auch nur unverbindlich, zur Förderung der Frauen.¹³⁰ Wird aufgrund eines internen Auftrages im Unternehmen Frauenförderung betrieben,¹³¹ stellt dies in der Regel eine sehr selektiv und uneinheitlich umgesetzte Massnahme dar, welche als grosszügige und meist seltene Erhebung daherkommt. Die Qualifikationen der geförderten Person werden hervorgehoben, damit die Förderung nicht als falsche Personalentscheidung verstanden wird, welche nur auf der Idee der Frauenförderung basiert und somit doch eine «*Quotenfrau*» hervorbringt. Diese Stigmatisierung der doch eigentlich gewünschten Förderung ist ein Paradox, welches durch die gesetzliche Quote aufgelöst werden kann.¹³²

Es ist interessant, wie sich die Kritik an Fördermassnahmen stets am weiblichen Geschlecht orientiert, die Argumentationslinien verlaufen einseitig entlang der stereoty-

¹²⁷ Die jeweilige Ausgestaltung der Quotenregelung wird i.d.R. kaum thematisiert, dadurch wird eine differenzierte Diskussion verunmöglicht, siehe vorne **Verweis?**; KÄGI-DIENER, 14.

¹²⁸ Unklar in diesem Zusammenhang bleibt, wie sich diese kritischen Stimmen zu den Vorschlägen des Arbeitgeberverbandes stellen, siehe Schweizerischer Arbeitgeberverband, Fokus: Frauen im Verwaltungsrat, 400 Vorschläge, <<http://www.arbeitgeber.ch/arbeitsmarkt/frauen-im-verwaltungsrat-400-vorschlaege-fuer-schweizer-gesellschaften/>> (10. Oktober 2017).

¹²⁹ Siehe beispielhaft statt vieler GAFAFER, <<http://www.tagblatt.ch/nachrichten/schweiz/Niemand-will-eine-Quotenfrau-sein;art120101,3967852>> (10. Oktober 2017).

¹³⁰ Siehe oben V.A.

¹³¹ Z.B. Mentoring oder Gruppenkurse oder Stellenausschreibungen, die sich ausschliesslich an Frauen richten.

¹³² Solche Massnahmen können im Übrigen sogar einschneidender sein als gesetzliche Quoten. Gerade weil sie willkürlich ausgestaltet sein können, sind ihre Auswirkungen nicht voraussehbar.

pen Rollenzuweisungen. Wird eine Frau gefördert, so ist sie eine Quotenfrau. Hat eine Frau mehrere Verwaltungsratsmandate inne, spricht man vom «*Golden Skirt*» (deutsch «Goldener Rock»).¹³³ Eine vergleichbare Stereotypisierung von Männern in Führungspositionen gibt es nicht.¹³⁴ Schliesslich sind Männer, die in Gremien sitzen, in welchen keine Frauen vertreten sind auch keine Quotenmänner, obwohl es durchaus sein kann, dass im Einzelfall ein Mann aufgrund seines Geschlechts den Vorrang für eine Position erhalten hat. Werden geeignete Frauen systematisch von Führungspositionen ausgeschlossen, bedeutet dies, dass Männer, welche sich bei *vollständiger Konkurrenz* unter Umständen für die Position nicht qualifiziert hätten, möglicherweise einen ungerechtfertigten Vorteil erhalten.¹³⁵

Die gesetzliche Regelung zielt darauf ab, die genannten Stereotypisierungen aus dem Rekrutierungsverfahren zu filtern. Die gesetzlichen Richtwerte ermöglichen den Umstand, dass qualifizierte Frauen und Männer im Auswahlprozess für die Besetzung von Positionen in Verwaltungsrat und Geschäftsleitung grosser Unternehmen gleichwertig einbezogen werden.

VI. Fazit

Eine gesetzliche Zielvorgabe für die Vertretung beider Geschlechter von 30% für Verwaltungsrat und 20% für Geschäftsleitung für börsennotierte Grossunternehmen stellt eine verhältnismässige und effektive Massnahme dar, welche die Gleichstellung der Geschlechter zu fördern vermag. Unternehmen profitieren von einem Abbau von Zugangsschranken für das untervertretene Geschlecht. Durch die neue Regelung werden sie in ihrer Personalpolitik nicht eingeschränkt. Der Gesetzgeber trägt der wirtschaftlichen Realität und den vielfältigen Herausforderungen bei der Personalrekrutierung Rechnung, indem in begründeten Fällen von den Zielvorgaben abgewichen werden kann. In diesen Fällen ist das betroffene Unternehmen gezwungen, diese Abweichung zu evaluieren und effektive Massnahmen zur Gleichstellung zu ergreifen.

Die Unternehmen in der Schweiz haben keine umfassende Selbstregulierung erreicht, die Selbstverpflichtungen mittels Positionspapieren und ähnlichen unverbindlichen

¹³³ WAHL/MUCHENBERGER, <<https://bazonline.ch/schweiz/standard/Die-QuotenKillerinnen/story/24095317>> (10. Oktober 2017); siehe dazu RIGASSI/BÜSSER, 30 sowie 70, https://www.seco.admin.ch/seco/de/home/Publikationen_Dienstleistungen/Publikationen_und_Formulare/Arbeit/Arbeitsmarkt/Frauen_Arbeitsmarkt/frauen-in-verwaltungsraeten--situation-in-schweizer-unternehmen-.html (10. Oktober 2017).

¹³⁴ Um präziser zu sein: Die Stereotypisierung ist anderer Natur und basiert auf psychologischen Komponenten und Persönlichkeitsmerkmalen, vgl CHAMORRO-PREMUZIC, <<https://hbr.org/2013/08/why-do-so-many-incompetent-men>> (10. Oktober 2017).

¹³⁵ Siehe SCHENKER, 747.

Vorgaben sind nur bedingt zielführend. Der Gesetzgeber wird diese Lücke schliessen. Er ist durch den verfassungsrechtlichen Auftrag aus Art. 8 Abs. 3 BV schliesslich dazu verpflichtet, durch geeignete Massnahmen die tatsächliche Gleichstellung der Geschlechter im Erwerbsleben sicherzustellen. Dabei bleiben die von der neuen Regelung betroffenen Unternehmen die zentralen Akteure in der Ausgestaltung der von ihnen gewünschten Förderungsmassnahmen bei gleichzeitiger Entscheidungsfreiheit in Personalfragen und Unternehmenspolitik.

Die Diskussion über die ökonomischen Vor- oder Nachteile einer gesetzlich verankerten Geschlechterquote ist umstritten und spielt im Grundsatz eine Nebenrolle. Die Gleichstellung der Geschlechter sollte nicht ausschliesslich aus ökonomischen Gründen angestrebt werden, selbst wenn solche Gründe eine Antriebsfeder für Unternehmen sein können, auf Diversität zu achten. Zu entkräften sind schliesslich diejenigen Argumente, die auf der Annahme beruhen, es bestehe kein Handlungsbedarf mehr in Sachen Gleichstellung, vor allem nicht im Bereich der Arbeit. Die Diskussion um Quoten in bestimmten Gremien, insbesondere in Führungspositionen, ist bei der Gleichstellungsdiskussion nur ein Schauplatz von vielen, dieser ist aber nicht zu vernachlässigen.¹³⁶ Es ist unbestritten, dass die vorgesehene Quotenregelung nur wenige Unternehmen verpflichtet und andere strukturelle Probleme, wie Lohnungleichheit oder die Vereinbarkeit von Erwerbstätigkeit und Familie dadurch nur mittelbar beeinflusst. Trotzdem ist die Massnahme ein signifikanter Fortschritt, den es für die weitere Entwicklung in der Förderung der Gleichstellung der Geschlechter notwendigerweise braucht. Die Bemühungen um die Beseitigung struktureller Probleme können nur erfolgreich sein, wenn sie verschiedene Ansätze verfolgen. Die «Gläserne Decke» ist ein strukturelles Problem, sie erfährt durch eine Quote in Kaderpositionen immerhin weitere Risse, welche sie einst zum Zerfallen bringen werden.

Literaturverzeichnis

ARIOLI KATHRIN, Frauenförderungsmassnahmen im Erwerbsleben unter besonderer Berücksichtigung der Verfassungsmässigkeit von Quotenregelungen, Zürich 1992

BÜCHLER ANDREA/COTTIER MICHELLE, Legal Gender Studies, Rechtliche Geschlechterstudien, Eine kommentierte Quellensammlung, Zürich 2012

CHAMORRO-PREMUZIC TOMAS, Why Do So many Incompetent Men Become Leaders?, Harvard Business Review vom 22. August 2013, <<https://hbr.org/2013/08/why-do-so-many-incompetent-men>>

EHRENZELLER BERNHARD/SCHINDLER BENJAMIN/SCHWEIZER RAINER J./VALL-ENDER KLAUS A. (Hrsg.), St. Galler Kommentar, Die schweizerische Bundesverfassung, 3. Aufl., Zürich/St. Gallen 2014

¹³⁶ Siehe zu diesem Apell auch ARIOLI, 20.

- FORSTMOSER PETER/KÜCHLER MARCEL, Die Aktienrechtsreform vor der letzten Etappe? Teil II, SJZ 113/2017, 153
- GAFAFER TOBIAS, Niemand will eine Quotenfrau sein, Tagblatt vom 26. September 2014, <<http://www.tagblatt.ch/nachrichten/schweiz/Niemand-will-eine-Quotenfrau-sein;art120101,3967852>>
- GERICKE DIETER/MÜLLER ANDREAS/HÄUSERMANN DANIEL/HAGMANN NINA, Aktienrechtsentwurf 2016: Verbesserungen, aber auch Schwachstellen, GesKR 2017, 25
- GROSZ MIRINA, Frauenquoten im Aktienrecht? – Die Verfassungsmässigkeit der Vorgabe zur Geschlechtervertretung im Verwaltungsrat und in der Geschäftsleitung gemäss Vorentwurf zur Aktienrechtsrevision, ZBl 116/2015, 511
- HINDLE TIM, Idea, The Glass Ceiling, The Economist vom 5. Mai 2005, <<http://www.economist.com/node/13604240>>
- ISAAC MIKE/CHIRA SUSAN, David Bonderman Resigns From Uber Board After Sexist Remark, The New York Times vom 13. Juni 2017, <<https://www.nytimes.com/2017/06/13/technology/uber-sexual-harassment-huffington-bonderman.html>>
- KÄGI-DIENER REGULA, Frauenquoten in den Führungsetagen der Wirtschaft: Arbeitspapier im Auftrag der Eidgenössischen Kommission für Frauenfragen EKF, St. Gallen 2014, abrufbar unter: <<https://www.ekf.admin.ch/ekf/de/home/dokumentation/studien-und-empfehlungen.html>>
- KIENER REGINA/KÄLIN WALTER, Grundrechte, 2. Aufl., Bern 2013
- KOHLER FRANZISKA, Alles, bloss keine Frauenquote, Tagesanzeiger vom 09. November 2016, <www.tagesanzeiger.ch/wirtschaft/standard/Alles-bloss-keine-Frauenquote/story/23982564>
- MEIER-HAYOZ ARTHUR/FORSTMOSER PETER, Schweizerisches Gesellschaftsrecht mit Einbezug des künftigen Rechnungslegungsrechts und der Aktienrechtsreform, Bern 2012
- MORRISON ANN M./WHITE RANDALL P./VAN VELSOR ELLEN, Breaking the Glass Ceiling: Can Women Reach the Top of America's Largest Corporations?, Boston 1994
- MÜLLER GEORG/UHLMANN FELIX, Elemente einer Rechtssetzungslehre, 3. Aufl., Zürich 2013
- MÜLLER JÖRG PAUL/SCHEFER MARKUS, Grundrechte in der Schweiz, Im Rahmen der Bundesverfassung, der EMRK und der UNO-Pakte, 4. Aufl., Bern 2008
- RIGASSI BARBARA/BÜSSER URSULA, Frauen in Verwaltungsräten: Situation in Schweizer Unternehmen und Lösungsansätze in Europa, Bericht zu Handen von: Ressort Arbeitsmarktanalyse und Sozialpolitik Staatssekretariat für Wirtschaft SECO, Zürich 2014, <https://www.seco.admin.ch/seco/de/home/Publikationen_Dienstleistungen/Publikationen_und_Formulare/Arbeit/Arbeitsmarkt/Frauen_Arbeitsmarkt/frauen-in-verwaltungsraeten--situation-in-schweizer-unternehmen-.html>
- ROTH RAFAELA, Basel-Stadt: Ein Jahr nach Einführung der Frauenquote ist sie praktisch schon umgesetzt, Watson vom 10. Februar 2015, <<http://www.watson.ch/Schweiz/Gesellschaft%20&%20Politik/975256238-Basel-Stadt--Ein-Jahr-nach-Einf%C3%BChrung-der-Frauenquote-ist-sie-praktisch-schon-umgesetzt>>
- SCHENKER URS, Gleichstellung – Ein aktienrechtliches Thema, SZW 2015, 469
- SCHLÄPPI ERIKA/ULRICH SILVIA/WYTTENBACH JUDITH (Hrsg.), CEDAW – Kommentar zum Übereinkommen der Vereinten Nationen zur Beseitigung jeder Form der Diskriminierung der Frau, Allgemeine Kommentierung – Umsetzung in der Schweiz – Umsetzung in Österreich, Bern 2015
- UEBERSCHLAG JAKOB, Geschlechterspezifische Quotenregelung im Rahmen der geplanten Aktienrechtsrevision, AJP 2015, 907

- VOGT VALENTIN, Schweizerischer Arbeitgeberverband, Meinungen, Rechtfertigungs-Bürokratie statt Überzeugungsarbeit, vom 2. Dezember 2016, <<http://www.arbeitgeber.ch/arbeitsmarkt/rechtfertigungs-buerokratie-statt-ueberzeugungsarbeit/>>
- VON DER CRONE CASPAR/ANGSTMANN LUCA, Kernfragen der Aktienrechtsrevision, SZW 2017, 3
- VON DER CRONE CASPAR/DAENIKER DANIEL, Aktienrecht und Finanzmarktregulierung – wohin geht die Reise?, SJZ 112/2016, 457
- WAHL DANIEL/MUCHENBERGER DENISE, Die Quotenkillerinnen, Basler Zeitung vom 20. September 2013, <<https://bazonline.ch/schweiz/standard/Die-QuotenKillerinnen/story/24095317>>
- WALDMANN BERNHARD/BELSER EVA MARIA/EPINEY ASTRID (Hrsg.), Basler Kommentar, Schweizerische Bundesverfassung (BV), Basel 2015

Materialienverzeichnis

- Botschaft betreffend das Übereinkommen von 1979 zur Beseitigung jeder Form von Diskriminierung der Frau, vom 23. August 1995, BBl 1995 IV 901
- Botschaft zur Änderung des Obligationenrechts (Aktienrecht) vom 23. November 2016, BBl 2017 399
- Economiesuisse, Swiss Code of Best Practice for Corporate Governance (deutsche Fassung), Zürich 2016, <<https://www.economiesuisse.ch/de/publikationen/swiss-code-best-practice-corporate-governance>>
- Entwurf Obligationenrecht (Aktienrecht), BBl 2017 683
- International Labour Office (ILO), Women at Work: Trends 2016, Genf 2016, <http://www.ilo.org/gender/Informationresources/Publications/WCMS_457317/lang--en/index.htm>
- McKinsey&Company, Women in the Workplace 2017, <<https://womenintheworkplace.com/>>
- Peter Institute for International Economics, Is Gender Diversity Profitable? Evidence from a Global Survey, Washington 2016, <<https://piie.com/publications/working-papers/gender-diversity-profitable-evidence-global-survey>>
- Präsidialdepartement des Kantons Basel-Stadt, Gleichstellung von Frauen und Männern, Zweites Monitoring, <<http://www.gleichstellung.bs.ch/erwerbsarbeit-familie/geschlechterquote/aktuelle-situation.html>>
- Regierungsrat des Kantons Basel-Stadt, Regierungsratsbeschluss vom 18. Oktober 2016, Anzug Sarah Wyss und Konsorten betreffend «Umsetzung des Volkswillens für Geschlechterquoten»
- Schillingreport 2017, Transparenz an der Spitze: Die Führungsgremien der Schweizer Wirtschaft und des öffentlichen Sektors, Zürich 2017
- Schweizerischer Arbeitgeberverband, Code of Conduct für Personalberatungsfirmen zur Erhöhung des Anteils von Frauen in Verwaltungsräten, Zürich 2016, <<http://www.arbeitgeber.ch/tag/code-of-conduct/>>
- Schweizerischer Arbeitgeberverband, Fokus: Frauen im Verwaltungsrat, 400 Vorschläge für Schweizer Gesellschaften, Zürich 2015, <<http://www.arbeitgeber.ch/arbeitsmarkt/frauen-im-verwaltungsrat-400-vorschlaege-fuer-schweizer-gesellschaften/>>

Umsetzung der Motion Hess «Missbrauch des Konkursverfahrens verhindern»

Eine Analyse der im Vorentwurf vorgeschlagenen Massnahmen

Sara Lustenberger / Noémie Woodtli

Inhaltsübersicht

I. Einleitung	193
II. Missbräuche	194
III. Massnahmen bei Konkursverschleppung oder Übertragung von Gesellschaftsaktiven auf eine Auffanggesellschaft	196
A. Aktuelle Rechtslage	196
1. Verantwortlichkeitsklage	196
2. Paulianische Anfechtung	198
3. Klagen wegen ungerechtfertigter bzw. unrechtmässiger Ausschüttungen	200
4. Strafrechtliche Verfolgung	201
5. Zwischenfazit	203
B. Vorentwurf zur Revision des SchKG	204
1. Organhaftung für Konkurskosten	204
2. Verlängerung der Frist zur Leistung des Kostenvorschusses bei Einstellung des Konkursverfahrens mangels Aktiven	207
IV. Massnahmen gegen das systematische Nichtbezahlen öffentlich-rechtlicher Forderungen	209
A. Aktuelle Rechtslage	209
1. Konkursöffnung ohne vorgängige Betreuung	209
2. Strafrechtliche Verfolgung	211
3. Zwischenfazit	211
B. Vorentwurf zur Revision des SchKG	211
V. Stellungnahme und Vorschlag	213
Literaturverzeichnis	214
Materialienverzeichnis	216

I. Einleitung

Während ein Einzelunternehmer mit seinem persönlichen Vermögen für Schulden aus seiner Geschäftstätigkeit eintreten muss, bleibt die Haftung grundsätzlich auf das Gesellschaftsvermögen beschränkt, wenn ein Unternehmer sein Gewerbe über eine juristische Person führt (vgl. z.B. Art. 620 Abs. 1 OR).¹ Die Vermeidung der persönlichen Haftung ist denn auch häufig ein zentrales Motiv für die Gründung ei-

¹ JUNG, Gesellschaftsrecht, § 2 Rz. 18; vgl. DRUEY/DRUEY/GLANZMANN, § 1 Rz. 22.

ner juristischen Person in Form einer Aktiengesellschaft oder GmbH.² Um das Interesse der Gläubiger an einer angemessenen Kapitalisierung der Gesellschaft zu wahren, bestehen gesellschaftsrechtliche Kapitalschutzbestimmungen.³

Dennoch enden Konkursverfahren von Kapitalgesellschaften oft mit einem Totalausfall für die Gläubiger,⁴ während der verantwortliche Unternehmer mit einer neu gegründeten Gesellschaft weiterhin am Geschäftsverkehr teilnimmt. Dies veranlasste den damaligen Ständerat Hans Hess im September 2011, eine Motion mit dem Titel «Missbrauch des Konkursverfahrens verhindern» einzureichen.⁵ Beide Räte nahmen die Motion an.⁶ Daraufhin formulierte das Bundesamt für Justiz einen Vorentwurf zur Änderung des SchKG, der missbräuchliches Verhalten durch den Abbau faktischer und rechtlicher Hürden für die Gläubiger zu verhindern sucht.⁷ Nach der Durchführung des Vernehmlassungsverfahrens werden nun ein Gesetzesentwurf und die Botschaft ausgearbeitet.⁸

In diesem Beitrag möchten die Autorinnen das Gesetzgebungsprojekt genauer untersuchen. Zu Beginn werden die Verhaltensweisen dargestellt, welche im erläuternden Bericht zum Vorentwurf als missbräuchlich bezeichnet werden. Anschliessend werden die Möglichkeiten und Grenzen der *de lege lata* bestehenden Institute bei der Missbrauchsverhinderung aufgezeigt sowie die im Vorentwurf vorgeschlagenen Massnahmen erläutert und analysiert. Am Ende des Beitrags nehmen die Autorinnen Stellung und präsentieren einen weiteren Vorschlag.

II. Missbräuche

Dem erläuternden Bericht zum Vorentwurf kann entnommen werden, welche Verhaltensweisen als missbräuchlich eingestuft und deshalb bei der Ausarbeitung des Vorentwurfs berücksichtigt wurden. Das Hauptaugenmerk war auf die Situation von Kleinunternehmen gerichtet, weil man annahm, Missbräuche seien vorwiegend bei

² DRUEY/DRUEY/GLANZMANN, § 1 Rz. 22.

³ Vgl. VON DER CRONE, § 9 Rz. 1; vgl. JEAN-RICHARD-DIT-BRESSEL, in: ACKERMANN/WOHLERS, 59, 62.

⁴ Konkursverfahren, die mangels Aktiven eingestellt werden müssen, sind bei Kapitalgesellschaften verhältnismässig häufiger als bei Unternehmen, deren Träger natürliche Personen sind (vgl. JEAN-RICHARD-DIT-BRESSEL, in: ACKERMANN/WOHLERS, 59, 63).

⁵ Motion Hess.

⁶ AmtlBull. StR 2011, 1054; AmtlBull. NR 2012, 46.

⁷ Vgl. Vorentwurf SchKG 2015; Erläuternder Bericht VE-SchKG 2015, 2.

⁸ Medienmitteilung des Bundesrates vom 12. Oktober 2016 «Faktische und rechtliche Hürden für Gläubiger im Konkursverfahren beseitigen», <https://www.bj.admin.ch/bj/de/home/aktuell/news/2016/ref_2016-10-121.html> (1. September 2017).

diesen zu beobachten.⁹ Im Folgenden wird deshalb ebenfalls primär die Situation von Kleinunternehmen bzw. Ein-Personen-Aktiengesellschaften oder -GmbHs geschildert.

Der erläuternde Bericht schenkte denjenigen Vorgehensweisen besondere Aufmerksamkeit, welche die Schmälerung des Vollstreckungssubstrats bewirken. Hierunter fällt gemäss dem Bericht einerseits die Konkursverschleppung.¹⁰ Eine Konkursverschleppung liegt vor, wenn die verantwortlichen Organe im Überschuldungsfall nicht – wie dies nach Art. 725 Abs. 2 OR bzw. Art. 820 Abs. 1 OR verlangt ist – den Richter benachrichtigen, sondern die Geschäfte weiterführen.¹¹ Andererseits wurde das Verhalten von Unternehmern thematisiert, welche Vermögenswerte einer in finanzielle Bedrängnis geratenen Gesellschaft unter dem Wert auf eine Auffanggesellschaft übertragen, über die sie dann die Geschäfte weiterführen.¹²

Gemäss dem Bericht gibt es unter geltendem Recht zwar Mittel (z.B. die Verantwortlichkeitsklage), um missbräuchliches Verhalten zu ahnden. Von diesen Mitteln könne jedoch nur bei Durchführung des Konkursverfahrens Gebrauch gemacht werden. Problematisch sei deshalb, dass das Konkursverfahren nach Art. 230 Abs. 1 SchKG eingestellt werde, wenn die Konkursmasse voraussichtlich nicht zur Deckung der Verfahrenskosten reiche.¹³ Nach einer Einstellung wird ein Konkursverfahren nur durchgeführt, wenn ein Gläubiger dies verlangt und für die Verfahrenskosten Sicherheit leistet (Art. 230 Abs. 2 SchKG). Neben den weiteren Kostenrisiken der Gläubiger im Konkurs führe die Kostenvorschusspflicht nach Art. 230 Abs. 2 SchKG dazu, dass Gläubiger häufig auf die Geltendmachung von Ansprüchen verzichten. Dies wiederum veranlasse die Unternehmer, die Gesellschaft möglichst gründlich «herunterzuwirtschaften», um sicher zu gehen, dass die Gesellschaftsaktiven nicht zur Deckung der Konkurskosten ausreichen.¹⁴

Ferner kam im erläuternden Bericht das Vorgehen von Gesellschaften zur Sprache, die systematisch auf die Begleichung öffentlich-rechtlicher Forderungen von öffentlich-rechtlichen Gläubigern sowie Prämien der obligatorischen Unfallversicherung (nachfolgend: öffentlich-rechtliche Forderungen) verzichten. Dieses wurde als missbräuchlich beurteilt.¹⁵ Für öffentlich-rechtliche Forderungen kann nach Art. 43 Ziff. 1 und 1^{bis} SchKG nicht auf Konkurs, sondern nur auf Pfändung betrieben werden.

⁹ Erläuternder Bericht VE-SchKG 2015, 12 f.

¹⁰ Vgl. Erläuternder Bericht VE-SchKG 2015, 4 f., 8 und 13.

¹¹ BGE 136 III 322, 325 E. 3.2; BÖCKLI, § 18 Rz. 369.

¹² Vgl. zum Ganzen: Erläuternder Bericht VE-SchKG 2015, 3 f.

¹³ Vgl. zum Ganzen: Erläuternder Bericht VE-SchKG 2015, 4 und 6.

¹⁴ Erläuternder Bericht VE-SchKG 2015, 6.

¹⁵ Erläuternder Bericht VE-SchKG 2015, 4 f.

III. Massnahmen bei Konkursverschleppung oder Übertragung von Gesellschaftsaktiven auf eine Auffanggesellschaft

A. Aktuelle Rechtslage

1. Verantwortlichkeitsklage

Es gilt zunächst zu untersuchen, inwiefern die Folgen von missbräuchlichem Verhalten mit einer aktienrechtlichen Verantwortlichkeitsklage nach Art. 754 ff. OR ausgeglichen werden können. Die Bestimmungen von Art. 754 ff. OR gelten kraft Verweis in Art. 827 OR auch für die GmbH.

Nach Art. 754 Abs. 1 OR sind die Organe der Gesellschaft den Aktionären und den Gläubigern für pflichtwidrig verursachten Schaden verantwortlich. Es ist zwischen unmittelbarer und mittelbarer Schädigung zu unterscheiden.¹⁶ Eine unmittelbare Schädigung liegt vor, wenn das Vermögen der Aktionäre oder der Gläubiger geschmälert wird, ohne dass gleichzeitig eine Verminderung des Gesellschaftsvermögens eintritt.¹⁷ Von einer mittelbaren Schädigung wird gesprochen, wenn eine Schädigung der Gesellschaft zur Folge hat, dass die Beteiligung des Aktionärs geschmälert oder die Konkursdividende des Gläubigers vermindert wird.¹⁸

Die Legitimation zur Geltendmachung mittelbarer Schäden ist in Art. 756 f. OR ausdrücklich geregelt.¹⁹ Ausserhalb des Konkurses der geschädigten Gesellschaft können Aktionäre fordern, dass Schadenersatz für den der Gesellschaft verursachten Schaden an die Gesellschaft geleistet wird (Art. 756 Abs. 1 OR). Im Konkurs sind auch die Gläubiger aktivlegitimiert. Zunächst steht die Geltendmachung von Ansprüchen jedoch der Konkursverwaltung zu (Art. 757 Abs. 1 OR). Erst wenn diese hierauf verzichtet, können Aktionäre und Gläubiger Ansprüche einklagen. Aus dem Ergebnis werden vorab die Forderungen der klagenden Gläubiger gedeckt. Die klagenden Aktionäre nehmen am Übermass im Verhältnis ihrer Beteiligung teil. Was übrig bleibt, fällt in die Konkursmasse (Art. 757 Abs. 2 OR). Inwiefern Gläubiger bei Einstellung des Konkursverfahrens mangels Aktiven Ansprüche geltend machen können, ist umstritten.²⁰ Kürzlich bestätigte das Bundesgericht jedoch, dass sich die Gläubiger auch nach Einstellung des Konkursverfahrens noch auf Art. 757 Abs. 2 OR berufen können, wenn ein Verantwortlichkeitsanspruch entdeckt wird. Weil nur ein rechtskräftig kollozierter Gläubiger zur Verantwortlichkeitsklage befugt sei, müs-

¹⁶ BSK OR-GERICKE/WALLER, Art. 754 N 2 f. und 14 f.

¹⁷ BSK OR-GERICKE/WALLER, Art. 754 N 16; JACQUEMOUD/PASQUIER, SJ 2013, 271, 294.

¹⁸ BGE 131 III 306, 310 E. 3.1.1; BSK OR-GERICKE/WALLER, Art. 754 N 15; JACQUEMOUD/PASQUIER, SJ 2013, 271, 294.

¹⁹ BSK OR-GERICKE/WALLER, Art. 756 N 1; OFK-AMSTUTZ/GOHARI, Art. 757 OR N 1.

²⁰ Vgl. OFK-AMSTUTZ/GOHARI, Art. 757 OR N 9; BSK OR-GERICKE/WALLER, Art. 757 N 26.

se die gelöschte Gesellschaft indessen zuerst wieder nach Art. 164 HRegV im Handelsregister eingetragen und der Konkurs neu eröffnet werden.²¹

Entscheidet ein Unternehmer als Organ über die Veräusserung von Gesellschaftsvermögen unter dem Wert an eine Auffanggesellschaft, verletzt er seine Treuepflicht gegenüber der Gesellschaft und verhält sich pflichtwidrig (vgl. Art. 717 Abs. 1 OR bzw. Art. 812 OR). Wird der Konkurs verschleppt, liegt eine Verletzung der Pflicht zur rechtzeitigen Überschuldungsanzeige vor (vgl. Art. 725 Abs. 2 OR bzw. Art. 820 Abs. 1 OR). Ein dadurch verursachter Schaden der Gesellschaft schädigt die Gläubiger unter Umständen mittelbar. Kommt es später zu einem Konkursverfahren, kann die Konkursverwaltung oder ein Gläubiger mit der Verantwortlichkeitsklage vom Unternehmer die Leistung von Schadenersatz an die Gesellschaft verlangen.

Hierzu muss jedoch das Einleitungsverfahren durchlaufen und der Konkurs eröffnet werden. Grundsätzlich gilt, dass der Schuldner die Betreuungskosten trägt, der Gläubiger diese jedoch vorschliessen muss (Art. 68 Abs. 1 SchKG). Im Einleitungsverfahren muss der Gläubiger insbesondere die Kosten des Zahlungsbefehls (CHF 7.– bis CHF 400.– zzgl. Zustellungskosten, vgl. Art. 16 Abs. 1 und 3 GebV SchKG) sowie die Kosten des Rechtsöffnungsverfahrens vorschliessen (Spruchgebühr: CHF 40.– bis CHF 2'000.–, vgl. Art. 48 GebV SchKG). Vor der Konkurseröffnung muss der Kostenvorschuss für die Konkursandrohung geleistet werden (CHF 7.– bis CHF 400.– zzgl. Zustellungskosten, vgl. Art. 39 i.V.m. Art. 16 Abs. 1 und 3 GebV SchKG). Ferner regelt Art. 169 Abs. 1 SchKG, dass der Gläubiger, welcher das Konkursbegehren stellt, für die Kosten bis und mit Einstellung des Konkurses mangels Aktiven bzw. bis zur Anordnung des Schuldenrufs haftet, wenn diese nicht aus der Konkursmasse gedeckt werden können.²² Nach Art. 169 Abs. 2 SchKG kann das Gericht einen entsprechenden Kostenvorschuss verlangen (im Kanton Zürich: CHF 1'800.–²³).

Sodann ist zu berücksichtigen, dass das Bestehen eines Verantwortlichkeitsanspruchs unter Umständen erst nach eingehendem Studium der Gesellschaftsakten ersichtlich wird.²⁴ Nach der Konkurseröffnung muss das Konkursamt zwar die Aktiven der Konkursmasse feststellen, um über die Art des Konkurses bzw. dessen Einstellung entscheiden zu können (vgl. Art. 221 ff. SchKG). Eine Überprüfung der Buchhaltungsunterlagen auf allfällige illiquide Ansprüche ist zu diesem Zeitpunkt aber noch nicht vorzunehmen, da das Konkursgericht diese bei einem Entscheid über die Einstellung des Konkursverfahrens nicht berücksichtigt.²⁵ Bildet der Verantwortlich-

²¹ BGer 4A_384/2016 vom 1. Februar 2017 E. 2.1.3 und 2.3; vgl. auch BGE 110 II 396, 397 E. 2.

²² Vgl. BGE 102 III 85, 87 f. E. 2.

²³ Vgl. Beschluss der Verwaltungskommission des Obergerichts Zürich vom 12. Januar 1999 i.V.m. § 6 der Kantonalen Konkursverordnung.

²⁴ BAUM/VON DER CRONE, SZW 2016, 232, 242 Fn. 89.

²⁵ STAEHELIN/BOPP/BACHOFNER, BLSchK 2011, 1, 5 ff.

keitsanspruch das einzige Aktivum der Konkursmasse, verfügt das Konkursgericht in der Regel auf Antrag des Konkursamtes die Einstellung des Konkurses mangels Aktiven (Art. 230 Abs. 1 SchKG). Weil die Geltendmachung von Verantwortlichkeitsansprüchen jedoch die Durchführung eines Konkursverfahrens erfordert, muss ein klagewilliger Gläubiger diese nach Art. 230 Abs. 2 SchKG verlangen und Sicherheit für die Konkurskosten leisten (im Kanton Zürich wohl ca. CHF 2'200.– bis CHF 3'200.–).²⁶

Schliesslich muss die Konkursverwaltung bzw. der Abtretungsgläubiger bei Anhebung der Verantwortlichkeitsklage einen streitwertabhängigen Gerichtskostenvorschuss leisten (Art. 98 ZPO) und im Verfahren den Schaden, die Pflichtverletzung und den Kausalzusammenhang beweisen.²⁷ Selbstredend besteht auch immer die Gefahr, dass ein Anspruch wegen Mittellosigkeit des Organs uneinbringlich ist.²⁸

Alles in allem ist die Geltendmachung von Verantwortlichkeitsansprüchen im Konkurs mit einem erheblichen Kostenrisiko verbunden. Es erscheint durchaus vorstellbar, dass die Gläubiger wegen der Kosten und insbesondere wegen des Kostenvorschusses nach Art. 230 Abs. 2 SchKG auf die Anhebung einer Verantwortlichkeitsklage verzichten, obwohl eine solche aussichtsreich wäre.²⁹

2. Paulianische Anfechtung

Falls Vermögenswerte auf eine Auffanggesellschaft übertragen wurden, kann das entsprechende Rechtsgeschäft allenfalls mit einer Anfechtungsklage nach Art. 285 ff. SchKG rückgängig gemacht und die Vermögenswerte in die Konkursmasse zurückgeführt werden.

Es werden drei Arten von Anfechtungsklagen unterschieden. Mit der Schenkungspauliana nach Art. 286 SchKG sind Schenkungen und unentgeltliche Verfügungen anfechtbar, die innerhalb des letzten Jahres vor Konkurseröffnung getätigt wurden (Art. 286 Abs. 1 SchKG). Schenkungen gleichgestellt sind gemischte Schenkungen.³⁰ Mit der Überschuldungspauliana nach Art. 287 SchKG können bestimmte, im Gesetz genannte Rechtshandlungen angefochten werden, die der Schuldner vorge-

²⁶ Die Kosten für ein Konkursverfahren betragen im Kanton Zürich insgesamt durchschnittlich CHF 4'000.– bis CHF 5'000.– (OGer ZH PS150172 vom 5. November 2015 E. 2.2.3). Der Kostenvorschuss darf nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung keine Kosten abdecken, die bereits angefallen sind (BGE 117 III 67, 69 E. 2).

²⁷ BSK OR-GERICKE/WALLER, Art. 754 N 21 und 42.

²⁸ Wird der Unternehmer belangt, der Vermögenswerte auf eine Auffanggesellschaft übertragen hat, wird indes zumindest seine Beteiligung an dieser werthaltig sein.

²⁹ Vgl. NUSSBAUMER, BISchK 2016, 124, 130.

³⁰ Eine gemischte Schenkung liegt vor, wenn Leistung und Gegenleistung in einem Missverhältnis stehen (Art. 286 Abs. 2 Ziff. 1 SchKG).

nommen hat, als er bereits überschuldet war. Vorausgesetzt wird, dass die Überschuldung dem Begünstigten bekannt war. Die Verdachtsperiode beträgt wiederum ein Jahr (Art. 287 Abs. 1 SchKG). Schliesslich können mit der Absichtspauliana nach Art. 288 SchKG alle gläubigerschädigenden Rechtshandlungen angefochten werden, welche der Schuldner in der Absicht vorgenommen hat, gewisse Gläubiger zu benachteiligen.³¹ Erforderlich ist, dass die Benachteiligungsabsicht für den Begünstigten erkennbar war. Hier beträgt die Verdachtsperiode fünf Jahre (Art. 288 Abs. 1 SchKG).

Die anfechtende Partei trägt grundsätzlich die Beweislast für das Vorliegen der jeweiligen Voraussetzungen.³² Bei Leistungen an nahestehende Personen bestehen jedoch gesetzliche Vermutungen, die eine Beweislastumkehr bewirken.³³ Zum einen wird vermutet, dass eine Leistung an eine nahestehende Person in einem Missverhältnis zur Gegenleistung steht (Art. 286 Abs. 3 SchKG). Zum anderen muss die nahestehende Person bei der Absichtsanfechtung beweisen, dass die Benachteiligungsabsicht nicht erkennbar war (Art. 288 Abs. 2 SchKG). Ein Nahestehen ist z.B. bei den Gesellschaften eines Konzerns anzunehmen (vgl. Art. 286 Abs. 3 und Art. 288 Abs. 2 SchKG). Daraus erschliesst sich, dass zwei juristische Personen, die von der gleichen natürlichen Person kontrolliert werden, sich nahestehen.³⁴

Die Konkursverwaltung sowie die Abtretungsgläubiger sind klageberechtigt (Art. 285 Abs. 2 Ziff. 2 SchKG). Passivlegitimiert sind in erster Linie die Vertragspartner des Schuldners und weitere Begünstigte (Art. 290 SchKG). Wird die Klage gutgeheissen, ist der Beklagte zur Rückgabe des erhaltenen Vermögens verpflichtet (Art. 291 Abs. 1 SchKG). Er muss die Verwertung der fraglichen Vermögenswerte dulden bzw. eine Rückzahlung leisten.³⁵

Wurden Gesellschaftsaktiven unter dem wirklichen Wert auf eine Auffanggesellschaft übertragen, liegt grundsätzlich eine gemischte Schenkung vor. Die Vermögenswerte können also mittels Schenkungspauliana zurück in die Konkursmasse geholt werden. Die kurze Verdachtsperiode von einem Jahr kann in den hier interessierenden Fällen jedoch problematisch sein, weil der Konkurs häufig verschleppt wird. Regelmässig dürfte allerdings auch der Tatbestand der Absichtspauliana erfüllt sein, sodass Leistungen der letzten fünf Jahre vor Konkurseröffnung angefochten werden können. Weil eine Auffanggesellschaft, die vom selben Unternehmer kontrolliert wird wie die konkursite Gesellschaft, als nahestehende Person zu qualifi-

³¹ BGE 134 III 452, 454 E. 2.

³² BSK SchKG-STAEHELIN, Art. 286 N 26, Art. 287 N 18 und Art. 288 N 23.

³³ STAEHELIN, ST 2014, 61, 64.

³⁴ Vgl. CRAMER, GesKR 2016, 159, 165.

³⁵ Statt vieler: BGE 141 III 527, 530 E. 2.2.

zieren ist, wird die Erkennbarkeit der Benachteiligungsabsicht vermutet. Dies erleichtert dem Anfechtenden die Beweisführung.

In Bezug auf die mit der Geltendmachung von Anfechtungsansprüchen verbundenen Kosten kann auf die entsprechenden Ausführungen zur Verantwortlichkeitsklage verwiesen werden.³⁶ Wiederum muss ein Konkursverfahren durchgeführt werden, damit die Konkursverwaltung oder ein Abtretungsgläubiger eine Klage anheben können. Der Kostenvorschuss nach Art. 230 Abs. 2 SchKG bildet deshalb auch hier eine erhebliche Hürde für die Gläubiger. Die Gefahr der Uneinbringlichkeit eines Anspruchs wegen Mittellosigkeit des Beklagten ist wohl aber geringer. Zumindest wenn Vermögenswerte wie Maschinen, Fahrzeuge etc. auf eine Auffanggesellschaft übertragen wurden, um das Geschäft fortzuführen, erscheint das Vorhandensein von Vermögenswerten wahrscheinlich.

3. Klagen wegen ungerechtfertigter bzw. unrechtmässiger Ausschüttungen

Wurden Vermögenswerte unter dem wirklichen Wert auf eine Auffanggesellschaft übertragen, könnte sodann eine ungerechtfertigte bzw. unrechtmässige Ausschüttung von Gesellschaftsvermögen vorliegen.

Nach Art. 678 Abs. 2 OR sind Aktionäre und Verwaltungsräte sowie diesen nahestehende Personen zur Rückerstattung von Leistungen der Aktiengesellschaft verpflichtet, die in einem offensichtlichen Missverhältnis zur Gegenleistung und zur wirtschaftlichen Lage der Gesellschaft stehen.³⁷ Die Bestimmung kann auch auf die GmbH angewendet werden (Art. 800 OR). Bei den rückerstattungspflichtigen Leistungen kann es sich um verdeckte Gewinn- oder Kapitalausschüttungen oder um Leistungen einer überschuldeten Gesellschaft handeln.³⁸ Vorausgesetzt wird zum einen, dass die Leistungen ungerechtfertigt sind, also gegen das Gesetz oder die Statuten der Gesellschaft verstossen.³⁹ Zum anderen muss der Empfänger bösgläubig sein.⁴⁰ Der Anspruch auf Rückerstattung steht der Gesellschaft und dem Aktionär zu, der auf Leistung an die Gesellschaft klagen muss (Art. 678 Abs. 3 OR). Im Konkurs

³⁶ Vgl. vorstehend III.A.1.

³⁷ Das Missverhältnis der Leistungen liegt vor, wenn das Geschäft mit einem unabhängigen Dritten nicht zu gleichen Bedingungen geschlossen worden wäre (BSK OR-VOGT, Art. 678 N 14). Das Missverhältnis zur wirtschaftlichen Lage der Gesellschaft ist bereits bei spürbaren Auswirkungen des Geschäfts geben (vgl. BGE 140 III 602, 608 E. 9.3.1; BSK OR-VOGT, Art. 678 N 16). Die Offensichtlichkeit der Missverhältnisse ist zu bejahen, wenn keine vernünftige wirtschaftliche Begründung für das Geschäft besteht (BSK OR-VOGT, Art. 678 N 17).

³⁸ VON DER CRONE, § 9 Rz. 44; vgl. auch OFK-VISCHER, Art. 678 OR N 7.

³⁹ BSK OR-VOGT, Art. 678 N 19.

⁴⁰ BGE 140 III 602, 609 E. 10.1.

ist auch der Abtretungsgläubiger aktivlegitimiert.⁴¹ Der Anspruch auf Rückerstattung verjährt innert fünf Jahren ab Empfang der Leistung (Art. 678 Abs. 4 OR).

Wenn Leistungen an einen Aktionär oder eine diesem nahestehende Person erbracht werden, ohne dass Reserven oder Gewinne vorhanden sind, liegt ausserdem ein Verstoß gegen das in Art. 680 Abs. 2 OR verankerte Verbot der Einlagerückgewähr vor.⁴² Nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung lebt in diesem Fall die Liberierungspflicht des Aktionärs wieder auf.⁴³ Die Verjährungsfrist beträgt zehn Jahre.⁴⁴ Für die GmbH enthält Art. 793 Abs. 2 OR eine analoge Regelung.

Eine Auffanggesellschaft des Unternehmers steht diesem sowohl als Gesellschafter als auch als Verwaltungsrat bzw. Geschäftsführer der übertragenden Gesellschaft nahe. Wurden Vermögenswerte unter ihrem wirklichen Wert auf eine solche übertragen, liegt deshalb in aller Regel eine verdeckte Ausschüttung an eine nahestehende Person vor. Die Konkursverwaltung und der Abtretungsgläubiger können die Rückerstattung von Leistungen der letzten fünf Jahre verlangen. Erfolgte die Übertragung zu einem Zeitpunkt, als das Nominalkapital nicht voll gedeckt bzw. die Gesellschaft überschuldet war, stellt sie ausserdem eine verbotene Einlagerückgewähr dar. Die Leistung der Einlage kann während zehn Jahren vom Unternehmer als Gesellschafter gefordert werden. In Bezug auf die Kostenrisiken wird auf die obenstehenden Ausführungen verwiesen.⁴⁵

4. Strafrechtliche Verfolgung

Neben zivilrechtlichen Konsequenzen können die geschilderten Missbräuche auch eine strafrechtliche Verfolgung nach sich ziehen. Relevant sind insbesondere die Betreibungs- und Konkursdelikte nach Art. 163 ff. StGB. Neben diesen können weitere Delikte, wie z.B. die ungetreue Geschäftsbesorgung (Art. 158 StGB), vorliegen.

Im Jahr 2009 liess die Staatsanwaltschaft III des Kantons Zürich verlauten, dass Konkursverschleppungen strafrechtlich entgegenzutreten sei.⁴⁶ Um missbräuchliches Verhalten zu bekämpfen, wurde die Zusammenarbeit zwischen Polizei, Staatsanwaltschaft und Konkursämtern intensiviert.⁴⁷ Ausserdem entwickelte man ein standardisiertes Verfahren zur Verfolgung der Misswirtschaft nach Art. 165 Ziff. 1 StGB.⁴⁸

⁴¹ BSK OR-VOGT, Art. 678 N 29.

⁴² VON DER CRONE, § 9 Rz. 60; BSK OR-VOGT, Art. 680 N 17a.

⁴³ BGE 109 II 128, 129 E. 2; a.M. OFK-VISCHER, Art. 680 OR N 16.

⁴⁴ BGE 102 II 353, 361 E. 4b; VON DER CRONE, § 9 Rz. 33; a.M. BSK OR-VOGT, Art. 680 N 26.

⁴⁵ Vgl. vorstehend III.A.1. und 2.

⁴⁶ HUNKELER, Jusletter 2009, Rz. 1.

⁴⁷ Jahresbericht 2016, 14 f.; NUSSBAUMER, BISchK 2016, 124, 131.

⁴⁸ Jahresbericht 2016, 14 f.; Stellungnahme StA ZH, 7 f.; NUSSBAUMER, BISchK 2016, 124, 130 f.; JEAN-RICHARD-DIT-BRESSEL, in: ACKERMANN/WOHLERS, 59, 60 f.

Der Tatbestand von Art. 165 Ziff. 1 StGB ist unter anderem erfüllt, wenn ein Schuldner durch Misswirtschaft, die bei arger Nachlässigkeit in der Berufsausübung gegeben ist, seine Überschuldung herbeiführt oder verschlimmert. Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung stellt die Konkursverschleppung eine arge Nachlässigkeit der Berufsausübung dar.⁴⁹ Ist der Schuldner eine juristische Person, machen sich diejenigen natürlichen Personen strafbar, die ihn im Sinne von Art. 29 StGB – z.B. als Organ oder Gesellschafter (lit. a und b) – vertreten.⁵⁰ Als objektive Strafbarkeitsbedingung wird sodann eine Konkurseröffnung, ein Verlustschein oder ein gerichtlicher Nachlassvertrag vorausgesetzt (vgl. Art. 165 Ziff. 1 und Art. 171 StGB).⁵¹ Aufgrund des im Strafrecht geltenden strikten Legalitätsprinzips, ist die Bestrafung wegen Misswirtschaft nicht möglich, wenn eine Gesellschaft wegen eines Organisationsmangels nach Art. 731b Abs. 1 Ziff. 3 OR aufgelöst wird. In diesem Fall erfolgt keine formelle Konkurseröffnung.⁵²

Konkret bedeutet dies, dass der für eine Konkursverschleppung verantwortliche Unternehmer als Organ bzw. Gesellschafter strafrechtlich belangt werden kann, sofern Konkurs über die betroffene Gesellschaft eröffnet wird. Da Misswirtschaft verhältnismässig einfach zu beweisen ist, können in einem standardisierten Verfahren effizient Verurteilungen erreicht werden.⁵³ Allgemein ist anzunehmen, dass die konsequente Strafverfolgung eine gewisse generalpräventive Wirkung entfaltet und deshalb missbräuchliches Verhalten vermindert werden kann.

Ausserdem haben die geschädigte Personen⁵⁴ im Strafverfahren unter Umständen die Möglichkeit, zivilrechtliche Ansprüche nach Art. 122 StPO adhäsionsweise geltend zu machen.⁵⁵ Als Geschädigte von Konkursdelikten gelten sowohl die Gläubiger als auch die Konkursmasse.⁵⁶ Sie können z.B. Ansprüche aus aktienrechtlicher Verantwortlichkeit in einem Strafverfahren betreffend Misswirtschaft gegen den Unterneh-

⁴⁹ Statt vieler: BGer 6B_366/2015 vom 9. Februar 2016 E. 2.3.2.

⁵⁰ BSK StGB-HAGENSTEIN, Art. 165 N 4.

⁵¹ HERREN, 130.

⁵² Vgl. BStGer SK.2015.55 vom 18. Oktober 2016 E. 4.6.1.2; LORANDI, AJP 2008, 1378, 1394; a.M. MEIER, 78 f.

⁵³ NUSSBAUMER, BISchK 2016, 124, 130.

⁵⁴ Als geschädigte Personen im Sinne von Art. 115 Abs. 1 StPO gelten Personen, die durch eine Straftat in ihren Rechten unmittelbar verletzt worden sind.

⁵⁵ Es muss allerdings berücksichtigt werden, dass die Zivilklage gegebenenfalls – insbesondere wenn ein Strafbefehl erfolgt – auf den Zivilweg verwiesen wird (vgl. Art. 126 Abs. 2 f. und Art. 353 Abs. 2 StPO).

⁵⁶ HERREN, 153; vgl. BGE 140 IV 155, 158 E. 3.3.2.

mer adhäsionsweise geltend machen.⁵⁷ Der Vorteil einer Zivilklage im Strafverfahren liegt für den Gläubiger in dem verglichen zum Zivilverfahren tieferen Kostenrisiko. Dem Zivilkläger können nur die Verfahrenskosten auferlegt werden, die allein oder überwiegend durch seine Anträge im Zivilpunkt verursacht wurden (Art. 427 Abs. 1 StPO).⁵⁸

Vor diesem Hintergrund erscheint es problematisch, dass in den letzten Jahren vermehrt das folgende Verhalten, welches auch als Konkursverhinderung bezeichnet wird, zu beobachten war: Unternehmer entziehen sich einer strafrechtlichen Belangung, indem sie – z.B. durch den Rücktritt als gesetzlich vorgeschriebenes Organ – die Auflösung der Gesellschaft wegen eines Organisationsmangels nach Art. 731b Abs. 1 Ziff. 3 OR provozieren.⁵⁹

5. Zwischenfazit

De lege lata bestehen verschiedene Klagemöglichkeiten, falls ein Unternehmer den Konkurs verschleppt oder die Übertragung von Gesellschaftsaktiven unter dem Wert auf eine Auffanggesellschaft veranlasst.⁶⁰ Weil Ansprüche gegen den Unternehmer oder eine allfällige Auffanggesellschaft aber nur geltend gemacht werden können, wenn ein Konkursverfahren durchgeführt wird, muss zunächst ein Gläubiger das Konkursbegehren stellen und den damit verbundenen Kostenvorschuss leisten. Selbst wenn der Konkurs eröffnet wird, gilt es aber zu berücksichtigen, dass das Konkursamt illiquide Aktiven in einem ersten Schritt nicht näher prüft. Deshalb werden Konkursverfahren häufig mangels Aktiven eingestellt, obwohl Ansprüche bestehen. Ein Gläubiger, welcher diese geltend machen möchte, muss nach Art. 230 Abs. 2 SchKG einen weiteren Kostenvorschuss für die Durchführung des Konkursverfahrens leisten.⁶¹ Zwar ist es sachgerecht, dass Kostenvorschüsse eine gewisse prohibitive Wirkung entfalten und Gläubiger von der Einleitung aussichtsloser Verfahren abhalten. Insbesondere der Kostenvorschuss nach Art. 230 Abs. 2 SchKG scheint aber geeignet, Gläubiger auch zum Verzicht auf aussichtsreiche Klagen zu bewegen. Ausserdem bildet er einen Anreiz für Unternehmer, die Gesellschaft soweit herunter-

⁵⁷ Vgl. HERREN, 154; a.M. wohl GRAF, Jusletter 2014, Rz. 21; bei Vermögensdelikten zum Nachteil einer Kapitalgesellschaft, wie z.B. bei ungetreuer Geschäftsbesorgung, sind die Gläubiger demgegenüber nicht unmittelbar verletzt und gelten deshalb nicht als Geschädigte im strafrechtlichen Sinne. Weil die Abtretung von Ansprüchen gemäss Art. 260 SchKG an einen Gläubiger nicht zur Folge hat, dass die Geschädigtenstellung auf diesen übergeht, ist nur die Konkursmasse zur Zivilklage legitimiert (vgl. BGE 140 IV 155, 158 ff. E. 3.3.2 und E. 3.4.4).

⁵⁸ BSK StPO-DOMEISEN, Art. 427 N 4; diese Kosten sind meist relativ tief (Komm. StPO-GRIESSER, Art. 427 N 3); betr. Entschädigung des Beschuldigten vgl. Art. 432 Abs. 1 StPO.

⁵⁹ Vgl. Stellungnahme StA ZH, 3.

⁶⁰ Vgl. vorstehend III.A.1., 2. und 3.

⁶¹ Vgl. vorstehend III.A.1.

zuwirtschaften, dass die Aktiven für die Durchführung des Konkursverfahrens nicht ausreichen.⁶²

Im Übrigen zeigte die Analyse des geltenden Rechts, dass missbräuchliches Verhalten oft den Tatbestand der Misswirtschaft erfüllt. Unternehmer können also auch strafrechtlich zur Verantwortung gezogen werden. Es ist anzunehmen, dass Missbräuche durch konsequente Strafverfolgung reduziert werden können. Für die Gläubiger liegt der Vorteil eines Strafverfahrens in der Möglichkeit, zivilrechtliche Ansprüche gegebenenfalls kostengünstig adhäsionsweise geltend zu machen. Stossend ist allerdings, dass die Strafverfolgung durch die Provokation einer Auflösung der Gesellschaft wegen eines Organisationsmangels nach Art. 731b Abs. 1 Ziff. 3 OR *de lege lata* umgangen werden kann.⁶³

B. Vorentwurf zur Revision des SchKG

1. Organhaftung für Konkurskosten

Um die Problematik des Kostenrisikos für die Gläubiger anzugehen, schlug der Gesetzgeber die folgende Änderung von Art. 169 SchKG vor:

Art. 169 Abs. 1 und 2 SchKG

4. Haftung-Vorschuss für die Konkurskosten

~~¹ Wer das Konkursbegehren stellt, haftet für die Kosten, die bis und mit der Einstellung des Konkurses mangels Aktiven (Art. 230) oder bis zum Schuldenruf (Art. 232) entstehen. Das Gericht kann von der Partei, die das Konkursbegehren stellt, einen Vorschuss für die Kosten, die bis und mit der Einstellung des Konkurses mangels Aktiven (Art. 230) oder bis zum Schuldenruf (Art. 232) entstehen, verlangen.~~

~~² Das Gericht kann von dem Gläubiger einen entsprechenden Kostenvorschuss verlangen. Ist der Schuldner eine juristische Person, so haften die letzten von der Gesellschaft eingesetzten und im Handelsregister eingetragenen Mitglieder des obersten Leitungs- und Verwaltungsorgans des Schuldners dem Konkursamt oder der Partei, die den Kostenvorschuss geleistet hat, solidarisch für einen Ausfall, sofern diese nicht nachweisen, dass sie kein Verschulden trifft, insbesondere, dass sie ihre Pflichten nach Art. 725 und 725a OR nicht absichtlich oder fahrlässig verletzt haben.~~

Zurzeit haftet der Gläubiger, welcher das Konkursbegehren stellt, für die Kosten bis und mit Einstellung des Konkurses mangels Aktiven bzw. bis zur Anordnung des Schuldenrufs, sofern diese nicht aus der Konkursmasse gedeckt werden können. Das Konkursgericht kann von ihm einen entsprechenden Kostenvorschuss verlangen.⁶⁴ Im veränderten Wortlaut von Art. 169 Abs. 1 VE-SchKG findet sich nur noch die

⁶² Vgl. vorstehend II.

⁶³ Vgl. vorstehend III.A.4.

⁶⁴ Vgl. vorstehend III.A.1.

Vorschusspflicht des Gläubigers wieder. Falls der Schuldner eine juristische Person ist, sollen nach Art. 169 Abs. 2 VE-SchKG die zuletzt von der Gesellschaft eingesetzten und im Handelsregister eingetragenen Organe des Schuldners dem vorschussleistenden Gläubiger sowie dem Konkursamt solidarisch für den Ausfall haften, sofern sie schuldhaft gehandelt haben. Das Verschulden würde vermutet, doch ein Entlastungsbeweis wäre möglich.⁶⁵ Die Ausführungen im erläuternden Bericht implizieren, dass auch derjenige Gläubiger die Organe belangen könnte, der nach Verfahrenseinstellung die Durchführung des Konkursverfahrens verlangt und deshalb nach Art. 230 Abs. 2 SchKG einen entsprechenden Kostenvorschuss leisten muss.⁶⁶ Dies würde bedeuten, dass die besagte Haftung die ganzen Konkurskosten umfasst. Im Sinne einer systematischen Auslegung ist jedoch eher davon auszugehen, dass lediglich die Kosten bis zur Einstellung des Verfahrens oder bis zum Schuldenruf angesprochen sind, da sich Art. 169 Abs. 1 SchKG und der bisherige Art. 169 Abs. 2 SchKG auf diese Kosten beziehen.

Man erhofft sich von der Änderung, dass die Organe zu einem früheren Zeitpunkt Überschuldungsanzeige erstatten und im Umfang der Konkurskosten Mittel als «eiserne Reserve» in der Gesellschaft belassen, um eine persönliche Haftung zu umgehen.⁶⁷ Durch die mit der persönlichen Haftung verbundene generalpräventive Wirkung soll das Herunterwirtschaften der Gesellschaft unterbunden werden.⁶⁸ Selbst wenn jedoch nach Art. 169 Abs. 2 VE-SchKG die Kosten des ganzen Konkursverfahrens von den Organen eingefordert werden könnten, würde sich die Haftung regelmässig auf einen Betrag von ca. CHF 4'000.– bis CHF 5'000.– beschränken.⁶⁹ Könnten nur die Kosten bis zur Einstellung des Verfahrens bzw. bis zum Schuldenruf verlangt werden, wäre mit einem Haftungsbetrag von ca. CHF 1'800.– zu rechnen.⁷⁰ Ob sich eine Haftung in diesem beschränkten Umfang neben der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit nach Art. 754 ff. OR zusätzlich verhaltenslenkend auswirken würde, erscheint zweifelhaft.⁷¹

Ohnehin müsste die Bestimmung, um nicht selbst Anlass zu missbräuchlichem Verhalten zu geben, umformuliert werden. Nach Art. 169 Abs. 2 VE-SchKG haften die letzten von der Gesellschaft eingesetzten und im Handelsregister eingetragenen Organe für die Konkurskosten. Als mögliche Haftungssubjekte scheinen nur die im Zeitpunkt der Konkurseröffnung eingetragenen Organe in Frage zu kommen. Die effektive Geltendmachung ihres Anspruchs könnte den Gläubigern verunmöglicht

⁶⁵ Vgl. Erläuternder Bericht VE-SchKG 2015, 8.

⁶⁶ Vgl. Erläuternder Bericht VE-SchKG 2015, 6 f.

⁶⁷ Erläuternder Bericht VE-SchKG 2015, 9.

⁶⁸ Vgl. Erläuternder Bericht VE-SchKG 2015, 8.

⁶⁹ Vgl. vorstehend III.A.1.

⁷⁰ Vgl. vorstehend III.A.1.

⁷¹ Stellungnahme BG Bremgarten, 2.

werden, indem die bisherigen Organe vor Konkurseröffnung zurücktreten und ein zahlungsunfähiges Organ eingesetzt wird.⁷² Sinnvoller wäre es beispielsweise, alle Organe der letzten 12 Monate vor Konkurseröffnung oder ab Eintritt der Überschuldung im Handelsregister eingetragene Organe haftbar zu machen.⁷³

Für die Gläubiger, die bislang keine Möglichkeit hatten, sich für einen erlittenen Ausfall Deckung zu verschaffen, erscheint die Anpassung zumindest vordergründig als Verbesserung. Aufgrund der Vorschusspflicht würden sie jedoch immer noch das Inkassorisiko tragen.⁷⁴ Weil die Frage nach dem für die Haftung vorausgesetzte Verschulden der Organe materielles Recht beschlägt, kann der Konkursrichter im summarischen Verfahren nicht über sie entscheiden. Eine entsprechende Verfügungskompetenz des Konkursamtes ist ebenfalls nicht gegeben. Um für die Zwangsvollstreckung eines Ausfalls einen Rechtsöffnungstitel zu erhalten, müsste ein Gläubiger also zunächst ein Erkenntnisverfahren durchlaufen.⁷⁵ Als Kläger wäre er für die Gerichtskosten vorschusspflichtig (Art. 98 ZPO). Die Entlastungsmöglichkeit der Organe birgt ein Beweisrisiko. Da die Forderung für die vorgeschossenen Konkurskosten wohl höchstens CHF 5'000.– betragen kann, ist anzunehmen, dass die Gläubiger häufig auf eine Klage verzichten würden, zumal sie zudem das Einbringlichkeitsrisiko zu tragen haben.

Auch dem Konkursamt gäbe die Änderung die Möglichkeit, für ungedeckt gebliebene Konkurskosten die im Handelsregister eingetragenen Organe des Schuldners zu belangen. Dies ist für das Konkursamt vor allem in den Fällen von Interesse, in welchen der Konkurs von Amtes wegen eröffnet werden muss. Dann kann jeweils kein Kostenvorschuss verlangt werden (vgl. Art. 192 i.V.m. Art. 194 Abs. 1 SchKG). Es ist allerdings fraglich, ob das Konkursamt seinen Anspruch in einem zivilrechtlichen oder in einem öffentlich-rechtlichen Verfahren geltend machen müsste.⁷⁶

Schliesslich ist Art. 169 Abs. 2 VE-SchKG in seiner jetzigen Form unklar bzw. ungenau formuliert. So wird ausgeführt, wenn der Schuldner eine juristische Person sei, würden die von der Gesellschaft eingesetzten Organe haften. Da die Begriffe «juristische Person» und «Gesellschaft» nicht deckungsgleich sind – eine Stiftung ist zwar eine juristische Person aber keine Gesellschaft –, stellt sich die Frage, ob der Gesetzgeber die Haftung der Organe für die Konkurskosten tatsächlich nur für Gesellschaften und nicht auch z.B. für Stiftungen vorsehen wollte.⁷⁷ Ein sachlicher Grund hierfür ist nicht ersichtlich.

⁷² Stellungnahme BG Bremgarten, 1.

⁷³ Vgl. Stellungnahme BG Bremgarten, 1.

⁷⁴ Erläuternder Bericht VE-SchKG 2015, 9.

⁷⁵ Vgl. Stellungnahme BG Bremgarten, 2.

⁷⁶ Stellungnahme BG Bremgarten, 2.

⁷⁷ Vgl. Stellungnahme BG Bremgarten, 1.

Weil die verhaltenssteuernde Wirkung der Norm zweifelhaft ist und die Geltendmachung von Ansprüchen nach Art. 169 Abs. 2 VE-SchKG sowohl für die Gläubiger als auch für das Konkursamt in vielen Fällen einen unverhältnismässigen Aufwand darstellen würde, erscheint der Nutzen der neuen Regelung als beschränkt. Zudem besteht aufgrund verschiedener sprachlicher Ungenauigkeiten der Bestimmung die Gefahr einer Rechtsunsicherheit. Die Änderung ist deshalb abzulehnen.

2. Verlängerung der Frist zur Leistung des Kostenvorschusses bei Einstellung des Konkursverfahrens mangels Aktiven

Als weitere Massnahme zur Reduktion des Kostenrisikos für die Gläubiger soll Art. 230 Abs. 2 SchKG wie folgt geändert werden:

Art. 230 Abs. 2 SchKG

I. Einstellung des Konkursverfahrens mangels Aktiven

1. Im allgemeinen

² Das Konkursamt macht die Einstellung öffentlich bekannt. In der Publikation weist es darauf hin, dass das Verfahren geschlossen wird, wenn nicht innert ~~zehn~~ zwanzig Tagen nach der Bekanntmachung ein Gläubiger die Durchführung des Konkursverfahrens verlangt und die festgelegte Sicherheit für den durch die Konkursmasse nicht gedeckten Teil der Kosten leistet.

Reicht die Konkursmasse voraussichtlich nicht zur Deckung der Kosten eines summarischen Konkursverfahrens, verfügt das Konkursgericht auf Antrag des Konkursamtes die Verfahrenseinstellung (Art. 230 Abs. 1 SchKG). Unter geltendem Recht kann der Gläubiger innert zehn Tagen nach der Publikation der Einstellung die Durchführung des Konkursverfahrens verlangen, sofern er Sicherheit für die voraussichtlich nicht gedeckten Konkurskosten leistet. Nach Art. 230 Abs. 2 VE-SchKG soll die Frist neu 20 Tage betragen. Das nachfolgende Verfahren erfährt keine Änderung.

Durch die Verlängerung der Frist soll den Gläubigern mehr Zeit eingeräumt werden, Einsicht in die Konkursakten zu nehmen.⁷⁸ Nach Art. 8a Abs. 1 SchKG kann jedermann, der ein Interesse darlegt, die Protokolle und Register des Konkursamtes einsehen. Das Einsichtsrecht erstreckt sich über den Wortlaut der Bestimmung hinaus auch auf Aktenstücke wie die Geschäftsbücher, die das Konkursamt nach Art. 223 Abs. 2 SchKG zu verwahren hat, und steht im Konkurs grundsätzlich jedem Gläubiger zu.⁷⁹ Um zu prüfen, inwiefern die Verlängerung der Frist die Möglichkeit zur Akteneinsicht und die Stellung der Gläubiger tatsächlich verbessert, ist zunächst das Vorgehen des Konkursamtes vor einer Einstellung mangels Aktiven nach Art. 230 Abs. 1 SchKG genauer zu betrachten.

⁷⁸ Vgl. Erläuternder Bericht VE-SchKG 2015, 11.

⁷⁹ OFK-KREN KOSTKIEWICZ, Art. 223 SchKG N 7.

Das Konkursamt muss nach der Konkurseröffnung sämtliche Aktiven – namentlich auch Ansprüche aus aktienrechtlicher Verantwortlichkeit und paulianische Anfechtungsansprüche – feststellen und in einem Inventar aufführen (Art. 221 Abs. 1 SchKG).⁸⁰ Als illiquide Ansprüche werden derartige Ansprüche im Konkursinventar jedoch häufig ohne Betrag mit einem *pro-memoria*-Vermerk aufgeführt.⁸¹ Beantragt das Konkursamt die Einstellung des Konkurses mangels Aktiven, berücksichtigt das Konkursgericht diese bei seiner Entscheidung nicht.⁸² Das Konkursamt ist deshalb in diesem Verfahrensstadium nicht verpflichtet, die Geschäftsbücher auf das Vorliegen solcher Ansprüche, deren Umstände sich möglicherweise erst nach eingehendem Aktenstudium erhellen, zu überprüfen.⁸³

Vermutet nun aber ein Gläubiger das Vorliegen von Anfechtungs- oder Verantwortlichkeitsansprüchen, kann er sein Akteneinsichtsrecht nach Art. 8a Abs. 1 SchKG wahrnehmen. Die Prüfung der Geschäftsbücher auf Umstände, welche das Bestehen von Anfechtungs- und Verantwortlichkeitsansprüchen indizieren, dient ihm zur Einschätzung der Chancen und Risiken eines späteren Prozesses. Die zehntägige Frist nach Art. 230 Abs. 2 SchKG erscheint je nach Umfang der Geschäftsbücher des Schuldners kurz bemessen, um Einsicht in die Akten zu nehmen und sich gegebenenfalls rechtlich beraten zu lassen. Demgegenüber würde die in Art. 230 Abs. 2 VE-SchKG vorgesehene Frist von 20 Tagen wohl eine eingehende Prüfung der Sachlage erlauben. Der Gläubiger, der die Durchführung des Konkursverfahrens verlangen und den entsprechenden Kostenvorschuss leisten möchte, könnte dies nach der geplanten Änderung gestützt auf eine verbesserte Informationsbasis tun.

Bestehen Unklarheiten über die Konkursaktiven (z.B. Retentionsrechte), könnten Dritte hingegen ein Interesse an der möglichst zeitnahen Klärung der Frage haben, ob ein Konkursverfahren durchgeführt wird.⁸⁴ Da eine Verlängerung der Frist nach Art. 230 Abs. 2 VE-SchKG um zehn Tage in diesem Zusammenhang als geringfügig erachtet werden kann, wären diese Interessen durch die Änderung indes nicht massgeblich tangiert.

Im erläuternden Bericht zum Vorentwurf wurde zudem ausgeführt, die Länge der Frist sei insofern praktisch relevant, als der Anspruch auf Insolvenzenschädigung nach Art. 51 Abs. 1 lit. b AVIG ab unbenutztem Ablauf der Vorschusszahlungsfrist bestehe.⁸⁵ Art. 51 Abs. 1 lit. b AVIG betrifft aber den Fall, in welchem der Konkurs

⁸⁰ Vgl. Art. 27 Abs. 2 KOV; STAEHELIN/BOPP/BACHOFNER, BISchK 2011, 1, 5 ff.

⁸¹ STAEHELIN/BOPP/BACHOFNER, BISchK 2011, 1, 6.

⁸² STAEHELIN/BOPP/BACHOFNER, BISchK 2011, 1, 6.

⁸³ BAUM/VON DER CRONE, SZW 2016, 232, 242 Fn 89; STAEHELIN/BOPP/BACHOFNER, BISchK 2011, 1, 8.

⁸⁴ Stellungnahme KBKS, 3.

⁸⁵ Erläuternder Bericht VE-SchKG 2015, 11.

nicht eröffnet wird, weil niemand den Kostenvorschuss leisten möchte.⁸⁶ Wird ein Konkurs eröffnet, entsteht der Anspruch auf Insolvenzenschädigung nach Art. 51 Abs. 1 lit. a AVIG im Zeitpunkt der Konkursöffnung.⁸⁷ Ob der Konkurs danach eingestellt wird, ist nicht von Belang.⁸⁸ In Bezug auf die Insolvenzenschädigung kommt der Frist demnach keine Relevanz zu.

Insgesamt reduziert Art. 230 Abs. 2 VE-SchKG durch die verbesserte Möglichkeit zur Prüfung der Chancen und Risiken eines Konkursverfahrens das Kostenrisiko der Gläubiger, ohne massgebliche Nachteile mit sich zu bringen. Diese Änderung ist deshalb zu begrüßen. Ob Gläubiger sich aufgrund einer verlängerten Frist zur Prüfung von Ansprüchen wesentlich häufiger für die Leistung eines Kostenvorschusses entscheiden werden, bleibt allerdings fraglich.

IV. Massnahmen gegen das systematische Nichtbezahlen öffentlich-rechtlicher Forderungen

A. Aktuelle Rechtslage

1. Konkursöffnung ohne vorgängige Betreuung

Verschiedene Vernehmlassungsteilnehmer brachten vor, Gläubiger öffentlich-rechtlicher Forderungen hätten, obwohl sie den Schuldner nach Art. 43 Ziff. 1 und 1^{bis} SchKG nicht auf Konkurs betreiben können, mit Art. 190 Abs. 1 Ziff. 2 SchKG ein Mittel, um die Konkursöffnung über einen Schuldner herbeizuführen. So könne bereits unter geltendem Recht wirksam gegen renitentes Verhalten vorgegangen werden.⁸⁹

Nach Art. 190 Abs. 1 Ziff. 2 SchKG kann ein Gläubiger ohne vorgängige Betreuung beim Gericht die Konkursöffnung gegen einen der Konkursbetreuung unterliegenden Schuldner verlangen, der die Zahlungen eingestellt hat. Die Regelung soll dem Gläubiger bei Vermögensgefährdung einen Rechtsbehelf an die Hand geben.⁹⁰ Sie geht Art. 43 SchKG vor.⁹¹ Die Zahlungseinstellung als materieller Konkursgrund ist vom Gläubiger zu beweisen und kann angenommen werden, wenn der Schuldner während längerer Zeit einen erheblichen Anteil der laufenden und unbestrittenen

⁸⁶ BURGHERR, 71 f.

⁸⁷ BGE 134 V 88, 95 E. 6.3; BURGHERR, 70.

⁸⁸ BURGHERR, 70.

⁸⁹ Vgl. Bericht Vernehmlassungsverfahren VE-SchKG 2015, 5.

⁹⁰ BSK SchKG-BRUNNER/BOLLER, Art. 190 N 1 f.

⁹¹ BSK SchKG-BRUNNER/BOLLER, Art. 190 N 19; OFK-KREN KOSTKIEWICZ, Art. 190 SchKG N 14.

Forderungen nicht bezahlt.⁹² Es genügt, wenn eine bestimmte Gläubigerkategorie nicht mehr befriedigt wird. Ein Anstieg unbezahlter öffentlich-rechtlicher Forderungen kann demnach eine Zahlungseinstellung indizieren.⁹³

Folglich können die Gläubiger öffentlich-rechtlicher Forderungen beim Gericht ein Konkursgesuch stellen, wenn eine Gesellschaft systematisch auf die Begleichung ihrer Forderungen verzichtet. Bei konsequenter Nutzung dieser Möglichkeit müssten entsprechende Gesellschaften mit einer Konkursöffnung rechnen. Ein wesentlicher Anreiz für das missbräuchliche Verhalten würde entfallen.

Im Hinblick auf die zwangsweise Vollstreckung einer öffentlich-rechtlichen Forderung hat ein solches Vorgehen für den Gläubiger allerdings wenig Vorteile. Wird eine öffentlich-rechtliche Forderung in Betreuung gesetzt und erhebt der Schuldner Rechtsvorschlag, kann die Betreuung auf Pfändung in der Regel relativ rasch fortgesetzt werden. Wenn über die Forderung bereits rechtskräftig verfügt wurde, liegt ein Vollstreckungstitel vor, mit welchem für eine betriebene Forderung umgehend definitive Rechtsöffnung erlangt werden kann (vgl. Art. 80 Abs. 2 Ziff. 2 SchKG).⁹⁴ Anderenfalls kann der Gläubiger den Rechtsvorschlag häufig selber durch Verfügung beseitigen (vgl. Art. 79 SchKG).⁹⁵ Sodann dauert das Pfändungsverfahren wesentlich weniger lange als ein Konkursverfahren. Mit einer Betreuung auf Pfändung kann die Forderung schneller vollstreckt werden als durch eine Konkursöffnung ohne vorgängige Betreuung.⁹⁶

Ausserdem sind die Kostenvorschüsse, die für die Betreuung und den Pfändungsvollzug geleistet werden müssen, tiefer als der Kostenvorschuss für eine Konkursöffnung ohne vorgängige Betreuung.⁹⁷ Das Kostenrisiko für den Gläubiger ist bei einer solchen folglich höher, zumal er vor Gericht die Beweislast für die Zahlungseinstellung trägt. Nur wenn durch die unangekündigte Konkursöffnung ein aktives Beiseiteschaffen von Vermögen verhindert werden kann, steht dem Gläubiger nach der Konkursöffnung ein grösseres Vollstreckungssubstrat zur Befriedigung seiner

⁹² BSK SchKG-BRUNNER/BOLLER, Art. 190 N 11, 15 und 19; BGer 5P.312/2002 vom 13. Februar 2003 E. 3.3.

⁹³ BGer 5P.91/2003 vom 7. April 2003 E. 3.

⁹⁴ KARLEN, in: FS Sühler, 149, 154.

⁹⁵ BSK SchKG-STAEHELIN, Art. 79 N 14 ff.

⁹⁶ Vgl. DÉFAGO GAUDIN, in: FOËX, 145, 149; Vgl. Verhandlung StR, BBl. 1886 III, 672.

⁹⁷ Vgl. zu den Kosten des Einleitungsverfahrens und der Konkursöffnung vorstehend III.A.1. Die Kosten des Pfändungsvollzugs betragen CHF 10.– bis CHF 400.– (Art. 20 Abs. 1 GebV SchKG) und die Verwertung kostet CHF 10.– bis CHF 200.– bzw. 2 Promille des Erlöses, wenn dieser mehr als CHF 100'000.– beträgt (Art. 30 Abs. 2 GebV SchKG).

Forderung zur Verfügung als bei der Pfändung.⁹⁸ Stets muss er jedoch mit den übrigen Gläubigern konkurrieren. Dadurch wird seine Chance auf vollständige Deckung verkleinert.⁹⁹ Für die Gläubiger öffentlich-rechtlicher Forderungen besteht deshalb wenig Veranlassung, die Konkursöffnung ohne vorgängige Betreuung als Mittel zur Missbrauchsbekämpfung zu nutzen.

2. Strafrechtliche Verfolgung

Wird ein Schuldner für eine öffentlich-rechtliche Forderung erfolglos betrieben, erhält der Gläubiger einen Pfändungsverlustschein (Art. 115 Abs. 1 SchKG). Eine fruchtlose Pfändung weckt den Verdacht auf Misswirtschaft durch Konkursverschleppung.¹⁰⁰ Zwar ist die objektive Strafbarkeitsbedingung des Delikts bei Vorliegen eines Pfändungsverlustscheins gegeben (Art. 165 Ziff. 1 StGB), doch erfordert die Strafverfolgung dann einen Strafantrag des Gläubigers (Art. 165 Ziff. 2 StGB). Die Gläubiger stellen diesen indes selten innerhalb der Antragsfrist von drei Monaten, sodass eine Strafverfolgung häufig ausser Betracht fällt.¹⁰¹ Wären die Gläubiger darauf sensibilisiert, die Stellung eines Strafantrags in Erwägung zu ziehen, könnte das Strafrecht wohl eine stärkere generalpräventive Wirkung entfalten.

3. Zwischenfazit

Das im Rahmen des Gesetzgebungsprojekts thematisierte missbräuchliche Nichtbegleichen öffentlich-rechtlicher Forderungen kann *de lege lata* tatsächlich nicht wirksam unterbunden werden.¹⁰² Gläubiger dieser Forderungen haben einzig die Möglichkeit, nach einer fruchtlosen Pfändung einen Strafantrag wegen Misswirtschaft zu stellen und auf die generalpräventive Wirkung der Strafverfolgung zu hoffen.¹⁰³

B. Vorentwurf zur Revision des SchKG

Zur Missbrauchsverhinderung schlug der Gesetzgeber die folgende Anpassung von Art. 43 Ziff. 1 und 1^{bis} SchKG vor:

⁹⁸ Die Konkursmasse entspricht dem im Rahmen einer Pfändung pfändbaren Vermögen (vgl. Art. 197 Abs. 1 SchKG). Juristische Personen haben auch bei der Pfändung keinen Kompetenzanspruch, weil dieser aus Humanitätsgründen besteht und nur natürlichen Personen zukommt (vgl. BGer 5A_783/2015 vom 16. Januar 2016 E. 3.3.2; BGE 63 III 17; BSK SchKG-VONDER MÜHLL, Art. 92 N 57; a.M. JAEGER/WALDER/KULL, Art. 92 SchKG N 8).

⁹⁹ Vgl. BSK SchKG-ACOCCELLA, Art. 43 N 2.

¹⁰⁰ JEAN-RICHARD-DIT-BRESSEL, in: ACKERMANN/WOHLERS, 59, 69.

¹⁰¹ Stellungnahme StA ZH, 9.

¹⁰² Vgl. vorstehend IV.A.1.

¹⁰³ Vgl. vorstehend IV.A.2.

Art. 43 SchKG E. Ausnahmen von der Konkursbetreibung

Die Konkursbetreibung ist in jedem Fall ausgeschlossen für:

1. ~~Steuern, Abgaben, Gebühren, Sporteln, Bussen und andere im öffentlichen Recht begründete Leistungen an öffentliche Kassen oder an Beamte;~~ (Aufgehoben)
- 1^{bis}. ~~Prämien der obligatorischen Unfallversicherung;~~ (Aufgehoben)
2. periodische familienrechtliche Unterhalts- und Unterstützungsbeiträge sowie Unterhaltsbeiträge nach dem Partnerschaftsgesetz vom 18. Juni 2004,
3. Ansprüche auf Sicherheitsleistung.

Die vorgesehene Änderung des Gesetzestextes würde bewirken, dass die Betreibung gegen einen der Konkursbetreibung unterliegenden Schuldner auch für öffentlich-rechtliche Forderungen grundsätzlich auf Konkurs fortzusetzen wäre.

Sie soll das systematische Nichtbezahlen öffentlich-rechtlicher Forderungen unterbinden.¹⁰⁴ In der Tat liegt es nahe, dass eine Gesellschaft Schulden eher begleicht, wenn sie sich bei Säumnis mit einer Konkursöffnung bedroht sieht. Ausserdem erhofft man sich von der Streichung von Art. 43 Ziff. 1 und Ziff. 1^{bis} SchKG, dass über säumige Schuldner früher der Konkurs eröffnet wird.¹⁰⁵ Da öffentlich-rechtliche Gläubiger im Grundsatz alle Bürger gleich behandeln und deshalb gegen einen säumigen Schuldner die Zwangsvollstreckung einleiten müssen,¹⁰⁶ erscheint dies wahrscheinlich. Im Hinblick auf die Verhinderung missbräuchlichen Verhaltens, leistet die Massnahme folglich durchaus einen Beitrag.

Weiter stellt sich die Frage, ob die geplante Änderung – wie es dem Ziel des Revisionsprojekts entspricht – Hürden für die Gläubiger abbaut. Weil öffentlich-rechtliche Gläubiger grundsätzlich gegen säumige Schuldner vorgehen müssen, wären sie verpflichtet, auf die Konkursöffnung hinzuwirken. Die privaten Gläubiger könnten die Konkursöffnung durch einen öffentlich-rechtlichen Gläubiger abwarten und müssten kein Kostenrisiko eingehen.¹⁰⁷ Da öffentlich-rechtliche Gläubiger nicht mehr im Rahmen einer Pfändung aus dem Gesellschaftsvermögen befriedigt werden könnten, wäre im Konkurs sodann unter Umständen ein grösseres Vollstreckungssubstrat vorhanden.¹⁰⁸ Die Situation der privaten Gläubiger würde mit der Änderung also eine gewisse Verbesserung erfahren. Demgegenüber ist – wie bereits oben ausgeführt wurde – die Betreibung auf Pfändung für den öffentlich-rechtlichen Schuldner vorteilhafter als ein Konkursverfahren.¹⁰⁹ Es wird wohl zu Recht befürcht-

¹⁰⁴ Erläuternder Bericht VE-SchKG 2015, 10.

¹⁰⁵ Vgl. Erläuternder Bericht VE-SchKG 2015, 10.

¹⁰⁶ KARLEN, in: FS Spühler, 149.

¹⁰⁷ Vgl. Bericht Vernehmlassungsverfahren VE-SchKG 2015, 5.

¹⁰⁸ Vgl. Erläuternder Bericht VE-SchKG 2015, 10.

¹⁰⁹ Vgl. vorstehend IV.A.1.

tet, dass das Kostenrisiko der Zwangsvollstreckung für öffentlich-rechtliche Gläubiger mit der vorgeschlagenen Änderung wesentlich höher wäre als bisher.¹¹⁰

Verschiedene Autoren kritisieren Art. 43 Ziff. 1 und 1^{bis} SchKG allerdings gerade wegen der Vorteile, die er den Gläubigern öffentlich-rechtlicher Forderungen bringt. Sie wenden ein, aufgrund der zunehmenden Auslagerung öffentlicher Aufgaben auf Private komme es zu einer Ungleichbehandlung von Konkurrenten.¹¹¹ Obwohl die Ungleichbehandlung von öffentlich-rechtlichen Gläubigern und Privaten heute – da diese oft ähnliche Leistungen erbringen – zuweilen stossend erscheint, unterscheidet sich die Zwangsvollstreckung ihrer Forderungen immer noch wesentlich. Wie bereits ausgeführt wurde, kann der öffentlich-rechtliche Gläubiger nicht wie ein Privater frei entscheiden, ob er auf die Durchsetzung seiner Forderung verzichtet. Dass ihm das raschere und günstigere Pfändungsverfahren offensteht, ist deshalb sachgerecht.

Schliesslich würde mit der Änderung auch redlichen Schuldern wegen des Nichtbeleichens öffentlich-rechtlicher Forderungen ein Konkursverfahren drohen. Dies wollte der Gesetzgeber mit der Einführung der Ausnahmen nach Art. 43 SchKG verhindern. Er vertrat die Meinung, niemand solle wegen öffentlich-rechtlicher Schulden in Konkurs fallen.¹¹² In Anbetracht der Tatsache, dass sich ein mit Hoheitsgewalt ausgestatteter Gläubiger regelmässig selber einen definitiven Rechtsöffnungstitel geben bzw. einen gegen seine Forderung erhobenen Rechtsvorschlag beseitigen kann, erscheint eine Konkursöffnung gegen einen säumigen Schuldner denn auch heute noch als drastisch.¹¹³

Zusammenfassend gilt, dass die Änderung den Gläubigern öffentlich-rechtlicher Forderungen erhebliche Mehrkosten verursachen, jedoch ihre Aussicht auf Deckung schmälern würde. Dies hätte im Endeffekt eine Kostensteigerung für die öffentliche Hand zur Folge. Deshalb und aufgrund weiterer Besonderheiten bei der Zwangsvollstreckung öffentlich-rechtlicher Forderungen ist die vorgeschlagene Änderung abzulehnen.

V. Stellungnahme und Vorschlag

Insgesamt überzeugen die im Vorentwurf vorgeschlagenen Massnahmen nicht vollständig. Einzig die Verlängerung der Frist nach Art. 230 Abs. 2 VE-SchKG erscheint

¹¹⁰ Vgl. Bericht Vernehmlassungsverfahren VE-SchKG 2015, 5.

¹¹¹ DÉFAGO GAUDIN, in: FOËX, 145, 157; KARLEN, in: FS: Spühler, 149, 158; vgl. auch Erläuternder Bericht VE-SchKG 2015, 10.

¹¹² Vgl. Bot. SchKG, BBl. 1886 II, 51; Verhandlung StR, BBl. 1886 III, 672 f.; Stellungnahme Bundesrat, BBl. 2002, 7118.

¹¹³ Vgl. OGer ZH, BLSchK 1999, 96, 98; vgl. auch vorstehend IV.A.1.

angebracht. Auch sie vermag wohl aber nur einen kleinen Beitrag zur Missbrauchsverhinderung zu leisten.

Demgegenüber hat die Analyse des geltenden Rechts gezeigt, dass eine konsequente Strafverfolgung von Konkurs- und Betreibungsdelikten zur Reduktion von Missbräuchen beiträgt. Diese kann jedoch durch die Provokation einer Auflösung der Gesellschaft wegen eines Organisationsmangels nach Art. 731b Abs. 1 Ziff. 3 OR *de lege lata* umgangen werden, da dann die notwendige objektive Strafbarkeitsbedingung nicht erfüllt ist.¹¹⁴ Hier sollte der Gesetzgeber nach Meinung der Autorinnen ansetzen. Würde man die Auflösung der Gesellschaft nach Art. 731b Abs. 1 Ziff. 3 OR ausdrücklich zur objektiven Strafbarkeitsbedingung der Betreibungs- und Konkursdelikte nach Art. 163 ff. StGB ernennen, könnte eine Bestrafung nicht mehr vermieden werden. Die Autorinnen schlagen daher eine entsprechende Ergänzung von Art. 171 Abs. 1 StGB vor.

Abschliessend ist auf die Revision des Obligationenrechts zur Modernisierung des Handelsregisters hinzuweisen. Art. 928b E-OR sieht die Schaffung einer zentralen Datenbank über sämtliche Personen vor, die in den kantonalen Handelsregistern eingetragen sind. Zurzeit kann eine Suche nach natürlichen Personen lediglich über die Webseiten der kantonalen Handelsregisterämter für jeden Kanton einzeln erfolgen und ist deshalb sehr aufwändig.¹¹⁵ In der vorgesehenen Datenbank kann demgegenüber mit einem permanenten Personenidentifikator schweizweit nach natürlichen Personen gesucht und unter anderem ihre Beteiligung an Insolvenzverfahren eingesehen werden.¹¹⁶ Gläubiger hätten so die Möglichkeit zu prüfen, ob die Organe eines potenziellen Schuldners bereits in ein oder mehrere Konkursverfahren involviert waren. Diese Information könnte genutzt werden, um sich vor notorisch zahlungsunwilligen Schuldnern zu schützen.

Literaturverzeichnis

BAUM OLIVER/VON DER CRONE HANS CASPAR, Durchsetzungsordnung für Verantwortlichkeitsansprüche im Konkurs, SZW 2016, 232

BÖCKLI PETER, Schweizer Aktienrecht, 4. Aufl. Zürich 2009

BURGHERR URS, Die Insolvenzenschädigung: Zahlungsunfähigkeit des Arbeitgebers als versichertes Risiko, Zürich 2004

CRAMER CONRADIN, Die nahestehende Person im Gesellschaftsrecht, GesKR 2016, 159

DÉFAGO GAUDIN VALÉRIE, L'Etat créancier et l'article 43 LP, in: FOËX BÉNÉDICT (Hrsg.), La défaillance de paiement, retard et défaut de paiement, Freiburg 2002, 145

¹¹⁴ Vgl. vorstehend III.A.4.

¹¹⁵ Vgl. für den Kanton Zürich <<https://www.hra.zh.ch>>; Stellungnahme StA ZH, 17.

¹¹⁶ Bot. OR, BBl. 2015, 3624 f.

- DONATSCH ANDREAS/HANSJAKOB THOMAS/LIEBER VIKTOR (Hrsg.), Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung (StPO), 2. Aufl., Zürich 2014 (zit. Komm. StPO-BEARBEITER)
- DRUEY JEAN NICOLAS/DRUEY EVA JUST/GLANZMANN LUKAS, Gesellschafts- und Handelsrecht, 11. Aufl., Zürich 2015
- GRAF DAMIAN K., Geschädigtenstellung und vertretungsweise Geltendmachung von Zivilforderungen im Strafprozess, Jusletter 3. November 2014
- HERREN PETER, Die Misswirtschaft gemäss Art. 165 StGB: Mit rechtsvergleichender Darstellung des deutschen und österreichischen Rechts, Zürich 2006
- HONSELL HEINRICH/VOGT NEDIM PETER/WATTER ROLF (Hrsg.), Basler Kommentar: Obligationenrecht II: Art. 530–964 OR, Art. 1–6 SchlT AG, Art. 1–11 Übest GmbH, 5. Aufl., Basel 2016
- HUNKELER DANIEL, Projekt «Wegwerfgesellschaften» der Staatsanwaltschaft des Kantons Zürichs – strafrechtliche Verantwortlichkeit im Konkurs von Gesellschaften, Jusletter 14. September 2009
- JACQUEMOUD PHILIPPE/PASQUIER AURÉLIEN, Responsabilité du conseil d'administration avant et après le surendettement, SJ 2013 II, 271
- JAEGER CARL/WALDER HANS ULRICH/KULL THOMAS M., Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs (SchKG): Erläutert für den praktischen Gebrauch, Art. 89–158, 5. Aufl., Zürich 2006
- JEAN-RICHARD-DIT-BRESSEL MARC, Misswirtschaft durch Konkursverschleppung bei «Wegwerfgesellschaften», in: ACKERMANN JÜRIG-BEAT/WOHLERS WOLFGANG (Hrsg.), Konkurs und Strafrecht: Strafrechtliche Risiken vor, in und nach der Generalexekution, Zürich 2011, 59
- JUNG PETER/KUNZ PETER V./BÄRTSCHI HARALD, Gesellschaftsrecht, Zürich 2016 (zit. als BEARBEITER, Gesellschaftsrecht)
- KARLEN PETER, Privilegierung des Staates bei der Vollstreckung öffentlichrechtlicher Geldforderungen, in: RIEMER HANS MICHAEL et al. (Hrsg.), Schweizerisches und Internationales Zwangsvollstreckungsrecht: Festschrift für Karl Spühler, Zürich 2005, 149
- KREN KOSTKIEWICZ JOLANTA (Hrsg.), Orell Füssli Kommentar (OFK): SchKG Kommentar: Schuldbetriebs- und Konkursgesetz mit weiteren Erlassen, 19. Aufl., Zürich 2016
- KREN KOSTKIEWICZ JOLANTA et al. (Hrsg.), Orell Füssli Kommentar (OFK): OR Kommentar: Schweizerisches Obligationenrecht, 3. Aufl., Zürich 2016
- LORANDI FRANCO, Konkursverfahren über Handelsgesellschaften ohne Konkurseröffnung – Gedanken zu Art. 731b OR, AJP 2008, 1378
- MEIER URS, Strafrechtliche Risiken in Sanierungssituationen, Konkursverschleppung und Gläubigerbevorzugung, Zürich/Basel/Genf 2015
- NIGGLI MARCEL ALEXANDER/HEER MARIANNE/WIPRÄCHTIGER HANS (Hrsg.), Basler Kommentar: Schweizerische Strafprozessordnung / Jugendstrafprozessordnung (StPO / JStPO), 2. Aufl., Basel 2014
- NIGGLI MARCEL ALEXANDER/WIPRÄCHTIGER HANS (Hrsg.), Basler Kommentar: Strafrecht II, Art. 111–392 StGB, 3. Aufl., Basel 2013
- NUSSBAUMER DANIEL, Mit neuen Methoden gegen Konkursverschleppung: Wie sich Strafverfolger, Handelsregister, Betreibungs- sowie Notariats- und Konkursbeamte im Kampf gegen Misswirtschaft gegenseitig unterstützen können, BISchK 2016, 124
- STAEHELIN ADRIAN/BAUER THOMAS/STAEHELIN DANIEL (Hrsg.), Basler Kommentar: Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs I und II (SchKG), 2. Aufl. Basel 2010
- STAEHELIN DANIEL/BOPP LUKAS/BACHOFNER EVA, Muss das Konkursamt nach Anfechtungsansprüchen suchen?, BISchK 2011, 1

STAEHELIN DANIEL, Überblick über die Neuerungen im Sanierungsrecht, ST 2014, 61

VON DER CRONE HANS CASPAR, Aktienrecht, Bern 2014

Materialienverzeichnis

Bericht über das Ergebnis des Vernehmlassungsverfahrens betreffend Motion Hess «Missbrauch des Konkursverfahrens verhindern» vom 9. August 2016 (zit. als Bericht Vernehmlassungsverfahren VE-SchKG 2015)

Botschaft des Bundesrates an der Bundesversammlung zu dem vom Bundesrate am 23. Februar 1886 festgestellten Entwurf eines Bundesgesetzes über Schuldbetreibung und Konkurs vom 6. April 1886, BBl. 1886 II, 1

Botschaft zur Änderung des Obligationenrechts (Handelsregisterrecht) vom 15. April 2015, BBl. 2015, 3617

Erläuternder Bericht zur Änderung des Bundesgesetzes über Schuldbetreibung und Konkurs (Missbrauch des Konkursverfahrens verhindern) vom 22. April 2015 (zit. als Erläuternder Bericht VE-SchKG 2015)

Jahresbericht 2016, Kanton Zürich, Oberstaatsanwaltschaft und Staatsanwaltschaften, (zit. als Jahresbericht 2016)

Motion Hess Hans, Missbrauch des Konkursverfahrens verhindern, AmtlBull NR 2012, 46

Motion Hess Hans, Missbrauch des Konkursverfahrens verhindern, AmtlBull StR 2011, 1054

Motion 11.3925, HESS HANS (Missbrauch des Konkursverfahrens verhindern) (zit. als Motion Hess)

Stellungnahme der Konferenz der Betreibungs- und Konkursbeamten der Schweiz zur Vernehmlassung über die Änderung des Bundesgesetzes über Schuldbetreibung und Konkurs (Missbrauch des Konkursverfahrens verhindern) vom 31. Juli 2015 (zit. als Stellungnahme KBKS)

Stellungnahme der Staatsanwaltschaft III des Kantons Zürich zur Vernehmlassung über die Änderung des Bundesgesetzes über Schuldbetreibung und Konkurs (Missbrauch des Konkursverfahrens verhindern) vom 14. August 2015 (zit. als Stellungnahme StA ZH)

Stellungnahme des Bezirksgerichts Bremgarten zur Vernehmlassung über die Änderung des Bundesgesetzes über Schuldbetreibung und Konkurs (Missbrauch des Konkursverfahrens verhindern) vom 27. April 2015 (zit. als Stellungnahme BG Bremgarten)

Stellungnahme des Bundesrates zur Parlamentarischen Initiative (SchKG, Betreibung von UVG-Prämienforderungen) vom 4. September 2002, BBl. 2002, 7116 (zit. als Stellungnahme Bundesrat, BBl. 2002)

Verhandlungen der ständerätlichen Kommission betreffend den vom Bundesrate am 23. Februar 1886 festgestellten Entwurf eines Bundesgesetzes über Schuldbetreibung und Konkurs vom 20. November 1886, BBl. 1886 III, 605 (zit. als Verhandlung StR, BBl. 1886 III)

Vorentwurf zur Änderung des Bundesgesetzes über Schuldbetreibung und Konkurs vom 22. April 2015 (zit. als Vorentwurf SchKG 2015)

Wirtschaftsrecht

Die Sanktionen des Kartellgesetzes im Wandel der Zeit

«Du kennst sie nur von aussenwärts. Du siehst die Weste, nicht das Herz.»

Wilhelm Busch, 1943

*Beat Althaus**

Inhaltsübersicht

I. Einführung	219
II. Kartellgesetz 1962: <i>Laissez-faire</i> im Wettbewerbsrecht	221
III. Kartellgesetzrevision 1985: Blindes Vertrauen statt staatliche Lenkung	222
A. Der Ausbau des verwaltungsrechtlichen Teils	222
B. Die Einführung von Strafsanktionen	222
IV. Kartellgesetzrevision 1995: Ein ausgestopfter Wachhund für das Kartellrecht	224
A. Unternehmenssanktionen	224
B. Individualsanktionen	226
V. Kartellgesetzrevision 2003: Der Wachhund soll Beissen können	227
A. Die Beweggründe für das direkte Sanktionssystem	227
B. Die Ausgestaltung der direkten Verwaltungssanktionen nach Art. 49a KG	228
VI. Kartellgesetzesrevision 2012: Schiffbruch vor dem Auslaufen	230
A. Der steinige Weg in die Sackgasse	230
1. Evaluation des Kartellgesetzes	230
2. Die Änderung des Sanktionssystem	231
3. Die Grundzüge des Gesetzesentwurfs	233
B. Mögliche Gründe für das Scheitern	234
VII. Wie weiter?	235
A. Unternehmenssanktionen	235
B. Individualsanktionen	236
Literaturverzeichnis	237
Materialienverzeichnis	238

I. Einführung

Ein funktionierender Wettbewerb frei von schädlichen Kartellen und anderen Wettbewerbsbeschränkungen ist in der heutigen Zeit ein zentraler Faktor einer funktionie-

* Mein Dank geht an Prof. Dr. iur. Andreas Heinemann für die wertvollen Hinweise und Denkanstösse zum Thema sowie an Prof. Dr. iur. Damiano Canapa, MLaw Robin Landolt und MLaw Nicola Müller, die mich im APARIUZ-Band XIX mitschreiben lassen. Ebenfalls möchte ich mich herzlich bei den Herausgebern für die gemeinsame Zeit am RWI und am Lehrstuhl von Prof. Heinemann bedanken.

renden Volkswirtschaft. In der Schweiz wurden Massnahmen zur Bekämpfung solcher Wettbewerbsbeschränkungen erst in der zweiten Hälfte des 20. Jahrhunderts gesetzlich verankert. Vorschriften und Verhaltensanweisungen bringen jedoch nur dann den erhofften Erfolg, wenn auch entsprechende Mittel zu deren Durchsetzung vorhanden sind. Der Begriff «Sanktion» umfasst sämtliche rechtliche Konsequenzen von verpönten Verhalten. Sie verhelfen dem Recht zur effektiven Geltung, sind gewissermassen die Zähne eines Gesetzes.¹ Aber der Schein trügt: Je nach Ausgestaltung des Sanktionssystems kann das Gebiss scharfe Zähne enthalten, einige Lücken aufweisen oder aber völlig zahnlos sein. Hinzu kommt, dass die Präventionswirkung und der Abschreckungseffekt von Sanktionen entscheidend von der praktischen Anwendung abhängen: Folgeschwere Sanktionen bringen nur dann etwas, wenn sie auch effektiv verhängt werden.

Als Querschnittsmaterie steht das Kartellrecht unter dem Einfluss des öffentlichen und des privaten (Wirtschafts-)Rechts. Beide Rechtsgebiete haben das Sanktionssystem und die Durchsetzung des Kartellgesetzes massgeblich mitgeprägt. So kann die Rechtsdurchsetzung auf verschiedenen Wegen erfolgen. In der Schweiz steht die behördliche Rechtsdurchsetzung (*public enforcement*) durch die Wettbewerbskommission im Vordergrund. Die dabei auferlegten Beträge haben in den vergangenen Jahren auch im internationalen Vergleich astronomische Höhen erreicht, um den erzielten Kartellrenten gerecht zu werden. Um diesem Trend entgegenzuwirken, versuchte man die untergeordnete private Kartellrechtsdurchsetzung (*private enforcement*), welche den in der Ausübung des Wettbewerbs behinderten Unternehmen die Möglichkeit bietet, ihre Ansprüche mittels Zivilklage geltend zu machen, zu stärken. Als dritte Möglichkeit rückte in letzter Zeit vermehrt die strafrechtliche Verfolgung von Kartellrechtsverstössen ins Zentrum (*criminal enforcement*).² Die Ausgestaltung und die Gewichtung der Kartellrechtsdurchsetzung waren jedoch nicht immer so: In kaum einer anderen Materie als im Kartellrecht haben sich die Durchsetzungsmöglichkeiten und die dazugehörigen Sanktionen in den vergangenen Jahren derart gewandelt.

Der vorliegende Beitrag zeigt die verschiedenen Etappen in der Entwicklung der Sanktionen des Kartellgesetzes bis zur heutigen gültigen Fassung auf. Anschliessend setzt er sich mit der gescheiterten Revision im Jahre 2012 auseinander und wagt zum Schluss eine Prognose, in welche Richtung das Sanktionssystem des schweizerischen Kartellgesetzes in Zukunft führen könnte.

¹ BREMER, 5 f.

² BÖNI, sic! 2017, 47 f.; DENOTH, 26 ff.

II. Kartellgesetz 1962: *Laissez-faire* im Wettbewerbsrecht

Mit dem ersten Kartellgesetz im Jahre 1962 wurde die mit zahlreichen parlamentarischen Vorstössen geforderte gesetzliche Regelung zur Bekämpfung von schädlichen Auswirkungen von Kartellen eingeführt. Entgegen den restriktiveren Gesetzen im Ausland mit weiterreichenden Interventionsmöglichkeiten war das erste Bundesgesetz über Kartelle und ähnliche Organisationen zurückhaltend formuliert. Das Schwergewicht lag bei den zivilrechtlichen Regelungen; öffentlich-rechtliche Bestimmungen wurden nur für jene Bereiche vorgesehen, welche nicht durch das Zivilrecht geregelt werden konnten.³

Auf Sanktionsbestimmungen wurde im KG₆₂ gänzlich verzichtet. In Einklang mit dem damaligen Konzept des möglichen Wettbewerbs der Preisbildungskommission sollte dieser nicht durch den Staat erzwungen werden, sondern im Fokus stand die Wettbewerbsbereitschaft der Beteiligten.⁴ Die neu geschaffene Kartellkommission war lediglich als hilfsweise agierende Behörde konstituiert, die in Sonderuntersuchungen abklären sollte, ob Kartelle oder andere Wettbewerbsbeschränkungen vorliegen würden. Ihr Einfluss beschränkte sich auf eine blosse Empfehlungskompetenz.⁵ Um die Empfehlungen der Kartellkommission durchsetzen zu können, sah das KG₆₂ als einzige Möglichkeit eine verwaltungsrechtliche Klage des damaligen Eidgenössischen Volkswirtschaftsdepartements (EVD) an das Bundesgericht vor (Art. 22 KG⁶²), dessen Urteil mit Hinweis auf Art. 292 StGB strafrechtlich abgesichert werden konnte. Solche Eingriffe sollten jedoch auf das Nötigste beschränkt werden und die verwaltungsrechtliche Klage nur als *ultima ratio* zur Anwendung kommen.⁶ Hinzu kam, dass die Bestimmung als Kann-Vorschrift formuliert wurde, was dem EVD einen erheblichen Ermessensspielraum einräumte. Die Zurückhaltung bei der Ausgestaltung der Eingriffsmöglichkeiten widerspiegelte sich schliesslich auch in den praktischen Anwendungsfällen: Die verwaltungsrechtliche Klage kam in der Praxis nie zur Anwendung.⁷

Die Bedeutung des Wettbewerbs und das Bewusstsein in der Gesellschaft über die Schädlichkeit von Kartellen und anderen Wettbewerbsbeschränkungen waren aufgrund der jahrelangen Duldung derart gering, dass das erste Kartellgesetz aus dem Jahre 1962 nur minimale Wirkungen entfalten konnte und auch als symbolische Gesetzgebung bezeichnet wurde.⁸

³ Bot. KG 1962, BBl. 1961 II, 558 ff.; SCHLUEP, AJP 1996, 799 f.; ZÄCH, Rz. 144 ff.

⁴ Bot. KG 1962, BBl. 1961 II, 559; STOFFEL, in: FS Tercier, 680; ZIMMERLI, 57 f.

⁵ SCHLUEP, AJP 1996, 801 f.

⁶ Bot. KG 1962, BBl. 1961 II, 565 f.; BSK-KG RIEDO/NIGGLI, Vorbem. Art. 54–57 N 1 f.

⁷ Bot. KG 1985, BBl. 1981 II, 1365 f.; BAUDENBACHER, in: FS-Jaeger, 356; Komm. KG₈₅-HOMBURGER, Art. 39–41 N 1 f.; ZIMMERLI, 59 f.

⁸ Bot. KG 1962, BBl. 1961 II, 579; BAUDENBACHER, in: FS-Jaeger, 354 ff.; BREMER, 84.

III. Kartellgesetzrevision 1985: Blindes Vertrauen statt staatliche Lenkung

A. Der Ausbau des verwaltungsrechtlichen Teils

Anlass zur Kartellgesetzrevision im Jahre 1985 war die Motion SCHÜRMAN, welche Mängel der bestehenden Regelungen aufzeigte und eine Stärkung des Konzepts des wirksamen Wettbewerbs forderte.⁹ Trotzdem wollte man am zuvor eingeführten Konzept des Kartellrechts festhalten und dieses nicht grundlegend ändern, was die Botschaft zur Gesetzesrevision auch unmissverständlich zum Ausdruck brachte.¹⁰

Obwohl die zivilprozessuale Ausrichtung des Gesetzes beibehalten wurde, erkannte man, dass sich die Kartellpolitik vermehrt auf das Verwaltungsrecht verlagerte und der Kartellkommission eine immer wichtigere Bedeutung zukam. Entgegen einer wirkungsvollen verwaltungsrechtlichen Rechtsdurchsetzung wurde die Verfügungskompetenz für den Fall der Ablehnung von Empfehlungen oder der Nichtbefolgung angenommener Empfehlungen jedoch dem EVD und nicht der Kartellkommission eingeräumt (Art. 37 KG₈₅). Der Kartellkommission verblieb die wirkungslose Empfehlungskompetenz, da man eine zu grosse Machtkonzentration befürchtete.¹¹

Obwohl mit der zusätzlichen Möglichkeit der Verwaltungsgerichtsbeschwerde gegen Verfügungen des EVD an das Bundesgericht der verwaltungsrechtliche Rechtsweg erstmals gesetzlich verwirklicht wurde, blieb die Zurückhaltung im Vollzug bestehen. Man vertraute weiterhin auf das Prinzip der *moral suasion*.¹²

B. Die Einführung von Strafsanktionen

Im Rahmen der von der Motion SCHÜRMAN geforderten ganzheitlichen Verbesserung des kartellgesetzlichen Instrumentariums wurde auch spezifisch auf eine Verbesserung des Verfahrens bei Nichtbefolgung akzeptierter Empfehlungen der Kartellkommission hingewiesen.¹³ Damit sollte das erkannte Leck bei der Erhebung der verwaltungsrechtlichen Klage mit strafrechtlicher Absicherung durch das EVD an das Bundesgericht behoben werden. Eine solche Klage war im KG₆₂ nur für den Fall von nichtangenommenen Empfehlungen vorgesehen, nicht jedoch für diejenigen Fälle, in denen eine Empfehlung zwar angenommen, diese anschliessend aber nicht be-

⁹ Zum Wortlaut sowie zum parlamentarischen Verfahren siehe SCHÜRMAN, WuR 1972, 302 ff.

¹⁰ Bot. KG 1985, BBl. 1981 II, 1316 f.

¹¹ Bot. KG 1985, BBl. 1981 II, 1364; BAUDENBACHER, in: FS-Jaeger, 361 f.

¹² BAUDENBACHER, in: FS-Jaeger, 361 f.; ZIMMERLI, 68 f.

¹³ SCHÜRMAN, WuR 1972, 302.

folgt wurde.¹⁴ Eine solche Konstellation konnte nicht mit Strafandrohung auf Art. 292 StGB versehen werden.¹⁵ Trotz Erkennen dieser Lücke wurde das Fehlen von expliziten Sanktionsnormen nicht als Nachteil empfunden. So war die Einführung von Strafbestimmungen in das Kartellgesetz höchst umstritten.¹⁶ Während die Befürworter der Ansicht waren, dass man mit der Möglichkeit rechnen müsse, dass eine angenommene Empfehlung nicht befolgt würde, befürchteten die Gegner bei einer Kriminalisierung eine Beeinträchtigung der Kongruenz zwischen Kartellkommission und Wettbewerb.¹⁷ Dennoch wurden die *Strafsanktionen* – ohne Hinweis auf eine Strafandrohung nach Art. 292 StGB – im 6. Abschnitt des 3. Kapitels über *verwaltungsrechtliche* Bestimmungen in das KG₈₅ aufgenommen, was aus rechtssetzungstechnischer Sicht als missglückt und fehlleitend zu beurteilen ist.¹⁸

Sanktioniert wurden in den ersten kartellgesetzlichen Strafbestimmungen einerseits Widerhandlungen gegen behördlichen Empfehlungen und Anordnungen (Art. 39 KG₈₅)¹⁹ und andererseits andere Widerhandlungen (Art. 40 KG₈₅).²⁰ Mit Strafe bedroht war nicht der primäre Verstoss gegen das Kartellrecht an sich, sondern die Nichtbeachtung einer hoheitlichen Verfügung diente als Anknüpfungspunkt. Das indirekte Sanktionssystem wurde somit das erste Mal (kartell-)gesetzlich normiert.²¹ Die Strafbestimmungen spielten in der Praxis aber keine Rolle und entwickelten sich zu toten Buchstaben.

¹⁴ Bot. KG 1985, BBl. 1981 II, 1366; BREMER, 109 f.

¹⁵ BSK-KG NIGGLI/RIEDO, Vor Art. 49a–53 N 3.

¹⁶ Ausführlich zum Gesetzgebungsverfahren siehe BREMER, 101 ff.

¹⁷ Bot. KG 1985, BBl. 1981 II, 1303 f. und 1366; Komm. KG₈₅-HOMBURGER, Art. 39–41 N 2.

¹⁸ BREMER, 100 f.

¹⁹ Art. 39 *Widerhandlungen gegen behördliche Empfehlungen und Anordnungen*

Wer vorsätzlich:

a. *Empfehlungen der Kommission (Art. 32 Abs. 1 und Art. 43 Abs. 1), die er angenommen hat, nicht befolgt;*

b. *rechtskräftige Verfügungen des Eidgenössischen Volkswirtschaftsdepartements und Urteile des Bundesgerichts auf Verwaltungsbeschwerde hin in Kartellsachen nicht befolgt;*

wird mit Busse bis zu 100'000 Franken bestraft.

²⁰ Art. 40 *Andere Widerhandlungen*

Wer vorsätzlich:

a. *trotz Aufforderung der Kommission oder des Sekretariats die Auskunftspflicht oder die Pflicht zur Vorlage von Urkunden (Art. 35) nicht erfüllt;*

b. *Geheimhaltungspflichten (Art. 31 Abs. 4) verletzt;*

wird mit Busse bis zu 20'000 Franken bestraft.

²¹ BREMER, 108 f. und 127 ff.

IV. Kartellgesetzrevision 1995: Ein ausgestopfter Wachhund für das Kartellrecht

Infolge der Globalisierung und spätestens nach der negativen Abstimmung über den Beitritt zum Europäischen Wirtschaftsraum (EWR) vom 6. Dezember 1992 erfolgte in der Schweiz ein wirtschaftlicher Umschwung. Um die Wettbewerbsfähigkeit zu wahren, war eine unverzügliche Revision des Kartellgesetzes eines der zentralen Anliegen. Neben Anpassungen im materiellen Teil standen insbesondere Verbesserungen im Bereich der Durchsetzung und des Vollzugs des Kartellgesetzes im Fokus.²² Aus institutioneller Sicht wurde die Kartellkommission durch die Wettbewerbskommission (WEKO) ersetzt und mit einer eigenen Verfügungskompetenz ausgestattet.²³

A. Unternehmenssanktionen

Zur Erhöhung der Präventivwirkung und der effektiven Durchsetzung wurden neben den bereits bekannten Strafsanktionen gegen natürliche Personen neu auch Sanktionen gegen Unternehmen ins Kartellgesetz aufgenommen. Die neue Sanktionsordnung war so konzipiert, dass Sanktionen in erster Linie gegen Unternehmen gerichtet sein sollten und nur sekundär auch die für das Unternehmen handelnden natürlichen Personen verfolgt werden konnten. Eine kumulative Anwendung von Verwaltungs- und Strafsanktionen war jedoch möglich.²⁴ Der einzige Unterschied lag im Kreis der möglichen Adressaten. Der damaligen Auffassung zufolge, wonach Unternehmen nach dem Grundsatz *societas delinquere non potest* als juristische Personen nichts deliktstüchtig seien²⁵, waren die Normen gegen natürliche Personen als Strafsanktionen, die Bestimmungen gegen Unternehmen hingegen als Verwaltungssanktionen ausgestaltet.²⁶

Dies widerspiegelte sich auch im systematischen Aufbau des neuen Bundesgesetzes über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen. Die Verwaltungssanktionen gegen Unternehmen wurden im 6. Abschnitt über Verwaltungssanktionen im 4. Kapitel über das verwaltungsrechtliche Verfahren angesiedelt, die Strafsanktionen wurden neu im 5. Kapitel über Strafsanktionen geführt.

²² Bot. Folgeprogramm, BBl. 1993 I, 809 f. und 826 f.; Bot. KG 1995, BBl. 1995 I, 484 ff.

²³ BAUDENBACHER, in: FS-Jaeger, 364; STOFFEL, in: FS Tercier, 682; Ausführlich Bot. KG 1995, BBl. 1995 I, 524 f. und 595 ff.

²⁴ Bot. KG 1995, BBl. 1995 I, 619.

²⁵ Zu dieser Zeit waren allerdings die Gesetzgebungsarbeiten zur Einführung des Unternehmensstrafrechts bereits weit fortgeschritten.

²⁶ Komm. KG₉₅-DUCREY, Vorbem. Art. 50–57 N 1 f.

Der Übergang von der Einzelperson hin zum Unternehmen als Sanktionssubjekt war ein Paradigmawechsel im schweizerischen Kartellrecht. Damit übernahm die Schweiz ein System, welches in verschiedenen Ländern bereits seit längerer Zeit erfolgreich angewendet wurde.²⁷ Die Revision sollte der ungenügenden Durchschlagskraft und der nichtvorhandenen Abschreckungswirkung der bisherigen Kartellgesetzgebung ein Ende bereiten.

Die Sanktionsbestimmungen bei Verstössen gegen einvernehmliche Regelungen und Anordnungen (Art. 50 KG₉₅)²⁸ und bei Verstössen im Zusammenhang mit Unternehmenszusammenschlüssen (Art. 51 KG₉₅)²⁹ waren als indirekte Verwaltungssanktionen formuliert³⁰ und basierten auf dem Missbrauchsprinzip. Die Verhängung einer Sanktion war somit erst möglich, wenn ein missbräuchliches Verhalten vorgängig rechtsverbindlich festgestellt worden war und anschliessend gegen diese behördliche Anordnung durch Weiterführung des wettbewerbswidrigen Verhaltens verstossen wurde. Eine direkte Sanktionierung des Wettbewerbsverstosses war nicht zulässig. Der erste Verstoss gegen das Kartellgesetz war somit «gratis».³¹ Bildlich dargestellt entsprachen die indirekten Verwaltungssanktionen des KG₉₅ einem ausgestopften Wachhund, welcher nichts mehr als einem alibimässigen Schutz bieten konnte.³² Die erhoffte, gegen aussen mit spürbaren Sanktionen gegen Unternehmen angezeigte, Präventivwirkung blieb aus.

²⁷ Komm. KG₉₅-DUCREY, Vorbem. Art. 50–57 N 12.

²⁸ Art. 50 *Widerhandlungen gegen einvernehmliche Regelungen und behördliche Anordnungen*
Verstösst ein Unternehmen zu seinem Vorteil gegen eine einvernehmliche Regelung, eine rechtskräftige Verfügung der Wettbewerbsbehörden oder einen Entscheid der Rechtsmittelinstanzen, so wird es mit einem Betrag bis zur dreifachen Höhe des durch den Verstoss erzielten Gewinns belastet. Kann kein Gewinn festgestellt oder geschätzt werden, so beträgt die Belastung bis zu 10 Prozent seines letzten Jahresumsatzes in der Schweiz; Artikel 9 Absatz 2 ist sinngemäss anwendbar.

²⁹ Art. 51 *Verstösse im Zusammenhang mit Unternehmenszusammenschlüssen*

¹ Ein Unternehmen, das gegen eine mit der Genehmigung erteilte Auflage verstösst, einen genehmigungspflichtigen Zusammenschluss ohne Genehmigung vollzieht, einen untersagten Zusammenschluss vollzieht oder eine Massnahme zur Wiederherstellung wirksamen Wettbewerbs nicht durchführt, wird mit einem Betrag bis zu einer Million Franken belastet.

² Bei wiederholtem Verstoss gegen eine mit der Genehmigung erteilte Auflage wird das Unternehmen mit einem Betrag bis zu 10 Prozent des auf die Schweiz entfallenden Gesamtumsatzes der beteiligten Unternehmen belastet; Artikel 9 Absatz 2 ist sinngemäss anwendbar.

³⁰ Einzige Ausnahme bildete Art. 52 KG₉₅, welcher direkt sanktioniert werden konnte.

³¹ Bot. KG 1995, BBl. 1995 I, 620; BSK KG-NIGGLI/RIEDO, Vor Art. 49a–53 N 4; TAGMANN, 2.

³² Aussage von Nationalrat DONZÉ im Rahmen der Eintretensdebatte über die Kartellgesetzrevision 2003 vom 19. September 2002, AB 2002 N 1295 f.

B. Individualsanktionen

Die Strafsanktionen gegen natürliche Personen spielten in der Kartellgesetzrevision im Jahre 1995 eine untergeordnete Rolle. Mit der Einführung der verwaltungsrechtlichen Sanktionen gegen Unternehmen wurde für die Strafsanktionen gegen natürliche Personen ein eigenes Kapitel geschaffen und die gesetzssystematische Fehlkonzep- tion des KG₈₅ behoben.³³ Inhaltlich erfuhren die Sanktionen bei Widerhandlungen gegen einvernehmliche Regelungen und behördliche Anordnungen (Art. 54 KG₉₅)³⁴ und bei anderen Widerhandlungen (Art. 55 KG₉₅)³⁵ nur minimale Veränderungen. Beibehalten wurde auch das System der indirekten Sanktionierbarkeit, was eine vor- gängige, rechtsverbindliche Feststellung des wettbewerbsbeschränkenden Verhaltens erforderte. Die Sanktionen gegen natürliche Personen dienten schliesslich als Grund- lage für die neu geschaffenen Verwaltungssanktionen gegen Unternehmen und waren Leitbild zum komplementären Sanktionssystem.³⁶

Die Strafsanktionen des Kartellgesetzes in den Art. 54–57 KG₉₅ haben bis heute ihre Geltung und blieben von der Kartellgesetzrevision 2003 bis auf unbedeutende redak- tionelle Anpassungen unberührt.³⁷ Die Bestimmungen sind dem Nebenstrafrecht i.S.v. Art. 333 StGB zuzuordnen und sind als Übertretungen i.S.v. Art. 103 StGB formuliert, wobei die festgesetzten Bussandrohungen das übliche Höchstmass einer Busse deutlich übersteigen.³⁸ Die Klassifizierung als Nebenstrafrecht und die Ausge- staltung als Übertretungen bringen mit sich, dass sämtliche Garantien des Straf- und Strafprozessrechts Anwendung finden.³⁹ Durch die Blankettstraftatbestände wird in erster Linie die Durchsetzung von behördlichen Anordnungen und somit die staatli- che Autorität geschützt. Mittelbar bewirken die Strafbestimmungen allerdings auch einen Schutz des Wettbewerbs an sich.⁴⁰ Strafbar ist weiterhin nur die vorsätzliche Tatbegehung, d.h. der Täter muss Kenntnis von der behördlichen Anordnung haben und sich willentlich tatbestandsmässig verhalten. Der Nachweis des Vorsatzes ist jedoch in der Praxis mangels Direktbeweisen schwierig zu erbringen. So erstaunt es

³³ BREMER, 149.

³⁴ Art. 54 *Widerhandlungen gegen einvernehmliche Regelungen und behördliche Anordnungen*
*Wer vorsätzlich einer einvernehmlichen Regelung, einer rechtskräftigen Verfügung der Wettbe-
werbsbehörden oder einem Entscheid der Rechtsmittelinstanzen zuwiderhandelt, wird mit Busse
bis zu 100'000 Franken bestraft.*

³⁵ Art. 55 *Andere Widerhandlungen*
*Wer vorsätzlich Verfügungen der Wettbewerbsbehörden betreffend die Auskunftspflicht (Art. 40)
nicht oder nicht richtig befolgt, einen meldepflichtigen Zusammenschluss ohne Meldung vollzieht
oder Verfügungen im Zusammenhang mit Unternehmenszusammenschlüssen zuwiderhandelt,
wird mit Busse bis zu 20'000 Franken bestraft.*

³⁶ Bot. KG 1995, BBl. 1995 I, 493 und 619; Komm. KG₉₅-DUCREY, Vorbem. Art. 50–57 N 3 f.

³⁷ BREMER, 149.

³⁸ Gemäss Art. 106 Abs. 1 StGB liegt der Höchstbetrag bei einer Busse bei 10'000.– CHF.

³⁹ SHK KG-LIVSCHITZ, Vorbem. Art. 54–57 N 4 f.

⁴⁰ BSK KG-RIEDO/NIGGLI, Art. 54 N 10.

auch nicht, dass bis heute kein einziger Fall bekannt ist, in welchem eine Busse gegen eine natürliche Person ausgesprochen wurde.⁴¹

V. Kartellgesetzrevision 2003: Der Wachhund soll Beissen können

A. Die Beweggründe für das direkte Sanktionssystem

Mit neuen, einschneidenden Sanktionen gegen Unternehmen, die anhand des erzielten Gewinns bemessen werden sollten, wollte man die Präventivwirkung und somit die Wirksamkeit des Wettbewerbsrechts mit der Kartellgesetzrevision 1995 verbessern.⁴² An welchem schwerwiegenden Mangel das dazumal hochgelobte KG₉₅ litt, zeigte sich erst in der praktischen Anwendung in den folgenden Jahren.

Ausschlaggebender Punkt war die Aufdeckung des weltweit vernetzten Vitaminkartells in den USA im Jahre 1995. Dabei wurden zwei beteiligte Unternehmen, darunter auch ein schweizerisches Pharmaunternehmen, durch das U.S. Departement of Justice mit Bussen in dreistelliger Millionenhöhe belegt und die verantwortlichen Manager zu mehrmonatigen Freiheitsstrafen verurteilt. Die weltweiten Auswirkungen führten zu nachfolgenden Kartellverfahren in verschiedenen Ländern mit weiteren Bussen, so auch in der Schweiz.⁴³ Der WEKO waren allerdings die Hände gebunden und sie konnte aufgrund der indirekten Sanktionierbarkeit lediglich die Unzulässigkeit der wettbewerbsschädlichen Verhaltensweisen feststellen – ohne gegen die beteiligten Unternehmen auch nur eine einzige Sanktionen auszusprechen.⁴⁴

Die Schweiz war über Jahre hinweg äusserst attraktiv für Unternehmen, sich kartellrechtswidrig zu verhalten, ohne dabei gleich mit gravierenden Sanktionen rechnen zu müssen. Die WEKO selbst bezeichnete einen Verstoss gegen das geltende Kartellgesetz als blosses Kavaliersdelikt und die OECD legte der Schweiz in ihrer Länderuntersuchung die Einführung von direkten Verwaltungssanktionen oder gar die Kriminalisierung von Kartelldelikten nahe.⁴⁵ Die Entwicklungen auf internationaler Ebene haben gezeigt, dass viele andere Länder wettbewerbswidrige Geschäftspraktiken mit direkten Sanktionen und dem Anreiz einer Bonusregelung bekämpfen. Obwohl man der Ansicht war, dass sich das KG₉₅ weitgehend bewährt hatte, zeigte die praktische

⁴¹ BREMER, 187; SHK KG-LIVSCHITZ, Vorbem. Art. 54–57 N 2 ff.

⁴² Bot. KG 1995, BBl. 1995 I, 493 und 620.

⁴³ ZIMMERLI, 87 ff.

⁴⁴ Verfügung der WEKO vom 19. April 200, Accords sur les prix/répartition des ventes sur le marché des vitamines, RPW 2000/2, 194 f.

⁴⁵ Jahresbericht der WEKO 1999, RPW 1999/4, 556 f.; OECD, 19; ZÄCH, Rz. 1150 f.

Anwendung auf, dass die Wirksamkeit des Gesetzes beschränkt war.⁴⁶ Auch auf politischer Ebene wurde das Problem erkannt und es wurden zahlreiche parlamentarische Vorstösse eingereicht, um die bestehenden Mängel des Kartellgesetzes zu beheben.⁴⁷ Die direkte Ahndung eines Kartellrechtsverstosses wurde von allen Seiten weitgehende begrüsst. Der Wachhund solle zum Leben erweckt werden und auch Bellen und Beissen können, um seine Pflicht, den Schutz des freien Wettbewerbs, effektiv wahrzunehmen.⁴⁸

B. Die Ausgestaltung der direkten Verwaltungssanktionen nach Art. 49a KG

Die Einführung von direkten Sanktionen schon beim ersten Vergehen war sodann der Kern der Kartellgesetzrevision 2003.⁴⁹ Die direkte Sanktionierbarkeit wurde allerdings auf Wettbewerbsverstösse mit besonders schädlichen Auswirkungen⁵⁰ beschränkt. Um neben der Präventivwirkung auch die Durchsetzung zu verbessern und die Entdeckungswahrscheinlichkeit zu erhöhen wurde zugleich eine bisher unbekannte Bonusregelung für Unternehmen, die bei der Aufdeckung und Beseitigung der Wettbewerbsbeschränkung mitwirken, vorgesehen. Die direkten Verwaltungssanktionen wurden mit dem neu geschaffenen Art. 49a KG⁵¹ in das bisherige Sank-

⁴⁶ Bot. KG 2003, BBl. 2002, 2025 ff.

⁴⁷ Vgl. insbesondere die Motion JANS «Kartellgesetz – Griffige Bussenregelung» (99.3307), welcher die Mängel exemplarisch aufzeigte und die direkte Sanktionierung von kartellrechtswidrigem Verhalten forderte.

⁴⁸ Aussage von Nationalrat DONZÉ im Rahmen der Eintretensdebatte über die Kartellgesetzrevision 2003 vom 19. September 2002, AB 2002 N 1295 f.

⁴⁹ Bot. KG 2003, BBl. 2002, 2030 ff.; STOFFEL, in: FS Tercier, 682.

⁵⁰ Darunter sind im schweizerischen Recht horizontale (Art. 5 Abs. 3 KG) und vertikale (Art. 5 Abs. 4 KG) Kartellabsprachen sowie der Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung (Art. 7 KG) zu verstehen, sog. *Hard-Core-Kartelle*.

⁵¹ Art. 49a *Sanktion bei unzulässigen Wettbewerbsbeschränkungen*

¹ Ein Unternehmen, das an einer unzulässigen Abrede nach Art. 5 Absätze 3 und 4 beteiligt ist oder sich nach Artikel 7 unzulässig verhält, wird mit einem Betrag bis zu 10 Prozent des in den letzten drei Geschäftsjahren in der Schweiz erzielten Umsatzes belastet. Artikel 9 Absatz 3 ist sinngemäss anwendbar. Der Betrag bemisst sich nach der Dauer und der Schwere des unzulässigen Verhaltens. Der mutmassliche Gewinn, den das Unternehmen dadurch erzielt hat, ist angemessen zu berücksichtigen.

² Wenn das Unternehmen an der Aufdeckung und der Beseitigung der Wettbewerbsbeschränkung mitwirkt, kann auf eine Belastung ganz oder teilweise verzichtet werden.

³ Die Belastung entfällt, wenn:

- a. das Unternehmen die Wettbewerbsbeschränkung meldet, bevor diese Wirkung entfaltet. Wird dem Unternehmen innert fünf Monaten nach der Meldung die Eröffnung eines Verfahrens nach den Artikeln 26–30 mitgeteilt und hält es danach an der Wettbewerbsbeschränkung fest, entfällt die Belastung nicht;
- b. die Wettbewerbsbeschränkung bei Eröffnung der Untersuchung länger als fünf Jahre nicht mehr ausgeübt worden ist;
- c. der Bundesrat eine Wettbewerbsbeschränkung nach Artikel 8 zugelassen hat.

tionssystem eingebettet. Die im Rahmen der letzten Kartellgesetzrevision eingeführten indirekten Sanktionen in den Art. 50–52 KG, die erst bei einem erneuten Verstoss nach festgestellter Unzulässigkeit verhängt werden können, blieben bestehen.

Aus gesetzessystematischer Sicht handelt es sich bei den Sanktionen nach Art. 49a–53 KG um Verwaltungssanktionen (6. Abschnitt), welche im Kapitel über das verwaltungsrechtliche Verfahren (4. Kapitel) vorzufinden sind. In Übereinstimmung mit der gewählten Bezeichnung als Verwaltungssanktionen sprechen die Bestimmungen von einem «Betrag», welcher «belastet» wird und verzichten bewusst auf strafrechtliche Formulierungen wie «Busse» und «bestrafen».⁵² Die direkten Sanktionen zielten sodann auch vorwiegend auf die Durchsetzung verwaltungsrechtlicher Pflichten ab. Durch den weit gefassten Sanktionsrahmen, der unausweichlich zu einer negativen Kosten-Nutzen-Rechnung führen soll, tritt allerdings ein repressives Merkmal hinzu, welches hauptsächlich Strafbestimmungen zugrunde liegt.⁵³

Für die rechtliche Qualifikation sind letzten Endes jedoch nicht die vom Gesetzgeber gewählte Formulierung und die gesetzessystematische Einordnung massgebend, sondern vielmehr der tatsächliche Charakter einer Sanktionsbestimmung.⁵⁴ Mag die exakte Zuordnung des Art. 49a KG noch so umstritten sein, so sind in der Lehre und Rechtsprechung ihr strafrechtsähnlicher Charakter und somit auch die Anwendung der besonderen (Verfahrens-)Garantien der EMRK⁵⁵ mittlerweile anerkannt.⁵⁶ Hinsichtlich der Strenge bei der Anwendung der Fundamentalgarantien herrscht jedoch weiterhin Uneinigkeit. Die Schweizer Tribunale verfolgen in Übereinstimmung mit der höchstrichterlichen Rechtsprechung des EGMR eine einzelfallbezogene Beurteilung des strafrechtlichen Verfahrensrechts mit der Möglichkeit, Einschränkungen vorzunehmen.⁵⁷

Die Schaffung einer direkten Sanktionierbarkeit für besonders schädliche Wettbewerbsbeschränkungen war ein wichtiger Schritt in der Entwicklung des schweizerischen Kartellrechts. Nur wenige Jahre nach deren Einführung machte die WEKO von der neuen Bestimmung Gebrauch und belegte die *Flughafen Zürich AG (Unique)* mit einem Betrag von 101'000.– CHF.⁵⁸ Nur gerade ein Jahr später zeigte die WEKO ihre Kompromisslosigkeit im Umgang mit Wettbewerbsbeschränkungen und dass sie

⁵² BSK KG-NIGGLI/RIEDO, Vor Art. 49a–53 N 25; ZÄCH, Rz. 338 ff.

⁵³ Bot. KG 2003, BBl. 2002, 2033 ff.

⁵⁴ BORER, Art. 49a KG N 2.

⁵⁵ Ausführlich zu den Garantien der EMRK im Kartellverfahren siehe TAGMANN, 90 ff.

⁵⁶ BGE 139 I 72, 79 E. 2.2.2; BGer 2C_180/2014 vom 28. Juni 2016 E. 9.1; HEINEMANN, in: FS von Büren, 598 f., SHK KG-REINERT, Art. 49a N 3 f. und STOFFEL, in: FS Tercier, 683 jeweils mit weiteren Hinweisen; bereits die Botschaft ging von der Anwendbarkeit der EMRK aus, Bot. KG 2003, BBl. 2002, 2052.

⁵⁷ BGE 139 I 72, 80 E. 4; BVGer B-506/2010 vom 19. Dezember 2013 E. 6.1.3; EGMR, 23.11.2006, *Jussila v. Finnland*, Nr. 73053/01, N 43.

⁵⁸ RPW 2006/4, 625 ff.

auch dazu bereit ist, den vom Gesetzgeber gewährten Sanktionsrahmen auszuschöpfen, indem sie gegen die *Swisscom Mobile AG* eine Rekordsanktion von 333 Mio. CHF aussprach.⁵⁹

Mit der Einführung von direkten Sanktionen wurde nicht nur ein eklatanter Durchsetzungsmangel behoben, sondern das ganze Kartellgesetz an etablierte internationale Standards angeglichen. Der Wachhund des Wettbewerbs wurde aus dem Dornröschenschlaf geweckt und hat endlich scharfe Zähne erhalten.

VI. Kartellgesetzesrevision 2012: Schiffbruch vor dem Auslaufen

A. Der steinige Weg in die Sackgasse

1. Evaluation des Kartellgesetzes

Damit die Wirksamkeit des neuen Kartellgesetzes und insbesondere der neuen Bestimmungen beurteilt werden kann, wurde fünf Jahre nach Inkrafttreten eine Evaluation in Auftrag gegeben. Der abschliessende Synthesebericht zieht insgesamt ein positives Fazit: Die neu eingeführten Instrumente mitunter die direkten Sanktionen und die Bonusregelung erwiesen sich als nützlich.⁶⁰

Die eingesetzte Evaluationsgruppe deckte aber auch in verschiedenen Bereichen gebotener Handlungsbedarf und Verbesserungspotenzial auf, was im Rahmen einer erneuten Revision behoben werden könnte. Namentlich sei eine institutionelle Reform erforderlich. Weiter sei im Bereich der Zusammenschlusskontrolle der SIEC-Test einzuführen und bei den besonders schädlichen Kartellabsprachen (Art. 5 Abs. 3 und 4 KG) sei ein mögliches Teilkartellverbot in Betracht zu ziehen. Weitere Revisionsvorschläge betrafen die Stärkung des Kartellzivilrechts, die Verbesserung des Widerspruchsverfahrens sowie eine Überprüfung des Sanktionssystems einschliesslich der Sanktionierung natürlicher Personen.⁶¹ Zeitgleich zur Evaluation wurden auch zahlreiche parlamentarische Vorstösse eingereicht⁶², die allesamt eine Anpassung des Kartellgesetzes beinhalteten.

⁵⁹ RPW 2007/2, 241 ff.; Die Sanktionsverfügung der WEKO wurde allerdings später durch das BVGer aufgehoben und die Aufhebung auch vom BGer bestätigt, BVGer B-2050/2007 vom 24. Februar 2010 bzw. BGE 139 I 72.

⁶⁰ Synthesebericht, 31 und 40.

⁶¹ Bot. KG 2012, BBl. 2012, 3912 f.; Synthesebericht, 105 ff.

⁶² Zu erwähnen sind dabei insbesondere die Motionen SCHWEIGER «Ausgewogeneres und wirksameres Sanktionssystem für das Schweizer Kartellrecht» (07.3856) und DE BUMAN «Für echten Wettbewerb und tiefere Preise» (10.3302) sowie die Parlamentarische Initiative KAUFMANN «Existenzgefährdung infolge von Kartellbussen verhindern» (08.443), welche die Einführung

2. Die Änderung des Sanktionssystem

Parallel zur Evaluation und den folgenden Gesetzgebungsarbeiten behandelte das Parlament die Motion SCHWEIGER⁶³, welche erstens die sanktionsbefreiende Berücksichtigung von Compliance-Programmen und zweitens die Einführung strafrechtlicher Sanktionen gegen natürliche Personen forderte. Der Bundesrat stand dabei der Umsetzung der Motion skeptisch gegenüber und beantragte die Ablehnung. Entgegen der Haltung des Bundesrates wurde die Motion schliesslich von beiden Räten in leicht geänderter Version⁶⁴ angenommen.⁶⁵

In Folge der Annahme der Motion eröffnete der Bundesrat ein zweites Vernehmlassungsverfahren, welches nur die beiden Anliegen der Motion SCHWEIGER zum Inhalt hatte. Hinsichtlich der sanktionsmindernden Berücksichtigung von Compliance-Programmen schlug der Bundesrat eine Ergänzung von Art. 49a KG dahingehend vor, dass der Geschäftstätigkeit und der Branche angemessene Vorkehrungen zur Verhinderung von Kartellrechtsverstössen mildernd zu berücksichtigen sind.⁶⁶ Für die Einführung von Strafsanktionen wurden zwei Umsetzungsvarianten eingebracht: Verwaltungsmassnahmen und strafrechtliche Sanktionen. Die verwaltungsrechtlichen Massnahmen enthielten einerseits eine zeitlich begrenzte ganze oder teilweise Untersagung der beruflichen Tätigkeit bei den an der Kartellabsprache beteiligten Unternehmen⁶⁷ und andererseits die Einziehung von Lohnbestandteilen, die aufgrund der Kartellabrede erzielt wurden⁶⁸. Mit dem Vorschlag von Verwaltungsmassnahmen wich der Bundesrat bewusst vom Wortlaut der Motion SCHWEIGER ab. Aufgrund des

von Kriminalstrafen gegen natürliche Personen forderten. Anzumerken ist, dass lediglich die Motion SCHWEIGER von den Räten – wenn auch in abgeänderter Form – angenommen wurde. Den beiden anderen Vorstössen wurde keine Folge geleistet.

⁶³ Ausführlich zum parlamentarischen Verfahren und zur Einführung von Strafsanktionen gegen natürliche Personen siehe BREMER, 236 ff.

⁶⁴ Der Motionstext beabsichtigte ursprünglich einen *vollständigen* Sanktionserlass für Unternehmen. Der Nationalrat änderte diesen Punkt ab und sah neu nur noch eine *Sanktionsmilderung* vor, AB 2009 N 2115 f.

⁶⁵ Bot. KG 2012, BBl. 2012, 3913 f.

⁶⁶ Bot. KG 2012, BBl. 2012, 3918; BREMER, 254 f.

⁶⁷ Art. 52a (neu) *Untersagung der beruflichen Tätigkeit*

¹ Bei Verstössen nach Artikel 49a in Verbindung mit Artikel 5 Absatz 3 kann der Person, die diesen Verstoß veranlasst, durchgeführt oder entgegen einer Rechtspflicht nicht verhindert hat, die berufliche Tätigkeit bei den an der unzulässigen Abrede beteiligten Unternehmen teilweise oder ganz untersagt werden.

² Diese Massnahme kann für eine Dauer von bis zu fünf Jahren angeordnet werden.

⁶⁸ Art. 52b (neu) *Einziehung von Vermögenswerten*

¹ Vermögenswerte, die eine Person dadurch erlangt hat, dass sie einen Verstoß nach Artikel 49a in Verbindung mit Artikel 5 Absatz 3 veranlasst, durchgeführt oder entgegen einer Rechtspflicht nicht verhindert hat, können eingezogen werden.

² Lässt sich der Umfang der einzuziehenden Vermögenswerte nicht oder nur mit unverhältnismässigem Aufwand ermitteln, so kann er geschätzt werden.

³ Das Recht zur Einziehung verjährt nach sieben Jahren.

rein präventiven Charakters der Massnahmen hätte die Zuständigkeit zur Verhängung bei der WEKO im Verwaltungsverfahren belassen werden können.⁶⁹

Die strafrechtliche Umsetzungsvariante sah im Falle der aktiven Mitwirkung natürlicher Personen an Kartellabsprachen mit Wettbewerbern Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder Geldstrafe vor.⁷⁰ Der Tatbestand war als abstraktes Gefährdungsdelikt ausgestaltet und brachte ein *per se*-Verbot harter horizontaler Kartellabsprachen mit sich. Um die Wirksamkeit der Bonusregelung für Unternehmen nicht zu gefährden, wurde auch eine Bonusregelung für natürliche Personen vorgesehen, was einen Bruch der Rechtstradition bedingt hätte. Die strafrechtliche Variante sah zwei unabhängige, parallel mögliche Verfahren vor: Die verwaltungsrechtliche Untersuchung gegen das Unternehmen durch die Wettbewerbskommission und das Strafverfahren gegen den verantwortlich Mitarbeiter durch die Bundesanwaltschaft.⁷¹

Die Befürworter führten als Hauptargument den Präventionsgedanken an. Eine persönliche Verfolgung mit der Androhung von pekuniären oder freiheitsentziehenden Strafen bewirke einen enormen Abschreckungseffekt. Daneben spiele auch der Gerechtigkeitsaspekt eine zentrale Rolle. Nicht nur die Unternehmen sollen zur Rechenschaft gezogen werden können, sondern auch die dafür handelnden natürlichen Personen. Gleichzeitig würden Individualsanktionen das Rechtsbewusstsein in der Gesellschaft stabilisieren und die Schädlichkeit von Kartelldelikten hervorheben.⁷²

Die Einführung von Individualsanktionen muss jedoch unter einem ganzheitlichen Blickwinkel, der das gesamte Sanktionssystem umfasst, erfolgen. So entgegneten die

⁶⁹ Erläuternder Bericht, 28 ff.; HEINE/ROTH, 48 ff.; ZIRLICK/STÜSSI/LÜTHI, ZSR 2013, 52 f.

⁷⁰ Art. 53a (neu) *Mitwirkung an Preis-, Gebiets- und Mengenabreden zwischen Wettbewerbern*

¹ *Mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder Geldstrafe wird bestraft, wer vorsätzlich an einer Abrede über die direkte oder indirekte Festsetzung von Preisen, über die Einschränkung von Produktions-, Bezugs- oder Liefermengen oder über die Aufteilung von Märkten nach Gebieten oder Geschäftspartnern zwischen Unternehmen, die tatsächlich oder der Möglichkeit nach miteinander im Wettbewerb stehen, mitwirkt.*

² *Der Versuch ist nicht strafbar.*

³ *Wirkt die Person nach Absatz 1 an der Aufdeckung und der Beseitigung der Wettbewerbsabrede mit, so wird die Strafverfolgung eingestellt oder es wird von einer Bestrafung ganz oder teilweise abgesehen.*

⁴ *Auf eine Strafverfolgung wird verzichtet, wenn:*

a. *die Belastung für das Unternehmen aufgrund einer Meldung nach Artikel 49a Absatz 4 entfallen ist;*

b. *die Wettbewerbsabrede bei der Eröffnung der Untersuchung gegen das Unternehmen länger als fünf Jahre nicht mehr ausgeübt worden ist;*

c. *der Bundesrat eine Wettbewerbsbeschränkung nach Artikel 8 zugelassen hat.*

⁵ *Wird die Tat nach Absatz 1 im Ausland begangen, so ist Artikel 2 Absatz 2 anwendbar.*

⁷¹ Erläuternder Bericht, 20 ff. und 33 ff.; HEINE/ROTH, 32 ff.; WOHLERS, in: ZÄCH/WEBER/HEINEMANN, 229 ff.; ZIRLICK/STÜSSI/LÜTHI, ZSR 2013, 53 f.

⁷² BAUDENBACHER, 153 ff.; HEINEMANN, in: FS von Büren, 606 f.; HEINE/ROTH, 32 f.; WOHLERS, in: ZÄCH/WEBER/HEINEMANN, 222 ff.; ZIRLICK/STÜSSI/LÜTHI, ZSR 2013, 51 f.

Opponenten, dass weiterhin die Sanktionierung der Unternehmen im Zentrum stehen solle und mit der Sanktionierung natürlicher Personen die Wirksamkeit und die Effektivität der Unternehmenssanktionen gefährdet werden könnte. Zudem bestünde das Risiko, dass die Verantwortlichkeit von den Unternehmen im Rahmen einer Sündenbockstrategie auf einzelne Mitarbeiter abgewälzt werden könne. Des Weiteren bezweifelten die Gegner den prognostizierten Abschreckungseffekt mit Hinweis auf die bedingt ausgesprochenen Geld- oder Freiheitsstrafen für Ersttäter.⁷³

Die Mehrheit der Vernehmlassungsteilnehmer lehnte die Revisionsvorlage zur Umsetzung der Motion SCHWEIGER ab, insbesondere die Einführung von Sanktionen gegen natürliche Personen erhielt kaum Zustimmung oder aber es wurden weitreichende Anpassungen am Vorschlag verlangt.⁷⁴

3. Die Grundzüge des Gesetzesentwurfs

Das Ziel der erneuten Teilrevision des Kartellgesetzes war, die im Jahre 2003 eingeführten Präventionsinstrumente zu stärken, indem man die Wirksamkeit der Umsetzung der herrschenden Wettbewerbspolitik verbessert und gleichzeitig die Rechtssicherheit erhöht.⁷⁵

Der Hauptansatzpunkt betraf das institutionelle Setting. Das Mischmodell bestehend aus der WEKO und ihrem Sekretariat als Untersuchungs- und Entscheidungsinstanz in einem wurde als nicht mehr zeitgemäss betrachtet. Neu sollte die Wettbewerbsbehörde als unabhängige, professionalisierte Instanz die Untersuchungen führen. Die Entscheide, insbesondere in Sanktionsfällen, sollten von einem neu zu bildenden und dem Bundesverwaltungsgericht angehörenden Wettbewerbsgericht gefällt werden. Die institutionelle Trennung zwischen einer professionalisierten WEKO und einem neuen unabhängigen Wettbewerbsgericht sollte zu kürzeren Verfahren und einer verbesserten Rechtsstaatlichkeit führen.⁷⁶

Am Sanktionssystem selbst, das sich in den ersten Jahren als erfolgreich erwiesen hat, sollten keine direkten Änderungen vorgenommen werden. Mit punktuellen Verbesserungen im Widerspruchsverfahren sollte das Risiko, mit einer Sanktion durch die WEKO belegt zu werden, klarer geregelt werden, was eine erhöhte Rechtssicherheit mit sich bringen sollte. Zusätzlich sollten die fünf Arten von Abreden nach Art. 5 KG, die bereits heute mit einer Sanktion belegt werden können, neu als Teil-

⁷³ BAUDENBACHER, 159 ff.; HEINEMANN, in: FS von Büren, 608; HEINE/ROTH, 32 f.; ZIRLICK/STÜSSI/LÜTHI, ZSR 2013, 51 f.

⁷⁴ Zweite Vernehmlassung, 4 f.

⁷⁵ Bot. KG 2012, BBl. 2012, 3916 f.

⁷⁶ Bot. KG 2012, BBl. 2012, 3912 ff.; ZIRLICK/STÜSSI/LÜTHI, ZSR 2013, 29 f.

kartellverbot mit Rechtfertigungsmöglichkeit ausgestaltet werden.⁷⁷ Darüber hinaus sollte in Umsetzung des ersten Anliegens der Motion SCHWEIGER die Bonusregelung in jener Hinsicht angepasst werden, dass Compliance-Programme zur Beachtung der kartellgesetzlichen Regelungen sanktionsmindernd zu berücksichtigen seien.⁷⁸

Als Konsequenz aus dem negativen Vernehmlassungsergebnis betreffend Sanktionierung natürlicher Personen beantragte der Bundesrat hingegen die Abschreibung des zweiten Teils der Motion SCHWEIGER. Die Gründe für den Abschreibungsantrag lagen insbesondere in der Gefahr einer negativen Beeinflussung des funktionierenden Vollzuges gegen die Unternehmen und in einem nicht abschätzbaren Ressourcenaufwand. Zusätzlich zu den bereits in der Vernehmlassung vorgebrachten Ablehnungsgründen wurde eine Beeinträchtigung des Geschäftsbetriebs der Unternehmen befürchtet. Der Bundesrat war der Ansicht, das ausreichend alternative Mittel des Straf-, Zivil- und des Kartellrechts zur Verfügung stünden und blieb seiner ablehnenden Haltung treu.⁷⁹ Beide Räte hiessen den Abschreibungsantrag gut.

Die Gesetzesvorlage hingegen hatte sowohl in den vorarbeitenden Kommissionen als auch in den Räten einen schweren Stand. Mit der Bestätigung des Beschlusses auf Nichteintreten auf die Vorlage des Nationalrates mit 99 zu 80 Stimmen ist am 17. September 2014 die Kartellgesetzrevision nach erfolglosem Differenzenbereinungsverfahren definitiv gescheitert.⁸⁰

B. Mögliche Gründe für das Scheitern

Die Palette möglicher Gründe ist vielfältig. So ist insbesondere bemerkenswert, dass die Gegner, welche der Kartellgesetzrevision den Gnadenstoss verpassten, aus einer bunt durchmischten Allianz aus SVP, BDP, FDP, gewerkschaftlichen Linken und einem Teil der Grünen bestand. Für viele kam die Evaluation des Kartellgesetzes als Auslöser der Revision zu früh. Die Wirkungen der neuen Regelungen konnten in dieser kurzen Zeitspanne von nur fünf Jahren nur wage analysiert werden. Insbesondere im Bereich der direkten Sanktionen lag aufgrund der langen Verfahrensdauer und den zahlreichen, bei den Rechtsmittelinstanzen hängigen Verfahren nur eine spärliche gerichtliche Praxis vor.⁸¹

Des Weiteren stiess die institutionelle Reform auf grossen Widerstand. Der Ausschluss der Branchenvertreter aus der WEKO war vielen ein Dorn im Auge. Auch

⁷⁷ Bot. KG 2012, BBl. 2012, 3932 und 3960; ZIRLICK/STÜSSI/LÜTHI, ZSR 2013, 47 f.

⁷⁸ Bot. KG 2012, BBl. 2012, 3913 und 3959; zur *Compliance-Defense* siehe HEINE/ROTH, 25 f.

⁷⁹ Abschreibungsbericht, 1844 ff.

⁸⁰ AB 2014 N 1553 ff.

⁸¹ TSCHUDIN, KG-Revision – wie weiter?, <<https://wettbewerbpolitik.org/2014/09/17/kg-revision-wie-weiter/>> (16.08.2017).

das Teilkartellverbot rund um Art. 5 KG wurde von vielen Seiten kritisiert.⁸² Die Revision war schlichtweg überladen, sodass kein konstruktiver Konsens zu umstrittenen Punkten erreicht werden konnte. Die Vorlage wurde durch die unzähligen Anpassungen derart verwässert, dass sie niemanden mehr befriedigte.

VII. Wie weiter?

Sanktionen dienen als Druckmittel, um ein bestimmtes Verhalten zu erzwingen und einen Erlass auch effektiv durchzusetzen.⁸³ Ein Blick auf die Etappen in der Entwicklungsgeschichte des Kartellrechts zeigt, dass sich das Sanktionsregime in den vergangenen 50 Jahren grundlegend verändert hat. Die Verlagerung vom Zivil- zum Verwaltungsrecht und der Einbezug des Strafrechts haben das Kartellgesetz massgeblich geprägt. Wie sich das Sanktionssystem in Zukunft weiterentwickeln wird, bleibt offen. Die jüngsten Revisionen und die Bestrebungen im Ausland hin zur Individualverantwortlichkeit gekoppelt mit einschneidenden Unternehmenssanktionen haben aber die Stossrichtung klar vorgegeben.

A. Unternehmenssanktionen

Die Einführung der direkten Sanktionen gegen Unternehmen im Rahmen der Kartellgesetzrevision 2003 war der letzte Mosaikstein für eine wirksame Kartellrechtsdurchsetzung und das Ende einer langjährigen Odyssee. Es scheint, man habe die Lehren aus den vermeintlich wirkungsvollen Vorgängerversionen gezogen. Die WEKO hat von der neuen Sanktionsmöglichkeit sogleich Gebrauch gemacht und einzelne Unternehmen mit teilweise einschneidenden Beträgen belegt. Die neu eingeführten Bestimmungen führten allerdings zu einem erhöhten Verfahrensaufwand, was sich in einer verlängerten Verfahrensdauer äusserte. Hinzu kommen viele hängige Verfahren vor den Rechtsmittelinstanzen.⁸⁴ Es ist auch zum jetzigen Zeitpunkt noch zu früh, um von einer gefestigten Anwendung zu sprechen. Mit dem wegweisenden Urteil in Sachen *Publigroupe* das Bundesgericht die langjährige Sanktionspraxis der WEKO bestätigt und mit dem jüngsten Entscheid in Sachen *Gaba* die Sanktionskompetenz der WEKO bei Umstossung der Vermutung geschützt.⁸⁵ Darüber hinaus wurden Grundsatzfragen betreffend grundsätzlicher Erheblichkeit von Vermutungstatbeständen geklärt.⁸⁶

⁸² BAUDENBACHER, WuW 2014, 1066.

⁸³ BREMER, 5.

⁸⁴ Synthesebericht, 33 f.; STOFFEL, in: FS Tercier, 682.

⁸⁵ BGE 139 I 72, 81 E. 4.4; BGer 2C_180/2014 vom 28. Juni 2016 E. 9.4.

⁸⁶ BGer 2C_180/2014 vom 28. Juni 2016 E. 5.2 und 5.5.

Folglich sind in naher Zukunft keine gesetzlichen Anpassungen der Sanktionen gegen Unternehmen zu erwarten. Vielmehr sind es höchstrichterliche Entscheide, welche die Sanktionspraxis prägen werden. Einzig punktuelle Anpassungen im Bereich des Widerspruchsverfahrens, die Stärkung der privatrechtlichen Durchsetzung oder die gesetzliche Verankerung der Berücksichtigung von Compliance-Programmen wie im zweiten Teil der Motion SCHWEIGER gefordert könnten dem Sanktionssystem den letzten Schliff geben.⁸⁷

B. Individualsanktionen

Schon früh wurden strafrechtliche Individualsanktionen in das Kartellgesetz aufgenommen, allerdings ohne jegliche praktische Relevanz. Folglich ist ihre Entwicklung in den letzten Jahrzehnten stehen geblieben. Die verschiedenen parlamentarischen Vorstösse sowie die extensiven Beratungen rund um die Motion SCHWEIGER haben allerdings gezeigt, dass die Einführung von Sanktionen gegen natürliche Personen ein ernstzunehmendes Anliegen darstellt. Auch ein Blick über die Landesgrenzen hinaus, wo viele Länder Individualsanktionen in ihren Rechtsordnungen implementiert haben, macht deutlich, dass neben den Unternehmen auch die dafür handelnden natürlichen Personen ins Auge gefasst werden sollen.⁸⁸

Mit der abbeschriebenen Motion SCHWEIGER und der gescheiterten Kartellgesetzrevision ist das Thema von Sanktionen gegen natürliche Personen für Kartellrechtsverstösse vorerst vom Tisch. Angesichts der internationalen Entwicklungen ist es jedoch nur eine Frage der Zeit, bis die Einführung von Individualsanktionen in der Schweiz erneut thematisiert wird. Den hart geführten Debatten und den Erkenntnissen aus dem Ausland ist zu entnehmen, dass es keine optimale Lösung gibt. Vielmehr müssen die Vor- und Nachteile der jeweiligen Varianten abgewogen werden, um den grösstmöglichen Effekt bei minimalsten Einbussen erreichen zu können.⁸⁹

Aus der jetzigen Sicht sind folgende fünf Lösungswege⁹⁰ denkbar:

1. Keine Änderungen: Das Kartellgesetz und die darin enthaltenen wirkungslosen Strafsanktionen in den Art. 54–57 KG bleiben unverändert bestehen.

⁸⁷ Vgl. dazu auch die Parlamentarische Initiative DE BUMAN «Kleine Revision des Kartellgesetzes» (16.473), deren Beratung in den Räten noch bevorsteht.

⁸⁸ BAUDENBACHER, 124 ff.; HEINEMANN, in: FS von Büren, 601 f.

⁸⁹ BÖNI, sic! 2017, 53 f.

⁹⁰ Die vorgeschlagenen Lösungswege stellen lediglich Grundsatzideen dar. Die weiterführende Ausgestaltung sowie erforderliche institutionelle und verfahrensrechtliche Anpassungen wurden bewusst ausgeklammert.

2. Straftatbestand im Kartellgesetz: Es wird ein mit Geld- oder Freiheitsstrafe bedrohter Tatbestand – in Anlehnung an die Motion SCHWEIGER – in das Kartellgesetz eingeführt.
3. Verwaltungsmassnahmen im Kartellgesetz: Anstelle eines Straftatbestandes werden vergleichbar mit den Regelungen im Finanzmarktrecht Verwaltungsmassnahmen wie Tätigkeitsverbote oder die Gewinneinziehung im Kartellgesetz vorgesehen.
4. Straftatbestand im Strafgesetzbuch: Analog zum deutschen und österreichischem Recht wird durch die Nähe zum Betrug ein Kartellstraftatbestand – beschränkt auf Submissionskartelle – in das Strafgesetzbuch aufgenommen.
5. Unterstellung unter das Unternehmensstrafrecht: Durch die Überführung des Kartellsanktionsrechts in das Unternehmensstrafrecht wird den rechtsstaatlichen Anforderungen bei der Verhängung von Unternehmenssanktionen noch mehr Rechnung getragen und es könnten auch natürliche Personen strafrechtlich verfolgt werden.

Literaturverzeichnis

- AMSTUTZ MARC/REINERT MANI (Hrsg.), Kartellgesetz: Basler Kommentar, Basel 2010
- BAKER & MCKENZIE (Hrsg.), Kartellgesetz: Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen, Stämpflis Handkommentar, Bern 2007 (zit. als SHK KG-BEARBEITER)
- BAUDENBACHER CARL, Kartellrechtsreform 2001: Nach dem Aufstieg in die Oberste Liga 1995 nun die Qualifikation für die Championsleague?, in: FURRER JÜRIG/GEHRIG BRUNO (Hrsg.), Aspekte der schweizerischen Wirtschaftspolitik, Festschrift für Franz Jaeger, Chur 2001, 353
- BAUDENBACHER CARL, Evaluation Kartellgesetz: Institutionelle Setting – Vertikale Abreden – Sanktionierung von Einzelpersonen – Zivilrechtliches Verfahren, Bern 2009
- BAUDENBACHER CARL, Schweizer Kartellrechtsreform gescheitert, WuW 2014, 1065
- BÖNI FRANZ, Kriminalisierung von Kartellanten, sic! 2017, 47
- BORER JÜRIG, Wettbewerbsrecht I: Kommentar zum Kartellgesetz, 3. Auflage, Zürich 2011
- BREMER FRANK, Strafsanktionen gegen natürliche Personen im schweizerischen Kartellrecht, Bern 2015
- DENOTH SERAINA, Kronzeugenregelung und Schadenersatzklagen im Kartellrecht: Ein Vergleich zwischen der Schweiz, der EU und den USA, Zürich 2012
- HEINE GÜNTER/ROTH ROBERT, Kartellrechtsrevision 2010: Rechtsgutachten zu Fragen der Sanktionierung von natürlichen Personen und Unternehmen, Bern 2011
- HEINEMANN ANDREAS, Kriminalrechtliche Individualsanktionen im Kartellrecht?, in: KUNZ PETER V./HERREN DOROTHEA/COTTIER THOMAS/MATTEOTTI RENÉ (Hrsg.), Wirtschaftsrecht in Theorie und Praxis, Festschrift für Roland von Büren, Basel 2009, 595

- HOMBURGER ERIC, Kommentar zum schweizerischen Kartellgesetz vom 20. Dezember 1985 mit vergleichenden Hinweisen auf die Wettbewerbsrechte der BRD, EG und USA, Zürich 1990 (zit. als Komm. KG₈₅-HOMBURGER)
- HOMBURGER ERIC/SCHMIDHAUSER BRUNO/HOFFET FRANZ/DUCREY PATRIK (Hrsg.), Kommentar zum schweizerischen Kartellgesetz vom 6. Oktober 1995 und zu den dazugehörigen Verordnungen, Zweite Lieferung, Zürich 1997 (zit. als Komm. KG₉₅-BEARBEITER)
- OECD, Economic Surveys 1999–2000: Switzerland: Country Reviews, Paris 2000
- SCHLUEP WALTER R., Entwicklungslinien des schweizerischen Kartellrechts, AJP 1996, 795
- SCHÜRMAN LEO, Materialien zu einer Revision des Kartellgesetzes, WuR 1972, 302
- STOFFEL WALTER A., Swiss Competition Law: Where from an where to?, in: GAUCH PETER/WERRO FRANZ/PICHONNAZ PASCAL (Hrsg.), Mélanges en l'honneur de Pierre Tercier, Genf 2008, 677
- TAGMANN CHRISTOPH, Die direkten Sanktionen nach Art. 49a Abs. 1 Kartellgesetz, Zürich 2007
- TSCHUDIN MICHAEL, KG-Revision – wie weiter?, <<https://wettbewerbspolitik.org/2014/09/17/kg-revision-wie-weiter/>> (16.08.2017)
- WOHLERS WOLFGANG, Individualsanktionen gegen Manager, in: ZÄCH ROGER/WEBER ROLF H./HEINEMANN ANDREAS (Hrsg.), Revision des Kartellgesetzes: Kritische Würdigung der Botschaft 2012 durch Zürcher Kartellrechtler, Zürich 2012, 209
- ZÄCH ROGER, Schweizerisches Kartellrecht, 2. Auflage, Bern 2005
- ZIMMERLI DANIEL, Zur Dogmatik des Sanktionssystems und der « Bonusregelung » im Kartellrecht, Bern 2007
- ZIRLICK BEAT/LÜTHI BENDICHT/STÜSSI FRANK, Die Revision des Kartellgesetzes: ein Zwischenbericht, ZSR 2013, 27

Materialienverzeichnis

- Bericht des Bundesrates zur Abschreibung der Motion Schweiger (07.3856): Ausgewogeneres und wirksameres Sanktionssystem für das Schweizer Kartellrecht vom 15. Februar 2012, BBl. 2012, 1835 (zit. als Abschreibungsbericht)
- Botschaft des Bundesrates über das Folgeprogramm nach der Ablehnung des EWR-Abkommens vom 24. Februar 1993, BBl. 1993 I, 805
- Botschaft des Bundesrates über die Änderung des Kartellgesetzes vom 7. November 2001, BBl. 2002, 2022
- Botschaft des Bundesrates zu einem Bundesgesetz über Kartelle und ähnliche Organisationen (KG) vom 13. Mai 1981, BBl. 1981 II, 1293
- Botschaft des Bundesrates zu einem Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz, KG) vom 23. November 1994, BBl. 1995 I, 468
- Botschaft des Bundesrates zum Entwurf eines Bundesgesetzes über Kartelle und ähnliche Organisationen vom 18. September 1961, BBl. 1961 II, 553
- Botschaft des Bundesrates zur Änderung des Kartellgesetzes und zum Bundesgesetz über die Organisation der Wettbewerbsbehörde vom 22. Februar 2012, BBl. 2012, 3905
- Erläuternder Bericht zur Änderung des Bundesgesetzes über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz, KG) vom 30. März 2011, Teil 2: Umsetzung der Motion Schweiger

(07.3856): Ausgewogeneres und wirksameres Sanktionssystem für das Schweizer Kartellrecht (zit. als Erläuternder Bericht)

Evaluationsgruppe Kartellgesetz, Evaluation gemäss Art. 59a KG: Synthesebericht der Evaluationsgruppe Kartellgesetz, Bern 2008 (zit. als Synthesebericht)

Staatssekretariat für Wirtschaft SECO, Bericht über das Ergebnis des zweiten Vernehmlassungsverfahrens vom 30. März 2011, Bern 2011 (zit. als Zweite Vernehmlassung)

Pönalisierung von Verstößen gegen die Verhaltensregeln am *Point of Sale*

Eine kritische Analyse von Art. 92 E-FIDLEG

*Stefan Härtner**

Inhaltsübersicht

I.	Einleitung	241
II.	Der Regelungsgehalt von Art. 92 E-FIDLEG	243
	A. Objektiver Tatbestand	244
	1. Täter	244
	2. Tathandlung	247
	a. Informationspflicht (lit. a)	247
	b. Angemessenheits- und Eignungsprüfung (lit. b)	249
	c. Entschädigungen Dritter (lit. c)	251
	B. Subjektiver Tatbestand	252
	C. Rechtsfolgen	252
	D. Zwischenbetrachtung	253
III.	Durchsetzungszweck der Verhaltensregeln	254
	A. Repression durch strafrechtliche Durchsetzung	256
	B. Kompensation durch zivilrechtliche Durchsetzung	258
	C. Prävention durch aufsichtsrechtliche Durchsetzung	260
	D. Zwischenbetrachtung	263
IV.	Verwirklichung der Zwecke des E-FIDLEG	263
	A. Kundenschutz	264
	B. Schaffung vergleichbarer Bedingungen für Finanzdienstleister	266
	C. Verbesserung der Wettbewerbsfähigkeit und der Reputation des Finanzplatzes Schweiz	268
V.	Schlussbetrachtung	268
	Literaturverzeichnis	269
	Materialienverzeichnis	274

I. Einleitung

Am 4. November 2015 hat der Bundesrat die Entwürfe¹ und die Botschaft² zum Finanzdienstleistungs- und zum Finanzinstitutsgesetz (FIDLEG und FINIG) verabschiedet. Der folgenden Darstellung liegen die Gesetzesentwürfe in der Version zu-

* **Text?**

¹ BBl. 2015, 9093 (FIDLEG); BBl. 2015, 9139 (FINIG).

² Bot. FIDLEG/FINIG, BBl. 2015, 8901 ff.

grunde, wie sie der Nationalrat am 13. September 2017 beschlossen hat (nachfolgend: E-[Gesetz]).³ Zuvor hatte der Ständerat das Geschäft in der Wintersession 2016 als Erstrat behandelt.⁴

Mit dem FIDLEG und dem FINIG sollen Schwachstellen im heutigen Regelungsgefüge für Finanzdienstleistungen bzw. Finanzinstitute beseitigt werden.⁵ Zentral sind dabei die sektorübergreifenden, aufsichtsrechtlichen Verhaltensregeln am *Point of Sale* (Art. 8–22 E-FIDLEG; nachfolgend: Verhaltensregeln).⁶ Diese beanspruchen für sämtliche Finanzdienstleister Geltung. Bereits heute unterstehen viele Finanzdienstleister einer Aufsicht, und mit Inkrafttreten des FINIG wird dieser Kreis noch erweitert. Es wird aber auch in Zukunft nicht beaufsichtigte Finanzdienstleister geben.⁷ Da die Verhaltensregeln nur gegenüber beaufsichtigten Finanzdienstleistern mit aufsichtsrechtlichen Massnahmen durgesetzt werden können, hat sich der Gesetzgeber entschieden, ihre Verletzung durch nicht beaufsichtigte Finanzdienstleister unter Strafe zu stellen. Die massgebliche Bestimmung ist Art. 92 E-FIDLEG.⁸

Im vorliegenden Beitrag soll – dem Generalthema dieses APARIUZ-Bandes entsprechend – die Frage beantwortet werden, ob es sich bei Art. 92 E-FIDLEG um ein Beispiel von Sein oder um ein solches von Schein der Gesetzgebung handelt. Schein von Gesetzgebung wird hier verstanden als Diskrepanz zwischen den Erwartungen an eine Gesetzesbestimmung und deren tatsächlichen Auswirkungen. Sein von Gesetzgebung muss im Umkehrschluss bedeuten, dass deren tatsächliche Auswirkungen den an sie gestellten Erwartungen entsprechen. Dieser Beurteilungsmassstab birgt indessen einige Schwierigkeiten. So ist einerseits die zu untersuchende Bestimmung noch nicht in Kraft getreten, weshalb ihre Effektivität im Hinblick auf die an sie gestellten Erwartungen noch nicht analysiert werden können. Andererseits ist unklar, wer überhaupt welche Erwartungen an die zu untersuchende Bestimmung stellt. Es muss also simplifiziert werden.

Die Erwartung wird ersetzt mit dem Zweck, den der Gesetzgeber mit Art. 92 E-FIDLEG verwirklichen will. Welche(s) Mittel er dazu nutzen sollte, beurteilt sich nach dem allgemeinen Verhältnismässigkeitsprinzip,⁹ das auch für den Erlass von Strafbestimmungen gilt.¹⁰ Von einer Diskrepanz zwischen den Erwartungen und den Auswirkungen einer Gesetzesbestimmung wird ausgegangen, wenn bereits das erste

³ ABl. NR 2017, < ff; Fahne NR FIDLEG/FINIG, 1 ff.

⁴ Vgl. ABl. StR 2016, 1152 ff.

⁵ Bot. FIDLEG/FINIG, BBl. 2015, 8912 f.; vgl. auch den FINMA-Vertriebsbericht 2010 sowie das FINMA-Positionspapier Vertriebsregeln.

⁶ Bot. FIDLEG/FINIG, BBl. 2015, 8902, 8918 ff., 8952 ff.; CH. BÜHLER, GesKR 2016, 1, 1.

⁷ S.u. II.A.1.

⁸ ABl. StR 2016, 1172; vgl. Bot. FIDLEG/FINIG, BBl. 2015, 8921; s.u., II.A.1.

⁹ SETHE, Anlegerschutz, 117; SK FinfraG-SETHE, Art. 1 N 28.

¹⁰ WOHLERS, in: ACKERMANN/WOHLERS, 267, 276; WOHLERS, in: VON HIRSCH/SEELMANN/WOHLERS, 54, 69.

Kriterium der Verhältnismässigkeit nicht vorliegt: die Eignung.¹¹ Vereinfacht lautet die gestellte Frage deshalb: Ist Art. 92 E-FIDLEG geeignet, um den vom Gesetzgeber intendierten Zweck zu erreichen? Zur Beantwortung wird zunächst Art. 92 E-FIDLEG untersucht (Verweis?). Danach wird der Zweck der strafrechtlichen Durchsetzung der Teleologie der zivil- und aufsichtsrechtlichen Durchsetzung der Verhaltensregeln gegenübergestellt (III). In einer Synthese der Erkenntnisse aus **Fehler! Verweisquelle konnte nicht gefunden werden.** und III. wird dann die eingangs gestellte Frage beantwortet (IV.) und einer Schlussbetrachtung zugeführt (V.).

II. Der Regelungsgehalt von Art. 92 E-FIDLEG

Die Verhaltensregeln des E-FIDLEG finden sich im 2. Kapitel des 2. Titels und umfassen die Informationspflicht (Art. 9 f.), die Pflicht zur Durchführung einer Angemessenheits- oder Eignungsprüfung (Art. 11–16), die Dokumentations- und Rechenschaftspflicht (Art. 17 f.) sowie die Pflicht zu Transparenz und Sorgfalt bei Kundenaufträgen (Art. 19–21).

Strafbewehrt sind allerdings nur bestimmte Verletzungen der Informationspflicht (Art. 92 Abs. 1 lit. a E-FIDLEG) sowie der Pflicht zur Durchführung einer Angemessenheits- oder Eignungsprüfung (Art. 92 Abs. 1 lit. b E-FIDLEG). Darüber hinaus erfasst Art. 92 Abs. 1 lit. c E-FIDLEG Verstösse gegen die Bestimmungen über die Herausgabe von Drittschädigungen nach Art. 28 E-FIDLEG, der systematisch nicht zu den Verhaltensregeln, sondern zu den im 3. Kapitel des 2. Titels geregelten Organisationspflichten gehört. Nicht unter Strafe gestellt sind dagegen Verletzungen der Dokumentations- und Rechenschaftspflicht sowie der Pflicht zu Transparenz und Sorgfalt bei Kundenaufträgen.

Widerhandlungen gegen Strafbestimmungen der Finanzmarktgesetze werden gemäss Art. 50 FINMAG durch das EFD nach dem Bundesgesetz über das Verwaltungsstrafrecht (VStrR) untersucht und beurteilt, sofern das jeweilige Finanzmarktgesetz nichts anderes bestimmt. Der E-FIDLEG weicht von diesem Grundsatz nicht ab. Sehen weder das entsprechende Finanzmarktgesetz noch das VStrR etwas anderes vor, gelten die allgemeinen Bestimmungen des StGB (Art. 2 VStrR; Art. 333 Abs. 1 StGB). Der Deliktsaufbau gestaltet sich im Verwaltungsstrafrecht daher nicht anders als im Kriminalstrafrecht. So liegt strafbares Verhalten vor, wenn dieses den objektiven und subjektiven Tatbestand einer Strafbestimmung erfüllt, rechtswidrig und schuldhaft ist.¹²

¹¹ Zur Eignung: HÄFELIN/HALLER/KELLER, Rz. 321; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, § 21 Rz. 4.

¹² EICKER/FRANK/ACHERMANN, 87.

Im Folgenden werden lediglich der objektive und subjektive Tatbestand sowie die Rechtsfolgen bei deren Erfüllung näher erläutert. Rechtfertigungsgründe sind im Verwaltungsstrafrecht im Allgemeinen¹³ und bei Art. 92 E-FIDLEG im Besonderen nur schwer vorstellbar. Auf Ebene des Verschuldens dürfte ein Rechtsirrtum i.S.v. Art. 21 StGB aufgrund der Pflicht zur Aus- und Weiterbildung hinsichtlich der Verhaltensregeln (Art. 6 Abs. 1 E-FIDLEG) regelmässig ausscheiden. Keine Anwendung finden die Verhaltensregeln und daher auch Art. 92 E-FIDLEG bei Geschäften mit institutionellen Kunden (Art. 22 Abs. 1 E-FIDLEG).

A. Objektiver Tatbestand

Art. 92 Abs. 1 lit. a-c E-FIDLEG wiederholen die Verhaltensregeln nicht, sondern verweisen darauf. Es handelt sich dabei somit um unechte Blankett(straf)normen.¹⁴ Als reine Verweisnorm ist zwar nur lit. c ausgestaltet; lit. a und lit. b enthalten weitere Tatbestandselemente. Dies ändert indessen nichts an deren Blankettcharakter.¹⁵

1. Täter

Die Tatbestände des Art. 92 E-FIDLEG sind als echte Sonderdelikte¹⁶ ausgestaltet. Der Täterkreis ergibt sich aus den Bestimmungen, auf die Bezug genommen wird.¹⁷ Da sich die Verhaltensregeln an Finanzdienstleister richten, sind diese auch von der Strafbestimmung betroffen.¹⁸ Als Finanzdienstleister gelten Personen, die gewerbmässig Finanzdienstleistungen in der Schweiz oder für Kunden in der Schweiz erbringen (Art. 3 lit. e E-FIDLEG). Ausgenommen sind die nach Art. 3 E-FINMAG Beaufsichtigten und Personen, die für sie tätig sind (Art. 92 Abs. 2 E-FIDLEG).

Nach Art. 3 E-FINMAG unterstehen der Finanzmarktaufsicht Personen, die nach den Finanzmarktgesetzen eine Bewilligung, eine Anerkennung, eine Zulassung oder eine Registrierung der Finanzmarktaufsichtsbehörde benötigen oder eine solche auf freiwilliger Basis erhalten haben. Diesbezüglich wird sich mit Inkrafttreten des FINIG die heute geltende Rechtslage insofern ändern, als (neben den bereits heute der Finanzmarktaufsicht unterstehenden Personen) auch unabhängige Vermögensverwalter von individuellen Kundenvermögen und Vorsorgevermögen sowie Trustees eine

¹³ EICKER/FRANK/ACHERMANN, 89 f.

¹⁴ Zum Begriff: COHEN, 132 f.; EICKER, ZStrR 2014, 168, 176; WABMER, in: FUCHS, Vor §§ 38–40b WpHG N 36 ff.

¹⁵ Vgl. COHEN, 132.

¹⁶ Zum Begriff: DONATSCH/TAG, 100.

¹⁷ Vgl. zu den ebenfalls als Blankettnormen ausgestalteten Strafbestimmungen des FinfraG: SK FinfraG-MRÄZ, Vor Art. 147 N 18.

¹⁸ Vgl. Bot. FIDLEG/FINIG, BBl. 2015, 9003; s. aber sogleich unten in diesem Abschnitt.

Bewilligung der FINMA benötigen werden (Art. 2 Abs. 1 lit. a i.V.m. Art. 4 Abs. 1 i.V.m. Art. 16 ff. E-FINIG).¹⁹

Nicht beaufsichtigt i.S.v. Art. 3 E-FINMAG werden deshalb zukünftig nur diejenigen Finanzdienstleister, die bereits nach geltendem Recht bewilligungsfrei tätig sein dürfen und zudem nicht als Vermögensverwalter oder Trustee i.S.v. Art. 16 ff. E-FINIG gelten. Dabei kann es sich beispielsweise um reine Anlageberater handeln.²⁰ Für Vermögensverwalter, die bis anhin ihre Tätigkeit bewilligungsfrei ausüben durften, ist eine Übergangsfrist für die Einholung der Bewilligung vorgesehen: Sie sind verpflichtet, sich innert sechs Monaten ab Inkrafttreten des FINIG bei der Aufsichtsbehörde zu melden, und müssen spätestens drei Jahre ab Inkrafttreten des FINIG dessen Anforderungen genügen und ein Bewilligungsgesuch stellen (Art. 70 Abs. 2 E-FINIG).²¹ Für die Einhaltung der Verhaltensregeln gibt es dagegen keine Übergangsregelung, weshalb diese sofort ab Inkrafttreten des FIDLEG gelten. Während der Übergangsfrist benötigen die genannten Vermögensverwalter noch keine Bewilligung und werden deshalb – bis ihnen eine solche erteilt wird – von Art. 92 E-FIDLEG erfasst. Nach Ablauf der Übergangsfrist müssen sie eine Bewilligung einholen und die Aufsichtsbehörde kann entsprechende Massnahmen zur Durchsetzung dieser Pflicht ergreifen.²² Sie kommen deshalb ab diesem Zeitpunkt nicht mehr als Täter i.S.v. Art. 92 E-FIDLEG in Frage, selbst wenn sie es versäumen rechtzeitig ein Bewilligungsgesuch zu stellen. Nicht von der FINMA beaufsichtigt werden zudem ausländische Finanzdienstleister, die in der Schweiz nur im Rahmen des *Cross-*

¹⁹ Bot. FIDLEG/FINIG, BBl. 2015, 8903 f., 8927 ff., 9017 ff., 9025 f.; vgl. ABEGGLEN/HUBER, GesKR 2016, 320, 330 ff.; CH. BÜHLER, GesKR 2016, 1, 8; SETHE, in: FS Köndgen, 599, 604. Nach dem Wortlaut von Art. 4 Abs. 1 E-FINIG erfolgt die Bewilligungserteilung durch die zuständige Aufsichtsbehörde. Gemäss Art. 57 Abs. 1 E-FINIG werden Vermögensverwalter und Trustees grundsätzlich von der FINMA beaufsichtigt. Für die laufende Aufsicht zieht diese eine Aufsichtsorganisation bei (Art. 57 Abs. 1 und 1^{bis} E-FINIG i.V.m. Art. 43a f. E-FINMAG). Diese kann die Prüfung der Beaufsichtigten selbst ausführen oder einer Prüfstelle übertragen (Art. 43n E-FINMAG). Stellt die Aufsichtsorganisation eine Verletzung aufsichtsrechtlicher Bestimmungen fest, setzt sie dem entsprechenden Vermögensverwalter eine Frist zur Wiederherstellung des rechtmässigen Zustandes. Wird die Frist nicht eingehalten, so informiert sie unverzüglich die FINMA. Das Enforcement obliegt wiederum der FINMA (Art. 43b Abs. 1 und 1^{bis} E-FINMAG). Demnach dürfte die für die Bewilligungserteilung zuständige Aufsichtsbehörde für unabhängige Vermögensverwalter und Trustees die FINMA sein.

²⁰ Bot. FIDLEG/FINIG, BBl. 2015, 8939; ABEGGLEN/HUBER, GesKR 2016, 320, 330; SETHE, in: FS Köndgen, 599, 604 f.

²¹ Eine sog. «*Grandfathering-Klausel*» (Bot. FIDLEG/FINIG, BBl. 2015, 8917, 9044) für Vermögensverwalter, die bei Inkrafttreten des FINIG ihre Tätigkeit seit 15 Jahren ausüben und keine neuen Kunden annehmen, war im bundesrätlichen Entwurf noch vorgesehen (Art. 70 Abs. 3), wurde aber durch den Nationalrat gestrichen (ABl. NR, <). Die Bestimmung war ohnehin so restriktiv formuliert, dass sie vermutlich nur selten Anwendung gefunden hätte (ABEGGLEN/HUBER, GesKR 2016, 320, 334).

²² Vgl. BGE 136 II 43, 46 E. 3.1; 132 II 382, 388 E. 4.1; 131 II 306, 317 E. 3.3; 130 II 351, 354 f. E. 2; 126 II 111, 114 f. E. 3a; 121 II 147, 148 f. E. 3a; 116 Ib 193, 198 E. 3; BSK FINMAG-DU PASQUIER/RAYROUX, Art. 3 N 30 f., m.w.H.

border-Geschäfts²³ tätig sind.²⁴ Zwar müssen sich die Kundenberater dieser Finanzdienstleister nach Art. 30 E-FIDLEG grundsätzlich in das Beraterregister eintragen lassen.²⁵ Dieses wird aber von einer oder mehreren durch die FINMA zugelassene(n) Registrierungsstelle(n) geführt und nicht von der FINMA selbst (Art. 33 E-FIDLEG).

Adressaten der Verhaltensregeln sind zwar die Finanzdienstleister (vgl. z.B. Art. 8 E-FIDLEG). Werden Verletzungen der Verhaltensregeln jedoch beim Besorgen der Angelegenheiten einer juristischen Person, Kollektiv- oder Kommanditgesellschaft, eines Einzelunternehmens oder einer Personengesamtheit ohne Rechtspersönlichkeit oder sonst in Ausübung geschäftlicher oder dienstlicher Verrichtungen für einen andern begangen, so sind die Strafbestimmungen auf diejenigen natürlichen Personen anwendbar, welche die Tat verübt haben (vgl. Art. 6 Abs. 1 VStrR). Art. 92 E-FIDLEG trifft daher primär die Kundenberater²⁶ und nicht die – als Gesellschaft organisierten – Finanzdienstleister.²⁷ Der Geschäftsherr, Arbeitgeber, Auftraggeber oder Vertretene der primär strafbaren natürlichen Person macht sich zwar nach Art. 92 E-FIDLEG strafbar, wenn er es vorsätzlich²⁸ unterlässt, eine Verletzung der Verhaltensregeln durch die primär strafbare Person abzuwenden oder aufzuheben (vgl. Art. 6 Abs. 2 VStrR). Handelt es sich bei diesem aber um eine juristische Person, Kollektiv- oder Kommanditgesellschaft, ein Einzelunternehmen oder eine Personengesamtheit ohne Rechtspersönlichkeit, so wird die Regelung von Art. 6 Abs. 2 VStrR auf die schuldigen Organe, Organmitglieder, geschäftsführenden Gesellschafter, tatsächlich leitenden Personen oder Liquidatoren angewandt (Art. 6 Abs. 3 VStrR). Nur bei einer Personalunion von Finanzdienstleister und Kundenberater ist Art. 92 E-FIDLEG auf den Finanzdienstleister selbst anwendbar.

Eine Strafbarkeit des Unternehmens kommt nach Art. 7 VStrR in Frage, wenn eine Busse von höchstens 5'000 CHF in Betracht fällt. Für die Strafbestimmungen der Finanzmarktgesetze erhöht Art. 49 FINMAG diesen Schwellenwert auf 50'000 CHF.

²³ Zum Begriff: EGGEN/SCHAEFER, GesKR 2013 S. 368, 369; SCHLEIFFER/SCHÄRLI, GesKR 2014, 334, 340.

²⁴ SCHLEIFFER/SCHÄRLI, GesKR 2014, 334, 340. Eine andere Frage ist, ob bei reinen Cross-border-Geschäften überhaupt der örtliche Anwendungsbereich der Strafbestimmungen eröffnet ist (vgl. Bot. FIDLEG/FINIG, BBl. 2015, 8916 f.).

²⁵ Kundenberater von prudenziell beaufsichtigten, ausländischen Finanzdienstleistern können durch den Bundesrat von der Registrierungspflicht befreit werden, wenn sie in der Schweiz nur für professionelle und institutionelle Kunden tätig sind (Art. 30 Abs. 2 E-FIDLEG). S.u., II.C.

²⁶ Bot. FIDLEG/FINIG, BBl. 2015, 9003.

²⁷ Umstritten ist, ob die Zurechnungsproblematik allein durch das VStrR geregelt wird oder ob Art. 29 StGB anwendbar ist. Praktisch spielt dies jedoch wohl keine Rolle (SK FinfraG-MRÄZ, Vor Art. 147 N 20, m.w.H.).

²⁸ S.u., II.B.

Massgeblich ist der konkrete Einzelfall und nicht die abstrakte Strafdrohung.²⁹ Weiter ist für die Anwendbarkeit dieser Bestimmung erforderlich, dass die Ermittlung der verantwortlichen natürlichen Person(en) im Hinblick auf die Strafe unverhältnismässig wäre. Anders als nach Art. 102 StGB wird dem Unternehmen also nicht ein Verschulden *sui generis*³⁰ vorgeworfen, sondern es wird aus verfahrensökonomischen Gründen³¹ lediglich stellvertretend zur Bezahlung der Busse verpflichtet.³² Die gesetzgeberische Motivation zum Erlass von Art. 7 VStrR lag zudem darin, den betroffenen Unternehmen die Möglichkeit zu bieten, sich durch eine Ersatzzahlung ungewünschte Untersuchungen zur Ermittlung der strafbaren natürlichen Person zu ersparen.³³ Die Strafbarkeit des Unternehmens nach Art. 102 StGB scheidet aus, da es sich bei Art. 92 Abs. 1 lit. a-c E-FIDLEG um Übertretungen handelt und Art. 102 StGB bei Übertretungen nicht anwendbar ist (Art. 105 Abs. 1 StGB).³⁴

2. Tathandlung

Wie oben (II.A.1) gezeigt, handelt es sich bei Art. 92 Abs. 1 lit. a-c E-FIDLEG um unechte Blankettnormen. Entsprechend muss im Folgenden kurz der Inhalt der jeweiligen Verhaltensregeln dargestellt werden, damit überhaupt mögliche Verletzungen thematisiert werden können.

a. Informationspflicht (lit. a)

Im Gegensatz zum Vernehmlassungsentwurf (Art. 121 VE-FIDLEG), der die Verletzung der Informationspflicht generell unter Strafe stellte, macht sich nach Art. 92 Abs. 1 lit. a E-FIDLEG nur noch strafbar, wer bei der Erfüllung der Informationspflichten nach Art. 9 E-FIDLEG entweder falsche Angaben macht oder wesentliche Tatsachen verschweigt. Professionelle Kunden können auf die Anwendung von Art. 9 f. E-FIDLEG ausdrücklich verzichten (Art. 22 Abs. 2 E-FIDLEG).

Zur Erfüllung der Informationspflicht muss der Finanzdienstleister seine Kunden nach Art. 9 Abs. 1 E-FIDLEG über seinen Namen und seine Adresse (lit. a), sein Tätigkeitsfeld und seinen Aufsichtsstatus (lit. b), die Möglichkeit zur Einleitung von Vermittlungsverfahren vor einer anerkannten Ombudsstelle (lit. d) und die allgemeinen mit Finanzinstrumenten verbundenen Risiken (lit. e) informieren. Gemäss Art. 9 Abs. 2 E-FIDLEG informiert der Finanzdienstleister seine Kunden zudem über die

²⁹ BSK FINMAG-SCHWOB/WOHLERS, Art. 49 N 7. Dies spielt bei Art. 92 E-FIDLEG freilich keine Rolle, da maximal eine Busse von 50'000 CHF verhängt werden kann (s.u., II.C).

³⁰ Bot. StGB, BBl. 1999 II, 2142.

³¹ Bot. FINMAG, BBl. 2005, 2890; EICKER/FRANK/ACHERMANN, 18, 64 f.; KÜHNE, Rz. 1232.

³² EICKER/FRANK/ACHERMANN, 63; ZULAUF et al., 395 f.

³³ Bot. VStrR, BBl. 1971 I, 1005.

³⁴ Vgl. auch SK FinfraG-MRÄZ, Vor Art. 147 N 19.

persönlich empfohlene Finanzdienstleistung und die damit verbundenen Risiken und Kosten (lit. a.), die im Zusammenhang mit der angebotenen Finanzdienstleistung bestehenden wirtschaftlichen Bindungen an Dritte (lit. b) und das bei der Auswahl der Finanzinstrumente berücksichtigte Marktangebot (lit. d). Privatkunden muss zudem bei persönlicher Empfehlung eines Produkts – nicht aber bei blosser Ausführung oder Übermittlung von Kundenaufträgen (Art. 9 Abs. 2^{ter} E-FIDLEG) – das Basisinformationsblatt abgegeben werden, sofern ein solches zu erstellen ist (Art. 9 Abs. 2^{bis} E-FIDLEG). Bei persönlicher Empfehlung von Finanzinstrumenten, für die ein Prospekt zu erstellen ist, haben Finanzdienstleister Privatkunden den Prospekt auf Anfrage zur Verfügung zu stellen (Art. 9 Abs. 3^{bis} E-FIDLEG).

Falsch ist eine Angabe, wenn sie im Äusserungszeitpunkt³⁵ nicht der Realität entspricht.³⁶ Nach der Botschaft können auch Falschangaben in der Werbung strafbar sein.³⁷ Werden Tatsachen verschwiegen, müssen diese wesentlich sein. Gemäss der Botschaft handelt es sich dabei insbesondere um «Informationen, welche für den Anlageentscheid des Kunden wesentlich sind, wie etwa Angaben über Risiken»³⁸.

Art. 9 E-FIDLEG, auf den sich Art. 92 Abs. 1 lit. a E-FIDLEG bezieht, regelt nur den Inhalt der zu vermittelnden Information. Unklar ist deshalb, ob damit im Sinne eines konkludenten Verweises³⁹ auch Art. 10 E-FIDLEG einbezogen wird.⁴⁰ Dieser regelt den Zeitpunkt und die Form der Information. Nach Art. 10 Abs. 1 E-FIDLEG muss die Information der Kunden vor Abschluss des Vertrags oder vor Erbringen der Dienstleistung erfolgen.⁴¹ Entsprechend wäre eine Tatsache verschwiegen, wenn darüber nicht vor diesem Zeitpunkt informiert wurde. Würde der Zeitpunkt der Information für die Frage der Strafbarkeit des Verschweigens wesentlicher Tatsachen dagegen keine Rolle spielen, könnte der Finanzdienstleister die Information jederzeit nachholen, was nicht dem Sinn von Art. 92 Abs. 1 lit. a E-FIDLEG entsprechen kann. Art. 10 Abs. 3 E-FIDLEG bestimmt, dass die Information standardisiert in physischer oder elektronischer Form zur Verfügung gestellt werden darf. Dies bedeutet für die Finanzdienstleister eine Erleichterung. Auch hinsichtlich der Form der Information ist kein Grund ersichtlich, weshalb im Strafrecht andere Regeln als im

³⁵ Vgl. SHK UWG-JUNG, Art. 3 Abs. 1 lit. b N 59.

³⁶ Vgl. KÜHNE, Rz. 1257.

³⁷ Bot. FIDLEG/FINIG, BBl. 2015, 9003.

³⁸ Bot. FIDLEG/FINIG, BBl. 2015, 9003; vgl. ferner BSK KAG-LEBRECHT/REUTTER, Art. 148 N 15.

³⁹ Vgl. COHEN, 133; EICKER, ZStrR 2014, 168, 174 f.

⁴⁰ Im Vernehmlassungsentwurf war die Bestimmung, die den Zeitpunkt der Information regelte (Art. 8 VE-FIDLEG) von der Strafbestimmung (Art. 121 VE-FIDLEG) erfasst.

⁴¹ Eine Ausnahme gilt bei einer Beratung unter Abwesenden für die Abgabe des Basisinformationsblatts. Dieses kann mit (dokumentierter) Zustimmung des Kunden auch nach dem Abschluss des Geschäfts abgegeben werden (Art. 10 Abs. 2 E-FIDLEG).

Aufsichtsrecht gelten sollten. Es ist deshalb davon auszugehen, dass Art. 92 Abs. 1 lit. a E-FIDLEG konkludent auch auf Art. 10 E-FIDLEG verweist.

Enthält das Basisinformationsblatt falsche Angaben oder werden darin wesentliche Tatsachen verschwiegen, ist fraglich, ob sich die Strafbarkeit allein nach Art. 93 Abs. 1 lit. a E-FIDLEG richtet oder ob dies gleichzeitig eine Verletzung der Informationspflicht i.S.v. Art. 92 Abs. 1 lit. a E-FIDLEG bedeutet.⁴² Letzteres muss verneint werden, da ein Finanzdienstleister, der ein Finanzprodukt nicht zugleich selbst erstellt hat, weder aufsichtsrechtlich (Art. 60 E-FIDLEG) noch zivilrechtlich für den Inhalt des Basisinformationsblatts oder des Prospekts verantwortlich ist (Art. 72 E-FIDLEG). Der Finanzdienstleister ist lediglich unter Umständen verpflichtet, diese Dokumente dem Kunden abzugeben bzw. zur Verfügung zu stellen. Es kann nicht der Sinn von Art. 92 E-FIDLEG sein, die Verantwortlichkeit auf den Inhalt der Produktdokumentation auszudehnen.

b. Angemessenheits- und Eignungsprüfung (lit. b)

Nach Art. 92 Abs. 1 lit. b E-FIDLEG macht sich strafbar, wer die Pflichten zur Angemessenheits- und Eignungsprüfung nach Art. 11–16 E-FIDLEG in schwerwiegender Weise verletzt. Der Umfang dieser Pflichten hängt dabei einerseits davon ab, welche Finanzdienstleistung erbracht wird, und andererseits davon, ob sie für Privatkunden oder für professionelle Kunden erbracht wird.⁴³

Art. 11 E-FIDLEG hält im Grundsatz fest, dass diejenigen Finanzdienstleister eine Angemessenheits- oder Eignungsprüfung durchzuführen haben, die eine Anlageberatung oder eine Vermögensverwaltung erbringen. Keine Prüfung ist vorzunehmen, wenn es sich bei der angebotenen Finanzdienstleistung um ein *Execution-only*-Geschäft handelt (Art. 14 Abs. 1 E-FIDLEG).⁴⁴ Bei solchen Geschäften müssen Finanzdienstleister ihre Kunden vor Dienstleistungserbringung nach Art. 14 Abs. 2 E-FIDLEG aber darüber informieren, dass sie diese ohne vorgängige Angemessenheits- oder Eignungsprüfung durchführen.

Handelt es sich bei der angebotenen Finanzdienstleistung um eine Vermögensverwaltung oder eine umfassende Anlageberatung, ist eine Eignungsprüfung durchzu-

⁴² Bot. FIDLEG/FINIG, BBl. 2015, 9003; zur «Scharnierfunktion» des Basisinformationsblatts zwischen den Vorschriften zur Produktdokumentation und den Verhaltensregeln (BÖSCH, ZSR 2016, 81, 98).

⁴³ Bot. FIDLEG/FINIG, BBl. 2015, 8919; für eine nähere Umschreibung des Pflichteninhalts: vgl. Bot. FIDLEG/FINIG, BBl. 2015, 8956 ff.; SETHE/HENS, in: FS von der Crone, 589, 608 ff.

⁴⁴ Zu den Begriffen: Bot. FIDLEG/FINIG, BBl. 2015, 8958. Es entspricht der bundesgerichtlichen Rechtsprechung zum geltenden Zivilrecht, dass bei reinen *execution-only*-Geschäften tiefere Anforderungen an das Verhalten des Finanzdienstleisters gestellt werden als bei der Anlageberatung und der Vermögensverwaltung. Der Finanzdienstleister ist aber unter geltendem Zivilrecht in Ausnahmefällen verpflichtet, den Kunden vor einem Geschäft zu warnen (BGE 133 III 97, 102 f. E. 7.1.1 f.).

führen. Dabei hat sich der Finanzdienstleister über die finanziellen Verhältnisse, die Anlageziele und die Kenntnisse und Erfahrungen des Kunden in Bezug auf die Finanzdienstleistung zu erkundigen (Art. 13 E-FIDLEG). Wird dagegen lediglich eine transaktionsorientierte Anlageberatung ohne Berücksichtigung des Gesamt- oder eines Teilportfolios des Kunden angeboten, ist eine Angemessenheitsprüfung ausreichend.⁴⁵ Diese ist auf die Erkundigung über die Kenntnisse und Erfahrungen der Kunden und die Prüfung der Angemessenheit der jeweiligen Finanzinstrumente in Bezug darauf beschränkt (Art. 12 E-FIDLEG). Die Abgrenzung zwischen einer umfassenden und einer transaktionsorientierten Anlageberatung – und damit die Grenze zwischen Angemessenheits- und Eignungsprüfung – muss also nach einem qualitativen (dem Einbezug des Kundenportfolios) und nicht einem quantitativen (z.B. der Häufigkeit der Transaktionen) Kriterium vorgenommen werden.⁴⁶ Erleichterungen beim Prüfprogramm statuiert Art. 15 E-FIDLEG betreffend professionelle Kunden.⁴⁷ Reichen die Informationen, die der Finanzdienstleister erhält, nicht für eine Angemessenheits- oder Eignungsprüfung aus, weist er den Kunden darauf hin (Art. 16 Abs. 1 E-FIDLEG). Bei fehlender Angemessenheit oder Eignung muss er dem Kunden von der Dienstleistungserbringung abraten (Art. 16 Abs. 2 E-FIDLEG). Kenntnisse und Erfahrungen können durch Aufklärung der Kunden erstellt werden (Art. 16 Abs. 3 E-FIDLEG).

Eine Verletzung der Pflichten nach Art. 11–16 E-FIDLEG liegt vor, wenn die Angemessenheits- oder Eignungsprüfung entweder nicht bzw. nicht rechtzeitig oder nicht im richtigen Umfang durchgeführt wird (z.B. wenn nur eine Angemessenheits- statt einer Eignungsprüfung durchgeführt wird) oder ein Warnhinweis (z.B. nach Art. 14 Abs. 2 E-FIDLEG) unterbleibt.⁴⁸ Wurde dagegen die entsprechende Prüfung korrekt vorgenommen, ist die Durchführung eines für den Kunden ungeeigneten oder unangemessenen Geschäfts nicht strafbar, wenn dem Kunden von der Erbringung der Dienstleistung abgeraten wird (Art. 16 Abs. 1 E-FIDLEG). Im Schrifttum wird die Frage aufgeworfen, ob – und, wenn ja, unter welchen Voraussetzungen – der Finanzdienstleister solche Geschäfte aktiv empfehlen darf.⁴⁹ Empfiehlt der Finanzdienstleister einem bestimmten Kunden den Kauf oder Verkauf eines Finanzinstruments, liegt immer eine Anlageberatung und nie ein reines *Execution-only*-Geschäft vor (Art. 3

⁴⁵ Bot. FIDLEG/FINIG, BBl. 2015, 8956 f.

⁴⁶ ANDERMATT, GesKR 2017, 75, 76.

⁴⁷ Da sich der Angemessenheitstest nur auf die Kenntnisse und Erfahrungen des Kunden bezieht und diese bei einem professionellen Kunden vorausgesetzt werden dürfen (Art. 14 Abs. 3 E-FIDLEG), entfällt der Angemessenheitstest bei dieser Kundenkategorie (ANDERMATT, GesKR 2017, 75, 77).

⁴⁸ Zwar ist im Gesetz nur von der Verletzung der Pflichten zur Angemessenheits- und Eignungsprüfung die Rede. Da jedoch gesamthaft auf Art. 11–16 E-FIDLEG (und nicht nur auf Art. 12 f. E-FIDLEG) verwiesen wird, kann m.E. auch ein unterbliebener Warnhinweis eine Verletzung dieser Pflichten darstellen.

⁴⁹ ABEGGLEN/BIANCHI/BOLLINGER, CapLaw 2017-3.

lit. d Ziff. 4 E-FIDLEG), weshalb entweder eine Angemessenheits- oder eine Eignungsprüfung durchzuführen ist. M.E. kann eine Dienstleistung nicht aktiv empfohlen und gleichzeitig von deren Erbringung abgeraten werden.⁵⁰ Zudem ist die jeweilige Prüfung immer vor der Empfehlung eines Geschäfts durchzuführen (Art. 12 f. E-FIDLEG). Eine Empfehlung mit anschliessender Angemessenheits- oder Eignungsprüfung, welche im schlechtesten Fall zur Erkenntnis führt, dass das Geschäft für den Kunden unangemessen oder ungeeignet ist, ist deswegen ebenfalls nicht erlaubt.

Fraglich ist, welche Verstösse gegen die Pflichten nach Art. 11–16 E-FIDLEG als schwerwiegend zu qualifizieren sind. Während sich die Botschaft zu Art. 92 Abs. 1 lit. a E-FIDLEG immerhin noch in zwei Sätzen äussert, schweigt sie sich zu diesem unbestimmten Rechtsbegriff komplett aus. Die schwerste objektiv denkbare Verletzung der Pflichten nach Art. 11–16 E-FIDLEG ist deren Nichterfüllung. Da allerdings nicht nur die Nichtdurchführung der Prüfungen unter Strafe steht, ist als schwerwiegend wohl auch eine grob lückenhafte Durchführung der Angemessenheits- oder Eignungsprüfung zu betrachten.⁵¹ Die Schwere eines Verstosses kann dagegen m.E. nicht von der Höhe eines allenfalls durch diesen kausal verursachten Schadens abhängen, da es sich um ein Tätigkeitsdelikt handelt.

c. Entschädigungen Dritter (lit. c)

Nach Art. 92 Abs. 1 lit. c E-FIDLEG wird bestraft, wer gegen die Bestimmungen über die Herausgabe von Entschädigungen Dritter (Art. 28 E-FIDLEG) verstösst. Als Entschädigungen gelten nach Art. 28 Abs. 3 E-FIDLEG Leistungen, die dem Finanzdienstleister im Zusammenhang mit der Erbringung einer Finanzdienstleistung von Dritten zufließen (insbesondere Courtagen, Kommissionen, Provisionen, Rabatte oder sonstige vermögenswerte Vorteile).

Gemäss Art. 28 Abs. 1 E-FIDLEG darf ein Finanzdienstleister Entschädigungen Dritter nur annehmen, wenn er den Kunden vorgängig darüber informiert und dieser darauf verzichtet hat (lit. a) oder wenn er dem Kunden sämtliche Entschädigungen weitergibt (lit. b). Die Information über die Entschädigung muss nach Art. 28 Abs. 2 E-FIDLEG deren Art und Umfang beinhalten und hat vor Erbringung der Finanzdienstleistung oder vor Vertragsschluss zu erfolgen. Kann die Höhe der Entschädigung vorgängig nicht festgestellt werden, muss der Finanzdienstleister den Kunden über die Berechnungsparameter und die Bandbreiten informieren.

⁵⁰ Formulierungen wie «Obwohl ich gesetzlich verpflichtet bin, Ihnen von diesem Geschäft abzuraten, empfehle ich Ihnen dessen Durchführung dringend [...]» können m.E. nicht als «Abraten» i.S.v. Art. 16 Abs. 2 E-FIDLEG betrachtet werden.

⁵¹ Vgl. hinsichtlich schwerwiegender Verstösse gegen Informationseinholungspflichten des KKG: BARNIKOL, 211.

Im Gegensatz zu Art. 92 Abs. 1 lit. a und b E-FIDLEG enthält lit. c keine zusätzlichen Tatbestandsmerkmale. Strafbewehrt ist somit jede Verletzung von Art. 28 E-FIDLEG. Geben Finanzdienstleister Drittvergütungen vollumfänglich an ihre Kunden weiter, scheidet ein Verstoss von vornherein aus. Art. 28 E-FIDLEG regelt sowohl den Zeitpunkt als auch den Umfang der Informationspflicht. Werden Entschädigungen Dritter nicht an die Kunden weitergegeben, liegt eine Verletzung von Art. 28 E-FIDLEG deshalb vor, wenn die Information nicht, nicht im vorgegebenen Umfang oder erst nach Erbringung der Dienstleistung oder Vertragsschluss erfolgt.

B. Subjektiver Tatbestand

Während im Vernehmlassungsentwurf die fahrlässige Verletzung von Verhaltensregeln noch erfasst war (Art. 121 Abs. 2 VE-FIDLEG), ist nach Art. 92 Abs. 1 E-FIDLEG nur vorsätzliches Verhalten strafbar. Dass dies in der Strafbestimmung explizit erwähnt wird, ist entscheidend, da im Nebenstrafrecht – anders als im Kernstrafrecht – die fahrlässige Begehung einer Übertretung immer strafbar ist, wenn nicht nach dem Sinn der Vorschrift nur die vorsätzliche Begehung strafbewehrt ist (Art. 333 Abs. 7 StGB). Der Vorsatz definiert sich mangels einschlägiger Bestimmungen im VStrR nicht anders als nach StGB, weshalb auch der Eventualvorsatz (Art. 12 Abs. 2 Satz 2 StGB) erfasst ist.⁵²

Da es sich um reine Vorsatzdelikte handelt, machen sich auch die in Art. 6 Abs. 2 und 3 VStrR genannten Personen, entgegen dem Wortlaut dieser Bestimmung(en), nicht strafbar, wenn sie es bloss fahrlässig, in Verletzung einer Rechtspflicht, unterlassen, eine Verletzung der Verhaltensregeln durch den Untergebenen, Beauftragten oder den Vertreter abzuwenden oder in ihren Wirkungen aufzuheben.⁵³

C. Rechtsfolgen

Verstösse gegen die Verhaltensregeln i.S.v. Art. 92 Abs. 1 E-FIDLEG führen zu einer Busse von bis zu 50'000 CHF. Im Vergleich mit Art. 93 und 94 E-FIDLEG und den Strafbestimmungen des E-FINIG handelt es sich um die geringste Strafdrohung. Da Art. 49 FINMAG, der im Hinblick auf eigentliche Bagatelldelikte erlassen wurde,⁵⁴ auf einen Bussenbetrag von maximal 50'000 CHF abstellt, kann bei einer systematischen Betrachtungsweise festgehalten werden, dass es sich bei Verstössen gegen Art. 92 E-FIDLEG nach Wertung des Gesetzgebers um geringfügige Widerhandlungen handelt.

⁵² SK FinfraG-MRÄZ, Vor Art. 147 N 27.

⁵³ HAURI, Art. 6 N 14b, m.w.H.

⁵⁴ Vgl. KÜHNE, Rz. 1232 f.

Die Busse kann nicht mit einem Tätigkeitsverbot nach Art. 67 StGB (i.V.m. Art. 105 Abs. 3 StGB) verbunden werden, da dies nicht ausdrücklich vorgesehen ist. Über eine Bewilligung, welche die FINMA nach Art. 37 FINMAG entziehen könnte, verfügt ein nicht beaufsichtigter Finanzdienstleister nicht. Ebenso wenig kann die FINMA ein Berufsverbot nach Art. 33 FINMAG verhängen, da ein solches nur hinsichtlich der Tätigkeit bei einem von ihr beaufsichtigten Finanzdienstleister in Frage kommt.

Damit sie ihre Tätigkeit ausüben dürfen, müssen sich Kundenberater von in- und ausländischen Finanzdienstleistern, die nicht nach Art. 3 FINMAG beaufsichtigt werden, aber in ein Beraterregister eintragen lassen (Art. 30 E-FIDLEG). Eine Eintragungsvoraussetzung ist, dass gegen den Kundenberater keine Verurteilung wegen eines Verstosses gegen Art. 92–94 E-FIDLEG im Strafregister eingetragen ist (Art. 31 Abs. 2 E-FIDLEG). Erhält die Registerbehörde vom Wegfall einer Eintragungsvoraussetzung Kenntnis, wird der betroffene Kundenberater im Register gelöscht (Art. 34 Abs. 4 E-FIDLEG). Übertretungen werden im Strafregister eingetragen, wenn eine Busse von mehr als 5'000 CHF ausgesprochen wurde (Art. 3 lit. c Ziff. 1 VOSTRA-V). Gelöscht wird der Eintrag nach zehn Jahren (Art. 369 Abs. 3 StGB). Wird also gegen einen Kundenberater wegen Verletzung der Verhaltensregeln eine Busse von über 5'000 CHF – was gerade einmal 10% der Maximalbusse entspricht – verhängt, bedeutet dies, dass er während 10 Jahren nicht selbst als Finanzdienstleister oder für einen nicht beaufsichtigten Finanzdienstleister tätig sein darf. Er darf also seiner bisherigen Tätigkeit zumindest nicht mehr im selben Rahmen nachgehen. Dies kann im Ergebnis einem Bewilligungsentzug oder einem Tätigkeitsverbot gleichkommen. Das Register ist öffentlich, weshalb sich Kunden selbst darüber informieren können, ob ein Kundenberater eingetragen ist (Art. 34 Abs. 5 E-FIDLEG). Das Verfahren über den Registereintrag richtet sich nach dem VwVG (Art. 36 E-FIDLEG). Der Registereintrag ist demnach eine Verfügung.⁵⁵ Die Löschung aus dem Register kommt dem Widerruf dieser (nachträglich fehlerhaften) Verfügung⁵⁶ gleich und ist somit ebenfalls als Verfügung zu qualifizieren.⁵⁷

D. Zwischenbetrachtung

Die Tatbestände von Art. 92 E-FIDLEG weisen auf Ebene der Tathandlung einige Unklarheiten und damit Konfliktpotential mit dem strafrechtlichen Bestimmtheitsge-

⁵⁵ Bot. FIDLEG/FINIG, BBl. 2015, 8970.

⁵⁶ Zum Begriff: HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Rz. 1085.

⁵⁷ Vgl. Bot. FIDLEG/FINIG, BBl. 2015, 8970; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, § 31 Rz. 61 f. Es ist denkbar, dass diese allenfalls unter Hinweis auf Art. 292 StGB erlassen und damit wiederum strafrechtlich durchgesetzt werden könnte. Dagegen enthält der E-FIDLEG keine Bestimmung, die das Tätigwerden ohne Registereintrag unter Strafe stellt.

bot auf. Dies dürfte indessen bei der Anwendung der Bestimmung nur geringe praktische Auswirkungen haben, da sowohl das Bundesgericht als auch der EGMR die Verwendung unbestimmter Begriffe in Strafbestimmungen zulassen⁵⁸ und aufgrund der Regelung von Art. 190 BV Bundesgesetze ohnehin angewandt werden müssen.⁵⁹ Hinsichtlich des Kreises möglicher Täter fällt indessen auf, dass dieser durch die Ausnahme beaufsichtigter Finanzdienstleister und der für sie tätigen Personen massiv verkleinert und ein eigentliches «entweder-oder» Konzept⁶⁰ in dem Sinne geschaffen wurde, dass die Verhaltensregeln entweder von der Aufsichts- oder von der Strafbehörde durchgesetzt werden.

Hier stellt sich die Frage, ob ein solches Konzept tatsächlich die Erwartungen des Gesetzgebers erfüllen kann. Um diese Frage zu beantworten, ist es notwendig, im Folgenden generell auf den Zweck der Durchsetzung von Verhaltensregeln einzugehen.

III. Durchsetzungszweck der Verhaltensregeln

Der Kontakt des Kunden mit dem Finanzdienstleister am *Point of Sale* ist ein Beispiel für die Erfassung eines Sachverhalts durch unterschiedliche Rechtsgebiete. Der Finanzmarkt wird heute primär durch das Aufsichtsrecht reguliert. Auf Verstöße dagegen reagiert die FINMA mit aufsichtsrechtlichen Massnahmen. Die Rechtsverhältnisse zwischen Anlegern und Finanzdienstleistern basieren auf zivilrechtlichen Bestimmungen, die auf dem Zivilrechtsweg durchgesetzt werden müssen.⁶¹ Dazu kommt der sog. «strafrechtliche Flankenschutz», d.h. die Strafbewehrung einzelner aufsichtsrechtlicher Bestimmungen, die so auch im Strafverfahren durchgesetzt werden können.⁶² Zur staatlichen Regulierung hinzu tritt die Selbstregulierung,⁶³ auf die im Folgenden aber nicht gesondert eingegangen wird.

Finanzdienstleistungen in der Terminologie des E-FIDLEG sind die in Art. 3 lit. d aufgezählten, für Kunden erbrachten, Tätigkeiten. In zivilrechtlicher Hinsicht handelt es sich dabei um vertragliche Beziehungen, die je nach Ausgestaltung unterschied-

⁵⁸ BGE 139 I 72, 86 E. 8.2.1; 138 I 367, 373 f. E. 5.3 f.; 138 IV 13, 19 f. E. 4.1; EGMR, 12.2008, *Kafkaris v. Cyprus*, Nr. 21906/04, § 141; EGMR, 24.2.1998, *Larissis and others v. Greece*, Nr. 140/1996/759/958-960, § 34 f.

⁵⁹ Vgl. BSK-StGB-POPP/BERKEMEIER, Art. 1 N 49.

⁶⁰ Vgl. das Votum von Ständerat Schmid (ABl. StR 2017, 1172).

⁶¹ BGE 139 II 279, 284 E. 4.2; BÜHLER/VON DER CRONE, SZW 2013, 563, 566; vgl. EMMENEGGER/GOOD, in: SETHE et al., 85, 91; P.V. KUNZ, 10 f.; WEBER, SJZ 2013, 405, 405 ff.

⁶² JOSITSCH/VON ROTZ, SZW 2016, 592, 592 f.; P.V. KUNZ, 12; ZULAUF et al., 375; vgl. BÜHLER/VON DER CRONE, SZW 2013, 563, 566.

⁶³ BÜHLER/VON DER CRONE, SZW 2013, 563, 566; MAURENBRECHER, in: FS von der Crone, 555, 559; ZOBL/KRAMER, Rz. 90 ff.

lich qualifiziert werden. So sind etwa die Vermögensverwaltung (Art. 3 lit. d Ziff. 3 E-FIDLEG) und die Anlageberatung (Art. 3 lit. d Ziff. 4 E-FIDLEG) vornehmlich einfache Aufträge i.S.v. Art. 394 ff. OR.⁶⁴ Die Verhaltensregeln, welche mit dem E-FIDLEG eingeführt werden, ergeben sich inhaltlich teilweise bereits aus der Auslegung zivilrechtlicher Bestimmungen (insbesondere Art. 398 Abs. 2 OR).^{65, 66} Die Ausgestaltung von Art. 92 E-FIDLEG als unechte Blankettnorm⁶⁷ führt dazu, dass der teilweise inhaltliche Gleichlauf von Aufsichts- und Zivilrecht auch im Strafrecht weitergeführt wird. Materiell weist das Zivilrecht bei einer Gesamtbetrachtung den strengsten Pflichtenkanon auf⁶⁸ und das Strafrecht stellt die geringsten Anforderungen.

Das Nebeneinander der Rechtsgebiete bedeutet also im Bereich der Verhaltensregeln grundsätzlich eine Verdreifachung der Durchsetzungsmöglichkeiten materiell sich zumindest teilweise deckender Bestimmungen. Dies führt zwar einerseits zu materiell- und prozessrechtlichen Berührungspunkten zwischen diesen Rechtsgebieten.⁶⁹ Dennoch darf das scheinbar Offensichtliche nicht vergessen werden: Aufgrund der unterschiedlichen Teleologie der Rechtsgebiete sind auch die Zwecke der zivil-, aufsichts- und strafrechtlichen Durchsetzung der Verhaltensregeln nicht identisch.⁷⁰

⁶⁴ TRAUTMANN/VON DER CRONE, in: SETHE et al., 133, 135 f., m.w.H.; vgl. WEBER, in: SETHE et al., 319, 321.

⁶⁵ Bot. FIDLEG/FINIG, BBl. 2015, 8952; CH. BÜHLER, GesKR 2016, 1, 5 ff., 11; MAURENBRECHER, in: FS von der Crone, 555, 559; SETHE, SJZ 2014, 477, 479.

⁶⁶ Der Ständerat hat dies zum Anlass genommen, mit Art. 8 Abs. 1 E-FIDLEG eine Bestimmung einzuführen, wonach bei Erfüllung der aufsichtsrechtlichen Pflichten auch identische zivilrechtliche Pflichten erfüllt sein sollen (ABl. StR 2016, 1164). Der Nationalrat hat die Formulierung dahingehend angepasst, dass gleichgerichtete zivilrechtliche Pflichten erfüllt sein sollen (ABl. NR 2017, <). Dieser Hinweis erfolgt nur zur Veranschaulichung des zum Teil bestehenden inhaltlichen Gleichlaufs im Zivil- und Aufsichtsrecht. Wie die Zivilgerichte mit Art. 8 Abs. 1 E-FIDLEG, sollte er Gesetz werden, umgehen sollten, kann hier nicht beantwortet werden. In der Lehre wurde Art. 8 Abs. 1 E-FIDLEG bereits heftig kritisiert (EMMENEGGER, in: EMMENEGGER, 199, 199 ff.; SCHMID, in: EMMENEGGER, 221, 239 f.).

⁶⁷ S.o., II.A.

⁶⁸ EMMENEGGER, in: EMMENEGGER, 199, 208 ff.

⁶⁹ MAURENBRECHER, in: FS von der Crone, 555, 559 ff.

⁷⁰ BOHRER, GesKR 2014, 318, 319 f.; vgl. P.V. KUNZ, 12; zum Verhältnis Privat- und Aufsichtsrecht: MAURENBRECHER, in: FS von der Crone, 555, 555 ff.; WEBER, SJZ 2013, 405, 405 ff.; zum Verhältnis Straf- und Privatrecht: NIGGLI/MAEDER, in: FS Fischer, 379, 379 ff.; vgl. ferner EMMENEGGER et al., SZW 2017, 210, 210 f.; zum Verhältnis Straf- und Verwaltungsrecht: NIGGLI/MAEDER, AJP 2011, 443, 449 ff.; eine Abgrenzung nach dem «Wesen» der Rechtsgebiete wäre dagegen verfehlt, da sich das «Wesen» gerade durch den Zweck bestimmt, der mit entsprechenden Gesetzesbestimmungen erreicht werden soll (ROXIN, Verbrechenlehre, § 3 Rz. 45).

A. Repression durch strafrechtliche Durchsetzung

Strafrechtliche Durchsetzung der Verhaltensregeln bedeutet, dass bei einem (von Art. 92 E-FIDLEG erfassten) Verstoss dagegen eine Busse verhängt wird. Zum Zweck staatlichen Strafens bestehen unterschiedliche Theorien. Verfechter absoluter Straftheorien gehen davon aus, dass der Zweck der Strafe allein in der Repression liegt, also im Schuldausgleich und der Sühne.⁷¹ Der Blick ist in die Vergangenheit gerichtet und die Strafe orientiert sich an der Schuld des Täters. Ein darüber hinaus gehender Zweck kommt der Strafe nicht zu.⁷² Dem kann entgegen gehalten werden, dass ein rein auf Repression ausgerichtetes Strafrecht nicht legitim sein könne, da sich der Zweck des Strafens so allein aus sich selbst heraus ergäbe, d.h. dessen Notwendigkeit bereits voraussetze.⁷³ Vertreter relativer Straftheorien plädieren deshalb dafür, dass der Zweck staatlichen Strafens in der Verhinderung zukünftiger Straftaten liegen soll.⁷⁴ Unterschieden wird zwischen jeweils negativer und positiver General- und Spezialprävention.⁷⁵ Generalprävention in ihrer negativen Ausprägung heisst, dass von der Strafdrohung potentiell betroffene Personen von der Begehung der entsprechenden Straftat abgeschreckt werden sollen. Demgegenüber bedeutet positive Generalprävention eine Bekräftigung der Rechtsordnung dadurch, dass Rechtsbruch unter Strafe gestellt wird.⁷⁶ Die Spezialprävention ist im Gegensatz zur Generalprävention auf den einzelnen Straftäter ausgerichtet.⁷⁷ Negative Spezialprävention heisst, dass der Einzelne durch die Strafe entweder vor weiteren Straftaten abgeschreckt oder durch Wegsperrungen an weiteren Straftaten gehindert werden soll.⁷⁸ Positiv gewendet bedeutet Spezialprävention, dass ein Straftäter durch die Strafe gebessert bzw. erzogen werden soll.⁷⁹ Zwischen den absoluten und relativen Straftheorien stehen die sogenannten Vereinigungstheorien, die die beiden vorgenannten Theorien

⁷¹ Vgl. NIGGLI/MAEDER, AJP 2011, 443, 444; BSK StGB-WIPRÄCHTIGER/KELLER, Art. 47 N 51 ff.

⁷² NIGGLI/MAEDER, AJP 2011, 443, 444; ROXIN, Verbrechenlehre, § 3 Rz. 2; SCHULTZ, 41; STRATENWERTH, § 2 N 3; als Vertreter absoluter Straftheorien gelten insbesondere IMMANUEL KANT, Die Metaphysik der Sitten, § 49 E I (zit. in: ROXIN: Grundlagenprobleme, 2) und GEORG WILHELM FRIEDRICH HEGEL, Grundlinien der Philosophie des Rechts, § 104 (zit. in: ROXIN: Grundlagenprobleme, 2).

⁷³ ROXIN, Grundlagenprobleme, 3; bereits SENECA, De ira, 1. Buch/XIX-7 stellte fest, dass kein kluger Mensch wegen einer vergangenen Verfehlung strafen könne, sondern nur im Hinblick auf die Vermeidung zukünftiger Verfehlungen («[...] *nemo prudens punit quia peccatum est sed ne peccetur*»).

⁷⁴ Vgl. NIGGLI/MAEDER, AJP 2011, 443, 445. Bedeutende Vertreter relativer Straftheorien im deutschsprachigen Raum sind hinsichtlich der Generalprävention insbesondere PAUL JOHANN ANSELM VON FEUERBACH (zit. in ROXIN, Verbrechenlehre, § 3 Rz. 22) und hinsichtlich der Spezialprävention FRANZ VON LISZT (zit. in ROXIN, Verbrechenlehre, § 3 Rz. 12).

⁷⁵ K.L. KUNZ/SINGELNSTEIN, § 20 Rz. 4 f.; NIGGLI/MAEDER, AJP 2011, 443, 445.

⁷⁶ STRATENWERTH, § 2 N 23.

⁷⁷ NIGGLI/MAEDER, AJP 2011, 443, 445; ROXIN, Verbrechenlehre, § 3 Rz. 11; SCHULTZ, 42; STRATENWERTH, § 2 N 16.

⁷⁸ SCHULTZ, 42; vgl. STRATENWERTH, § 2 N 16; vgl. ROXIN, Verbrechenlehre, § 3 Rz. 12.

⁷⁹ Vgl. ROXIN, Verbrechenlehre, § 3 Rz. 12; STRATENWERTH, § 2 N 16.

mit unterschiedlicher Schwerpunktsetzung zu vereinen versuchen.⁸⁰ Vereinigungstheorien sind heute vorherrschend.⁸¹ So basiert auch die Strafzumessung nach Art. 47 StGB auf der Schuld. General- und spezialpräventive Bedürfnisse werden im schuldangemessenen Rahmen berücksichtigt.⁸²

Liegt der Zweck des Strafens in der Prävention, muss sich das Strafrecht nicht nur theoretische Kritik⁸³ entgegenhalten lassen, sondern ist dessen Legitimität auch von der Effektivität bei der Verwirklichung dieses Zwecks abhängig. Zu deren Überprüfung ist der Gesetzgeber auf empirische Erkenntnisse angewiesen.⁸⁴ Die kriminologische Forschung lässt vermuten, dass Theorie und Wirklichkeit auseinanderklaffen. So zeigt sich, dass die Rückfallgefahr mit der Härte der Strafe zunimmt.⁸⁵ Empirisch nachgewiesen ist weder eine Abschreckungs- noch eine Resozialisierungswirkung.⁸⁶ Auch eine negative generalpräventive Wirkung konnte sowohl in Bezug auf die Härte der Strafe als auch auf die Sanktionierung an sich bisher nicht nachgewiesen werden.⁸⁷ Das Verwaltungsstrafrecht unterscheidet sich in dieser Hinsicht nicht vom Kernstrafrecht.⁸⁸ Als Mittel zur Beeinflussung zukünftigen Verhaltens taugt staatliches Strafen allenfalls im Verbund mit anderen Massnahmen, wie etwa präventiver Polizeiarbeit und informeller Sozialkontrolle, z.B. im beruflichen Umfeld. Es kann diese jedoch nicht kompensieren.⁸⁹

Relative Straftheorien entbehren somit einer empirischen Grundlage, was den absoluten Straftheorien zugrunde liegenden Repressionscharakter in den Vordergrund rückt, da dieser ohne Folgenorientierung auskommt.⁹⁰ Nicht von diesen Forschungs-

⁸⁰ SCHULTZ, 41.

⁸¹ NIGGLI/MAEDER, AJP 2011, 443, 446; vgl. ROXIN, Verbrechenslehre, § 3 Rz. 33; entsprechend haben präventive Überlegungen bei der Strafzumessung auch Eingang in die Rechtsprechung gefunden (SCHWARZENEGGER/HUG/JOSITSCH, S. 103 ff., m.w.H.).

⁸² BGE 118 IV 342, 350, E. 2f; 129 IV 161, 164, E. 4.2; zur Kritik an dieser Rechtsprechung: BSK StGB-WIPRÄCHTIGER/KELLER, Art. 47 N 78 f.

⁸³ Zur theoretischen Kritik an den relativen Straftheorien: NIGGLI/MAEDER, AJP 2011, 443, 445 f.; ROXIN, Grundlagenprobleme, 6 ff.; SCHULTZ, 45.

⁸⁴ GÖPPINGER, § 3 N 38; HASSEMER, 22 ff.; NIGGLI/MAEDER, AJP 2011, 443, 448. Weiter ergibt sich die Legitimität des Strafrechts natürlich nicht allein daraus, dass dieses eine präventive Funktion verfolgt, da damit gerade nicht gesagt wird, welches Verhalten verhindert werden soll. Zweck und Legitimation müssen vielmehr streng auseinander gehalten werden (ROXIN, Grundlagenprobleme, 8 f.).

⁸⁵ K.L. KUNZ/SINGELNSTEIN, § 20 Rz. 39, m.w.H.; vgl. BSK StGB-WIPRÄCHTIGER/KELLER, Art. 47 N 82 f.

⁸⁶ NIGGLI/MAEDER, AJP 2011, 443, 448.

⁸⁷ STRATENWERTH, § 2 N 21; K.L. KUNZ/SINGELNSTEIN, § 20 Rz. 9 ff.; BSK StGB-WIPRÄCHTIGER/KELLER, Art. 47 N 55. Eine «gewisse laienpsychologische Evidenz» ist der Theorie der Generalprävention natürlich trotzdem nicht abzusprechen (ROXIN, Verbrechenslehre, § 3 N 24).

⁸⁸ NIGGLI/MAEDER, AJP 2011, 443, 452.

⁸⁹ SCHWARZENEGGER/HUG/JOSITSCH, 17.

⁹⁰ Vgl. HASSEMER, 22; a.M. ROXIN, Verbrechenslehre, § 3 Rz. 37 ff., 44 ff.

ergebnissen betroffen ist der Aspekt der positiven Generalprävention,⁹¹ wobei sich die Erwartungen der Bevölkerung gerade nicht auf eine Strafe an sich, sondern eher auf symbolische Missbilligung des begangenen Unrechts und dessen Wiedergutmachung beziehen.⁹² Offen bleibt natürlich, ob man die aufgrund der empirischen Erkenntnisse anzuzweifelnde Effektivität des Strafens betreffend Prävention überhaupt auf den (theoretischen) Zweck der Strafe durchschlagen lässt, oder ob man das dadurch entstehende Legitimitätsproblem in Kauf nimmt und sich darauf beruft, dass eine präventive Wirkung schwierig nachweisbar sei.⁹³ Weiter ist fraglich, inwiefern Studienergebnisse, die spezifische Straftaten betreffen, verallgemeinert oder zumindest auf die hier interessierende Verletzung von Verhaltensregeln übertragen werden dürfen.

Unabhängig davon, wie diese Fragen beantwortet werden, lässt sich aber festhalten, dass sich das präventive Element der für die Verletzung der Verhaltensregeln angeordneten Busse in einer erhofften Wirkung erschöpft. Schwieriger einzuordnen ist die Löschung aus dem Beraterregister, die auf eine Busse von mehr als 5'000 CHF folgt.⁹⁴

B. Kompensation durch zivilrechtliche Durchsetzung

Werden die Verhaltensregeln zivilrechtlich durchgesetzt, stehen Schadenersatzansprüche wegen positiver Vertragsverletzung im Vordergrund.⁹⁵ Entsteht einer Person ein Schaden, hat diese ihn grundsätzlich selbst zu tragen (*casum sentit dominus*). Das Zivilrecht enthält jedoch – in Abweichung von diesem Grundsatz – Haftungsregeln, nach denen nicht der Geschädigte, sondern der Schädiger den Schaden zu tragen hat (z.B. Art. 41 Abs. 1 und Art. 97 Abs. 1 OR).⁹⁶ Dies schützt den Geschädigten indessen nicht davor, einen Schaden zu erleiden, sondern bedeutet lediglich eine vermögensmässige Kompensation. D.h. der Geschädigte muss den bereits eingetretenen Schaden nicht selbst tragen. Das Haftpflichtrecht ist demnach vergangenheitsgerichtet⁹⁷ und es kommt ihm in erster Linie eine kompensatorische Funktion zu.⁹⁸ Da es

⁹¹ NIGGLI/MAEDER, AJP 2011, 443, 453 f.; vgl. K.L. KUNZ/SINGELNSTEIN, § 20 Rz. 12.

⁹² K.L. KUNZ/SINGELNSTEIN, § 20 Rz. 17; zur Veranschaulichung kann etwa der Text der sog. Raserinitiative dienen, wonach fehlbare Autolenker *als Raser* hätten bestraft werden sollen. Die Formulierung hat es indessen nicht in den Gesetzestext (Art. 90 Abs. 3 SVG) geschafft.

⁹³ Zu den Schwierigkeiten beim Nachweis einer präventiven Wirkung von Strafen: KUNZ, § 20 Rz. 9 ff., 25 ff.

⁹⁴ S.u., IV.A.

⁹⁵ Vgl. die reichhaltige Rechtsprechung des Bundesgerichts: z.B. BGE 124 III 155; 115 II 62; BGer 4A_364/2013 vom 5. März 2014; 4A_140/2011 vom 27. Juni 2011.

⁹⁶ BOHRER, GesKR 2014, 318, 319; GRAF, Rz. 101; OFTINGER/STARK, § 1 Rz. 10.

⁹⁷ NIGGLI/MAEDER, in: FS Fischer, 379, 381, 383; vgl. S. BÜHLER, Rz. 247; MAURENBRECHER, in: FS von der Crone, 555, 574.

um Kompensation des Schadens und nicht des Rechtsbruchs an sich geht, die Kompensation mithin auf die Schadenshöhe begrenzt ist, ist dem Haftpflichtrecht eine repressive Funktion abzusprechen.⁹⁹ Teilweise wird dem Haftpflichtrecht bzw. zumindest der Verschuldenshaftung auch eine Präventivfunktion zugeschrieben,¹⁰⁰ indessen nach der h.L. bloss als Nebeneffekt von dessen primär kompensatorischer Funktion.¹⁰¹

Damit die kompensatorische Funktion des Haftpflichtrechts zum Tragen kommt, ist eine Verletzung der Verhaltensregeln allein nicht ausreichend. Haftungsnormen setzen vielmehr zunächst einmal einen (Vermögens-)Schaden voraus, der kausal auf diese Verletzung zurückgeführt werden kann (vgl. z.B. Art. 41 Abs. 1 und Art. 97 Abs. 1 OR). Weiter muss ein Geschädigter zur Kompensation seines Schadens seine Ersatzforderung in einem Gerichtsverfahren erfolgreich geltend machen, sofern der Finanzdienstleister nicht zu einem aussergerichtlichen Vergleich bereit ist. Dies ist – nicht nur – bei Anlegerschäden oft mit hohen Hürden verbunden. Ein Prozess gegen einen Finanzdienstleister ist kostspielig. Hinzu kommt, dass der Kunde die Beweislast für den Schaden, die Kausalität und die Pflichtverletzung trägt.¹⁰²

Entsprechend enthielten frühere Versionen des FIDLEG auch Regeln zur vereinfachten Durchsetzung zivilrechtlicher Ansprüche. Im Vernehmlassungsentwurf waren noch eine Beweislastumkehr für die Pflichtverletzung und den Kausalzusammenhang bei Verletzungen der Informations- und Aufklärungspflichten (Art. 74 VE-FIDLEG), zwei Varianten zur Abfederung des Prozesskostenrisikos (eine Schiedsgerichtsvariante und eine Prozesskostenfondsvariante; Art. 85 ff. VE-FIDLEG) sowie Instrumente des kollektiven Rechtsschutzes (Art. 101 ff. VE-FIDLEG) vorgesehen. Von diesen ist allerdings wenig übrig geblieben: die Beweislastumkehr und die Instrumente kollektiven Rechtsschutzes waren im E-FIDLEG des Bundesrates bereits nicht mehr enthalten und die Prozesskostenregelung wurde zunächst – in abgeschwächter Form – in die ZPO verschoben und anschliessend durch den Ständerat bis auf Weiteres gestrichen.¹⁰³ Begründet wurde dies bei der Beweislastumkehr damit, dass bei Auf-

⁹⁸ BOHRER, GesKR 2014, 318, 319; MAURENBRECHER, in: FS von der Crone, 555, 558, 574; REY, Rz. 12; kritisch: RUMO-JUNGO, Rz. 191 ff.

⁹⁹ REY, Rz. 17; ROBERTO, Rz. 02.79; SCHWENZER, Rz. 49.04; vgl. für das deutsche Recht: LARENZ, S. 423. Anders ist dies etwa in den USA mit den notorischen *punitive damages* (BOHRER, GesKR 2014, 318, 319; NIGGLI/MAEDER, in: FS Fischer, 379, 387 ff.).

¹⁰⁰ Vgl. FELLMANN, SJZ 1995, 41, 44 f.; befürwortend: SCHWENZER, Rz. 49.04; differenzierend: GRAF, Rz. 105 (Fn. 202); RUMO-JUNGO, Rz. 200 ff.; ablehnend: NIGGLI/MAEDER, FS Fischer, 379, 381, 383.

¹⁰¹ LARENZ, S. 423 f.; OFTINGER/STARK, § 1 Rz. 15; REY, Rz. 12 ff.; vgl. ROBERTO, Rz. 02.74; a.M. SCHÄFER/OTT, 150 ff.; SCHWENZER, Rz. 49.04.

¹⁰² CONTRATTO, Jusletter 2. Mai 2011, Rz. 58, m.w.H.; vgl. EMMENEGGER/GOOD, in: SETHE et al., 85, 97 f.; WEBER, in: SETHE et al., 319, 321.

¹⁰³ Bot. FIDLEG/FINIG, BBl. 2015, 8914; ABl. StR 2016, 1172 f.; vgl. CH. BÜHLER, GesKR 2016, 1, 1.

klärungs- und Informationspflichtverletzungen negative Tatsachen bewiesen werden müssten, was nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung schon unter geltendem Recht Beweiserleichterungen mit sich bringt.¹⁰⁴ Hinsichtlich der Prozesskostenregelung und der Instrumente des kollektiven Rechtsschutzes wurde vorgebracht, dass keine Sonderregelung für Finanzdienstleister geschaffen werden soll und die Thematik im Rahmen einer Gesamtrevision der ZPO wieder aufgenommen werde.¹⁰⁵

C. Prävention durch aufsichtsrechtliche Durchsetzung

Das Aufsichtsrecht regelt das Verhältnis zwischen einer spezialisierten Aufsichtsbehörde und den Beaufsichtigten.¹⁰⁶ Grundsätzlich eingeschränkt ist das Aufsichtsrecht deshalb in seinem personellen Geltungsbereich.¹⁰⁷ Aufsichtsrechtliche Durchsetzung der Verhaltensregeln bedeutet zum einen, dass deren Einhaltung laufend überwacht wird und zum anderen, dass die Aufsichtsbehörde bei wiederholten oder viele Kunden betreffenden Verstössen dagegen mit aufsichtsrechtlichen Massnahmen reagiert.¹⁰⁸

Die Eidgenössische Finanzmarktaufsicht FINMA nimmt in erster Linie wirtschaftspolizeiliche Aufgaben wahr (Art. 6 Abs. 1 FINMAG).¹⁰⁹ Sie ist verantwortlich für die Erteilung von Bewilligungen und die laufende Überwachung der Bewilligungsträger (sog. prudenzielle Aufsicht).¹¹⁰ Letztere Aufgabe kann die FINMA selbst wahrnehmen oder an zugelassene Prüfgesellschaften oder Prüfbeauftragte delegieren (Art. 24 Abs. 1 FINMAG). Die laufende Überwachung erhöht die Entdeckungswahrscheinlichkeit von Fehlverhalten¹¹¹ und ist deshalb ein effektives Mittel zur Abwehr zukünftiger Gefahren.¹¹² Sie dient also der Prävention.¹¹³ Davon zu trennen ist die Frage, wie die Einhaltung der Verhaltensregeln konkret überwacht wird. Im Schrifttum wird darauf hingewiesen, dass im FIDLEG dazu eine gesetzliche Grundlage für

¹⁰⁴ Bot. FIDLEG/FINIG, BBl. 2015, 8925, mit Hinweis auf BGer 4A_364/2013 vom 5. März 2014 E. 6.6.4.

¹⁰⁵ Bot. FIDLEG/FINIG, BBl. 2015, 8914; ABl. NR 2017, <.

¹⁰⁶ FHB Verwaltungsrecht-BIAGGINI, Rz. 19.1; vgl. MAURENBRECHER, in: FS von der Crone, 555, 557.

¹⁰⁷ Vgl. EMMENEGGER/GOOD, in: SETHE et al., 85, 92 f.

¹⁰⁸ Bot. FIDLEG/FINIG, BBl. 2015, 8952.

¹⁰⁹ ARQUINT/KISS, GesKR 2015, 175, 176; BSK FINMAG-WINZELER, Art. 6 N 1; vgl. KILGUS, Rz. 30.

¹¹⁰ KILGUS, Rz. 31.

¹¹¹ FINREG, 16.

¹¹² BOHRER, GesKR 2014, 318, 319; WOHLERS, in: ACKERMANN/WOHLERS, 267, 284, m.w.H. Auf der Website der FINMA wird denn auch von «vorausschauende[r] Überwachung des Finanzsektors» gesprochen (<https://www.finma.ch/de/ueberwachung/alles-zur-ueberwachung>).

¹¹³ BOHRER, GesKR 2014, 318, 319, 321; WYSS, in: EMMENEGGER, 83, 120; vgl. FHB Verwaltungsrecht-BIAGGINI, Rz. 19.18; ZULAUF et al., 282.

Mystery Shopping geschaffen werden sollte, da dies zweckmässiger sei als die nachträgliche Überprüfung der vom Finanzdienstleister angefertigten Dokumentation (vgl. Art. 17 E-FIDLEG).¹¹⁴ Durch Erhöhung der Entdeckungswahrscheinlichkeit wirkt die prudenzielle Aufsicht komplementär zum primär repressiven Strafrecht.¹¹⁵

Die Erfüllung verwaltungsrechtlicher Pflichten kann erzwungen werden.¹¹⁶ Nach ihrer Wirkung werden die entsprechenden Massnahmen in exekutorische und repressive Massnahmen sowie administrative Rechtsnachteile unterteilt.¹¹⁷ Mit exekutorischen Massnahmen sollen verwaltungsrechtliche Pflichten unmittelbar durchgesetzt werden.¹¹⁸ Sie zielen auf den Schutz oder die Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands ab.¹¹⁹ Damit dienen sie gerade nicht dazu, vergangenes Fehlverhalten zu ahnden, weshalb sie unabhängig davon verhängt werden können, ob den Betroffenen ein eigenes Verschulden trifft.¹²⁰ Repressive Massnahmen bezwecken dagegen nicht die unmittelbare Wiederherstellung des rechtmässigen Zustandes. Vielmehr soll damit der Verstoss gegen verwaltungsrechtliche Pflichten geahndet und Druck auf die Pflichtigen ausgeübt werden, sodass diese sich in Zukunft pflichtkonform verhalten.¹²¹ Das prospektive Element repressiver Verwaltungsmassnahmen erschöpft sich also in der erhofften präventiven Wirkung, die auch Strafen zugeschrieben wird. Die Zwecksetzung der repressiven Verwaltungsmassnahmen ist somit mit derjenigen von Strafen¹²² identisch.¹²³ Administrative Rechtsnachteile sollen als Reaktion auf pflichtwidriges Verhalten – nicht unbedingt aber ein persönliches Verschulden –¹²⁴ den rechtmässigen Zustand her- bzw. wiederherstellen und stehen damit bei einer wirkungsorientierten Sichtweise zwischen den exekutorischen und den repressiven Massnahmen.¹²⁵

¹¹⁴ SETHE, AcP 2012, 80, 148 f.; SETHE, in: KOSCHYK/LEIBL/SCHÄFER, 131, 153; SETHE/SEILER, in: FS Nobel, 431, 455.

¹¹⁵ Vgl. SCHWARZENEGGER/HUG/JOSITSCH, 17.; FINREG, 16; s.o., III.A.

¹¹⁶ Vgl. HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Rz. 1440.

¹¹⁷ HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Rz. 1441. Die Terminologie wird indessen nicht einheitlich verwendet. Nach einer neueren Lehrmeinung die Einteilung in restitutorische und pönale Sanktionen erfolgen (LOCHER, Rz. 220 ff.).

¹¹⁸ HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Rz. 1442; JAAG, in: FS Schmid, 559, 561; UHLMANN, SZW 2011, 437, 437 f.

¹¹⁹ EICKER/FRANK/ACHERMANN, 10; JAAG, in: FS Schmid, 559, 561; NIGGLI/MAEDER, AJP 2011, 443, 450; WOHLERS, in: ACKERMANN/WOHLERS, 267, 284.

¹²⁰ EICKER/FRANK/ACHERMANN, 16.

¹²¹ HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Rz. 1444; JAAG, in: FS Schmid, 559, 561 f., 571; UHLMANN, SZW 2011, 437, 438.

¹²² S.o., III.A.

¹²³ NIGGLI/MAEDER, Jusletter 7. März 2016, Rz. 20; NIGGLI/RIEDO, in: HÄNER/WALDMANN, 51, 52; vgl. LOCHER, Rz. 321; a.M. JAAG, in: FS Schmid, 559, 577 f.

¹²⁴ BVGer B-3759/2014 vom 11. Mai 2015, E. 3.4.2.

¹²⁵ HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Rz. 1446; JAAG, in: FS Schmid, 559, 561, 570, 572; a.M. TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, §32 Rz. 8, 39 die die administrativen Rechtsnachteile zu den repressiven Verwaltungsmassnahmen zählen.

Zur Durchsetzung aufsichtsrechtlicher Pflichten (dem sog. *Enforcement*¹²⁶) steht der FINMA eine breite Palette von Massnahmen zur Verfügung (Art. 31 ff. FINMAG). Dabei ist nicht von der Hand zu weisen, dass gewisse Massnahmen, insbesondere die Feststellungsverfügung (Art. 32 FINMAG), das Berufsverbot (Art. 33 FINMAG) und die Veröffentlichung der aufsichtsrechtlichen Verfügung (Art. 34 FINMAG) repressive Elemente beinhalten,¹²⁷ was sie zumindest in die Nähe von Strafen rückt.

Dies führt zur Frage, ob in einem entsprechenden aufsichtsrechtlichen Verfahren strafprozessuale Grundsätze angewandt werden müssen. Ob eine strafrechtliche Anklage i.S.v. Art. 6 Abs. 1 EMRK vorliegt, entscheidet sich nach den sog. Engel-Kriterien des EGMR,¹²⁸ welche vom Bundesgericht übernommen wurden.¹²⁹ Danach ist eine Massnahme als strafrechtliche Anklage zu beurteilen, wenn das innerstaatliche Recht die Massnahme als strafrechtlich qualifiziert, die «wahre Natur» der Massnahme oder des Verstosses zu diesem Schluss führt und/oder die Art und Schwere der Sanktion dafür sprechen. Ist der Adressatenkreis einer Massnahme auf Personen in einem sog. Sonderstatusverhältnis oder Personen unter besonderer staatlicher Aufsicht beschränkt, dient das dritte Kriterium insbesondere der Abgrenzung der strafrechtlichen von den disziplinarischen Massnahmen.¹³⁰ Das Bundesgericht hat in Anwendung dieser Kriterien – entgegen einem Teil der Lehre –¹³¹ den Strafcharakter des Berufsverbots und damit die Anwendung strafprozessualer Garantien verneint.¹³² Das Bundesverwaltungsgericht hat, ebenfalls in Anwendung der Engel-Kriterien, den Strafcharakter der Veröffentlichung einer aufsichtsrechtlichen Verfügung verneint.¹³³ Über den Strafcharakter der Feststellungsverfügung haben die Gerichte noch nicht entschieden.

Es wäre somit zwar verfehlt, den Aufsichtsinstrumenten der FINMA jegliche repressive Wirkung abzuspochen. Der Induktionsschluss von gewissen repressiven Elementen aufsichtsrechtlicher Massnahmen auf den Zweck der aufsichtsrechtlichen Durchsetzung ist dennoch nicht zulässig. Vielmehr muss, entsprechend der Recht-

¹²⁶ Der Begriff wird teilweise auch mit Normdurchsetzung gleichgesetzt, unabhängig davon, um welches Rechtsgebiet es sich handelt (vgl. z.B. BOHRER, GesKR 2014, 318, 319; WEBER, in: SETHE et al., 319, 320, beide mit Hinweisen zur Begriffsverwendung).

¹²⁷ BSK FINMAG-HSU/BAHAR/RENNINGER, Art. 32 N 10 ff. und Art. 34 N 9, 28; BSK FINMAG-HSU/BAHAR/FLÜHMANN, Art. 33 N 6.

¹²⁸ EGMR, 8.6.1976, *Engel and others v. The Netherlands*, Nr. 5100/71; 5101/71; 5102/71; 5354/72; 5370/72, § 82; bestätigt in EGMR, 21.2.1984, *Öztürk v. Germany*, Nr. 8544/79, § 50; EGMR, 28.6.1984, *Campbell and Fell v. The United Kingdom*, Nr. 7819/77; 7878/77, § 68 ff.

¹²⁹ BGE 142 II 243, 252 f. E. 3.4; 140 II 384, 388 f. E. 3.2.1 f.; 139 I 72, 78 f. E. 2.2.2.

¹³⁰ NIGGLI/MAEDER, Jusletter 7. März 2016, Rz. 10 f.; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Rz. 1506; so wohl auch JAAG, in: HÄNER/WALDMANN, 1, 38.

¹³¹ NIGGLI/MAEDER, Jusletter 7. März 2016, Rz. 46 ff.; GOTTINI/VON DER CRONE, SZW 2016, 640, 645 ff.; a.M. UHLMANN, SZW 2011, 437, 441 ff, 446.

¹³² BGE 142 II 243, 252 ff. E. 3.4.

¹³³ BVGer B-4066/2010 vom 19. Mai 2011 E. 8.2 ff.; offen gelassen in BGer 2C_30/2011 vom 12. Januar 2011 E. 5.2.2; a.M. NIGGLI/MAEDER, Jusletter 7. März 2016, Rz. 59 ff.

sprechung des EGMR und des Bundesgerichts vom Zweck der jeweiligen Massnahme auf deren Zuordnung zu einem Rechtsgebiet geschlossen werden. Hinsichtlich der Funktion des Aufsichtsrechts ist festzuhalten, dass es in erster Linie präventiv wirken soll.

Den einzelnen Anleger betrifft das Aufsichtsrecht zwar nicht direkt, da er nicht Partei im aufsichtsrechtlichen Verfahren ist und seine zivilrechtlichen Ansprüche weiterhin auf dem Zivilrechtsweg geltend machen muss.¹³⁴ Die prudenzielle Aufsicht wirkt sich aber «im Sinne einer positiven Externalität»¹³⁵ auch auf das privatrechtliche Verhältnis zwischen Kunde und Finanzdienstleister aus. So kann ein Aufsichtsverfahren etwa beweisrechtlich für den Kläger in einem parallel laufenden Zivilverfahren von Vorteil sein.¹³⁶

D. Zwischenbetrachtung

Materiell sind die Verhaltensregeln in zivil-, aufsichts- und strafrechtlicher Hinsicht teilweise identisch. Dies darf jedoch nicht zum Schluss verleiten, dass mit der zivil-, aufsichts- und strafrechtlichen Durchsetzung identische Zwecke verfolgt werden. So dient die zivilrechtliche Durchsetzung in erster Linie der Kompensation. Haftungsbestimmungen sollen zudem, nach nicht unbestrittener Rechtsauffassung, auch eine präventive Wirkung entfalten. Mit der strafrechtlichen Durchsetzung wird primär die Repression bezweckt. Weiter soll staatliches Strafen auch eine präventive Wirkung entfalten, deren tatsächliche Ausprägung sich allerdings bis jetzt nicht durch empirische Befunde erhärten liess. Davon ausgenommen ist der Aspekt der positiven Generalprävention. Unmittelbar der Prävention dient dagegen die prudenzielle Aufsicht. Gewisse repressive Elemente sind aber auch der aufsichtsrechtlichen Durchsetzung nicht abzuspochen, was entsprechende Massnahmen jedoch gerade in die Nähe von Strafen rückt.

IV. Verwirklichung der Zwecke des E-FIDLEG

Nach Art. 1 Abs. 1 E-FIDLEG bezweckt dieses den Schutz der Kunden von Finanzdienstleistungen sowie die Schaffung vergleichbarer Bedingungen für Finanzdienstleister. Damit soll das Ansehen und die Wettbewerbsfähigkeit des Finanzplatzes Schweiz gestärkt werden.¹³⁷ Aufsichtsrechtliche Verhaltensregeln dienen der Umset-

¹³⁴ BGE 139 II 279, 284 E. 4.2.

¹³⁵ S. BÜHLER, Rz. 247; vgl. BOHRER, GesKR 2014, 318, 332.

¹³⁶ BGE 139 II 279, 286 E. 4.2.

¹³⁷ Vgl. Bot. FIDLEG/FINIG, BBl. 2015, 8940 f.

zung des Gesetzeszwecks auf Marktverhaltensebene.¹³⁸ Damit sie diese Funktion erfüllen können, müssen sie wirksam durchgesetzt werden.

A. Kundenschutz

Der im Zweckartikel explizit genannte Kundenschutz ist gemäss Botschaft dahingehend zu verstehen, dass Kunden «durch die Herstellung einer verbesserten Transparenz sowie mittels klarer Anforderungen an das Verhalten der Dienstleistungserbringer [...] selbstständige Entscheidungen über die Anlage ihrer Vermögenswerte treffen können»¹³⁹. In der Botschaft wird weiter ausgeführt, dass «[e]in effizienter Finanzmarkt und das Vertrauen der Marktteilnehmer in diesen Markt [...] nur dann zustande kommen [können], wenn die wesentlichen Informationen über gehandelte Finanzinstrumente und angebotene Dienstleistungen für alle Marktteilnehmer umfassend, verständlich und zeitnah erhältlich sind»¹⁴⁰. Trotz der etwas kryptischen Formulierung des Zweckartikels ist deshalb davon auszugehen, dass dem FIDLEG, wie bereits geltenden Finanzmarktgesetzen,¹⁴¹ der Dualismus von Anleger- und Funktionsschutz zugrunde liegt.

Umstritten ist im Schrifttum, ob zwischen den Zwecken des Anleger- und Funktionsschutzes ein Hierarchieverhältnis besteht. So geht ein Teil der Lehre davon aus, dass lediglich die Anlegergesamtheit – als kollektiver Träger der Funktion einzelner Anleger als Anbieter und Nachfrager auf dem Kapitalmarkt – geschützt werden soll. Ein anderer Teil der Lehre versteht unter Anlegerschutz dagegen auch den Schutz individueller Vermögensinteressen von Anlegern.¹⁴² Unabhängig davon, welcher Ansicht gefolgt wird, ist Schutz begriffsnotwendig prospektiv.¹⁴³ Schutz bedeutet, dass ein bestimmter Sachverhalt – z.B. die Verletzung von Verhaltensregeln – vermieden wird.¹⁴⁴

Dieser Schutzzweck kann nur verwirklicht werden, wenn Massnahmen ergriffen werden können, bevor überhaupt eine Norm verletzt wurde. Bei rein zivilrechtlichen Verhaltensregeln käme diese Aufgabe dem Kunden selbst zu, was insbesondere bei

¹³⁸ Bot. FIDLEG/FINIG, BBl. 2015, 8940; vgl. zum KAG: BSK KAG-PFENNINGER/NÜESCH, Art. 20 N 1; vgl. zum BEHG: BSK BEHG-BAHAR/STUPP, Art. 11 N 1.

¹³⁹ Bot. FIDLEG/FINIG, BBl. 2015, 8940; vgl. ferner FUCHS, in: FUCHS, Vor §§ 31 WpHG N 74.

¹⁴⁰ Bot. FIDLEG/FINIG, BBl. 2015, 8940.

¹⁴¹ Zum BEHG vgl. WEBER, Art. 1 BEHG N 1; Art. 1 KAG formuliert diese Zwecke prägnanter als der E-FIDLEG; zum FinfraG vgl. SK FinfraG-SETHE, Art. 1 N 11 ff., insb. N 30; zum deutschen WpHG vgl. FUCHS, in: FUCHS, Einl. N 13 ff.

¹⁴² Für einen Schutz des Anlegerkollektivs: S. BÜHLER, Rz. 246 f.; MAURENBRECHER, in: FS von der Crone, 555, 572 ff., m.w.H. Für einen individuellen Anlegerschutz: MONFERRINI/VON DER CRONE, SZW 2012, 347, 354, m.w.H.

¹⁴³ NIGGLI/MAEDER, AJP 2011, 443, 443.

¹⁴⁴ Vgl. ZOBL/KRAMER, Rz. 26; vgl. T. BÜHLER, in: FS Rey, 197, 197.

Privatkunden aus verschiedenen Gründen unrealistisch ist. Eine Aufsichtsbehörde kann dagegen diese Funktion wirksam wahrnehmen. Deswegen macht es Sinn, die Verhaltensregeln im Aufsichtsrecht zu verankern, selbst wenn damit materiell zivilrechtliche Pflichten übernommen werden.¹⁴⁵ Dagegen kann eine Strafbehörde diese Funktion nicht ausüben, da sie bei der Durchsetzung der Verhaltensregeln im Strafverfahren an rechtsstaatliche Prinzipien gebunden ist.¹⁴⁶ Zwar werden diese Grundsätze im VStrR nicht explizit genannt. Es besteht aber nach der h.L. zwischen Kriminal- und Verwaltungsstrafrecht kein qualitativer Unterschied. Vielmehr hängt die Zuordnung zum Verwaltungsstrafrecht allein davon ab, dass die Verfolgung und Beurteilung einer Widerhandlung einer Bundesbehörde übertragen ist (Art. 1 VStrR).¹⁴⁷ Demnach darf bzw. muss das EFD nach dem strafprozessualen Legalitätsprinzip (erst) dann eingreifen, wenn bereits ein hinreichender Tatverdacht auf strafbares Verhalten besteht.¹⁴⁸ Das zentrale Element der aufsichtsrechtlichen Durchsetzung, die prudenzielle Aufsicht durch die FINMA, fehlt.¹⁴⁹

Dem Kundenschutz könnte die Pönalisierung der Verletzung der Verhaltensregeln demnach nur dienen, wenn Strafrecht präventiv wirken würde.¹⁵⁰ Die Beratung des E-FIDLEG im Nationalrat zeigt, dass insbesondere die abschreckende Wirkung von Strafen in die gesetzgeberischen Überlegungen einbezogen wurde.¹⁵¹ Das Strafrecht soll zwar, den relativen Straftheorien folgend, eine Präventivfunktion wahrnehmen. Jedoch fehlen empirische Nachweise, dass das Strafrecht allein diese Funktion auch effektiv wahrnehmen und so als gleichwertiger Ersatz für die fehlende Beaufsichtigung dienen kann.¹⁵² Präventiv könnte Strafrecht allenfalls im Verbund mit anderen Massnahmen wirken. Ob das Beraterregister nach Art. 30 ff. E-FIDLEG eine sinnvolle Ergänzung bildet, ist fraglich, da die Eintragungsvoraussetzungen, insbesondere der Aus- und Weiterbildungsnachweis i.S.v. Art. 6 E-FIDLEG, gerade nicht lau-

¹⁴⁵ FINREG, 16 f.

¹⁴⁶ Vgl. NIGGLI/MAEDER, AJP 2011, 443, 443.

¹⁴⁷ Zum Lehrstreit: EICKER/FRANK/ACHERMANN, 4 ff., m.w.H., die auch davon ausgehen, dass kein qualitativer Unterschied zwischen Verwaltungs- und Kriminalstrafrecht besteht; a.M. STRATENWERTH, § 2 N 44, der der Verwaltungsstrafe einen «sittlichen Vorwurf» abspricht. Anders ist die Situation etwa in Deutschland, das ein Ordnungswidrigkeitsrecht kennt, dem beispielsweise § 39 WpHG zuzuordnen ist, der ähnliche Tatbestände enthält wie Art. 92 E-FIDLEG.

¹⁴⁸ EICKER/FRANK/ACHERMANN, 146.

¹⁴⁹ BOHERER, GesKR 2014, 318, 320 f.

¹⁵⁰ NIGGLI/MAEDER, AJP 2011, 443, 443 f.

¹⁵¹ Votum von Bundesrat MAURER (ABl. NR 2017, <); «Zu beachten ist, dass der Moment der Abschreckung gerade bei prudenziell nicht Beaufsichtigten eine wesentliche Bedeutung hat, da ihnen gegenüber keine anderen Sanktionsmassnahmen möglich sind.» Vgl. das Votum von Nationalrat WALTI: «[...] es bleiben also noch diejenigen übrigen – typischerweise Klein- und Kleinststrukturen, für die auch eine Bussandrohung von 50 000 Franken kein Klacks ist, sondern ein erhebliches Risiko darstellt, das sie bestimmt meiden möchten (ABl. NR 2017, <). Vgl. ferner das Votum von Nationalrätin BIRRER-HEIMO: «Wenn Sanktionen ihre Wirkung entfalten sollen, so müssen sie auch spürbar sein.» (ABl. NR 2017, <).

¹⁵² S.o., III.A.

fend überwacht werden.¹⁵³ Es ist somit davon auszugehen, dass der Schutzzweck der aufsichtsrechtlichen Verhaltensregeln nicht erreicht wird, wenn diese allein strafrechtlich durchgesetzt werden.

Im Hinblick auf den Kundenschutz am schwierigsten zu bewerten ist die auf eine Busse von mehr als 5'000 CHF folgende Löschung aus dem Beraterregister (Art. 31 Abs. 2 lit. a i.V.m. Art. 34 Abs. 4 E-FIDLEG). Diese kann als Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands betrachtet werden und wirkt präventiv i.S.v. sichernd, da der betroffene Kundenberater nicht mehr selbständig als Finanzdienstleister oder für einen nicht beaufsichtigten Finanzdienstleister tätig sein darf. Analog zur Löschung aus dem Register für Versicherungsvermittler (Art. 51 Abs. 2 lit. g VAG)¹⁵⁴ – im Gesetz als sichernde Massnahme bezeichnet – könnte die Löschung aus dem Beraterregister deshalb grundsätzlich als administrativer Rechtsnachteil qualifiziert werden. Wird ein Kundenberater aber aus dem Register gelöscht, weil er in strafbarer Weise gegen die Verhaltensregeln verstossen hat, ist die Löschung die automatische Folge der im Strafverfahren ausgesprochenen Busse. Bei deren Bemessung (vgl. Art. 47 StGB) ist in erster Linie das Verschulden massgeblich. Präventive Gesichtspunkte dürfen bei der Strafzumessung nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung nur im schuldangemessenen Rahmen berücksichtigt werden.¹⁵⁵ Unabhängig von der Qualifikation der Massnahme nach den Engel-Kriterien lässt sich somit festhalten, dass der Gedanke des Kundenschutzes bei der Löschung aus dem Beraterregister zumindest nicht im Vordergrund stehen kann.

B. Schaffung vergleichbarer Bedingungen für Finanzdienstleister

Weiter sollen mit dem FIDLEG und dem FINIG vergleichbare Wettbewerbsbedingungen für vergleichbare Tätigkeiten geschaffen werden. Das bedeutet insbesondere, dass die Anforderungen an in der Schweiz tätige «Finanzinstitute [...] möglichst sektorübergreifend formuliert [werden]»¹⁵⁶. Dies gilt insbesondere für die Verhaltensregeln, an die auch nicht beaufsichtigte Finanzdienstleister gebunden sein sollen.¹⁵⁷

Vergleichbare Bedingungen werden sicherlich insofern geschaffen, als die Verhaltensregeln materiell sowohl für beaufsichtigte als auch für nicht beaufsichtigte Finanzdienstleister unabhängig von der Bewilligungspflicht bzw. Beaufsichtigung von Finanzdienstleistern von Amtes wegen durchgesetzt werden können. Dies bedeutet, dass die Kosten der Durchsetzung nicht von einem klagenden Kunden, sondern vom

¹⁵³ Vgl. PORTMANN/BOCHUD, EF 2016, 58, 68.

¹⁵⁴ BVGer B-3759/2014 vom 11. Mai 2015, E. 3.4.2.

¹⁵⁵ S.o., III.A.

¹⁵⁶ Bot. FIDLEG/FINIG, BBl. 2015, 8926.

¹⁵⁷ Bot. FIDLEG/FINIG, BBl. 2015, 8921.

Staat getragen werden.¹⁵⁸ Wie im aufsichtsrechtlichen Verfahren ist der Kunde auch im Verwaltungsstrafverfahren zwar nicht Partei. Im Gegensatz zum Verfahren nach StPO ist das Institut der Privatklägerschaft im VStrR nicht vorgesehen und eine adhäsionsweise Geltendmachung von Zivilansprüchen entsprechend ausgeschlossen.¹⁵⁹ Jedoch kann sich ein Strafverfahren,¹⁶⁰ wie auch ein Aufsichtsverfahren,¹⁶¹ begünstigend auf seine Position im Zivilverfahren auswirken. Darüber hinaus bestehen aber zahlreiche, teilweise wesentliche und offensichtliche, Unterschiede.

Wie bereits erwähnt ist für die Durchsetzung im Aufsichtsverfahren die FINMA zuständig und für die Durchsetzung im Strafverfahren das EFD. Entsprechend unterscheiden sich natürlich auch die möglichen Rechtsfolgen eines Verstosses gegen die Verhaltensregeln. Kommt die FINMA zum Schluss, dass ein Finanzdienstleister – in genügendem Ausmass – gegen die Verhaltensregeln verstossen hat, steht ihr eine breite Palette aufsichtsrechtlicher Sanktionen zur Verfügung, die sie abhängig vom konkreten Verstoss zielgerichtet einsetzen kann. Über eine Bussenkompetenz verfügt die FINMA indessen nicht.¹⁶² Das EFD kann dagegen lediglich eine Busse aussprechen und dabei die Höhe variieren. Beträgt der Bussenbetrag mindestens CHF 5'000, muss zudem die Registerbehörde den betroffenen Kundenberater aus dem Register löschen, was insofern eine automatische Folge der Busse ist.

Ein weiterer Unterschied betrifft die Adressaten der aufsichtsrechtlichen Massnahmen und der Strafen. Hier kontrastiert das strafrechtliche Täterprinzip¹⁶³ mit der primären Ausrichtung des Aufsichtsrechts auf die Bewilligungsträger.¹⁶⁴ So richten sich aufsichtsrechtliche Massnahmen mehrheitlich gegen die beaufsichtigten Finanzinstitute. Gewisse Massnahmen können auch natürliche Personen treffen. Dagegen treffen Strafen in der Regel ausschliesslich die für oder als Finanzdienstleister tätigen natürlichen Personen. Handelt es sich beim Finanzdienstleister nicht um eine natürliche Person, fehlen Instrumente, um gegen diesen vorzugehen, sofern es sich wie bei den Strafbestimmungen des E-FIDLEG um Übertretungen handelt. Art. 7 VstrR bildet hierzu keine Ausnahme.¹⁶⁵ Das Tätigkeitsverbot, welches die Löschung des Kundenberaters aus dem Register für diesen bedeutet, ist dafür eine sehr einschneidende Rechtsfolge für ein eigentliches Bagatelldelikt.¹⁶⁶ Der Verhängung eines Berufsverbots (Art. 33 FINMAG) durch die FINMA geht dagegen eine Verhältnismässigkeits-

¹⁵⁸ Vgl. S. BÜHLER, Rz. 247.

¹⁵⁹ BStrG BV.2011.26 vom 10. Januar 2012, E. 4; ZULAUF et al., 394.

¹⁶⁰ S.o., III.C.

¹⁶¹ BGE 139 II 279, 286 E. 4.2.

¹⁶² ZULAUF et al., 282.

¹⁶³ Zum Begriff: EICKER/FRANK/ACHERMANN, 50 f.; HAURI, Art. 6 Rz. 1 und 4.

¹⁶⁴ ZULAUF et al., 381.

¹⁶⁵ S.o., II.A.1.

¹⁶⁶ S.o., II.C.

prüfung voraus.¹⁶⁷ Bei der Löschung aus dem Kundenberaterregister wird bei einer Busse von mehr als CHF 5'000 das Schutzinteresse der Anleger dagegen automatisch höher gewichtet als das Interesse des Täters am beruflichen Fortkommen. Zudem muss, wie beim Tätigkeitsverbot nach Art. 67 StGB, auch die Wiederholungsgefahr berücksichtigt werden.¹⁶⁸

Ist ein Kundenberater selbst als Finanzdienstleister tätig, greift das Argument der unterschiedlichen Adressaten der Sanktionen nicht. Von vergleichbaren Bedingungen kann aufgrund des weiten Spektrums aufsichtsrechtlicher Massnahmen im Gegensatz zum blossen Variieren der Bussenhöhe m.E. aber auch im Falle dieser Kleinststrukturen nicht gesprochen werden.

C. Verbesserung der Wettbewerbsfähigkeit und der Reputation des Finanzplatzes Schweiz

Durch die Schaffung vergleichbarer Wettbewerbsbedingungen und den Kundenschutz soll auch das Ansehen und die Wettbewerbsfähigkeit des schweizerischen Finanzplatzes gestärkt werden.

Die Verbesserung der Wettbewerbsfähigkeit und der Reputation des Finanzplatzes Schweiz ist als sekundärer Zweck in dem Sinne formuliert, als er durch Verwirklichung der primären Zwecke des Anleger- und Funktionsschutzes und der Schaffung vergleichbarer Bedingungen für Finanzdienstleister erreicht werden soll.¹⁶⁹ Wird also argumentiert, dass Strafbestimmungen zur Verwirklichung der primären Zwecke wenig beizutragen vermögen, muss konsequenterweise auch davon ausgegangen werden, dass dieser sekundäre Zweck durch Strafbestimmungen nicht gefördert wird.

V. Schlussbetrachtung

Art. 92 E-FIDLEG pönalisiert die Verletzung von Verhaltensregeln. Die Analyse dieser Bestimmung offenbarte zwar einige Unklarheiten, was jedoch mit dem Be-

¹⁶⁷ BSK FINMAG-HSU/BAHAR/FLÜHMANN, Art. 33 N 11. Ein Sachverhalt, der zu einem Berufsverbot von 2 Jahren (A.) bzw. 1 Jahr (B.) geführt hat, wird im FINMA-Enforcementbericht 2015, 9, so geschildert: «Gewährsträger A des DUF X wurde wegen gewerbsmässigen Betrugs rechtskräftig zu einer Freiheitsstrafe von über drei Jahren verurteilt und musste den Strafvollzug antreten. X, sowie dessen Organe A und B, unterliessen es, diese für die Aufsichtstätigkeit wesentlichen Sachverhalte der FINMA und der Prüfgesellschaft zu melden. Stattdessen machten sie wiederholt und gezielt Falschangaben. [...]».

¹⁶⁸ Bot. FINMAG, BBl. 2005, 2882.

¹⁶⁹ Vgl. zu Art. 5 FINMAG, der den Zweck der Wettbewerbsfähigkeit ebenfalls nennt: ARQUINT/SCHAEFER, in: KADDOUS/MATTHEY, 261, 267.

stimmtheitsgebot vereinbar sein dürfte. Anlass zu kritischen Bemerkungen gibt hingegen das vom Gesetzgeber angestrebte «entweder-oder»-Konzept zwischen aufsichts- und strafrechtlicher Durchsetzung.

Zweck der zivilrechtlichen Durchsetzung ist primär die Kompensation materieller Schäden. Die Funktion der aufsichtsrechtlichen Durchsetzung liegt dagegen in erster Linie in der Prävention von Schäden, während strafrechtliche Durchsetzung repressiv wirkt und die Verhaltensregeln symbolisch bekräftigt. Zwar erhofft sich der Gesetzgeber von Art. 92 E-FIDLEG eine präventive, insbesondere eine abschreckende, Wirkung. Eine solche lässt sich für Strafbestimmungen jedoch empirisch nicht nachweisen. Die fehlende aufsichtsrechtliche Durchsetzung der Verhaltensregeln gegenüber nicht beaufsichtigten Finanzdienstleistern kann somit durch den Erlass von Strafbestimmungen nicht kompensiert werden. Aufgrund der beträchtlichen Unterschiede zwischen den aufsichtsrechtlichen Massnahmen und einer Busse werden durch den Erlass von Strafbestimmungen auch keine vergleichbaren Bedingungen zwischen beaufsichtigten und nicht beaufsichtigten Finanzdienstleistern geschaffen. Art. 92 E-FIDLEG ist somit nicht geeignet, die vom Gesetzgeber intendierten Zwecke zu erreichen.

Mit Blick über den Tellerrand des vorliegenden Beitrags soll dies natürlich kein Plädoyer für die Beaufsichtigung sämtlicher Finanzdienstleister sein. Es kann aber geschlossen werden, dass die den Finanzmarkt erfassenden Rechtsgebiete nicht alternativ, sondern komplementär wirken. Deshalb dürfen die Rechtsgebiete nicht in dem Sinne gegeneinander ausgespielt werden, als Bestimmungen im einen Rechtsgebiet das Fehlen von entsprechenden Bestimmungen im anderen Rechtsgebiet legitimieren sollen.

Literaturverzeichnis

ABEGGLEN SANDRO/BIANCHI LUCA/BOLLINGER EDI, Liberalization of the Point of Sale – Amendments to the FIDLEG Bill's Point of Sale Duties Proposed by the Council of States, CapLaw 2017-3

ABEGGLEN SANDRO/HUBER ANDREA, Bewilligungspraxis für Vermögensverwalter, GesKR 2016, 320

ANDERMATT ADRIAN, Die transaktionsorientierte Anlageberatung unter dem neuen Finanzdienstleistungsgesetz (FIDLEG), GesKR 2017, 75

ARQUINT NINA/KISS SILVIA, Die Unabhängigkeit der FINMA mit Blick auf die parlamentarische Oberaufsicht, GesKR 2015, 175

ARQUINT NINA/SCHAEFER RUPERT, Die Rolle von Finanzmarktaufsichtsbehörden beim «Marktzugang» und die Praxis der FINMA, in: KADDOUS CHRISTINE/MATTHEY SYLVAIN (Hrsg.), Services financiers: Suisse et Union européenne, Genf 2016, 261

BARNIKOL MICHAEL, Die Schutzinstrumente des schweizerischen Konsumkreditrechts, Bern 2014

- BIAGGINI GIOVANNI/HÄNER ISABELLE/SAXER URS/SCHOTT MARKUS, Fachhandbuch Verwaltungsrecht: Expertenwissen für die Praxis, Zürich 2015
- BOHRER ANDREAS, Finanzmarkt-Enforcement 3.0, GesKR 2014, 318
- BÖSCH RENÉ, Das neue Schweizer Prospektrecht gemäss E-FIDLEG – eine Bestandesaufnahme und erste Würdigung, ZSR 2016, 81
- BÖSCH RENÉ/RAYROUX FRANÇOIS/WINZELER CHRISTOPH/STUPP ERIC, Basler Kommentar zum Kollektivanlagengesetz, 2. Aufl., Basel 2016
- BÜHLER CHRISTOPH B., «Suitability & Appropriateness»: Was ist wirklich neu? Neue aufsichtsrechtliche Verhaltensregeln für die Erbringung von Finanzdienstleistungen nach dem E-FIDLEG 2015, GesKR 2016, 1
- BÜHLER SIMON, OTC-Handel mit nichtkотиerten Aktien, Zürich 2016
- BÜHLER SIMON/VON DER CRONE HANS CASPAR, Trennung zwischen dem Zivilverfahren und dem Verfahren der Finanzmarktaufsicht, SZW 2013, 563
- BÜHLER THEODOR, Ist die Schadensprävention kein Thema für das Schweizerische Haftpflichtrecht?, in: HONSELL HEINRICH/PORTMANN WOLFGANG/ZÄCH ROGER/ZOBL DIETER (Hrsg.), Aktuelle Aspekte des Schuld- und Sachenrechts: FS Heinz Rey, Zürich 2003, 197
- COHEN EMANUEL, Im Zweifel für die Strafe?: Der Umgang mit dem Legalitätsprinzip im materiellen Strafrecht unter besonderer Berücksichtigung des Bestimmtheitsgebotes und des Analogieverbotes, Zürich 2015
- CONTRATTO FRANCA, FINMA-Vertriebsbericht 2010: Ein Hoffnungsschimmer am Horizont für die Anleger, Jusletter 2. Mai 2011
- DONATSCH ANDREAS/TAG BRIGITTE, Strafrecht I: Verbrechenslehre, 9. Aufl., Zürich 2013
- EGGEN MIRJAM/SCHAEFER RUPERT, Regulierung grenzüberschreitender Tätigkeiten im Finanzmarktrecht, GesKR 2013, 368
- EICKER ANDREAS, Zur Ermittlung des Bestimmtheitsgefälles von Strafvorschriften im Nebenstrafrecht, ZStrR 2014, 168
- EICKER ANDREAS/FRANK FRIEDRICH/ACHERMANN JONAS, Verwaltungsstrafrecht und Verwaltungsstrafverfahrensrecht, Bern 2012
- EMMENEGGER SUSAN, Fidleg und das Vertragsrecht: Eine Einführung, in: EMMENEGGER SUSAN (Hrsg.), Bankvertragsrecht, Basel 2017, 199
- EMMENEGGER SUSAN/GOOD RAHEL, Anlegerschutz in der Vermögensverwaltung und Anlageberatung: Zum Projekt eines Finanzdienstleistungsgesetzes für die Schweiz (FIDLEG), in: SETHE ROLF/HENS THORSTEN/VON DER CRONE HANS CASPAR/WEBER ROLF H. (Hrsg.), Anlegerschutz im Finanzmarktrecht kontrovers diskutiert, Zürich 2013, 85
- EMMENEGGER SUSAN/THÉVENOZ LUC/DÖBELI THIRZA/LEPORI LEANDRO, Das Schweizerische Bankprivatrecht 2016. Le droit bancaire privé suisse 2016, SZW 2017, 210
- FELLMANN WALTER, Selbstverantwortung und Verantwortlichkeit im Schadenersatzrecht, SJZ 1995, 41
- UNIVERSITÄRER FORSCHUNGSSCHWERPUNKT FINANZMARKTREGULIERUNG (FinReg), Stellungnahme zum VE-FIDLEG, Zürich 2014
- FUCHS ANDREAS, Kommentar zum Wertpapierhandelsgesetz (WpHG), 2. Aufl., München 2016
- GÖPPINGER HANS, Kriminologie, 6. Aufl., München 2008

- GOTTINI MELANIE/VON DER CRONE HANS CASPAR, Berufsverbot nach Art. 33 FINMAG, SZW 2016, 640
- GRAF DAMIAN K., Gesellschaftsorgane zwischen Aktienrecht und Strafrecht: Aktienrechtliche Verantwortlichkeit – Ungetreue Geschäftsbesorgung – Misswirtschaft: zugleich ein Beitrag zur Einheit der Rechtsordnung, Zürich 2017
- HÄFELIN ULRICH/HALLER WALTER/KELLER HELEN, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 9. Aufl., Zürich 2016
- HÄFELIN ULRICH/MÜLLER GEORG/UHLMANN FELIX, Allgemeines Verwaltungsrecht, 7. Aufl., Zürich 2016
- HASSEMER WINFRIED, Einführung in die Grundlagen des Strafrechts, 2. Aufl., München 1990
- HAURI KURT, Verwaltungsstrafrecht (VStrR) (Bundesgesetz vom 22. März 1974 über das Verwaltungsstrafrecht): Motive, Doktrin, Rechtsprechung, Bern 1998
- JAAG TOBIAS, Sanktionen im Verwaltungsrecht, in: ACKERMANN JÜRIG-BEAT/DONATSCH ANDREAS/REHBERG JÖRG (Hrsg.), Wirtschaft und Strafrecht: FS Niklaus Schmid, Zürich 2001, 559
- JAAG TOBIAS, Verwaltungsrechtliche Sanktionen: Einführung, in: HÄNER ISABELLE/WALDMANN BERNHARD (Hrsg.), Verwaltungsstrafrecht und sanktionierendes Verwaltungsrecht, Zürich 2010, 1
- JOSITSCH DANIEL/VON ROTZ MADELEINE, Das Finanzmarktstrafrecht der Schweiz – Status quo unter Einbezug der neusten Gesetzesänderungen, des internationalen Einflusses sowie der anstehenden Neuerungen, SZW 2016, 592
- JUNG PETER/SPITZ PHILIPPE (Hrsg.), Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG), 2. Aufl., Bern 2016 (zit. SHK UWG-BEARBEITER).
- KILGUS SABINE, Expertengutachten betreffend die Regulierungs- und Kommunikationstätigkeit der FINMA, 2014
- KÜHNE ARMIN/SCHUNK MARKUS/KELLER ASTRID, Schweizerisches Recht der kollektiven Kapitalanlagen: Praktischer Überblick und rechtliche Grundlagen, 2. Aufl., Zürich 2014
- KUNZ KARL-LUDWIG/SINGELNSTEIN TOBIAS, Kriminologie, 7. Aufl., Bern/Stuttgart/Wien 2016
- KUNZ PETER V., Kreuzfahrt durch's schweizerische Finanzmarktrecht, Bern 2014
- LARENZ KARL, Lehrbuch des Schuldrechts, 14. Aufl., München 1982
- LOCHER ALEXANDER, Verwaltungsrechtliche Sanktionen: rechtliche Ausgestaltung, Abgrenzung und Anwendbarkeit der Verfahrensgarantien, Zürich 2013
- MAURENBRECHER BENEDIKT, Privatrechtliche Haftung für die Verletzung aufsichtsrechtlicher Vorschriften, in: WEBER ROLF H./STOFFEL WALTER A./CHENAUX JEAN-LUC/SETHE ROLF (Hrsg.), Aktuelle Herausforderungen des Gesellschafts- und Finanzmarktrechts: FS Hans Caspar von der Crone, Zürich 2017, 555
- MONFERRINI ISABELLE/VON DER CRONE HANS CASPAR, Haftung des Effekthändlers für strukturierte Produkte im ausservertraglichen Verhältnis, SZW 2012, 347
- NIGGLI MARCEL ALEXANDER/MAEDER STEFAN, Was unterscheidet Haftpflichtrecht von Strafrecht, in: BÖHME ANNA/GÄHWILER FABIAN/THEUS SIMONI FABIANA/ZUBERBÜHLER IVO (Hrsg.), Ohne jegliche Haftung: Beiträge zum schweizerischen Haftpflicht- und Schuldrecht: FS Willi Fischer, Zürich 2016, 379
- NIGGLI MARCEL ALEXANDER/MAEDER STEFAN, Was schützt eigentlich Strafrecht (und schützt es überhaupt etwas)?, AJP 2014, 443

- NIGGLI MARCEL ALEXANDER/MAEDER STEFAN, Das Enforcementverfahren der Finanzmarktaufsicht (FINMA), Jusletter 7. März 2016
- NIGGLI MARCEL ALEXANDER/RIEDO CHRISTOPH, Quasi-Strafrecht, Strafrecht im engeren und weitere Sinne und «Sozialethisches Unwerturteil», in: AMSTUTZ MARC/HOCHREUTENER INGE/STOFFEL WALTER (Hrsg.), Die Praxis des Kartellgesetzes im Spannungsfeld von Recht und Ökonomie, Zürich 2011, 91.
- NIGGLI MARCEL ALEXANDER/RIEDO CHRISTOPH, Verwaltungsstrafrecht, Teil 2: Eine Lösung, viele Probleme, einige Beispiele und kein Märchen, in: Häner Isabelle/Waldmann Bernhard (Hrsg.), Verwaltungsstrafrecht und sanktionierendes Verwaltungsrecht, Zürich 2010, 51
- NIGGLI MARCEL ALEXANDER/WIPRÄCHTIGER HANS, Basler Kommentar zum Strafrecht I: Art. 1–110 StGB, Jugendstrafgesetz, 3. Aufl., Basel 2013
- OFTINGER KARL/STARK EMIL W., Schweizerisches Haftpflichtrecht, 5. Aufl., Zürich 1995
- PORTMANN PASCAL/BOCHUD PHILIPPE, Banken und Effekthändler, Regulierung ohne Ende: Aufsichtsrechtliche Entwicklungen, EF 2016, 58
- REY HEINZ, Ausservertragliches Haftpflichtrecht, 4. Aufl., Zürich 2008
- ROBERTO VITO, Haftpflichtrecht, Bern 2013
- ROXIN CLAUS, Strafrechtliche Grundlagenprobleme, Berlin 1973 (zit. als ROXIN, Grundlagenprobleme)
- ROXIN CLAUS, Strafrecht Allgemeiner Teil I: Grundlagen. Der Aufbau der Verbrechenslehre, 4. Aufl., München 2006 (zit. als ROXIN, Verbrechenslehre)
- RUMO-JUNGO ALEXANDRA, Haftpflicht und Sozialversicherung: Begriffe, Wertungen und Schadenausgleich, Freiburg 1993
- SCHÄFER HANS-BERND/OTT CLAUS, Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Zivilrechts, 5. Aufl., Berlin 2012
- SCHLEIFFER PATRICK/SCHÄRLI PATRICK, Ein Überblick über das künftige Finanzdienstleistungsgesetz und Finanzinstitutsgesetz, GesKR 2014, 334
- SCHMID JÖRG, Informationspflichten des Finanzdienstleisters bei «Execution-only-Geschäften», in: EMMENEGGER SUSAN (Hrsg.), Bankvertragsrecht, Basel 2017, 221
- SCHULTZ HANS, Einführung in den allgemeinen Teil des Strafrechts: Ein Grundriss, 4. Aufl., Bern 1982
- SCHWARZENEGGER CHRISTIAN/HUG MARKUS/JOSITSCH DANIEL, Strafrecht II: Strafen und Massnahmen, 8. Aufl., Zürich 2007
- SCHWENZER INGEBORG, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, 7. Aufl., Bern 2016
- SETHE ROLF, Anlegerschutz im Recht der Vermögensverwaltung, Köln 2005
- SETHE ROLF, Treupflichten der Banken bei der Vermögensanlage, AcP 2012, 80
- SETHE ROLF, Verschärfte Regeln für Anlageberater im Retail-Bereich, in: KOSCHYK HARTMUT/LEIBLE STEFAN/SCHÄFER KLAUS (Hrsg.), Anlegerschutz und Stabilität der Finanzmärkte, Jena 2012, 131
- SETHE ROLF, Einige kritische Anmerkungen zum geplanten Schweizer Finanzdienstleistungsgesetz, in: CASPER MATTHIAS/KLÖHN LARS/ROTH WULF-HENNING/SCHMIES CHRISTIAN (Hrsg.), FS Johannes Köndgen, Köln 2016, 599
- SETHE ROLF, MiFID II – Eine Herausforderung für den Finanzplatz Schweiz, SJZ 2014, 477

- SETHE ROLF/HENS THORSTEN, Die Bestimmung der Angemessenheit und der Geeignetheit von Finanzdienstleistungen und Finanzinstrumenten, in: WEBER ROLF H./STOFFEL WALTER A./CHENAUX JEAN-LUC/SETHE ROLF (Hrsg.), Aktuelle Herausforderungen des Gesellschafts- und Finanzmarktrechts: FS Hans Caspar von der Crone, Zürich 2017, 589
- SETHE ROLF/SEILER MORITZ, Dokumentation und Rechenschaft im geplanten FIDLEG, in: WALDBURGER ROBERT/SESTER PETER/PETER CHRISTOPH/BAER CHARLOTTE M. (Hrsg.), Law & Economics, Festschrift Peter Nobel, Bern 2015, 431
- SETHE ROLF/FAVRE OLIVIER/HESS MARTIN/KRAMER STEFAN/SCHOTT ANSGAR (Hrsg.), Kommentar zum Finanzmarktinfrakturgesetz FinfraG, Zürich 2017
- STRATENWERTH GÜNTER, Schweizerisches Strafrecht: Allgemeiner Teil I: Die Straftat, 4. Aufl., Bern 2011
- UHLMANN FELIX, Berufsverbot nach Art. 33 FINMAG, SZW 2011, 437
- TRAUTMANN MATTHIAS/VON DER CRONE HANS CASPAR, Die Know-Your-Customer-Rule im Vermögensverwaltungsauftrag, in: SETHE ROLF/HENS THORSTEN/VON DER CRONE HANS CASPAR/WEBER ROLF H. (Hrsg.), Anlegerschutz im Finanzmarktrecht kontrovers diskutiert, Zürich 2013, 133
- TSCHANNEN PIERRE/ZIMMERLI ULRICH/MÜLLER MARKUS, Allgemeines Verwaltungsrecht, 4. Aufl., Bern 2014
- WATTER ROLF/VOGT NEDIM PETER (Hrsg.), Basler Kommentar zum Börsengesetz, Finanzmarktaufsichtsgesetz, 2. Aufl., Basel 2011
- WEBER ROLF H., Börsenrecht: Kommentar: Börsengesetz (BEHG) mit weiteren Erlassen, 2. Aufl., Zürich 2013
- WEBER ROLF H., Anlegerschutz durch regulatorisches Enforcement, in: SETHE ROLF/HENS THORSTEN/VON DER CRONE HANS CASPAR/WEBER ROLF H. (Hrsg.), Anlegerschutz im Finanzmarktrecht kontrovers diskutiert, Zürich 2013, 319
- WEBER ROLF H., Finanzdienstleistungen im Spannungsfeld von Zivil- und Aufsichtsrecht, SJZ 2013, 405
- WOHLERS WOLFGANG, Strafrecht als ultima ratio – tragender Grundsatz eines rechtsstaatlichen Strafrechts oder Prinzip ohne eigenen Aussagegehalt, in: VON HIRSCH ANDREW/SEELMANN KURT/WOHLERS WOLFGANG (Hrsg.), Mediating Principles: Begrenzungsprinzipien bei der Strafbegründung, Baden-Baden 2006, 54
- WOHLERS WOLFGANG, Selbstregulierung – Aufsichtsrecht – Strafrecht: (Ziel-)Konflikte und Interdependenzen, in: ACKERMANN JÜRIG-BEAT/WOHLERS WOLFGANG (Hrsg.), Finanzmarkt ausser Kontrolle? Selbstregulierung – Aufsichtsrecht – Strafrecht, 267
- WYSS DAVID, Finanzmarktenforcement der FINMA: Die Instrumente und ihr Einsatz in der Praxis, in: EMMENEGGER SUSAN (Hrsg.), Banken zwischen Strafrecht und Aufsichtsrecht, Basel 2014, 83
- ZOBL DIETER/KRAMER STEFAN, Schweizerisches Kapitalmarktrecht, Zürich 2004
- ZULAUF URS/WYSS DAVID/TANNER KATHRIN/KÄHR MICHEL/FRITSCHÉ CLAUDIA M./EYMANN PATRIC/AMMANN FRITZ, Finanzmarktenforcement, 2. Aufl., Bern 2014

Materialienverzeichnis

Amtliches Bulletin der Bundesversammlung, Ständerat, Wintersession 2016

Bericht der FINMA «Regulierung von Produktion und Vertrieb von Finanzprodukten an Privatkunden – Stand, Mängel und Handlungsoptionen» («FINMA-Vertriebsbericht 2010») (zit. als FINMA-Vertriebsbericht)

Botschaft zum Finanzdienstleistungsgesetz (FIDLEG) und zum Finanzinstitutsgesetz (FINIG) vom 4. November 2015, BBl. 2015, 8901

Botschaft zum Bundesgesetz über die Eidgenössische Finanzmarktaufsicht (Finanzmarktaufsichtsgesetz; FINMAG) vom 1. Februar 2006, BBl. 2006 I, 2829

Botschaft zur Änderung des Schweizerischen Strafgesetzbuches (Allgemeine Bestimmungen, Einführung und Anwendung des Gesetzes) und des Militärstrafgesetzes sowie zu einem Bundesgesetz über das Jugendstrafrecht vom 21. September 1998, BBl. 1999 II, 1979

Botschaft des Bundesrates an die Bundesversammlung zum Entwurf eines Bundesgesetzes über das Verwaltungsstrafrecht vom 21. April 1971, BBl. 1971 I, 993

Fahne des Nationalrats zum Finanzdienstleistungsgesetz (FIDLEG) und Finanzinstitutsgesetz (FINIG) vom 25. September 2016 (Geschäftsnummer 15.073) (zit. als Art. ... E-Gesetz)

FINMA-Enforcementbericht 2015 vom 7. April 2016 (zit. als FINMA-Enforcementbericht 2015)

Medienmitteilung der Kommission für Wirtschaft und Abgaben des Nationalrates vom 16.8.2017

Positionspapier der FINMA «Regulierung der Produktion und des Vertriebs von Finanzprodukten» («FINMA-Positionspapier Vertriebsregeln») (zit. als FINMA-Positionspapier)

Fintech: Die FINMA im Spannungsfeld zwischen Schutzziele und Wettbewerbsfähigkeit

Überlegungen zu einer Reform von Art. 5 FINMAG

*Nico Hess**

Inhaltsübersicht

I.	Einleitung	275
II.	Die bankenrechtliche Regulierung von Fintech-Unternehmen in der Schweiz	277
	A. Bisherige Rechtslage	277
	B. Deregulierung durch die Fintech-Reform	278
	C. Die drei Säulen der Fintech-Vorlage	279
	1. Ausweitung der Frist für Abwicklungskonten	279
	2. Schaffung eines bewilligungsfreien Innovationsraums	280
	3. Neue Bewilligungskategorie	281
	D. Ausblick	282
III.	Die Rolle von Finanzmarktaufsichtsbehörden in Zeiten zunehmender Digitalisierung	283
	A. Digitalisierung als Risiko- oder Wettbewerbsfaktor?	283
	B. Die Fintech-freundliche Haltung der FINMA	285
IV.	Die FINMA und die Wettbewerbsfähigkeit	286
	A. Art. 5 FINMAG als Ausgangspunkt	287
	B. Reformvorschläge für die Aufsichtsziele der FINMA	288
	1. Vorschlag Lüscher: Wettbewerbsfähigkeit als weiteres primäres Ziel	288
	2. Gegenvorschlag Bundesrat/Parlament: Zukunftsfähigkeit als weiteres sekundäres Ziel	290
	3. Dritter Vorschlag: Separate Vergabe des Mandats zur Stärkung der Wettbewerbsfähigkeit des Schweizer Finanzplatzes	291
V.	Schlussbetrachtung	294
	Literaturverzeichnis	296
	Materialienverzeichnis	298

I. Einleitung

Die Digitalisierung erfasst derzeit alle Bereiche der Wirtschaft, insb. auch den Finanzsektor. Crowdfunding-Plattformen, Kryptowährungen wie Bitcoin, Zahlungen

* Ein besonderer Dank geht an Prof. Dr. Franca Contratto für die wertvollen Hinweise zum Beitrag. Gedankt sei auch Prof. Dr. Damiano Canapa, MLaw Robin Landolt und MLaw Nicola Müller für die Aufnahme dieses Aufsatzes in den APARIUZ Band XIX. Der Beitrag wurde am 4. Oktober 2017 abgeschlossen; Literatur und Materialien wurden bis zu diesem Datum berücksichtigt. Der Autor vertritt in diesem Beitrag ausschliesslich seine eigene Auffassung.

mit dem Mobiltelefon sowie Vermögensverwaltung durch Robo-Advisors sind nur einige Beispiele, die den zunehmenden Einfluss der Digitalisierung auf die Finanzwelt bestätigen.¹ Die Anbieter von solch innovativen Finanztechnologien werden als «Fintech-Unternehmen» oder «Fintechs» bezeichnet.²

Der schweizerische Fintech-Sektor wächst trotz regulatorischen Markteintrittshürden kontinuierlich. Ende 2016 konnten insgesamt 190 Fintechs gezählt werden.³ Durch eine Deregulierung im Bereich des BankG und der BankV soll die Wettbewerbsfähigkeit des Schweizer Finanzplatzes gestärkt werden, so dass die Zahl der einheimischen Finanztechnologieanbieter noch weiter steigt.⁴ Die Teilrevision der BankV ist bereits am 1. August 2017 in Kraft getreten; Fintech-Unternehmen können also bereits heute von gewissen Markteintrittserleichterungen profitieren.

Der folgende Beitrag befasst sich in einem ersten Teil mit der bankenrechtlichen Regulierung von Fintechs in der Schweiz (II), wobei insb. auf die bisherige Rechtslage (II.A), die Stossrichtung der Neuregelung (II.B) sowie auf die drei Säulen der Fintech-Vorlage (II.C) eingegangen wird. Im zweiten Teil wird die Rolle von Finanzmarktaufsichtsbehörden in Zeiten zunehmender Digitalisierung betrachtet (III), bevor im dritten Teil die Aufsichtsziele der FINMA beleuchtet (IV.A) und einige Reformvorschläge zu Art. 5 FINMAG kritisch gewürdigt werden (IV.B). Der Aufsatz wird mit einer Schlussbetrachtung abgerundet (V).

¹ Für eine umfassende und übersichtliche Klassifizierung der Anbieter von digitalisierten Finanzdienstleistungen s. ANKENBRAND/BIERI, in: ANKENBRAND/DIETRICH/BIERI, 3 f. An dieser Einteilung der Fintech-Bereiche orientiert sich auch das EFD, Erläuterungen, 3 Fn. 2. Vgl. auch die fast deckungsgleiche Kategorisierung bei WEBER/BAUMANN, Jusletter 2015, Rz. 9 und 11 ff.

² Fintech ist die Kurzform von «Financial Technology» und somit eine Verbindung der Begriffe «Finanzdienstleistungen» und «(Informations)Technologien», s. WEBER/BAUMANN, Jusletter 2015, Rz. 5; EFD, Erläuterungen, 3 Fn. 1.

³ ANKENBRAND/BIERI, in: ANKENBRAND/DIETRICH/BIERI, 35. In dieser Zahl nicht einberechnet sind erstens Plattformen im Bereich Crowddonating/Crowdsupporting, welche nicht typische Finanztransaktionen darstellen; zweitens Vergleichsplattformen für Finanzdienstleistungen; drittens Unternehmen, welche 2016 inaktiv waren, d.h. weder über eine aktualisierte Website verfügten noch auf Telefon/E-Mail reagierten und auch sonst keine nennenswerten Aktivitäten hatten sowie viertens Unternehmen, welche im 2016 ihr Fintech-Geschäftsmodell abbrachen bzw. abänderten.

⁴ S. EFD, Erläuternder Bericht, 2.

II. Die bankenrechtliche Regulierung von Fintech-Unternehmen in der Schweiz

A. Bisherige Rechtslage

Die Geschäftstätigkeit von Fintech-Unternehmen beinhaltet oftmals die Entgegennahme von Geldern.⁵ Gem. Art. 1 Abs. 2 BankG ist für die gewerbsmässige Entgegennahme von Publikumseinlagen jedoch eine Banklizenz erforderlich. Gewerbsmässiges Handeln liegt bereits dann vor, wenn jemand dauernd mehr als 20 Publikumseinlagen entgegennimmt oder sich öffentlich zur Entgegennahme von Publikumseinlagen empfiehlt, selbst wenn daraus weniger als 20 Einlagen resultieren (Art. 6 Abs. 1 BankV).⁶

Fintechs sind überwiegend kleine Unternehmen mit wenigen Mitarbeitern⁷ und ohne grosses Kapital⁸, für welche die Bewilligungsanforderungen der Banklizenz eine fast unüberwindbare Hürde darstellen. So verlangt das Bankenrecht nicht nur ein Mindestkapital von 10 Mio. CHF (Art. 3 Abs. 2 lit. b BankG i.V.m. Art. 15 Abs. 1 BankV), sondern es stellt auch hohe Anforderungen an das Eigenkapital und die Liquidität (Art. 4 BankG). Ein grosser Kostenblock stellt zudem die durch Art. 18 BankG vorgeschriebene Prüfung durch eine besonders qualifizierte Prüfungsgesellschaft gem. Art. 9a Abs. 1 RAG dar.⁹ Und schliesslich ist – neben dem grossen Aufwand und den hohen Kosten – auch der Zeitverlust beim Einholen einer Bankbewilligung für viele Fintech-Unternehmen eine Markteintrittshürde, entscheidet doch in der heute rasch voranschreitenden Digitalisierung oft der richtige Zeitpunkt des Markteintritts über Erfolg und Misserfolg eines neuen Geschäftsmodells.¹⁰

Erschwert wird diese Ausgangslage für Finanztechnologieanbieter auch durch den relativ weit gefassten Einlagenbegriff im Schweizer Recht. Grds. gelten nämlich laut BGER alle Verbindlichkeiten als Einlagen.¹¹ Zwar sieht Art. 5 Abs. 2 und 3 BankV

⁵ EFD, Erläuterungen, 9 ff.; BRANSON, Wandel, 5.

⁶ Die unbefugte Entgegennahme von Publikumseinlagen sowie das Werben für die Entgegennahme von Publikumseinlagen ohne Banklizenz werden auch strafrechtlich geahndet (Art. 46 Abs. 1 lit. a sowie Art. 49 Abs. 1 lit. c BankG).

⁷ Gem. ANKENBRAND/BIERI, in: ANKENBRAND/DIETRICH/BIERI, 36 f., haben etwa zwei Drittel der schweizerischen Fintech-Unternehmen weniger als 15 Vollzeitarbeitnehmende.

⁸ Vgl. insb. Grafik 8.9 bei ANKENBRAND/BIERI, in: ANKENBRAND/DIETRICH/BIERI, 39.

⁹ S. EFD, Erläuterungen, 9.

¹⁰ Vgl. auch GRAF/MAYER, GesKR 2016, 470, 470.

¹¹ BGE 136 II 43, 48 E. 4.2; s. zum Einlagenbegriff auch SCHÖNKNECHT, GesKR 2016, 300, 300 ff., der erwartet, dass es in naher Zukunft – aufgrund der wachsenden Fintech-Branche – wohl vermehrt politische Diskussionen zur Eingrenzung des Einlagenbegriffs geben wird (319).

gewisse Ausnahmen vor, welche jedoch für Fintech-Unternehmen in der Praxis nur selten von Hilfe sind.¹²

B. Deregulierung durch die Fintech-Reform

Am 2. November 2016 stellte das EFD in einem Bericht die drei Säulen des neuen Regulierungsansatzes für Fintech-Unternehmen vor.¹³ Bei dieser Fintech-Vorlage geht es darum, das bestehende Regulierungskorsett, genauer gesagt den bestehenden Anwendungsbereich des BankG (s.o. II.A), welcher aus finanzmarktregulatorischer Sicht die grösste Hürde für Fintech-Unternehmen darstellt,¹⁴ etwas zu lockern. Es handelt sich somit um ein im Finanzmarkt nicht sehr oft vorzufindendes Deregulierungsprojekt.¹⁵

V.a. nach der Finanzkrise 2007–2009 nahm der Regulierungseifer im Bereich der Banken und anderen Finanzdienstleistern immer wie mehr zu, so dass oft Kritik über die sog. Überregulierung zu hören war.¹⁶ Treiber hinter diesen zunehmenden Regulierungslasten war der verstärkte Ruf nach mehr Individual- und Funktionsschutz (Schutzziele), wobei insb. der Systemstabilität eine grössere Bedeutung zugemessen wurde.¹⁷

Bei der vorliegenden Fintech-Reform scheint sich der Wind nun aber gedreht zu haben. In den Materialien ist von diesem Ruf nach einer Stärkung der Schutzziele auf den ersten Blick nicht mehr allzu viel zu sehen.¹⁸ Vielmehr wird vom «Abbau von unverhältnismässigen Markteintrittshürden» und von der «Stärkung der Innovationsfähigkeit von Unternehmen und der Wettbewerbsfähigkeit des Finanzplatzes» gesprochen.¹⁹ Vergleicht man diese Stossrichtung der Fintech-Regulierung mit den Zielen der Finanzmarktaufsicht gem. Art. 5 FINMAG, so stellt sich die Frage, ob sich diesbezüglich nicht ein gewisses Spannungsverhältnis zeigt, welches einer gesetzli-

¹² S. für einzelne Geschäftsmodelle z.B. EFD, Erläuterungen, 9 f. sowie BRANSON, Wandel, 5.

¹³ EFD, Rohstoff, 2 ff.

¹⁴ REICHMUTH/VON DER CRONE, SZW 2017, 253, 264.

¹⁵ Mit der Fintech-Vorlage sollen zwar zusätzliche Bestimmungen in das BankG und die BankV aufgenommen werden, was grds. eine Zunahme der Gesetzes- und Verordnungbestimmungen und somit der Regulierung bedeutet. Da jedoch das Regulierungskleid für Fintech-Unternehmen mit Ausnahmebestimmungen und erleichterten Bewilligungsvoraussetzungen abnehmen wird und neu weniger hohe Markteintrittshürden bestehen, kann aus Sicht der Finanzdienstleister trotzdem von einer Deregulierung gesprochen werden.

¹⁶ Vgl. statt vieler etwa NOBEL, SZW 2014, 589, 589.

¹⁷ Die Zunahme von digitalisierten Finanzdienstleistungen stellt auch neue Herausforderungen für die Systemstabilität dar; s. dazu insb. FSB, FinTech, 13 ff. sowie WEBER, in: FS von der Crone, 405, 405 ff.

¹⁸ Vgl. auch BRAIDI/SCHMIDT, Jusletter 2017, Rz. 42 ff., 67 ff., 85; REICHMUTH/VON DER CRONE, SZW 2017, 253, 265 ff., welche v.a. eine Schwächung des Individualschutzes feststellen.

¹⁹ S. EFD, Erläuternder Bericht, 2.

chen Klärung bedarf. Bevor jedoch auf dieses Spannungsverhältnis näher eingegangen wird (s.u. IV), sollen die folgenden Abschnitte einen Überblick über die drei Säulen der Fintech-Revision vermitteln.

C. Die drei Säulen der Fintech-Vorlage

1. Ausweitung der Frist für Abwicklungskonten

Bereits in seiner Medienmitteilung vom 20. April 2016 wies der Bundesrat darauf hin, dass Fintechs gem. Art. 5 Abs. 3 lit. c BankV nicht unter das BankG fallen würden, sofern sie «fremde Gelder allein zum Zweck der Weiterleitung entgegennehmen, ohne einen Zins zu bezahlen, und die Abwicklung (Weiterleitung an einen im Voraus bestimmten Begünstigten oder Rücküberweisung an die Geldgeber) vorgängig bestimmt ist»²⁰. Das BGer hält diese Ausnahme für kurzfristige Durchlaufkonten anwendbar, wenn das Geschäft «organisiert bzw. unmittelbar absehbar ist und die dafür erforderlichen Vertragsbeziehungen nicht erst noch ausgehandelt werden müssen»²¹. Wie lange Publikumseinlagen jedoch auf einem Abwicklungskonto sein dürfen, um von dieser Ausnahme profitieren zu können, ist gesetzlich nicht geregelt.²² Die Praxis der FINMA gewährt die Ausnahme für Abwicklungskonten, sofern die Einlagen innerhalb von einer Frist von sieben Tagen weitergeleitet werden.²³

Neu verlängert Art. 5 Abs. 3 lit. c Zi f f. 2 BankV diese Frist, sofern es sich nicht um Kundenkonten von Effektenhändlern handelt, von sieben auf 60 Tage. Mit dieser Regelung auf Verordnungsstufe sorgt der Bundesrat einerseits für (bisher nicht vorhandene) Rechtssicherheit. Andererseits werden insb. Crowdfunding-Plattformen – wobei die Regelung grds. für alle (Fintech-)Unternehmen anwendbar ist – davon profitieren, da die Projektfinanzierungen über solche Plattformen meistens länger als sieben Tage dauern.²⁴

Interessanterweise behält sich der Bundesrat in den Erläuterungen zur Fintech-Vorlage jedoch – je nach den Auswirkungen der neuen Ausnahmebestimmung – eine allfällige Anpassung der Frist ausdrücklich vor.²⁵ Es kann somit durchaus sein, dass die Frist für Abwicklungskonten nach einigen Jahren noch auf 90 Tage verlängert wird, so wie es auch einige Vernehmlassungsteilnehmer gefordert hatten.²⁶

²⁰ BUNDESRAT, Medienmitteilung.

²¹ BGer 2C_929/2010 vom 13. April 2011 E. 3.4.2.

²² S.a. FINMA-RS 2008/3, N 16, gem. welchem solche Abwicklungskonten einzig zur Verfügungsteilung der notwendigen Liquidität dienen.

²³ EFD, Erläuterungen, 9.

²⁴ Vgl. dazu auch GRAF/MAYER, GesKR 2016, 470, 472.

²⁵ EFD, Erläuterungen, 15.

²⁶ Vgl. EFD, Ergebnisbericht, 12, vgl. auch BRAIDI/SCHMIDT, Jusletter 2017, Rz. 31.

2. Schaffung eines bewilligungsfreien Innovationsraums

Eine weitere Ausnahme vom Anwendungsbereich des BankG soll die Schaffung eines bewilligungsfreien Innovationsraums darstellen. In der Literatur wird auch oft – in Anlehnung an ähnliche ausländische Regulierungen²⁷ – von Sandkasten oder Sandbox gesprochen.

Mit diesem Regulierungsinstrument soll der Problematik begegnet werden, dass viele Fintechs unter Art. 6 Abs. 1 BankV fallen, da sie dauernd von mehr als 20 Personen Publikumseinlagen entgegennehmen oder sich zumindest öffentlich dafür empfehlen. Dies hat eine innovationshindernde Wirkung, da Anbieter von Finanztechnologien schon zu einem frühen Zeitpunkt darüber entscheiden müssen, ob sie für ihr Projekt eine teure und mit viel Aufwand verbundene Banklizenz beantragen sollen (s.o. II.A). Neu wird deshalb für Geschäftsmodelle im Fintech-Bereich ein zum Experimentieren geeigneter Sandkasten vorgesehen, welcher es den Markteinsteigern ermöglichen soll, vor den mit einer Banklizenz verbundenen Bemühungen zu testen, ob sich ihr Geschäftsmodell auf dem Markt überhaupt behaupten kann.²⁸

Um die mit dieser erweiterten bewilligungsfreien Tätigkeit erhöhten Risiken im Zaun zu halten, lässt der Gesetzgeber den Fintech-Unternehmen nur unter den folgenden drei Voraussetzungen Zugang zum Sandkasten (Art. 6 Abs. 2 BankV):

- (1) Entgegennahme von Publikumseinlagen von max. einer Million CHF (lit. a);
- (2) keine Anlage oder Verzinsung (lit. b), sofern die entgegengenommenen Publikumseinlagen nicht für eine gewerblich-industrielle Haupttätigkeit verwendet werden (Art. 6 Abs. 3, z.B. die Finanzierung von neu anzuschaffenden Rasenmähertraktoren für eine Gärtnerei via Crowdlending);
- (3) vorgängige schriftliche (oder in einer anderen durch Text nachweisbaren Form) Information der Einleger über den nicht beaufsichtigten Status und die fehlende Einlagensicherung (lit. c).

Der nach der Vernehmlassung neu aufgenommene Art. 6 Abs. 4 BankV regelt zudem den Übergang bei Überschreiten der Einlagengrenze von einer Million CHF. Demnach muss bei Überschreitung dieser Schwelle innerhalb von zehn Tagen der FINMA Meldung erstattet sowie innerhalb von 30 Tagen ein Bewilligungsgesuch nach BankG eingereicht werden.²⁹ Gem. heutiger Rechtslage ist damit ein Gesuch um Erteilung einer Banklizenz gemeint. In Zukunft werden wohl aber einige Gesellschaften die geplante Fintech-Lizenz beantragen (s.u. II.C.3 und II.D).

²⁷ Als erstes erschuf die britische FCA für Fintech-Unternehmen eine Sandbox (s. dazu <<https://www.fca.org.uk/firms/regulatory-sandbox>> [04.10.2017]). Es folgten in vielen weiteren Ländern ähnliche Sandkästen, so z.B. auch in Singapur (s. dazu MAS, Sandbox, 1 ff.).

²⁸ EFD, Erläuterungen, 13.

²⁹ Kritisch dazu BRAIDI/SCHMIDT, Jusletter 2017, Rz. 47 ff.

3. Neue Bewilligungskategorie

Sofern ein Fintech-Unternehmen weder von der verlängerten Frist für Abwicklungskonten (s.o. II.C.1) noch vom bewilligungsfreien Innovationsraum (s.o. II.C.2) profitieren kann, soll es in Zukunft noch eine dritte Möglichkeit geben, einer Banklizenz auszuweichen. Bundesrat und Parlament möchten mit der Fintech-Lizenz eine neue Bewilligungskategorie anbieten, welche im Vergleich zur Banklizenz gesetzlich erleichterte Anforderungen bei der Rechnungslegung, der Prüfung sowie der Einlagensicherung vorsieht.³⁰ Zusätzlich sollen auf Verordnungsebene noch weitere Erleichterungen bezüglich Organisation, Mindestkapital, Eigenmittel und Liquidität erfolgen.³¹ Diese werden aber Teil der Ausführungsbestimmungen sein und erst zu einem späteren Zeitpunkt bekannt gemacht (s.u. II.D).

Die Rechtfertigung für diese neue Bewilligungskategorie liegt in der Tatsache, dass viele Fintech-Geschäftsmodelle bloss das Passivgeschäft (also die Entgegennahme von Publikumseinlagen) betreiben, jedoch nicht das Aktivgeschäft (Verzinsung oder Anlage der Publikumseinlagen). Somit betreiben sie nicht die für Banken typische Fristentransformation und unterliegen demnach auch nicht den damit zusammenhängenden Liquiditäts- und Zinsrisiken.³² Deshalb rechtfertigt es sich, an diese Geschäftsmodelle geringere Anforderungen zu stellen.

Die Fintech-Lizenz kommt jedoch nur unter den folgenden Voraussetzungen in Frage (Art. 1a^{bis} E-BankG NR):

- (1) Hauptsächliche Tätigkeit im Finanzbereich (Abs. 1);
- (2) Entgegennahme oder öffentliche Empfehlung zur Entgegennahme von Publikumseinlagen von bis zu 100 Millionen CHF (Abs. 1 lit. a),³³ wobei der Bundesrat den Betrag unter Berücksichtigung der Wettbewerbs- und Innovationsfähigkeit des Finanzplatzes Schweiz anpassen kann (Abs. 2);
- (3) keine Verzinsung oder Anlage der Publikumseinlagen (Abs. 1 lit. b);

³⁰ S. Art. 1a^{bis} Abs. 3 E-BankG StR/NR sowie Art. 1b Abs. 3 E-BankG Fintech. Aus rechtsstaatlicher Sicht etwas merkwürdig, wurde der Antrag des StR über eine neue Bewilligungskategorie vom Dezember 2016 – zusammen mit den anderen beiden Säulen der Fintech-Vorlage – vom Bundesrat im Februar 2017 trotzdem in eine Vernehmlassung geschickt, da zu diesem Zeitpunkt noch nicht klar war, wie der Fahrplan der FIDLEG/FINIG-Vorlage aussah. Im vorliegenden Aufsatz wird für Bestimmungen aus dem FIDLEG/FINIG jeweils auf die aktuellste Version des NR vom September 2017 und somit z.B. auf Art. 1a^{bis} E-BankG NR verwiesen.

³¹ EFD, Erläuternder Bericht, 20.

³² EFD, Erläuternder Bericht, 20.

³³ Inwiefern beurteilt werden kann, ob sich ein Unternehmen für die Entgegennahme von bis zu 100 Millionen CHF und nicht für 101 Millionen CHF empfiehlt, wird wohl ein Rätsel bleiben. Es bleibt deshalb zu hoffen, dass sich die Voraussetzung – gleich wie bei der Sandbox (s.o. II.C.2) – im finalen Gesetzestext bloss auf die Entgegennahme der Gelder abstützt und nicht auf die öffentliche Empfehlung zur Entgegennahme von Publikumseinlagen bis zu 100 Millionen CHF. So müsste die FINMA auch nicht zum Gedankenleser mutieren.

(4) vorgängige Information der Einleger über die fehlende Einlagensicherung (Abs. 2 lit. d).³⁴

In besonderen Fällen soll die FINMA die Fintech-Lizenz auch Unternehmen ohne Aktivgeschäft erteilen, die den Grenzwert von 100 Millionen CHF überschreiten, den Kundenschutz aber durch besondere Vorkehrungen gewährleisten (Art. 1a^{bis} Abs. 4 E-BankG NR).³⁵ Im Vernehmlassungsbericht bleibt unklar, welche besonderen Vorkehrungen eine «Ausnahmebewilligung» durch die FINMA ermöglichen könnten. Es wird im erläuternden Bericht bloss von besonderen (technischen) Vorkehrungen gesprochen,³⁶ wobei die FINMA wohl jeweils in jedem Einzelfall unter den spezifischen Umständen beurteilen muss, ob die technischen Vorkehrungen – trotz einer Überschreitung der Schwelle von 100 Millionen CHF – einen genügenden Kundenschutz gewährleisten. Je mehr der Grenzwert überschritten wird, desto schwieriger wird wohl eine Bewilligungserteilung sein. Über die genauen Anforderungen an die technischen Vorkehrungen für eine Ausnahmebewilligung werden aber erst der Verordnungsgeber und/oder die Praxis der FINMA Licht ins Dunkel bringen.

D. Ausblick

Mit dem Inkrafttreten der revidierten BankV am 1. August 2017 stehen die ersten beiden Säulen der schweizerischen Fintech-Regulierung.³⁷ Fintechs können somit schon heute von einer verlängerten Haltefrist bei Abwicklungskonten und einer bewilligungsfreien Sandbox profitieren.

Die dritte Säule erfordert eine Gesetzesänderung, weshalb sie von den beiden anderen Säulen abgetrennt wurde. Für die neue Bewilligungskategorie hatte sich zwar der StR schon im Dezember 2016 im Rahmen der Beratung der FIDLEG/FINIG-Vorlage ausgesprochen.³⁸ Da jedoch ein Antrag um Abspaltung der Fintech-Lizenz von den

³⁴ Es ist zu erwarten, dass diese Bestimmung auf Verordnungsebene entsprechend Art. 6 Abs. 2 lit. c BankV mit dem Formerfordernis der Schriftlichkeit bzw. einer anderen durch Text nachweisbaren Form ergänzt wird. Vgl. auch BRAIDI/SCHMIDT, Jusletter 2017, Rz. 69.

³⁵ In den Entwürfen des StR (Art. 1a^{bis} Abs. 4 lit. b E-BankG StR) und des Bundesrates (Art. 1b Abs. 4 lit. b E-BankG Fintech) war noch vorgesehen, dass auch Finanzdienstleister, die keine Publikumseinlagen entgegennehmen, um eine Fintech-Lizenz ersuchen können. Diese Möglichkeit einer freiwilligen Bewilligung wurde nun in der Variante des NR – wohl auch aufgrund der heftigen Kritik in der Vernehmlassung – zu Recht aus dem Entwurf gestrichen (s. Art. 1a^{bis} Abs. 4 E-BankG NR).

³⁶ EFD, Erläuternder Bericht, 20.

³⁷ Die revidierten Bestimmungen in der BankV erfordern eine Teilrevision des FINMA-RS 2008/3. Am 1. September 2017 eröffnete die FINMA deshalb eine Anhörung zur angepassten Aufsichtspraxis. Das Inkrafttreten des teilrevidierten FINMA-RS 2008/3 ist für Ende 2017/Anfang 2018 geplant (s. FINMA, Erläuterungsbericht, 8).

³⁸ S. Art. 1a^{bis} E-BankG StR.

FIDLEG/FINIG-Beratungen scheiterte,³⁹ können die Anbieter von Finanztechnologien ein frühzeitiges Inkrafttreten der Fintech-Lizenz vergessen. Inzwischen wird damit gerechnet, dass die FIDLEG/FINIG-Vorlage vom Parlament Anfang 2018 verabschiedet wird.⁴⁰ Für Fintech-Unternehmen mit Publikumseinlagen von über einer Million Franken wird somit wohl bis 2019 kein Weg an einer Banklizenz vorbeiführen.

III. Die Rolle von Finanzmarktaufsichtsbehörden in Zeiten zunehmender Digitalisierung

A. Digitalisierung als Risiko- oder Wettbewerbsfaktor?

Die Digitalisierung kann ganz grds. als Risiko- oder als Wettbewerbsfaktor betrachtet werden.⁴¹ Während bei der Betrachtung als Risikofaktor v.a. die Risiken im Vordergrund stehen, welche durch ein geeignetes Regulierungskorsett sowie eine strenge Aufsichtspraxis abgeschwächt werden sollten, werden bei der Digitalisierung als Wettbewerbsfaktor insb. die Chancen ins Zentrum gestellt, die mit einer innovationsfördernden Regulierung und einer angemessenen Aufsichtstätigkeit genutzt werden, um sich im int. Standortwettbewerb gegenüber anderen Ländern durchzusetzen.

Traditionellerweise begegneten die Aufsichtsbehörden der Digitalisierung im Finanzbereich mit einer gewissen Skepsis und konzentrierten sich insb. auf die Risiken der aufkommenden Finanztechnologien.⁴² Seit dem Ausbruch des Fintech-Hypes⁴³ scheint das Pendel jedoch immer wie mehr in Richtung Digitalisierung als Wettbewerbsfaktor auszuschlagen. Aufgrund des grossen Potenzials von digitalisierten Finanzdienstleistungen bemühen sich nämlich rund um den Globus Gesetzgeber und Regulatoren, möglichst Fintech-freundliche Rahmenbedingungen zu schaffen, um sich im Rennen um die höchste Standortattraktivität an die Spitze zu drängen.⁴⁴

³⁹ S. WAK-N, Medienmitteilung, 2: Die Kommission verlangte zusätzlich noch weitere Abklärungen zur allfälligen Anpassung des Konsumkreditgesetzes.

⁴⁰ S. FINMA, Hängige Vorhaben, 1.

⁴¹ Vgl. CONTRATTO, in: FS von der Crone, 421, 423, welche zusätzlich noch einen Effektivitäts- und Effizienzfaktor auflistet.

⁴² Vgl. etwa WOODLARD, 2 oder auch BASEL COMMITTEE ON BANKING SUPERVISION, 8.

⁴³ Vgl. BRANSON, Innovation, 2: «Wir sind nicht mehr im Dotcom-Hype, sondern im Fintech-Hype».

⁴⁴ WEBER/BAUMANN, Jusletter 2015, Rz. 3; s. bspw. auch WOODLARD, 2: «With the landscape in which we operate changing at pace, we at the FCA faced a choice: do we shy away from the challenges technology brings and cling to the status quo? Or should we seek to use our unique position to harness the power of innovation for the good of consumers and markets? Well we chose the latter, and with good reason».

Obwohl für die Standortwahl von Fintech-Unternehmen etliche Faktoren eine Rolle spielen,⁴⁵ sind die rechtlichen Rahmenbedingungen ein entscheidendes Kriterium für die Entwicklung von Finanztechnologien an einem bestimmten Ort.⁴⁶ Der Standortattraktivität kommt aufgrund der Mobilität von Fintech-Unternehmen, die einen raschen Standortwechsel ermöglicht, eine besondere Bedeutung zu.⁴⁷ Schliesslich bestehen Fintech-Anbieter i.d.R. nur aus wenigen Mitarbeitern⁴⁸ und die digitalisierten Finanzdienstleistungen erfordern oft nur einen Internetanschluss, so dass eine viel geringere Ortsgebundenheit als bei anderen Unternehmen vorliegt.⁴⁹

Insb. die Aufsichtsbehörden in Grossbritannien und Singapur, welche angesichts der Bedeutung des Finanzplatzes vor ähnlichen Herausforderungen stehen wie die FINMA,⁵⁰ versuchen dieses Thema proaktiv anzugehen und «ihren Handlungsspielraum punkto Standortförderung um einiges grosszügiger zu interpretieren»⁵¹ als ihr Schweizer Pendant:

- Im Oktober 2014 lancierte die britische *Financial Conduct Authority* (FCA) das «Project Innovate». Ziel dieses Projekts soll es sein, mit verschiedenen Massnahmen Fintechs bei der Beantwortung von regulatorischen Fragen kollaborativ zu unterstützen und somit die Markteintrittshürden für Finanztechnologieanbieter zu senken, was automatisch zur Förderung der Wettbewerbsfähigkeit des Finanzplatzes London beiträgt.⁵² Zur Realisierung dieser Ziele wurde int. die erste Sandbox errichtet und ein Innovation Hub sowie eine spezielle Advice Unit gegründet, welche Fintechs aus regulatorischer Sicht beim Markteintritt auf informellem Weg beraten und unterstützen.⁵³
- Entsprechend dem gesetzlichen Ziel zur Förderung des Finanzplatzes Singapur⁵⁴ preschte auch die *Monetary Authority of Singapore* (MAS) mit einer wettbewerbs-

⁴⁵ Vgl. z.B. die zahlreichen Indikatoren bei ANKENBRAND/BIERI, in: ANKENBRAND/ DIETRICH/BIERI, 32, welche gem. dem in der IFZ FinTech Study 2017 gewählten PEST-Approach in politische/rechtliche, ökonomische, soziale und technologische Faktoren unterteilt werden können. Die Regulierung stellt dabei nur ein einziges Kriterium der rechtlichen Indikatoren dar. Eine weitere Studie mit einer Übersicht über die entscheidenden Standortfaktoren findet sich bei ERNST & YOUNG, 8 ff. S. zu weiteren für die Wettbewerbsfähigkeit wichtigen Faktoren auch BUNDESRAT, Finanzmarktpolitik, 6; ZUBERBÜHLER, SZW 1996, 201, 201 f.

⁴⁶ GERBER/BÜRKI KRONENBERG, GesKR 2012, 1, 6; s.a. HÜPKES, GesKR 2007, 340, 353.

⁴⁷ S.a. EFD, Erläuterungen, 11.

⁴⁸ Vgl. dazu die Mitarbeiterzahlen der Fintech-Unternehmen in ANKENBRAND/BIERI, in: ANKENBRAND/DIETRICH/BIERI, 36, gem. welchen etwa zwei Drittel der Finanztechnologieanbieter weniger als 15 Vollzeitarbeitnehmende beschäftigen.

⁴⁹ WEBER/BAUMANN, Jusletter 2015, Rz. 86.

⁵⁰ KILGUS, Rz. 173.

⁵¹ CONTRATTO, in: FS von der Crone, 421, 428 f.

⁵² Vgl. WOODLARD, 3; s. dazu auch WEBER/BAUMANN, Jusletter 2015, Rz. 106.

⁵³ S. SUMROY/KINGSLEY, in: GLOBAL LEGAL GROUP, 190; zu den einzelnen Massnahmen s.a. die ausführlichen Informationen der FCA, <<https://www.fca.org.uk/firms/fca-innovate>> (04.10.2017).

⁵⁴ Art. 4 Abs. 1 lit. d des Monetary Authority of Singapore Act.

fördernden Fintech-Regulierung vor. Dafür gründete sie im August 2015 die Financial Technology & Innovation Group (FTIG), welche, mit Staatsgeldern von 225 Mio. USD im Koffer, die «Smart Financial Centre Initiativen» umsetzen soll.⁵⁵ Zu diesen Initiativen gehören u.a. die Errichtung eines FinTech Office für alle regulatorischen Angelegenheiten rund um Fintech und eine Sandbox als Experimentierfeld für innovative Finanzdienstleister.⁵⁶

B. Die Fintech-freundliche Haltung der FINMA

Innovative Finanzdienstleistungen haben aus historischer Sicht meistens zu ökonomischem und sozialem Wachstum geführt.⁵⁷ So ist es auch nicht erstaunlich, dass die Aufsichtsbehörden bedeutender Finanzplätze wie London oder Singapur mit Fintech-freundlichen rechtlichen Voraussetzungen besonders offensiv für einen wettbewerbsfähigen und innovativen Finanzplatz auftreten.

Auch die FINMA scheint die Digitalisierung immer wie mehr als Chance für den Finanzplatz Schweiz zu sehen.⁵⁸ Dies zeigte sich schon zu Beginn des Regulierungsprozesses von Fintech, als FINMA-Direktor Mark Branson mit der ungewohnt offenen Aufforderung, «ernsthaft über eine neue Bewilligungskategorie nachzudenken, die tiefere Anforderungen stellt als gegenwärtig im Bankengesetz verankert»⁵⁹, die Gesetzes- bzw. Verordnungsmühlen in Bern für eine Deregulierung von Fintech in Gang brachte. Dabei plädierte Branson auch für eine rasche Umsetzung seiner Forderung, da sonst eine Abwanderung von Fintech-Unternehmen drohe, was nicht im Interesse des Schweizer Finanzplatzes sei.⁶⁰

Auch im Regulierungsbereich der FINMA (s. Art. 7 Abs. 1 FINMAG) wurden durch Anpassungen von zwei Rundschreiben Hürden für Fintechs abgebaut. Zum einen ermöglicht das neue FINMA-RS 2016/7 den Finanzintermediären die Aufnahme einer Geschäftsbeziehung durch Video- oder mittels Online-Identifizierung, so dass

⁵⁵ CONTRATTO, in: FS von der Crone, 421, 428 Fn. 42.

⁵⁶ Zu den einzelnen Initiativen der FTIG s. die verschiedenen Unterkapitel der MAS, <<http://www.mas.gov.sg/Singapore-Financial-Centre/Smart-Financial-Centre.aspx>> (04.10.2017).

⁵⁷ AVGOULEAS, in: MOLONEY/FERRAN/PAYNE, 659, 667; s.a. LAEVEN/LEVINE/MICHALOPOULOS, Journal of Financial Intermediation 2015, 1, 22.

⁵⁸ Vgl. CONTRATTO, in: FS von der Crone, 421, 427 sowie bspw. BRANSON, Fintech, 1: «Die FINMA bekennt sich zu einem zukunftsfähigen Finanzplatz Schweiz. Wie in unseren neuen strategischen Zielen dargelegt, werden wir die Innovationsfreundlichkeit künftig stärker gewichten. Das Konzept einer zukunftsgerichteten Fintech-Regulierung war dabei ein erster Meilenstein. Denn: Nur ein innovativer Finanzplatz ist bereit für die Zukunft».

⁵⁹ BRANSON, Wandel, 5.

⁶⁰ S. MÜLLER, <<http://www.news.uzh.ch/de/articles/2016/Finanzmarktregulierung.html>> (04.10.2017); vgl. auch EFD, Erläuterungen, 11.

sich eine persönliche Vorsprache in der Bankfiliale erübrigt.⁶¹ Zum anderen ist seit 2016 und der Anpassung von FINMA-RS 2009/1 auch der Abschluss von Vermögensverwaltungsverträgen nicht mehr nur in schriftlicher, sondern auch in einer anderen durch Text nachweisbaren und somit digitalisierten Form möglich.⁶²

Dass sich die FINMA intensiv mit Fintech beschäftigt und teilweise als eine Art «Dienstleister» gegenüber Fintech-Unternehmen auftritt, davon zeugt auch ihr Web-auftritt. So verweist die Startseite der FINMA⁶³ – als normalerweise stets wechselndes «Hot-Topic» – schon seit über einem Jahr auf den speziellen Themenbereich Fintech⁶⁴. In diesem Webbereich werden kompakt und in benutzerfreundlicher Weise die grundlegenden regulatorischen Informationen für Fintech-Unternehmen bereitgestellt. Die Fintech-freundliche und offene Beratungshaltung der FINMA wird des Weiteren auch mit der Errichtung eines zentralen Zugangs für weitergehende Fragen über die E-Mail-Adresse fintech@finma.ch verdeutlicht.⁶⁵ Schliesslich belegen auch die regelmässig veranstalteten Roundtables mit Industrievertretern aus der Fintech-Branche das Interesse der FINMA, die Anliegen der Finanzinnovatoren ernsthaft aufzunehmen und den gegenseitigen Gedankenaustausch zu fördern.⁶⁶

IV. Die FINMA und die Wettbewerbsfähigkeit

Im Lichte des bisher Ausgeführten stellt sich die Frage, ob der Stärkung der Wettbewerbsfähigkeit durch die FINMA im schweizerischen Recht ein genügend grosser Stellenwert beigemessen wird. Ziel der nächsten Abschnitte soll es nicht sein, für eine Industriepolitik zugunsten von Schweizer Fintech-Unternehmen zu propagieren. Vielmehr sollen die bisherigen Ziele der FINMA gem. Art. 5 FINMAG aufgrund der Fintech-freundlichen Haltung der FINMA kritisch hinterfragt werden (IV.A). Anschliessend werden drei Vorschläge zu einer Reform der FINMA-Aufsichtsziele dargestellt und gewürdigt (IV.B).

⁶¹ FINMA-RS 2016/7, N 5 ff. zur Videoidentifizierung sowie N 29 ff. zur Online-Identifizierung.

⁶² S. FINMA-RS 2009/1, N 8.

⁶³ FINMA, <www.finma.ch> (04.10.2017).

⁶⁴ FINMA, <<https://www.finma.ch/de/bewilligung/fintech>> (04.10.2017).

⁶⁵ Vgl. FINMA, Medienmitteilung, 2.

⁶⁶ S. FINMA, <<https://www.finma.ch/de/bewilligung/fintech>> (04.10.2017). Zur Fintech-freundlichen Haltung der FINMA s. insgesamt auch CONTRATTO, in: FS von der Crone, 421, 429.

A. Art. 5 FINMAG als Ausgangspunkt

Die Aufsichtsziele der FINMA sind in Art. 5 FINMAG wie folgt umschrieben:

«Die Finanzmarktaufsicht bezweckt nach Massgabe der Finanzmarktgesetze den Schutz der Gläubigerinnen und Gläubiger, der Anlegerinnen und Anleger, der Versicherten sowie den Schutz der Funktionsfähigkeit der Finanzmärkte. Sie trägt damit zur Stärkung des Ansehens und der Wettbewerbsfähigkeit des Finanzplatzes Schweiz bei».

Die Norm verweist zur näheren Umschreibung der Aufsichtsziele auf die Zweckartikel der einzelnen Finanzmarktgesetze («nach Massgabe der Finanzmarktgesetze»). Mangels eines Zweckartikels im BankG,⁶⁷ der Art. 5 FINMAG ergänzen würde,⁶⁸ verfolgt die FINMA bei ihrer Aufsichtstätigkeit über Banken und Fintech-Unternehmen die beiden Hauptziele des Individual- und Funktionsschutzes.⁶⁹ Gem. dem Wortlaut von Art. 5 Satz 2 FINMAG («Sie trägt *damit* zur...») scheint es sich bei der Stärkung des Ansehens und der Wettbewerbsfähigkeit des schweizerischen Finanzplatzes nur um ein untergeordnetes Ziel zu handeln.⁷⁰

Die vom FINMAG statuierte Zielhierarchie – mit den primären Zielen des Individual- und Funktionsschutzes und dem sekundären Ziel der Stärkung des Ansehens und der Wettbewerbsfähigkeit des Schweizer Finanzplatzes – wird auch in den strategischen Zielen der FINMA für die Jahre 2017 und 2020 festgehalten.⁷¹ Neben den sieben konkreten strategischen Zielen findet sich darin auch ein spezifischer Abschnitt zum Thema «Die FINMA und die Wettbewerbsfähigkeit», in welchem die FINMA festhält, dass sie das sekundäre Ziel der Wettbewerbsfähigkeit ernst nehme.⁷²

Diese Feststellung erscheint etwas seltsam. So darf doch davon ausgegangen werden, dass jegliche Behörde die gesetzlichen Zielbestimmungen ernst nehme, ohne dass

⁶⁷ Der Bundesrat schlägt zwar im Zuge der FIDLEG/FINIG-Revision einen Zweckartikel für das Bankengesetz vor (s. Art. 1 Abs. 2 E-BankG BR). StR und NR möchten jedoch das geltende Recht (ohne Zweckartikel) beibehalten (s. Art. 1 E-BankG StR/NR).

⁶⁸ Zum in der Lehre umstrittenen Verhältnis von Art. 5 FINMAG zu den Zweckartikeln in den einzelnen Finanzmarktgesetzen s. BankG Kommentar-KRAMER, Vorbem., Verhältnis des Bankengesetzes zu anderen Gesetzen, N 36.

⁶⁹ BGer 2C_345/2015 vom 24. November 2015 E. 4.3. Historisch betrachtet diene das BankG primär dem Gläubigerschutz (s. Botschaft BankG, BBl. 1970 I, 1145). Nach neuerer Auffassung stellt sich neben den Gläubigerschutz aber auch der Funktionsschutz als weiterer Zweck (s. BSK BankG-BAHAR/STUPP, Art. 1 N 1; BankG Kommentar-KLEINER/SCHWOB/KRAMER, Art. 1 N 16 f.; BSK FINMAG-WINZELER, Art. 5 N 3 sowie 9 f.), weshalb im Vergleich zur Zweckbestimmung in Art. 5 FINMAG keine Ergänzung erfolgt.

⁷⁰ S. BSK FINMAG-WINZELER, Art. 5 N 12, der von einer «Reflexwirkung des Kunden- und Marktschutzes» spricht; gl.M. mit Verweis auf BSK FINMAG auch BUNDESRAT, FINMA, 11; KILGUS, Rz. 274, spricht hingegen von einer positiven «Rückkoppelung ... auf die Wettbewerbsfähigkeit». In der Botschaft zum FINMAG wird jedoch nur von einem «weiteren Ziel» gesprochen, ohne dass eine Rangordnung der Ziele ersichtlich wäre (BBl. 2006 I, 2860).

⁷¹ FINMA, Strategische Ziele, 2.

⁷² FINMA, Strategische Ziele, 2.

dies noch bei den strategischen Zielen in einem spezifischen Abschnitt hervorgehoben werden müsste. Es gleicht zwar vielleicht ein wenig einem Blick in die Glaskugel, aber es scheint so, als möchte die FINMA damit auf subtile Art und Weise auf die nicht zu unterschätzende Bedeutung der Wettbewerbsfähigkeit hinweisen. Aufgrund der Fintech-freundlichen Haltung der FINMA (s.o. III.B) und der zunehmenden Bedeutung der Wettbewerbsfähigkeit eines Finanzplatzes in Zeiten der fortschreitenden Digitalisierung (s.o. III.A) wäre dies auch durchaus nachvollziehbar. Jedoch besteht de lege lata eine gesetzliche Bindung an die beiden primären Schutzziele. Eine verstärkte Standortförderung des Finanzplatzes durch die FINMA würde insb. auf operationeller Ebene zu potenziellen Interessenkonflikten führen, die viele Fragen mit sich bringen und die Glaubwürdigkeit der Aufsichtstätigkeit der FINMA gefährden könnten (s. dazu unten IV.B.3). Die folgenden Abschnitte sollen deshalb einige Gedanken zu drei möglichen Reformvorschlägen festhalten, welche der FINMA den schwierigen Spagat zwischen Schutzzielen und der Stärkung der Wettbewerbsfähigkeit des Schweizer Finanzplatzes etwas erleichtern könnten.

B. Reformvorschläge für die Aufsichtsziele der FINMA

1. Vorschlag Lüscher: Wettbewerbsfähigkeit als weiteres primäres Ziel

Die rechtspolitische Auseinandersetzung mit Art. 5 FINMAG wurde durch eine parlamentarische Initiative von Christian Lüscher (FDP) erst richtig ausgelöst. Im Dezember 2012 beantragte er nämlich, die Stärkung des Ansehens und der Wettbewerbsfähigkeit des Finanzplatzes Schweiz als Hauptziel im FINMAG zu verankern, so wie dies auch bei anderen Finanzplätzen wie bspw. Singapur, Hongkong oder auch Luxemburg der Fall sei.⁷³ Der Initiative wurde im Dezember 2015 vom NR keine Folge gegeben, da man die Glaubwürdigkeit der FINMA nicht beeinträchtigen wollte.⁷⁴

Gem. EFD können die Stärkung des Ansehens sowie der Wettbewerbsfähigkeit des schweizerischen Finanzplatzes – neben dem Individual- und Funktionsschutz – keine primären Ziele sein, «weil die FINMA sonst in unlösbare Interessenkonflikte geraten würde»⁷⁵. Diese Ansicht kann nicht geteilt werden. Zwar ist nicht von der Hand zu weisen, dass zwischen den primären Schutzzielen und der Wettbewerbsfähigkeit ein

⁷³ Parlamentarische Initiative 12.501, CHRISTIAN LÜSCHER (Anpassung des Finmag zur Stärkung von Ansehen und Wettbewerbsfähigkeit des Finanzplatzes). Die Initiative will den zweiten Satz von Art. 5 FINMAG in einem separaten Abs. 2 mit dem Wortlaut «Die FINMA stärkt Ansehen und Wettbewerbsfähigkeit des Finanzplatzes Schweiz», wodurch die Stärkung der Wettbewerbsfähigkeit zu einer Hauptaufgabe der FINMA gemacht werden soll.

⁷⁴ S. WAK-N, Bericht, 3.

⁷⁵ S.a. EFD, Erläuternder Bericht, 38.

gewisses Spannungsverhältnis besteht. So stellen bspw. die bestehenden, den Schutzziele dienenden Bestimmungen zum Anwendungsbereich des BankG für Fintech-Unternehmen praktisch unüberwindbare Markteintrittshürden dar, was der Wettbewerbsfähigkeit des Schweizer Finanzplatzes schadet (s. dazu oben II.A). Dabei handelt es sich aber nicht um *unlösbare* Interessenkonflikte. Vielmehr können solche Interessenkonflikte – wie z.B. bei Grundrechtseinschränkungen, die mit einem öffentlichen oder privaten Interesse gerechtfertigt sein müssen (Art. 36 Abs. 2 BV) – mit einer in solchen Situationen üblichen Güterabwägung gelöst werden.⁷⁶ Dies sind keine einfachen Abwägungen, da oftmals zahlreiche Interessen gegeneinander abgewogen werden müssen. Schliesslich ziehen aber die meisten finanzmarktrechtlichen Bestimmungen einen Eingriff in die Wirtschaftsfreiheit der Finanzintermediäre nach sich, der mit einem öffentlichen oder privaten Interesse gerechtfertigt sein muss. Deshalb ist (theoretisch) bei jeder Regulierungstätigkeit eine Güterabwägung, bei der verschiedene Interessen in die Waagschale geworfen werden, vorzunehmen.

Sehr oft geht zudem auch vergessen, dass das Interesse an einem ausreichenden Individual- und Funktionsschutz und das Interesse an der Wettbewerbsfähigkeit häufig deckungsgleich sind.⁷⁷ So würde z.B. eine Häufung von Konkursfällen bei Crowdfunding-Plattformen, die aufgrund zu lascher Anlegerschutzbestimmungen bei zahlreichen Personen zu Verlusten führen, auch dem Vertrauen und damit der Wettbewerbsfähigkeit des Schweizer Finanzplatzes schaden. Finanztechnologieunternehmen sollten somit auch ein Interesse an einem genügenden Individual- und Funktionsschutz haben, so dass zwischen den Schutzziele und der Wettbewerbsfähigkeit gar nicht immer eine Abwägung von gegensätzlichen Interessen erfolgen muss.

Ein Nachteil des Vorschlags Lüscher könnte sich jedoch im int. Kontext ergeben.⁷⁸ So hatte das FSB in seinem Peer Review vom 25. Januar 2012 schon die jetzige Fassung von Art. 5 FINMAG kritisiert, da aus der Bestimmung nicht klar ergehe, dass die Schutzziele – in einem Konfliktfall mit der Wettbewerbsfähigkeit des Finanzplatzes – Vorrang hätten.⁷⁹ Und auch der IWF hatte in seinen Country Reports mehrmals erwähnt, dass die parlamentarische Initiative Lüscher⁸⁰ abgelehnt werden solle, da sonst die Verfolgung der Schutzziele beeinträchtigt werden könnte.⁸¹ Würde die Wettbewerbsfähigkeit des schweizerischen Finanzplatzes zu einem weiteren primären Ziel erhoben, würde die Kritik von den genannten int. Gremien ziemlich sicher zunehmen.

⁷⁶ Gl. M. auch SWISS FINANCE + TECHNOLOGY ASSOCIATION, 6, welche in ihrer Vernehmlassung dafür plädiert, die Wettbewerbsfähigkeit und Zukunftsfähigkeit des Finanzplatzes als eigenständige Ziele in Art. 5 FINMAG aufzunehmen; vgl. auch BEIRAT ZUKUNFT FINANZPLATZ, 4.

⁷⁷ So vor rund 20 Jahren schon ZUBERBÜHLER, SZW 1996, 201, 210; vgl. auch KILGUS, Rz. 35.

⁷⁸ Vgl. zum Ganzen auch BUNDES RAT, FINMA, 12.

⁷⁹ FSB, Peer Review, 6 f. und 20.

⁸⁰ S.o. zu Beginn des Unterkapitels IV.B.1 sowie Fn. 73.

⁸¹ IMF, ROSC, 12 und 22; IMF, DAC, 5 f., 26 und 32 f.; IMF, DAO, 28 und 55.

Es fragt sich jedoch, ob die von diesen Gremien geschilderten Bedenken bei Zielkonflikten innerhalb derselben Behörde nicht durch eine auf operationeller Ebene klare Trennung der Departemente «Aufsicht» und «Finanzplatzförderung» oder anderweitig ausgeräumt werden könnten. Auf diese Weise versucht zumindest die MAS diese Problematik zu lösen. Sie ist nämlich davon überzeugt, dass eine glaubwürdige Verfolgung der Schutzziele sowie die Förderung der Wettbewerbsfähigkeit des Finanzplatzes komplementär sind und deshalb innerhalb einer Behörde angesiedelt werden sollten, da nur so eine zukunftsfähige Regulierungstätigkeit möglich sei.⁸²

2. Gegenvorschlag Bundesrat/Parlament: Zukunftsfähigkeit als weiteres sekundäres Ziel

Dass der Handlungsspielraum der FINMA punkto Wettbewerbsfähigkeit in Zeiten des Fintech-Hypes wohl etwas ausgedehnt werden sollte, scheinen auch Bundesrat und Parlament bemerkt zu haben. Sie schlugen deshalb vor, im FINMAG neben der Stärkung des Ansehens und der Wettbewerbsfähigkeit auch die Zukunftsfähigkeit des Finanzplatzes Schweiz als weiteres sekundäres Ziel zu erwähnen.⁸³ Das EFD hält dazu folgendes fest: «Der Gedanke der Zukunftsfähigkeit schliesst auch die Innovationsfähigkeit ein. Die Förderung der Zukunftsfähigkeit wird damit – wie schon die Förderung der Wettbewerbsfähigkeit – eine Reflexwirkung des Individual- und Funktionsschutzes»⁸⁴.

In Anbetracht der Bedeutung des Zielartikels für die Aufsichtstätigkeit der FINMA ist es erstaunlich, dass es in der Vernehmlassung zu diesem Reformvorschlag nahezu keine Bemerkungen gab, obwohl Art. 5 FINMAG in den letzten Jahren auch für rechtspolitische Diskussionen gesorgt hatte (s.o. IV.B.1). Denn es stellt sich doch durchaus die Frage, inwiefern die Nennung der Zukunftsfähigkeit des Finanzplatzes Schweiz (als weiteres sekundäres Ziel) etwas an der Zielausrichtung der FINMA ändern würde.

Offensichtlich handelt es sich bei den beiden Begriffen «Wettbewerbsfähigkeit» und «Zukunftsfähigkeit» nicht um Synonyme. Trotzdem besteht zwischen Ihnen eine enge Interdependenz. Der schweizerische Finanzplatz kann nämlich nur zukunftsfähig sein, wenn er auch in Zukunft wettbewerbsfähig bleibt. Wettbewerbsfähig kann er aber nur bleiben, wenn er auch die Innovationsfähigkeit fördert, indem bspw. unnöti-

⁸² S. zum Ganzen MAS, Objectives, 3.

⁸³ S. Art. 5 Satz 2 E-FINMAG Fintech: «Sie trägt damit zur Stärkung des Ansehens, der Wettbewerbsfähigkeit und der Zukunftsfähigkeit des Finanzplatzes Schweiz bei». StR und NR schlugen in der FIDLEG/FINIG-Vorlage den gleichen Wortlaut vor, s. dazu Art. 4 E-FINMAG StR/NR.

⁸⁴ EFD, Erläuternder Bericht, 38.

ge Markteintrittshürden für innovative Finanzdienstleister aufgehoben werden.⁸⁵ Gleichzeitig ist die Innovationsfähigkeit ein wichtiger Teil der Zukunftsfähigkeit.⁸⁶ Der Zirkelschluss ist damit komplett.

Des Weiteren stellt sich auch die Frage, was genau unter Zukunftsfähigkeit zu verstehen ist? Gem. EFD schliesst die Zukunftsfähigkeit die Innovationsfähigkeit mit ein.⁸⁷ Doch welche weiteren Kriterien umfasst die Zukunftsfähigkeit? Wieso wird nicht wie in Art. 7 Abs. 2 lit. b FINMAG die Innovationsfähigkeit als weiteres sekundäres Ziel berücksichtigt?

Und schliesslich muss die FINMA auch daran gemessen werden, ob sie bei ihrer Aufsichtstätigkeit dem Ziel der Zukunftsfähigkeit – auch wenn es sich nur um ein sekundäres Ziel handelt – genügend Gewicht beigemessen hat. Doch wie soll man dies «messen»? Und die wohl wichtigste Frage, über welche primär diskutiert werden muss: Welcher konkrete Stellenwert kommt den sekundären Zielen bzw. den Reflexwirkungen der Schutzziele überhaupt zu?

M.E. sollten vorab klare Antworten auf diese Fragen gegeben werden können, bevor im Parlament über die vorgeschlagene Revision des zentralen Art. 5 FINMAG abgestimmt wird. Dahingestellt sei auch, ob mit diesem Reformvorschlag der Handlungsspielraum der FINMA bezüglich Stärkung der Wettbewerbsfähigkeit des Schweizer Finanzplatzes merklich erweitert wird. Meiner Meinung nach handelt es sich bei der vorgeschlagenen Änderung um einen politischen Kompromiss, der mehr «Schein als Sein» darstellt. Einerseits wird zwar mit der Erwähnung der Zukunftsfähigkeit die Bedeutung der Wettbewerbsfähigkeit (zumindest formell) leicht aufgewertet, was der Fintech-freundlichen Haltung der FINMA Rechnung tragen würde (s.o. III.B.). Andererseits scheint der Reformvorschlag aber auch ein Versuch zu sein, einer Grundsatzdiskussion über das Mass und der Zuständigkeit der Standortförderung des schweizerischen Finanzplatzes auszuweichen.

3. Dritter Vorschlag: Separate Vergabe des Mandats zur Stärkung der Wettbewerbsfähigkeit des Schweizer Finanzplatzes

Aufgrund der bisherigen Ausführungen und aus staatsorganisatorischer Sicht stellt sich jedoch auch die Frage, ob das Mandat zur Stärkung der Wettbewerbsfähigkeit des schweizerischen Finanzplatzes nicht besser einer Verwaltungsbehörde oder einer Expertengruppe übertragen werden sollte. Die primäre Rolle der FINMA sollte jene einer glaubwürdigen und unabhängigen Aufsichtsbehörde sein und nicht jene einer

⁸⁵ S. BRANSON, Wandel, 1, welcher die Innovation «als wichtigen Treiber der Wettbewerbsfähigkeit» erachtet; s.a. SCHÄFER, 1.

⁸⁶ EFD, Erläuternder Bericht, 38; s.a. BRANSON, Fintech, 1.

⁸⁷ EFD, Erläuternder Bericht, 38.

«Finanzplatz-Förderungsagentur»⁸⁸. Schliesslich ist die Frage, wie stark sich die Schweiz für die Wettbewerbsfähigkeit des schweizerischen Finanzplatzes einsetzen möchte, primär eine strategische, ja politische Frage und somit eine Aufgabe des Bundesrates und der zuständigen Verwaltungsbehörden.⁸⁹

Geeignet für die Rolle einer «Finanzplatz-Förderungsagentur» wären das seit dem März 2010 bestehende und dem EFD unterstehende Staatssekretariat für int. Finanzfragen (SIF) oder der seit März 2015 bestehende und vom Bundesrat eingesetzte «Beirat Zukunft Finanzplatz» (BZF), welcher aus der Expertengruppe zur Weiterentwicklung der Finanzmarktstrategie (Expertengruppe Brunetti) hervorging:

- Das *SIF* ist zuständig für die Umsetzung der Finanzmarktpolitik des Bundesrates,⁹⁰ soll in int. Finanzfragen die Interessenwahrung der Schweiz wahrnehmen und sich für wettbewerbsfähige Rahmenbedingungen des schweizerischen Finanzplatzes einsetzen.⁹¹ Verantwortlich ist das SIF auch für die Redaktion des Bundesratsberichts zur Finanzmarktpolitik für einen wettbewerbsfähigen Finanzplatz Schweiz,⁹² welcher als eine strategische Stossrichtung auch die Ermöglichung von Innovation festlegt.⁹³
- Der *BZF* bekam vom Bundesrat das folgende Mandat: «Der Beirat beurteilt, losgelöst vom Tagesgeschäft der Behörden, die strategischen Herausforderungen und Zukunftsperspektiven für das Finanzgeschäft in der Schweiz. Er berücksichtigt dabei das Interesse der gesamten Volkswirtschaft. Der Beirat unterbreitet dem Bundesrat gestützt auf seine Beurteilung gegebenenfalls Empfehlungen zur Anpassung der Finanzmarktstrategie und zur Verbesserung der Rahmenbedingungen für den Finanzplatz»⁹⁴. Wie der Jahresbericht 2016 aufzeigt, hat sich der BZF vertieft mit dem Thema Digital Finance befasst und sich insb. auch für ein rasches Inkrafttreten der Fintech-Vorlage ausgesprochen.⁹⁵

Die Zuständigkeitsbereiche des SIF und des BZF zeigen auf, dass beide sich für eine zukunftsfähige und innovationsfreundliche Finanzmarktregulierung auf generell-abstrakter Ebene einsetzen. Dies ist ein wichtiger Beitrag im int. Standortwettbewerb der Finanzplätze, bei welchem heutzutage um Fintech-Unternehmen gekämpft wird. Wie ein Blick in Richtung Grossbritannien und Singapur zeigt, scheint zur Standortattraktivität aber auch eine wettbewerbsfördernde Aufsichtstätigkeit dazuzugehören.

⁸⁸ S. ROTH, 52: «Die Finma ist keine «Finanzplatz-Förderungsagentur» und auch nicht mit Schweiz Tourismus zu vergleichen».

⁸⁹ BUNDESRAT, FINMA, 12; s.a. BUNDESRAT, Finanzmarktpolitik, 4 und 14 ff.

⁹⁰ S. BUNDESRAT, Finanzmarktpolitik, 2.

⁹¹ Vgl. SIF, <<https://www.si.f.admin.ch/sif/de/home/das-sif/auftrag.html>> (04.10.2017); s.a. BUNDESRAT, FINMA, 12.

⁹² S. BUNDESRAT, Finanzmarktpolitik, 2.

⁹³ BUNDESRAT, Finanzmarktpolitik, 17 ff.

⁹⁴ BEIRAT ZUKUNFT FINANZPLATZ, 11.

⁹⁵ S. BEIRAT ZUKUNFT FINANZPLATZ, 3 ff. sowie insb. 4.

Darunter werden zum einen einfache und informelle Kommunikationswege sowie eine offene Beratungshaltung der Aufsichtsbehörden im Stile eines Dienstleisters (und nicht eines Polizisten) verstanden. Zum anderen gehört zu einer wettbewerbsfördernden Aufsichtstätigkeit aber auch die Berücksichtigung der Wettbewerbsfähigkeit bei individuell-konkreten Entscheiden, bei welchen die Aufsichtsbehörden über einen Ermessensspielraum verfügen.

In diesen Bereichen sind sowohl die FCA als auch die MAS sehr aktiv.⁹⁶ Dies zeigt sich insb. bei der Ausgestaltung der Sandboxes und den für die Aufsichtsbehörden damit einhergehenden Kompetenzen.⁹⁷ Die FCA hat bspw. innerhalb der Sandbox die Befugnis, unter gewissen Voraussetzungen trotz Regelbruch einen No-Action Letter zu erteilen oder ein Unternehmen sogar ganz von der Einhaltung gewisser Regeln zu entbinden.⁹⁸ Und auch die MAS verfügt über die Kompetenz, im Einzelfall für Unternehmen in der Sandbox Erleichterungen in zahlreichen regulatorischen Bereichen – wie beispielsweise bei den Kapital- oder Liquiditätsanforderungen, bei der Zusammensetzung des Verwaltungsrates oder sogar bei den Lizenzkosten – zu gewähren.⁹⁹ Des Weiteren schliesst die FCA zur Stärkung der Wettbewerbsfähigkeit auch mit zahlreichen ausländischen Aufsichtsbehörden Kooperationsabkommen, die einerseits den Markteintritt von ausländischen Fintech-Unternehmen in UK und andererseits die Expansion von UK-Fintechs ins Ausland vereinfachen sollen.¹⁰⁰ Dies sind nur einige Beispiele, wie diese Aufsichtsbehörden in ihrer Aufsichtstätigkeit die Wettbewerbsfähigkeit des Finanzplatzes stärken wollen.

Die FINMA versucht zwar, den gesetzlich zulässigen Gestaltungsspielraum möglichst grosszügig auszunützen (s.o. III.B),¹⁰¹ jedoch ist dieser im Vergleich zu UK oder Singapur, wo die Stärkung der Wettbewerbsfähigkeit sogar gesetzlich verankert ist, relativ klein.¹⁰² Um von diesen Finanzplätzen im Standortwettbewerb um innovative Finanztechnologien nicht abgehängt zu werden, wäre eine Vergrösserung dieses Gestaltungsraums wünschenswert.¹⁰³ Jedoch stellen sich diesbezüglich auch heikle

⁹⁶ Vgl. auch CONTRATTO, in: FS von der Crone, 421, 428 f. sowie 439.

⁹⁷ Zu den grundlegenden Unterschieden zwischen der schweizerischen und den ausländischen Sandboxes s. EFD, Erläuterungen, 22 sowie GRAF/MAYER, GesKR 2016, 470, 473.

⁹⁸ FINANCIAL CONDUCT AUTHORITY, 9.

⁹⁹ MAS, Sandbox, Rz. 2.3 sowie Annex A.

¹⁰⁰ S. dazu, inkl. einer Übersicht der bestehenden Kooperationsabkommen, FCA, <<https://www.fca.org.uk/firms/innovate-and-innovation-hub/engagement>> (04.10.2017). Die FINMA hat bisher immerhin mit der MAS und neuerdings auch mit den israelischen Aufsichtsbehörden ein Kooperationsabkommen abgeschlossen; s. dazu FINMA, <<https://www.finma.ch/de/bewilligung/fintech>> (04.10.2017).

¹⁰¹ Vgl. SCHÄFER, 1, gem. welchem die FINMA bei der Beurteilung von Unterstellungsanfragen von Fintech-Unternehmen die rechtlichen Rahmenbedingungen voll ausschöpfte. Vgl. auch BRANSON, Fintech, 1.

¹⁰² Vgl. auch CONTRATTO, in: FS von der Crone, 421, 439.

¹⁰³ Zu begrüssen sind deshalb die angekündigten Ansatzpunkte zu einer Deregulierung im Kleinbankbereich, gem. welchen es u.a. sogar möglich sein soll, «stabile und konservative Kleinbanken

juristische Fragen. So ist eine Erweiterung des Handlungsspielraums nur unter strikter Einhaltung des Legalitätsprinzips möglich, verfügt die FINMA doch nur über eine sehr beschränkte Regulierungskompetenz (s. Art. 7 FINMAG). Zudem müssten in der Schweiz bei der Gewährung von regulatorischen Ausnahmen für einzelne Unternehmen auch stets das Gebot der Wettbewerbsneutralität und der Gleichbehandlungsanspruch direkter Konkurrenten gewahrt bleiben.¹⁰⁴ Und schliesslich muss auch berücksichtigt werden, dass bei einer höheren Gewichtung der Wettbewerbsfähigkeit des Finanzplatzes Schweiz durch die FINMA auch nie die Unabhängigkeit und Glaubwürdigkeit der Aufsichtstätigkeit gefährdet wird.

V. Schlussbetrachtung

Die Digitalisierung wird immer wie stärker zur treibenden Kraft für Innovationen in der Finanzbranche. Dies wird vermutlich in den nächsten Jahren für einen beschleunigten Strukturwandel in der Finanzbranche sorgen. Die Chancen dieses Strukturwandels proaktiv zu ergreifen, indem wettbewerbsfähige regulatorische Rahmenbedingungen geschaffen werden, ist wesentlich, um die Schweiz auch in Zukunft als innovativen und zukunftsfähigen Wirtschaftsstandort zu erhalten. Wie erläutert, versucht die FINMA, diese Chance mit ihrer Fintech-freundlichen Haltung zu ergreifen (s.o. III.B). Und auch die überarbeiteten strategischen Stossrichtungen der schweizerischen Finanzmarktpolitik, welche der Bundesrat im Oktober 2016 unter dem Titel «Finanzmarktpolitik für einen wettbewerbsfähigen Finanzplatz Schweiz» veröffentlichte, gehen in diese Richtung.¹⁰⁵ Dies ist zu begrüßen. Zum Finanzplatz Schweiz, welcher mit über 200'000 Arbeitnehmern und einer Wertschöpfung von rund 60 Milliarden Franken (9.1% des BIP) einer der zentralen Wirtschaftszweige darstellt,¹⁰⁶ sollte nämlich Sorge getragen werden.

von gewissen Anforderungen gänzlich» zu befreien (s. dazu BRANSON, Kleinbankenregime, 5). Es scheint so, als würde der FINMA damit ein grösserer Gestaltungsspielraum beigemessen werden, von dem durchaus auch Fintech-Unternehmen profitieren könnten. Auf jeden Fall besteht zwischen diesem Reformvorschlag und den oben beschriebenen Befugnissen der FCA und der MAS innerhalb der Sandboxen eine gewisse Ähnlichkeit.

¹⁰⁴ S. dazu BGer 2C_345/2015 vom 24. November 2015 E. 4.2; BGE 140 I 218, 229 E. 6.3; vgl. auch BRAIDI/SCHMIDT, Jusletter 2017, Rz. 23, welche den «one-size-fits-all»-Ansatz der FINMA begrüßen, da dadurch die Garantie des Gleichbehandlungsgrundsatzes und des freien Wettbewerbs besser gewährleistet werden. Gleichzeitig weisen sie aber auch darauf hin, dass dieser Ansatz die Aufsichtsarbeit der FINMA erschwert und eine schnelle Anpassungsfähigkeit der FINMA erfordert.

¹⁰⁵ BUNDESRAT, Finanzmarktpolitik, 7 und 17 ff.: Der Bundesrat postuliert einleitend, dass dafür gesorgt werden muss, die Spitzenposition des Schweizer Finanzplatzes als global führendes Finanzzentrum auch zukünftig zu sichern bzw. noch auszubauen. Als einer von fünf Schwerpunkten soll, insb. durch geeignete Rahmenbedingungen, Innovation ermöglicht werden, so dass die Schweizer Finanzdienstleister int. auch längerfristig wettbewerbsfähig bleiben.

¹⁰⁶ S. STAATSEKRETARIAT FÜR INTERNATIONALE FINANZFRAGEN, 2 f.

Viele Länder wollen die Chancen rund um Fintech aber ebenfalls nutzen, um sich sowohl mit einer liberalen Regulierung ohne grosse Markteintrittshürden und einer Fintech-freundlichen Aufsichtstätigkeit im int. Standortwettbewerb einen Spitzenplatz zu sichern (s.o. III.A sowie IV.B.3). Der Beitrag versucht deshalb – u.a. mit einem rechtsvergleichenden Blick – mögliche Problemfelder zu Reformvorschlägen von Art. 5 FINMAG aufzuzeigen, in der Hoffnung, eine Grundsatzdiskussion über die Aufsichtsziele der FINMA in Zeiten der zunehmenden Digitalisierung anzuregen. Die Gefahr besteht nämlich, dass im Schlepptau der FIDLEG/FINIG-Vorlage (welche viele Bestimmungen mit Diskussionsstoff enthält) – mit der Ergänzung der Stärkung der Zukunftsfähigkeit des Schweizer Finanzplatzes als weiteres sekundäres Ziel in Art. 5 FINMAG – eine Änderung vorgenommen wird, die «mehr Schein als Sein» darstellt (s.o. IV.B.2).

M.E. wäre es deshalb jetzt an der Zeit, eine vertiefte Diskussion über das erörterte Spannungsfeld zwischen Schutzziele und der Stärkung der Wettbewerbsfähigkeit zu führen. Um mit Finanzplätzen wie London und Singapur mithalten zu können, muss bei der Standortförderung des schweizerischen Finanzplatzes eine klare Rollenverteilung zwischen der FINMA und weiteren Behörden und Arbeitsgruppen, wie bspw. das SIF und der BZF (s.o. IV.B.3), definiert werden. Dabei ist insb. auch die zentrale Rolle der FINMA zu berücksichtigen, denn nur sie ist tagtäglich im direkten Austausch mit Marktteilnehmern und ausländischen Aufsichtsbehörden und so am besten geeignet, um allfällige innovationsfördernde Handlungsfelder zu identifizieren. Folglich sollte auch überprüft werden, ob der Handlungsspielraum der FINMA bezüglich Stärkung der Wettbewerbsfähigkeit des schweizerischen Finanzplatzes – unter Einhaltung der verfassungsmässigen Leitplanken (s.o. IV.B.3) – vergrössert werden müsste. Das Ziel soll es sein, für die FINMA – mit Blick auf die Zukunft und unter Berücksichtigung der volkswirtschaftlichen Interessen der Schweiz – den «perfekten Spagat» zwischen Schutzziele und Stärkung der Wettbewerbsfähigkeit zu gewährleisten, ohne die unabhängige und glaubwürdige Aufsichtstätigkeit zu gefährden.

Bis eine solche Lösung erarbeitet ist, sollte insb. ein reger Austausch zwischen einerseits der FINMA und andererseits dem Parlament, dem Bundesrat, dem SIF und dem BZF, welche primär für die Standortpromotion des Schweizer Finanzplatzes zuständig sind, gefördert werden.¹⁰⁷ So können allenfalls notwendige Anpassungen auf Gesetzes- oder Verordnungsebene durch die zuständigen Behörden rechtzeitig eingeleitet werden, ohne dass die FINMA den momentan durch Art. 5 FINMAG gesetzlich vorgegebenen Rahmen verlassen muss.

¹⁰⁷ Diesbezüglich ist zu begrüssen, dass im BZF auch Mark Branson als Direktor der FINMA von Amtes wegen als Mitglied fungiert (s. BEIRAT ZUKUNFT FINANZPLATZ, 12).

Literaturverzeichnis

- ANKENBRAND THOMAS/DIETRICH ANDREAS/BIERI DENIS (Hrsg.), IFZ FinTech Study 2017: An Overview of Swiss FinTech, Zug 2017
- AVGOULEAS EMILIOS, Regulating Financial Innovation, in: MOLONEY NIAMH/FERRAN EILÍS/PAYNE JENNIFER (Hrsg.), The Oxford Handbook of Financial Regulation, Oxford 2015, 659
- BASEL COMMITTEE ON BANKING SUPERVISION, Sound Practices: Implications of fintech developments for banks and bank supervisors, <<http://www.bis.org/bcbs/publ/d415.pdf>>
- BEIRAT ZUKUNFT FINANZPLATZ, Jahresbericht 2016 zuhanden des Bundesrates vom 16. Dezember 2016, <<https://www.newsd.admin.ch/newsd/message/attachments/47000.pdf>>
- BRAIDI GUILLAUME/SCHMIDT LAURENT, FinTech: une déréglementation innovante, Jusletter vom 4. September 2017
- BRANSON MARK, Technologischer Wandel und Innovation in der Finanzindustrie, Referat Business Club Zurich vom 10. September 2015, <<https://www.finma.ch/de/bewilligung/fintech>> (zit. als BRANSON, Wandel)
- BRANSON MARK, Fintech und Negativzinsen: Chance und Herausforderung für den Finanzplatz Schweiz, Referat vom 25. September 2016, <<https://www.finma.ch/de/dokumentation/finmapublikationen/referate-und-artikel/#Order=4>> (zit. als BRANSON, Fintech)
- BRANSON MARK, Moderne Rahmenbedingungen für einen heterogenen Finanzplatz, Referat am Kleinbankensymposium vom 2. Oktober 2017, <<https://www.finma.ch/de/dokumentation/finmapublikationen/referate-und-artikel/#Order=4>> (zit. als BRANSON, Kleinbankenregime)
- BUNDESRAT, Die FINMA und ihre Regulierungs- und Aufsichtstätigkeit – Bericht des Bundesrates in Erfüllung der Postulate 12.4095 Graber Konrad, 12.4121 de Courten, 12.4122 Schneeberger und 13.3282 de Buman vom 18. Dezember 2014, <<https://www.newsd.admin.ch/newsd/message/attachments/37800.pdf>> (zit. als BUNDESRAT, FINMA)
- BUNDESRAT, Medienmitteilung «Bundesrat will innovative Formen von Finanzdienstleistungen ermöglichen» vom 20. April 2016, <<https://www.admin.ch/gov/de/start/dokumentation/medienmitteilungen.msg-id-61427.html>> (zit. als BUNDESRAT, Medienmitteilung)
- BUNDESRAT, Finanzmarktpolitik für einen wettbewerbsfähigen Finanzplatz Schweiz: Bericht des Bundesrates, Bern 2016 (zit. als BUNDESRAT, Finanzmarktpolitik)
- CONTRATTO FRANCA, Technologie und Finanzmarktregulierung: Narrative von Interdependenz und Co-Evolution, in: WEBER ROLF H. et al. (Hrsg.), Aktuelle Herausforderungen des Gesellschafts- und Finanzmarktrechts: FS Hans Caspar von der Crone, Zürich 2017, 421
- EIDGENÖSSISCHES FINANZDEPARTEMENT, Rohstoff: Verringerung von Markteintrittshürden für Fintech-Unternehmen vom 2. November 2016, <<https://www.newsd.admin.ch/newsd/message/attachments/45936.pdf>> (zit. als EFD, Rohstoff)
- ERNST & YOUNG, UK Fintech: On the cutting edge: An evaluation of the international FinTech sector, <<http://www.ey.com/Publication/vwLUAssets/EY-UK-FinTech-On-the-cutting-edge/%24FILE/EY-UK-FinTech-On-the-cutting-edge.pdf>>
- FINANCIAL CONDUCT AUTHORITY, Regulatory Sandbox: November 2015, London 2015
- FINANCIAL STABILITY BOARD, Peer Review of Switzerland: Review Report, <<https://www.newsd.admin.ch/newsd/message/attachments/25543.pdf>> (zit. als FSB, Peer Review)
- FINANCIAL STABILITY BOARD, Financial Stability Implications from FinTech: Supervisory and Regulatory Issues that Merit Authorities' Attention, <<http://www.fsb.org/wp-content/uploads/R270617.pdf>> (zit. als FSB, FinTech)

Fintech: Die FINMA im Spannungsfeld zwischen Schutzziele und Wettbewerbsfähigkeit

- FINMA, Medienmitteilung «FINMA baut Hürden für Fintech ab» vom 17. März 2016, <<https://www.finma.ch/de/news/2016/03/20160317-mm-fintech>> (zit. als FINMA, Medienmitteilung)
- FINMA, Strategische Ziele 2017 bis 2020, Bern 2016 (zit. als FINMA, Strategische Ziele)
- FINMA, Finanzmarktregulierung: Hängige Vorhaben (Stand und Ausblick per 17. August 2017), <<https://www.finma.ch/de/finma/taetigkeiten/regulierung>> (zit. als FINMA, Hängige Vorhaben)
- GERBER DAVID S./BÜRKI KRONENBERG FRED, Herausforderungen und Instrumente der Schweizer Finanzmarktpolitik, GesKR 2012, 1
- GLOBAL LEGAL GROUP (Hrsg.), The International Comparative Legal Guide to: Fintech 2017, London 2017
- GRAF PATRICK/MAYER BENJAMIN, Fintech in der Schweiz: Eine Würdigung der bundesrätlichen Regulierungsvorschläge, GesKR 2017, 1661
- HÜPKES EVA, Globale Märkte und nationale Regulierung: Die Schweizer Finanzplatzpolitik vor neuen Herausforderungen, GesKR 2007, 340
- INTERNATIONAL MONETARY FUND, Switzerland: Report on Observance of Standards and Codes on the following topics: Banking Supervision, Insurance Supervision, and Securities Regulation, <<http://www.imf.org/en/Publications/CR/Issues/2016/12/31/Switzerland-Report-on-Observance-of-Standards-and-Codes-on-the-following-topics-Banking-41591>> (zit. als IMF, ROSC)
- INTERNATIONAL MONETARY FUND, Switzerland: Detailed Assessment of Compliance – Basel Core Principles for Effective Banking Supervision, <<http://www.imf.org/en/Publications/CR/Issues/2016/12/31/Switzerland-Detailed-Assessment-of-Compliance-Basel-Core-Principles-for-Effective-Banking-41880>> (zit. als IMF, DAC)
- INTERNATIONAL MONETARY FUND, Switzerland: Detailed Assessment of Observance – Insurance Core Principles, <<http://www.imf.org/en/Publications/CR/Issues/2016/12/31/Switzerland-Detailed-Assessment-of-Observance-Insurance-Core-Principles-41881>> (zit. als IMF, DAO)
- KILGUS SABINE, Expertengutachten betreffend die Regulierungs- und Kommunikationstätigkeit der FINMA, <<https://www.news.admin.ch/news/message/attachments/37802.pdf>>
- LAEVEN LUC/LEVINE ROSS/MICHALOPOULOS STELIOS, Financial innovation and endogenous growth, Journal of Financial Intermediation 2015, 1
- MONETARY AUTHORITY OF SINGAPORE, Objectives and Principles of Financial Supervision in Singapore, <<http://www.mas.gov.sg/~media/MAS/News%20and%20Publications/Monographs%20and%20Information%20Papers/Objectives%20and%20Principles%20of%20Financial%20Supervision%20in%20Singapore.pdf>> (zit. als MAS, Objectives)
- MONETARY AUTHORITY OF SINGAPORE, Fintech Regulatory Sandbox Guidelines, <<http://www.mas.gov.sg/~media/Smart%20Financial%20Centre/Sandbox/FinTech%20Regulatory%20Sandbox%20Guidelines.pdf>> (zit. als MAS, Sandbox)
- MÜLLER THOMAS, «Wir müssen uns sputen, sonst wandern die Fintech-Startups ab», <<http://www.news.uzh.ch/de/articles/2016/Finanzmarktregulierung.html>>
- NOBEL PETER, Was heisst «Überregulierung»? , SZW 2014, 589
- REICHMUTH PATRICIA/VON DER CRONE HANS CASPAR, Crowdlending als bewilligungspflichtige Entgegennahme von Publikumseinlagen: Bundesgerichtsurteil 2C_352/2016 vom 9. Dezember 2016, SZW 2017, 253
- ROTH MONIKA, Good Corporate Governance: Compliance als Bestandteil des internen Kontrollsystems, Zürich 2015

- SCHÄFER RUPERT, Die FINMA ist fit für Fintech, <<https://www.finma.ch/de/bewilligung/fintech>>
- SCHÖNKNECHT FLORIAN, Der Einlagebegriff nach Bankengesetz, GesKR 2016, 300
- STAATSSSEKRETARIAT FÜR INTERNATIONALE FINANZFRAGEN, Finanzstandort Schweiz: Kennzahlen Oktober 2017, Bern 2017.
- WATTER ROLF et al. (Hrsg.), Basler Kommentar zum Bankengesetz, 2. Aufl., Basel 2013
- WATTER ROLF/PETER NEDIM (Hrsg.), Basler Kommentar zum Börsen- und Finanzmarktaufsichtsgesetz, 2. Aufl., Basel 2011
- WEBER ROLF H., Systemstabilität: Neue Herausforderungen durch die Digitalisierung der Geschäftsmodelle, in: WEBER ROLF H. et al. (Hrsg.), Aktuelle Herausforderungen des Gesellschafts- und Finanzmarktrechts: FS Hans Caspar von der Crone, Zürich 2017, 405
- WEBER ROLF H./BAUMANN SIMONE, FinTech – Schweizer Finanzmarktregulierung im Lichte disruptiver Technologien: Regulierungsansätze für neue Finanzdienstleistungstechnologien, Jusletter vom 21. September 2015
- WOODLARD CHRISTOPHER, The FCA's role in promoting innovation, <<https://www.fca.org.uk/news/speeches/our-role-promoting-innovation>>
- ZOBL DIETER et al. (Hrsg.), Kommentar zum Bundesgesetz über die Banken und Sparkassen, 23. Nachlieferung, Zürich 2015 (zit. als BankG Kommentar-BEARBEITER)
- ZUBERBÜHLER DANIEL, Spannungsverhältnis zwischen Regulierung und Wettbewerbsfähigkeit, SZW 1996, 201

Materialienverzeichnis

- Botschaft des Bundesrates an die Bundesversammlung über die Revision des Bankengesetzes vom 13. Mai 1970, BBl. 1970 I, 1144
- Botschaft zum Bundesgesetz über die Eidgenössische Finanzmarktaufsicht (Finanzmarktaufsichtsgesetz; FINMAG) vom 1. Februar 2006, BBl. 2006 I, 2829
- BUNDESRAT, Vernehmlassungsvorlage des Bundesrates zum Bundesgesetz über die Finanzinstitute (FINIG) vom 4. November 2015 (zit. als Art. ... E-Gesetz BR)
- BUNDESRAT, Vernehmlassungsvorlage des Bundesrates zum Bundesgesetz über die Banken und Sparkassen (Fintech) vom 1. Februar 2017 (zit. als Art. ... E-Gesetz Fintech)
- EIDGENÖSSISCHES FINANZDEPARTEMENT, Erläuternder Bericht zur Vernehmlassungsvorlage zur Änderung des Bankengesetzes und der Bankenverordnung (Fintech) vom 1. Februar 2017 (zit. als EFD, Erläuternder Bericht)
- EIDGENÖSSISCHES FINANZDEPARTEMENT, Erläuterungen zur Änderungen der Bankenverordnung (Fintech) vom 5. Juli 2017 (zit. als EFD, Erläuterungen)
- EIDGENÖSSISCHES FINANZDEPARTEMENT, Ergebnisbericht zur Vernehmlassung zur Änderung des Bankengesetzes und der Bankenverordnung (Fintech) vom 5. Juli 2017 (zit. als EFD, Ergebnisbericht)
- FINMA, Rundschreiben 2008/3 «Publikumseinlagen bei Nichtbanken» vom 20. November 2008, letzte Änderung am 18. Januar 2010 (zit. als FINMA-RS 2008/3)
- FINMA, Rundschreiben 2009/1 «Eckwerte zur Vermögensverwaltung» vom 18. Dezember 2008, letzte Änderung am 10. Juni 2016 (zit. als FINMA-RS 2009/1)

Fintech: Die FINMA im Spannungsfeld zwischen Schutzziele und Wettbewerbsfähigkeit

- FINMA, Rundschreiben 2016/7 «Video- und Online-Identifizierung» vom 3. März 2016 (zit. als FINMA-RS 2016/7)
- FINMA, Erläuterungsbericht zum Rundschreiben 2008/3 «Publikumseinlagen bei Nichtbanken» – Teilrevision vom 1. September 2017 (zit. als FINMA, Erläuterungsbericht)
- KOMMISSION FÜR WIRTSCHAFT UND ABGABEN DES NATIONALRATS, Bericht zur parlamentarischen Initiative 12.501 vom 10. November 2015 (zit. als WAK-N, Bericht)
- KOMMISSION FÜR WIRTSCHAFT UND ABGABEN DES NATIONALRATS, Medienmitteilung vom 21. Juni 2017 (zit. als WAK-N, Medienmitteilung)
- NATIONALRAT, Fahne Herbstsession 2017 zum Finanzdienstleistungsgesetz (FIDLEG) und Finanzinstitutsgesetz (FINIG) (Geschäftsnummer 15.073) – Beschluss des NR vom 13. September 2017 (zit. als Art. ... E-Gesetz NR)
- Parlamentarische Initiative 12.501, CHRISTIAN LÜSCHER (Anpassung des Finmag zur Stärkung von Ansehen und Wettbewerbsfähigkeit des Finanzplatzes)
- STÄNDERAT, Fahne Wintersession 2016 zum Finanzdienstleistungsgesetz (FIDLEG) und Finanzinstitutsgesetz (FINIG) (Geschäftsnummer 15.073) – Beschluss des StR vom 14. Dezember 2016 (zit. als Art. ... E-Gesetz StR)
- SWISS FINANCE + TECHNOLOGY ASSOCIATION, Vernehmlassung zur Änderung des BankG und der BankV (Fintech) vom 8. Mai 2017

Strafrecht

Ausgekuschelt!

Vereinbarkeit von härteren Strafen mit den Grundprinzipien der Strafzumessung

Martin Seelmann / Hans Wiprächtiger

Inhaltsübersicht

I. Einführung	303
II. Strafzumessung	304
A. Terminologie	304
B. Problematik	305
C. Der Grundsatz des individuellen Verschuldens	306
III. Der Drang zu härteren Strafen und deren Vereinbarkeit mit der individuellen Tatschuld	308
A. Forderungen der «Öffentlichkeit»	308
B. Rechtsprechung	312
1. Vorstrafenlosigkeit	313
2. Verminderte Schuldfähigkeit	315
C. Gesetzgeberische Vorstösse: Die Vorlage «zur Harmonisierung der Strafrahmen»	318
IV. Schlussbemerkungen	322
Literaturverzeichnis	322
Materialienverzeichnis	326

I. Einführung

Kuscheljustiz! Dieser Begriff hat sich in den letzten Jahren als Schmähwort gegenüber den Strafbehörden – insbesondere gegenüber den Gerichten – etabliert und sich vor allem in der medialen Berichterstattung wiedergefunden. Die Kritik an der Rechtsprechung beruht dabei auf der Annahme, die Strafrichter sprächen in vielen Fällen – etwa bei Gewalt- und Sexualstraftaten – zu milde Urteile und würden den ihnen durch das Gesetz zur Verfügung gestellten Strafrahmen nicht ausschöpfen. Entsprechend wurden vermehrt Forderungen laut, die einerseits für verschiedene Delikte eine Erweiterung der Strafrahmen nach oben sowie erhöhte Mindeststrafen verlangen, andererseits dadurch den Ermessensspielraum der Gerichte einzuschränken gedenken.¹ Beispielhaft kann hierzu die Vorlage «zur Harmonisierung der Strafrahmen»² genannt werden, die aufgrund der Gesetzesrevision im Sanktionenrecht vom

¹ Vgl. unten III.A.

² VE-StGB/2010 sowie VE-Bericht/2010.

Bundesrat zwar zurückgestellt wurde, deren politische Umsetzung nun jedoch weiter forciert wird. Entgegen ihrem irreführenden Namen wird dabei nicht auf eine «Harmonisierung», sondern insgesamt auf eine Verschärfung des Strafrechts abgezielt.

Der vorliegende Beitrag soll sich in einem ersten Teil mit der Frage auseinandersetzen, was Strafzumessung eigentlich bedeutet, was für Anforderungen an eine «richtige» Strafzumessung zu stellen sind, wo deren Problematiken liegen und auf welchen Grundprinzipien eine solche Zumessung fusst. In einem zweiten Teil gilt es zu untersuchen, weshalb der Ruf nach einem repressiveren Strafrecht ertönt. Wer fordert überhaupt härtere Strafen? Ist das Strafbedürfnis der «Öffentlichkeit» wirklich gewachsen? Damit verbunden ist die Frage, was für Erwartungen an die Einführung von repressiveren Gesetzesbestimmungen bzw. strengeren Vorgaben für die Gerichte gestellt werden und welche Auswirkungen eine solche Umsetzung nach sich ziehen würde. Dabei soll nicht nur ein Augenmerk auf die empirische Unterlegung bzw. Widerlegung des Begründungsfundaments solcher Forderungen (z.B. durch Kriminalstatistiken usw.), sondern auch auf deren Aus- und Wechselwirkungen auf die Grundprinzipien der Strafzumessung gelegt werden. Zur Erörterung der Problematik werden zum einen zwei Beispiele aus der jüngeren Rechtsprechung des Bundesgerichts besprochen. Zum anderen gilt es, die bereits erwähnte Vorlage «zur Harmonisierung der Strafraumen» einer kritischen Würdigung zu unterziehen.

II. Strafzumessung

A. Terminologie

Strafzumessung i.w.S. bedeutet die Festsetzung der Rechtsfolgen einer Straftat.³ Ausgangspunkt der richterlichen Strafzumessung bilden die Strafen, die das Gesetz jeweils in den Besonderen Bestimmungen des Strafgesetzbuches oder in verschiedenen nebenstrafrechtlichen Erlassen androht.⁴ Die Strafen sind dabei lediglich als *ordentliche Strafraumen* mit einem Mindest- und Höchstmass vorgegeben.⁵ An welcher Stelle innerhalb des Strafraumens eines bestimmten Tatbestands die Strafe festgesetzt werden soll, wird dem Rechtsanwender nicht ersichtlich. Diese Aufgabe hat das Gericht (oder die Staatsanwaltschaft im Strafbefehlsverfahren) gestützt auf Art. 47 ff. StGB vorzunehmen, will es in einem bestimmten Fall die konkrete Strafe ermitteln. Dabei handelt es sich um die Strafzumessung i.e.S.⁶ An eine «richtige»

³ STRATENWERTH AT II § 6 N 1; StGB PK-TRECHSEL/THOMMEN, Art. 47 N 1; BSK StGB I-WIPRÄCHTIGER/KELLER, Art. 47 N 5.

⁴ JOSITSCH/CONTE, AJP 2017, 368, 375; STRATENWERTH AT II § 6 N 1.

⁵ STRATENWERTH AT II § 6 N 1; BSK StGB I-WIPRÄCHTIGER/KELLER, Art. 47 N 19.

⁶ STRATENWERTH AT II § 6 N 2; BSK StGB I-WIPRÄCHTIGER/KELLER, Art. 47 N 6.

Strafzumessung sind dabei grundsätzlich die folgenden Anforderungen zu stellen: 1. muss sie zu einer verhältnismässigen Strafe führen (Billigkeit), 2. muss sie ein Höchstmass an Gleichheit gewährleisten (Rechtssicherheit) und 3. muss sie im Sinne der Transparenz überzeugend begründet und dadurch überprüfbar sein (Legitimation durch Verfahren).⁷

B. Problematik

In der Strafrechtswissenschaft wird die Bemessung der konkreten Strafe im Einzelfall als die schwierigste und anspruchsvollste (und von einigen Autoren auch als die am schlechtesten gelöste), jedoch auch als die wichtigste Aufgabe des Gerichts angesehen.⁸ Bereits 1917 nannte der geistige Schöpfer des Schweizerischen Strafgesetzbuches CARL STOOSS die Strafzumessung (konkret bezogen auf die Bemessung der Freiheitsstrafe) eine «ungemein schwierige, ja geradezu peinliche Aufgabe für den Richter. Der Grad der Schuld ist schwer zu fassen»⁹. Doch warum ist dies so? Was macht die Strafzumessung so ungemein schwierig?

Nach dem Schweizerischen Strafgesetzbuch lässt das Gesetz, wie bereits erwähnt, dem Gericht für die Strafzumessung im konkreten Fall grundsätzlich einen breiten Spielraum bzw. ein grosses Ermessen, da bei den einzelnen Delikten oftmals ein weiterer Strafrahmen vorgegeben ist. Diese Rahmen reichen nicht selten von einer Busse oder Geldstrafe bis hin zu einer langjährigen Freiheitsstrafe. Auch enthalten die auf die Strafzumessung abstellenden Bestimmungen des Allgemeinen Teils des Strafgesetzbuches in Art. 47 ff. blosse Grundsätze und stellen dem Gericht keine umfangreiche Zumessungsregelung für die Strafzumessung i.e.S. zur Hand.¹⁰ Die Vorschrift von Art. 47 StGB ist so in hohem Masse interpretationsbedürftig.¹¹ Das Fehlen einer eigentlichen «Handlungsanleitung» für das genaue Festsetzen einer Strafe spiegelt sich auch in der Dogmatik wider, denn diese befasst sich nicht in gleichem Umfang mit der Strafzumessung wie etwa mit Fragen der Tatbestandsmässigkeit.¹² Während die Zahl an Lehrbüchern über den Besonderen Teil des Strafgesetzbuches stetig an-

⁷ KIENER, ZStrR 2007, 351, 353; StGB PK-TRECHSEL/THOMMEN, Art. 47 N 3; vgl. auch TRECHSEL, ZStrR 2000, 1, 10 ff.

⁸ So schon HAFTER, 343; KIENER, ZStrR 2007, 351, 352; OBERHOLZER, in: RIKLIN, 25, 32 f.; SEELMANN/GETH, Rz. 592; SERWE, 138; STRATENWERTH AT II § 6 N 4; StGB PK-TRECHSEL/THOMMEN, Art. 47 N 5; vgl. auch BRUNS, 20 f.

⁹ STOOSS, ZStrR 1917, 87, 94.

¹⁰ JOSITSCH/CONTE, AJP 2017, 368, 375; STRATENWERTH AT II § 6 N 1, 3; BSK StGB I-WIPRÄCHTIGER/KELLER, Art. 47 N 5.

¹¹ OBERHOLZER, in: RIKLIN, 25, 31; SCHWARZENEGGER/HUG/JOSITSCH, 91; STRATENWERTH AT II § 6 N 1, 3; BSK StGB I-WIPRÄCHTIGER/KELLER, Art. 47 N 7; vgl. für das deutsche Recht H.-J. ALBRECHT, 47.

¹² P. ALBRECHT, ZStrR 2013, 385, 404 ff.; OBERHOLZER, in: RIKLIN, 25, 33; BSK StGB I-WIPRÄCHTIGER/KELLER, Art. 47 N 7 f.

wächst, fristen Werke über das Sanktionenrecht ein eher stiefmütterliches Dasein.¹³ Für eine betroffene Person ist jedoch die Frage der Strafzumessung von übergeordneter Bedeutung: Ob sie sich nun wegen eines einfachen Diebstahls oder Betrugs strafbar gemacht hat, mag die Juristen interessieren, für die verurteilte Person zählt vor allem die Höhe der konkret ausgesprochenen Strafe.¹⁴

Nun könnte man geneigt sein zu fordern, dass eine Strafe doch nur anhand von objektiv mess- und dadurch quantifizierbaren Kriterien bestimmt werden solle.¹⁵ Somit würde sie berechen-, vergleich- und für jedermann nachvollziehbar. Wie nachfolgend aufzuzeigen ist, widerspricht eine solche Festlegung der Strafe jedoch den Grundprinzipien der Strafzumessung.

C. Der Grundsatz des individuellen Verschuldens

Gemäss Art. 47 StGB misst das Gericht die Strafe nach dem *Verschulden* des Täters zu. Es berücksichtigt dabei das Vorleben und die persönlichen Verhältnisse sowie die Wirkung der Strafe auf das künftige Leben des Täters.¹⁶ Daraus folgt, dass sich die Strafhöhe grundsätzlich nach der Höhe des Verschuldens im konkreten Fall richtet. Das Gesetz nimmt damit auf das im Schweizerischen Strafrecht geltende *Schuldprinzip* Bezug.¹⁷ Im Sinne von Art. 47 StGB ist die (normative) Schuld das Mass der Vorwerfbarkeit eines Rechtsbruchs.¹⁸ Was genau «Verschulden» bedeutet, versucht das Gesetz selbst dem Rechtsanwender näher dazulegen. Gemäss Art. 47 Abs. 2 StGB «wird [das Verschulden] nach der Schwere der Verletzung oder Gefährdung des betroffenen Rechtsguts, nach der Verwerflichkeit des Handelns, den Beweggründen und Zielen des Täters sowie danach bestimmt, wie weit der Täter nach den inneren und äusseren Umständen in der Lage war, die Gefährdung oder Verletzung zu vermeiden»¹⁹. Damit ist nicht eine allgemeine «Lebensführungsschuld» gemeint, sondern die Einzeltatschuld, also die Verantwortung des Täters für ein ganz be-

¹³ STRATENWERTH AT II § 6 N 4; BSK StGB I-WIPRÄCHTIGER/KELLER, Art. 47 N 8.

¹⁴ OBERHOLZER, in: RIKLIN, 25, 33; STRATENWERTH AT II § 6 N 1, 4.

¹⁵ Vgl. GERMANN, ZStrR 1942, 21, 23.

¹⁶ Art. 47 StGB ist in zwei Absätze unterteilt: Abs. 1 äussert sich zu den Täterkomponenten (u.a. Vorleben, persönliche Verhältnisse), wohingegen Abs. 2 die Tatkomponenten enthält. Diese lassen sich wiederum in eine objektive und eine subjektive Seite einteilen, wobei die subjektive Seite der Tatkomponenten und die Täterkomponenten Berührungspunkte aufweisen (StGB PK-TRECHSEL/THOMMEN, Art. 47 N 0b; STRATENWERTH AT II § 6 N 16 ff. m.w.H.).

¹⁷ Vgl. etwa BGE 123 IV 1, 4 E. 2; P. ALBRECHT, SJZ 1983, 262, 263; GERMANN, ZStrR 1942, 21, 24; STRATENWERTH AT II § 6 N 1, 6.

¹⁸ BGE 134 IV 1, 11 E. 5.3.3; BGE 123 IV 1, 4 E. 2; FIOKA, ZStrR 2007, 133, 138; StGB PK-TRECHSEL/THOMMEN, Art. 47 N 7; BSK StGB I-WIPRÄCHTIGER/KELLER, Art. 47 N 14; vgl. auch WIPRÄCHTIGER/SPAHNI, Strassenverkehr 2017, 12, 17.

¹⁹ Vgl. dazu auch P. ALBRECHT, SJZ 1983, 262, 264 ff.; EUGSTER/FRISCHKNECHT, AJP 2014, 327, 330 f.; KUHN, RJJ 2006, 237, 239.

stimmt umschriebenes Verhalten (wobei jedoch auch Umstände ausserhalb des eigentlichen Tatbereichs berücksichtigt werden können).²⁰ Eine wesentliche Rolle spielt dabei die Frage nach dem Freiheitsspielraum des Täters, den er hatte bzw. wie leicht es ihm gefallen wäre, die konkrete Tat nicht zu begehen.²¹ Neben dem Verschulden dürfen gemäss h.L. und Praxis auch Präventionszwecke (Spezial- und Generalprävention) bei der Strafzumessung berücksichtigt werden.²² Eine *Überschreitung* der schuldangemessenen Strafe aus Gründen der Prävention ist nach einhelliger Meinung jedoch *verboten*,²³ das strafrechtliche Schuldprinzip bezweckt nämlich die Limitierung der staatlichen Strafbefugnisse gegenüber präventiven Sanktionsbedürfnissen.²⁴

In langjähriger Rechtsprechung hat das Bundesgericht festgehalten, dass das Sachgericht im Rahmen seines Ermessens entscheidet, in welchem Umfang es die verschiedenen Strafzumessungsfaktoren berücksichtigt und entsprechend die Höhe der Strafe bestimmt.²⁵ Ihm steht bei der Gewichtung der Strafzumessungskomponenten dadurch ein erheblicher Ermessensspielraum zu.²⁶ Diesem weiten gerichtlichen Ermessen ist jedoch stets ein gewisses Misstrauen entgegengebracht worden. So erhob PAUL ALLEMANN schon 1917 gegen den Vorentwurf des Strafgesetzbuches den Einwand, der Richter finde durch sein subjektives Ermessen «im Gesetz mühelos eine Bestimmung, die ihm Freisprechung wie rücksichtsloseste Bestrafung ermöglicht»²⁷. Das gerichtliche Ermessen hat aber einen guten Grund: Die Würdigung der für die Strafzumessung relevanten Kriterien erfordert ein sorgfältiges Abwägen zwischen einer grossen Anzahl verschiedener Fakten, Interessen und Zielen. Je grösser dabei das dem Gericht zugestandene Ermessen ist, desto eher besteht Gewähr, dass das Urteil im konkreten Einzelfall gerecht wird; je kleiner das Ermessen ist, umso eher ist mit

²⁰ BGE 134 IV 1, 11 E. 5.3.3; GISEL-BUGNION, 43 ff.; SCHWARZENEGGER/HUG/JOSITSCH, 91; STRATENWERTH AT II § 6 N 1, 9; StGB PK-TRECHSEL/THOMMEN, Art. 47 N 7; BSK StGB I-WIPRÄCHTIGER/KELLER, Art. 47 N 15; vgl. auch STRATENWERTH, Tatschuld, 6 f.

²¹ OBERHOLZER, in: RIKLIN, 25, 31; STRATENWERTH AT II § 6 N 13; m.w.H. zu dieser Problematik P. ALBRECHT, SJZ 1983, 262, 263 ff.

²² SCHWARZENEGGER/HUG/JOSITSCH, 91; STRATENWERTH AT II § 6 N 1, 65 ff.; BSK StGB I-WIPRÄCHTIGER/KELLER, Art. 47 N 68; s. auch STRATENWERTH, Tatschuld, 19 ff.

²³ BGE 118 IV 342, 350 E. 2.g; Bot. StGB, BBl. 1999 II, 1979, 2060 («das Verschulden [soll] die Strafe begründen und nach oben begrenzen»); KUHN, RJJ 2006, 237, 241; OBERHOLZER, in: RIKLIN, 25, 31; SCHWARZENEGGER/HUG/JOSITSCH, 105; STRATENWERTH AT II § 6 N 69; StGB PK-TRECHSEL/THOMMEN, Art. 47 N 9; BSK StGB I-WIPRÄCHTIGER/KELLER, Art. 47 N 11, 68; s. zur Unterschuldstrafe KUHN, RJJ 2006, 237, 240 f.; StGB PK-TRECHSEL/THOMMEN, Art. 47 N 12; vgl. auch P. ALBRECHT, SJZ 1983, 262, 264; HÄRRI, ZStrR 1998, 212, 213; STRATENWERTH, Tatschuld, 8 ff.

²⁴ P. ALBRECHT, ZStrR 2013, 385, 395 f.

²⁵ BGE 134 IV 17, 19 E. 2.1; 129 IV 6, 21 E. 6.1; 127 IV 101, 103 E. 2.

²⁶ BGE 136 IV 55, 59 E. 5.4 ff.; 134 IV 17, 19 E. 2.1; 129 IV 6, 20 E. 6.1; 127 IV 101, 103 E. 2; vgl. auch GERMANN, ZStrR 1942, 21; OBERHOLZER, in: RIKLIN, 25, 31 f.

²⁷ ALLEMANN, 101; vgl. auch OBERHOLZER, in: RIKLIN, 25, 38.

einem standardisierten Urteil zu rechnen, dass die Einzeltatschuld nicht angemessen berücksichtigt.²⁸

Doch auch 100 Jahre später ist diese Kritik nicht verstummt, im Gegenteil, die «Kuscheljustiz» mit ihrem unsäglichen Ermessen ist vielen ein Dorn im Auge! Wie sich dieser Begriff eingebürgert und ob die Bevölkerung wirklich ein Bedürfnis nach härteren Strafen und automatisierten Gerichten hat, ist im Folgenden zu behandeln.

III. Der Drang zu härteren Strafen und deren Vereinbarkeit mit der individuellen Tatschuld

A. Forderungen der «Öffentlichkeit»

Kuscheljustiz! Dieser Begriff hat sich in der medialen Berichterstattung sowie im politischen Diskurs (vor allem) gegenüber den Gerichten etabliert.²⁹ Die Kritik an der Rechtsprechung beruht dabei auf der Annahme, die Gerichte sprächen in vielen Fällen – insbesondere bei Gewalt- und Sexualstraftaten – zu milde Urteile und würden den ihnen durch das Gesetz zur Verfügung gestellten Strafraumen nicht ausschöpfen, was zu «Bagatelldelikten» für Straftäter führe.³⁰ In der Folge wurde etwa

²⁸ P. ALBRECHT, ZStrR 2006, 68, 78; OBERHOLZER, in: RIKLIN, 25, 30.

²⁹ S. etwa LLUGI, <<http://www.20min.ch/schweiz/ostschweiz/story/-Das-Urteil-zeigt--dass-Kuschel-justiz-herrscht--12078012>> (20.08.2017); FLURI, <<https://www.solothurnerzeitung.ch/solothurn/kanton-solothurn/richter-spricht-ueber-kuscheljustiz-auslaender-und-drohende-folgen-130055815>> (20.08.2017); FRECH, <<https://www.aargauerzeitung.ch/panorama/vermisches/-schluss-mit-der-kuschel-justiz-1484195>> (20.08.2017); HÜRLIMANN, NZZ vom 27. August 2015, 11; NOLL, NZZ vom 5. Juni 2014, 20; Votum SR Minder, AmtlBull SR 2014, 1242 («Der Bürger würde in Sachen kriminelle Ausländer weg von der Kuscheljustiz und hin zum Landesverweis tendieren»); Votum NR Heer, AmtlBull NR 2009, 989 («Im System der Kuscheljustiz Schweiz bedeutet dies jedoch, dass man im Gefängnis arbeiten und Geld nach Hause schicken kann. Von Strafe also keine Spur [...]»); Votum SR Jenny, AmtlBull SR 2010, 1028 («Wir müssen nicht die Täter, sondern langsam, aber sicher die Opfer schützen. [...] wir sind also tatsächlich nicht mehr so weit von der Kuscheljustiz entfernt»); Votum BR Widmer-Schlumpf, AmtlBull SR 2009, 1309 («Also kann man nicht sagen, dass wir eine Kuscheljustiz hätten und der Strafvollzug ein Ferienlager sei»); BERNARD, ZStrR 2017, 117, 125; s. zur zunehmenden Einstellung hin zu einem «Punitivismus» PIETH, ZStrR 2014, 264, 269.

³⁰ KILLIAS, NZZ vom 16. März 2009, 28; Votum NR Hochreutener, AmtlBull NR 2009, 990 («Unser Strafrecht hat für gewisse Gewaltdelikte seine abschreckende Wirkung weitgehend verloren. Im Bereich Gewaltkriminalität ist auch die Strafjustiz zu wenig hart. Wir müssen das korrigieren. Strafrecht und Strafjustiz müssen wieder strenger und härter werden»); Votum NR Geissbühler, AmtlBull NR 2009, 997 («Ein Strafrecht, das gar nicht straft, ist eine Absurdität [...] Mit einem Kuschel- und Wohlfühlstrafrecht werden nur noch mehr und noch grössere Probleme geschaffen. Wir brauchen eine Trendwende»); Votum NR Aeschbacher, AmtlBull NR 2009, 1000 («Einerseits machen die Strafen kaum mehr Eindruck, weil sie von den Gerichten im letzten Jahrzehnt zunehmend milder ausgefällt werden; eine Kultur des Verstehens und Verzeihens anstelle der liebevollen Strenge ist eingetreten»); «Wenig durchdachte «Quantensprünge» im neuen Strafrecht», NZZ vom 18./19. April 2009, 45; s. etwa auch «Dem sollte man die Eier abschneiden!»

durch den damaligen Nationalrat DANIEL JOSITSCH im Jahre 2009 das Postulat «Überprüfung der Gerichtspraxis bezüglich Ausschöpfung der Strafrahmen» eingereicht, wodurch der Bundesrat zur Ausarbeitung einer Studie zwecks Evaluierung der Ausschöpfung der gesetzlich vorgesehenen Strafrahmen durch die Strafgerichte angehalten wurde.³¹

Neben der Kritik an den als zu wenig hart erachteten Gerichtsurteilen richtete sich die Beanstandung auch gegen den Allgemeinen Teil des Strafgesetzbuches, der von gewisser Seite als zu weich und täterfreundlich empfunden wurde.³² Insbesondere die Forderung nach der Abschaffung der bedingten Geldstrafe wurde wiederholt vorgebracht.³³

Stimmen aus der Politik sowie den Medien berufen sich wiederholt auf Forderungen der «Öffentlichkeit» bzw. das «zunehmende Verunsicherungsgefühl im öffentlichen Raum», wenn sie das Aussprechen härterer Strafen verlangen.³⁴ Dabei werden jedoch keinerlei empirische Belege dafür vorgelegt, inwiefern sich das Verlangen der Bevölkerung nach härteren Strafen manifestiert haben soll und wer genau mit der

<<http://www.20min.ch/schweiz/news/story/20954725>> (20.08.2017); P. ALBRECHT, ZStrR 2013, 385, 386 f.; BERNARD, ZStrR 2017, 117, 125; eine Tendenz zu mildernden Strafen grundsätzlich verneinend NIGGLI/RIEDO, 50.

³¹ Postulat 09.3366.

³² BRAND, <https://www.nzz.ch/strafe_ohne_wirkung-1.2526609> (20.08.2017); KILLIAS, NZZ vom 16. März 2009, 28; Votum NR Geissbühler, AmtlBull NR 2009, 997 («*Das Experiment Strafrechtsrevision ist gescheitert [...] Wir sollten aufhören, Täterschutz anstatt Opferschutz zu betreiben*»); KILLIAS, ZSR 2011, 627 ff.; BERNARD, ZStrR 2017, 117, 125 m.w.H.

³³ Votum NR Hochreutener, AmtlBull NR 2009, 990 («*[...] weil man eine bedingte Geldstrafe erhält, macht das keinen Eindruck [...] Die bedingte Geldstrafe ist abzuschaffen*»); Votum NR Stamm, AmtlBull NR 2009, 993 («*Wir brauchen dringend [...] eine Gesetzesänderung, welche den Richtern die Möglichkeit in die Hände gibt, auch in normalen Fällen sofort unbedingte Strafen zu verhängen*»); Votum BR Widmer-Schlumpf, AmtlBull NR 2009, 1003 («*Die Vorstösse zum neuen Strafsystem, das seit 1. Januar 2007 in Kraft ist, richten sich vor allem gegen die bedingte Geldstrafe*»); s. auch Motion 09.3444 (Fehlende Wirkung bedingter Geldstrafen); KILLIAS, ZSR 2011, 627, 636 f.; BERNARD, ZStrR 2017, 117, 126 m.w.H.; das Verlangen nach härteren Strafen geht sogar schon so weit, dass in gewissen Kreisen bereits die Forderung nach der Wiedereinführung der Todesstrafe nicht mehr als Tabuthema erscheint: «Meurtre d'Adeline – Jean-Luc Addor veut rétablir la peine de mort» <<http://www.lematin.ch/faits-divers/jeanluc-addor-veut-retablir-peine-mort/story/17881013>> (20.08.2017); s. auch LOSER, <<https://tageswoche.ch/politik/haengt-sie-hoehere/>> (20.08.2017).

³⁴ So etwa «Kuscheljustiz: Schweizer fordern mehr Härte», <<https://www.blick.ch/news/kuscheljustiz-schweizer-fordern-mehr-haerte-id2203276.html>> (20.08.2017); VE-Bericht/2010, 2 («*das zunehmende Verunsicherungsgefühl im öffentlichen Raum, welches bei weiten Teilen der Bevölkerung spürbar ist, soll hier berücksichtigt werden*»); Votum NR Huber, AmtlBull NR 2009, 990 («*[Tagessatzsystem] im StGB [...] ein ziemlich grosser Stein des Anstosses in der öffentlichen Meinung*»); Votum NR Gadiant, AmtlBull NR 2009, 992 («*Namentlich die bedingte Geldstrafe [...] wird] heute [...] in der öffentlichen Wahrnehmung [...] kritisch beurteilt*»); Votum BR Widmer-Schlumpf, AmtlBull NR 2009, 1003 («*In der öffentlichen Wahrnehmung wird das Strafsystem heute als zu stark täterorientiert, zu täterfreundlich interpretiert*»); vgl. auch NIGGLI/MAEDER, in: FS Wiprächtiger, 411, 421; OBERHOLZER, in: RIKLIN, 25, 40.

«Öffentlichkeit» gemeint sei.³⁵ Mit einer steigenden Kriminalitätsrate kann der Drang zu einem repressiveren Strafrecht jedenfalls nicht erklärt werden, nimmt die Anzahl der polizeilich bekannt gewordenen Straftaten doch seit Jahren kontinuierlich ab.³⁶ Auch haben verschiedene Studien aufgezeigt, dass entgegen der politischen Debatte sowie der medialen Berichterstattung die Bevölkerung in konkreten Fällen durchschnittlich gerade keine härteren Strafen (mit Ausnahme des Falles eines Vergewaltigers³⁷) aussprechen würde, als es die Gerichte tun.³⁸ Schliesslich darf als erwiesen erachtet werden, dass härtere Strafen nicht zu weniger Kriminalität führen.³⁹ Soweit entsprechend im politischen und medialen Diskurs von «Öffentlichkeit» die Rede ist, ist nicht die Bevölkerung gemeint, sondern eben der politische und mediale Diskurs selbst.⁴⁰

Dass sich gewisse Stimmen weiterhin auf das angebliche Strafbedürfnis der Bevölkerung berufen, mag verschiedene Gründe haben: Zum einen ist der undifferenzierte Schrei nach immer mehr Härte wegen seiner Einfachheit politisch und medial äusserst populär. So komplex die Materie der richtigen (im Sinne der verhältnismässigen, gleichmässigen und überprüfbaren) Strafzumessung auch ist, so scheint ein jeder in diesem Bereich ein Experte zu sein, der genau weiss, was zu tun ist und was

³⁵ NIGGLI/MAEDER, in: FS Wiprächtiger, 411, 417; OBERHOLZER, in: RIKLIN, 25, 40; s. auch HEER, in: NIGGLI/JENDLY, 141, 143; NIGGLI/RIEDO, in: NIGGLI/JENDLY, 3, 15.

³⁶ Von 611'903 Straftaten im Jahre 2012 zu 467'731 im Jahre 2017, vgl. Kriminalstatistik 2016, 62; BIBERSTEIN et al., 43; s. auch NIGGLI/MAEDER, in: FS Wiprächtiger, 411, 424; OBERHOLZER, forumpoenale 2008, 46, 47.

³⁷ KUHN, [erscheint im Oktober 2017].

³⁸ KUHN, in: HEER, 267 ff.; KUHN/VUILLE, 93 ff.; NIGGLI/MAEDER, in: FS Wiprächtiger, 411, 421; vgl. auch SCHWARZENEGGER et al., Jusletter vom 13. September 2010 zur Abweichung der medialen und politischen Diskussion von der Einstellung der Bevölkerung zur Thematik von Sterbe- und Suizidbeihilfe; ferner NIGGLI/RIEDO, in: NIGGLI/JENDLY, 3, 15 f.; OBERHOLZER, in: RIKLIN, 25, 40; KILLIAS/KUHN/AEBI halten diesbezüglich jedoch fest, dass sich die Befragten in ihren Urteilen wohl weitgehend an Strafen orientieren würden, die in ähnlichen Fällen üblich seien (Rz. 933a); vgl. für Deutschland BLIESENER/FLEISCHER, in: FS Streng, 201 ff.; gleichwohl sah sich der Bundesrat dazu veranlasst, über das Sanktionenrecht hinaus die Strafrahmen im Besonderen Teil des Strafgesetzbuches «besser aufeinander abzustimmen» und damit eine «angemessen(er)e Sanktionierung» von Straftaten zu ermöglichen (Bericht VE-StGB/2010, 2 f.; NIGGLI/MAEDER, in: FS Wiprächtiger, 411, 415 ff.; WIPRÄCHTIGER, Anwaltsrevue 2014, 477, 481; vgl. dazu ausführlich unten III. C).

³⁹ NIGGLI/MAEDER, AJP 2011, 443, 448; OBERHOLZER, in: RIKLIN, 25, 37 insbesondere unter Verweis auf die Strafzumessung nach amerikanischem Vorbild; WIPRÄCHTIGER, Anwaltsrevue 2014, 477, 483; BSK StGB I-WIPRÄCHTIGER/KELLER, Art. 47 N 82; WIPRÄCHTIGER/SPAHNI, Strassenverkehr 2017, 12, 19; DIES., forumpoenale 2017, 60, 61; s. dazu auch H.-J. ALBRECHT, in: FS Streng, 185, 188 ff.; ALDER, 25 ff. m.w.H.; NK StGB-STRENG, § 46 N 102; vgl. auch Votum NR Fluri, AmtlBull NR 2009, («Generell möchten wir aber davor warnen, sich der Illusion hinzugeben, dass härtere Strafen zu weniger Kriminalität führen. Diese Meinung ist empirisch ganz klar widerlegt»).

⁴⁰ NIGGLI/MAEDER, in: FS Wiprächtiger, 411, 417; WIPRÄCHTIGER, Anwaltsrevue 2014, 477, 483; s. auch BSK StGB I-WIPRÄCHTIGER/KELLER, Art. 47 N 22.

gerecht wäre.⁴¹ Auch kann durch die Forderung nach einem repressiveren Strafrecht eine relativ kostengünstige Profilierung als Verteidiger von «*law and order*» bzw. als Vertreter der Schwachen und Schutzwürdigen erreicht werden.⁴² Gegenteilige Positionen werden automatisch in die Ecke der Opferfeindlich- und Täterfreundlichkeit gedrängt; wer möchte sich schon für (zukünftige) Straftäter einsetzen?⁴³ Dabei ist aber zu beachten, dass der Einzelne sich einerseits dann für ein hartes Durchgreifen einsetzt, wenn er – etwa bei schweren Gewalt- oder Sexualdelikten – davon ausgeht, selbst nie als zukünftiger Täter davon betroffen zu sein; in den Fällen, in denen sich auch ein «*law and order*»-Verfechter als Angeklagter wiederfinden könnte (z.B. bei SVG-Delikten oder Steuerhinterziehung), wird andererseits jedoch auf Milde plädiert.⁴⁴

Auch mag dem Einzelnen in der heutigen immer komplexeren und undurchschaubareren globalisierten Welt – obgleich die Statistiken eine zurückgehende Anzahl von Straftaten ausweisen⁴⁵ – eine gewisse existenzielle Verunsicherung nicht abzusprechen sein.⁴⁶ Dies führt dazu, dass vermehrt die Forderung nach einer einfacheren Lösung für die vielschichtigen Probleme des Lebens laut wird.⁴⁷ Der Bevölkerung wird dabei durch die mediale Berichterstattung und den politischen Diskurs suggeriert, dass das Strafrecht – ganz im Gegensatz zum *ultima-ratio*-Prinzip⁴⁸ – als ein solches Heilmittel gegen alle Ängste und Unsicherheiten erhalten könne und müsse; die Lösung gesellschaftlicher Probleme wird *in toto* an die Strafjustiz delegiert.⁴⁹ Zwar werden die grundsätzlichen Probleme dadurch nicht gelöst, jedoch wird der Gefahr durch das individuell fassbare Fehlverhalten des Einzelnen ein Gesicht gegeben.⁵⁰

⁴¹ OBERHOLZER, in: RIKLIN, 25, 33.

⁴² NIGGLI/RIEDO, in: NIGGLI/JENDLY, 3, 16; OBERHOLZER, in: RIKLIN, 25, 40 f.; WIPRÄCHTIGER, Anwaltsrevue 2014, 477, 484.

⁴³ NIGGLI/RIEDO, in: NIGGLI/JENDLY, 3, 16.

⁴⁴ S. etwa die Bestrebung bei der Via-sicura-Gesetzgebung, die erst vor kurzem eingeführte Mindeststrafe für Raser wieder abzuschaffen, Bericht Via sicura, 18; s. auch das Interview mit N. Oberholzer «Rache ist Hilfllosigkeit», <<http://www.tagesanzeiger.ch/schweiz/standard/Rache-ist-Hilfllosigkeit-/story/22795356>> (20.08.2017) m.w.H.

⁴⁵ Vgl. oben Fn. 35.

⁴⁶ P. ALBRECHT, ZStrR 2013, 385, 387; OBERHOLZER, forumpoenale 2008, 46, 47; USTER, in: RIKLIN, 95, 96.

⁴⁷ OBERHOLZER, forumpoenale 2008, 46, 47; DERS., <<https://nzzas.nzz.ch/schweiz/bundesrichter-oberholzer-strafen-ist-nicht-alles-ld.148870?reduced=true>> (20.08.2017); DERS., <<http://www.tagesanzeiger.ch/schweiz/standard/Die-neue-Lust-am-Strafen/story/31483861>> (20.08.2017).

⁴⁸ P. ALBRECHT, ZStrR 2013, 385, 387; SEELMANN/GETH, Rz. 9 ff.

⁴⁹ OBERHOLZER, <<http://www.tagesanzeiger.ch/schweiz/standard/Die-neue-Lust-am-Strafen/story/31483861>> (20.08.2017); DERS., <<https://nzzas.nzz.ch/schweiz/bundesrichter-oberholzer-strafen-ist-nicht-alles-ld.148870?reduced=true>> (20.08.2017); DERS., forumpoenale 2008, 46, 47; SEELMANN/GETH, Rz. 9 ff.

⁵⁰ OBERHOLZER, forumpoenale 2008, 46, 47; DERS., <<http://www.tagesanzeiger.ch/schweiz/standard/Die-neue-Lust-am-Strafen/story/31483861>> (20.08.2017).

Wie man aber auch immer den Begriff der «Kuscheljustiz» und die Forderung nach härteren Strafen zu erklären und verstehen versucht, so muss man bereits grundsätzliche Kritik an der Annahme, die Gerichte sprächen in vielen Fällen zu milde Urteile, anbringen. Wie oben unter II.C. dargelegt, wird die jeweilige Strafe gemäss Art. 47 StGB nach dem Verschulden zugemessen. Wie hoch dieses Tatverschulden jedoch im konkreten Einzelfall ist, lässt sich weder einem Zeitungsbericht noch einer Urteilsstatistik entnehmen. Schon dem Gericht fällt es – *nota bene* in vollständiger Kenntnis der Strafzumessungstatsachen – nicht leicht, die Strafe im Einzelfall innerhalb des gegebenen Strafrahmens auf Grundlage der Tatschuld und unter Berücksichtigung der spezial- und generalpräventiven Bedürfnisse festzulegen.⁵¹ Wie unmöglich muss es einem Extraneus dann erst fallen, die Beurteilung der Angemessenheit einer Strafe in einem bestimmten Fall ohne Kenntnis der strafzumessungsrelevanten Akten vorzunehmen?⁵² Das Problem hierbei ist, dass einem Grossteil der Bevölkerung zumeist gar nicht bewusst ist, wie ungemein schwierig sich die Strafzumessung im einzelnen Fall gestaltet und auf welchen Grundprinzipien sie beruht. Die Justiz sowie Vertreterinnen und Vertreter aus der Wissenschaft sowie der Strafverteidigung müssen vermehrt versuchen, das Verfahren und die Urteilsfindung – aber auch gesetzgeberische und politische Entscheidungen – für die Öffentlichkeit durch aktive Kommunikation fassbarer und verständlicher dazulegen. Denn so hielt bereits BRUNS in seinem Grundlagenwerk zu Strafzumessung Folgendes fest: «Die Bevölkerung, namentlich die Presse, pflegt zu den Fragen des Strafmasses leidenschaftlich, aber nicht immer sachkundig, Stellung zu nehmen. Umso wichtiger wird es dann, Strafzumessung und öffentliche Meinung in ein richtiges Verhältnis zu bringen»⁵³.

B. Rechtsprechung

Doch auch in der Rechtsprechung zeigt sich ein Trend hin zu härteren Strafen im Sinne einer Nichtberücksichtigung von bis anhin etablierten Strafmilderungs- bzw. -minderungsgründen. Dies soll anhand von zwei Beispielen aus der jüngeren Rechtsprechung des Bundesgerichts erläutert werden.

⁵¹ S. oben II.C.

⁵² Dies wird denn auch von einem gewichtigen Kritiker der «Kuscheljustiz» eingestanden: KILLIAS, NZZ vom 16. März 2009, 28 («*Natürlich ist es unmöglich, diese Fragen ohne Kenntnis der [...] Akten zu beurteilen.*»); vgl. auch NIGGLI/MAEDER, in: FS Wiprächtiger, 411, 418.

⁵³ BRUNS, 20.

1. Vorstrafenlosigkeit

Einerseits hat sich das Bundesgericht in einem Fall mit der Frage der Auswirkung der Vorstrafenlosigkeit einer beschuldigten Person auf die konkrete Strafzumessung auseinandergesetzt.⁵⁴ Bis zu jenem Zeitpunkt hatte das Bundesgericht in ständiger Rechtsprechung festgehalten, dass sich Wohlverhalten bzw. Vorstrafenlosigkeit während längerer Zeit strafmindernd auswirke.⁵⁵ Auch ein Teil der Lehre sprach bzw. spricht sich dafür aus, dass Straffreiheit nicht selbstverständlich und daher strafmindernd zu berücksichtigen sei.⁵⁶

Nach neuer Auffassung des Bundesgerichts gilt die Vorstrafenlosigkeit nicht mehr als «automatischer» Strafminderungsgrund.⁵⁷ Es führt als Begründung in einem ersten Schritt aus, dass das Vorliegen von Vorstrafen bei einem Täter grundsätzlich strafe erhöhend gewichtet werde.⁵⁸ In Anwendung der bisherigen Rechtsprechung würde dies bedeuten, dass eine Vorstrafe automatisch zu einer Straferhöhung, deren Fehlen hingegen zu einer Strafminderung führe; das Fehlen einer neutralen Gewichtung sei insofern wenig überzeugend.⁵⁹ Unbefriedigend sei überdies, dass die Vorstrafenlosigkeit undifferenziert berücksichtigt werde.⁶⁰ Ein weiterer Grund sei schliesslich das vom Bundesgericht – gestützt auf die neue Gesetzgebung – angewendete Verwertungsverbot von aus dem Strafregister entfernten Vorstrafen (Art. 369 Abs. 7 StGB besagt, dass ein aus dem Strafregister nach Ablauf der gesetzlich festgehaltenen Frist entferntes Urteil dem Betroffenen bei der Strafzumessung nicht mehr entgegengehalten werden darf).⁶¹ Das Bundesgericht hielt dazu Folgendes fest: «Dies führt zum unbefriedigenden Ergebnis, dass der Täter gleich behandelt werden müsste wie derjenige, der sich tatsächlich noch nie vor Gericht zu verantworten hatte. Er erhielte eine niedrigere Strafe mit der an sich unzutreffenden Begrün-

⁵⁴ BGE 136 IV 1.

⁵⁵ Vgl. etwa BGE 102 IV 231, 232 f. E. 3 («Gemäss Art. 63 StGB ist u.a. das Vorleben des Täters zu berücksichtigen; wer sich während längerer Zeit einwandfrei verhalten hat, wird deshalb regelmässig milder bestraft»); 96 IV 155, 178 f. E. III.2 («Andererseits ist dem Angeklagten zugute zu halten, dass er – abgesehen von einer weit zurückliegenden geringen Strafe – nicht vorbestraft ist»); s. auch BGer 6S.726/2001 vom 25. Juni 2002 E. 3; 6S.44/2007 vom 6. Juni 2007 E. 4.4.2 («Angesichts der grossen Anzahl Verurteilter mit Vorstrafen steht jedenfalls fest, dass die bisherige Straffreiheit keine Selbstverständlichkeit ist»); StGB PK-TRECHSEL/THOMMEN, Art. 47 N 30.

⁵⁶ SCHÄFER/SANDER/VAN GEMMEREN, Rz. 359; BSK StGB I-WIPRÄCHTIGER/KELLER, Art. 47 N 140.

⁵⁷ BGE 136 IV 1, 3 E. 2.6.4.

⁵⁸ BGE 136 IV 1, 2 E. 2.6.2, unter Verweis auf BGE 121 IV 3, 5 E. 1b; BGer 6B_765/2008 vom 7. April 2009 E. 2.1.2.

⁵⁹ BGE 136 IV 1, 2 E. 2.6.2.

⁶⁰ BGE 136 IV 1, 2 E. 2.6.2, so stelle die Vorstrafenlosigkeit bei einem Straftäter, der eben erst mündig geworden ist, keine besondere Leistung dar, wogegen der Umstand, nie verurteilt worden zu sein, bei einer älteren Person durchaus anzuerkennen sei.

⁶¹ BGE 136 IV 1, 3 E. 2.6.3; vgl. dazu BGE 135 IV 87, 91 E. 2.4.

dung, noch nie bestraft worden zu sein»⁶². Entsprechend könne an der bisherigen Rechtsprechung nicht mehr festgehalten werden. Die Vorstrafenlosigkeit sei deshalb *neutral* zu behandeln, also bei der Strafzumessung nicht zwingend strafmindernd zu berücksichtigen; es habe vielmehr in der Bevölkerung als Normalfall zu gelten, nicht vorbestraft zu sein.⁶³ Zwar könne die Vorstrafenlosigkeit ausnahmsweise und im Einzelfall in die Gesamtbeurteilung der Täterpersönlichkeit einbezogen werden und sich allenfalls strafmindernd auswirken, dies sei jedoch nur im Falle einer «ausserordentliche[n] Gesetzestreue» möglich.⁶⁴ Diese Änderung der Rechtsprechung wurde in der Folge wiederholt durch das Bundesgericht sowie durch kantonale Gerichte bestätigt.⁶⁵

Die neue Rechtsprechung scheint zu verkennen, welche Schwierigkeiten ein menschliches Leben mit sich bringen kann.⁶⁶ Zurzeit verzeichnen in der Schweiz bei einer Bevölkerungszahl von rund 8,4 Mio.⁶⁷ Einwohnern 766'000 Personen einen Eintrag im Strafregister.⁶⁸ Dies bedeutet, dass jeder elfte Einwohner vorbestraft ist (wobei zu beachten ist, dass alle Personen unter 10 Jahren⁶⁹ keinen Registereintrag aufweisen können und entsprechend von der Gesamteinwohnerzahl abzuziehen wären, d.h. der prozentuale Anteil von registrierten Personen noch höher ausfallen würde). Entsprechend darf der Anteil vorbestrafter Personen nicht unterschätzt werden.⁷⁰ Des Weiteren müsste die konsequente Weiterführung der bundesgerichtlichen Argumentation dazu führen, dass auch eine Vorstrafenbelastung nicht mehr *per se* straf erhöhend

⁶² BGE 136 IV 1, 3 E. 2.6.3.

⁶³ BGE 136 IV 1, 3 E. 2.6.4; StGB-Kommentar-HUG, Art. 47 N 14a; MATHYS, Rz. 289; DERS., SJZ 2004, 173, 176 f.; s. auch STEPHENSON, Anwaltsrevue 2010, 319, 321; bereits früher sprach sich das Bundesgericht vereinzelt in nicht amtlich publizierten Entscheiden gegen die zwingende strafmindernde Berücksichtigung von fehlenden Vorstrafen aus, so etwa BGer 6S.85/2006 vom 27. Juni 2006 E. 2.4; 6S.467/2004 vom 11. Februar 2005 E. 2.2.1; 6S.684/2000 vom 22. März 2001 E. 3c.cc.

⁶⁴ BGE 136 IV 1, 3 E. 2.6.4, unter Verweis auf den Beispielfall eines Berufschaffeurs, der sich als Ersttäter wegen eines Strassenverkehrsdelikts zu verantworten habe, obschon er seit vielen Jahren täglich mit seinem Fahrzeug unterwegs sei; MATHYS, Rz. 289; StGB PK-TRECHSEL/THOMMEN, Art. 47 N 30.

⁶⁵ S. etwa BGer 6B_484/2014 vom 4. Dezember 2014 E. 4.3; 6B_267/2013 vom 15. Mai 2013 E. 2.4; 6B_89/2011 vom 14. Juni 2014 E. 2.4; 6B_107/2011 vom 23. Mai 2011 E. 3.3; KGer BL 460 15 55 vom 14. Juli 2015 E. 3.3.2.

⁶⁶ BSK StGB I-WIPRÄCHTIGER/KELLER, Art. 47 N 142; dem BGer im Ergebnis jedoch zustimmend HUG, forum poenale 2011, 361, 363, allerdings unter Hinweis darauf, dass das in diesem Zusammenhang vorgebrachte Beispiel des Berufschaffeurs nicht unbedingt ideal gewählt sei.

⁶⁷ S. Tabelle Wohnbevölkerung (Ständige Wohnbevölkerung der Schweiz, 1. Quartal 2017).

⁶⁸ Bericht Strafregister, 1 (Stand: 20. Februar 2017).

⁶⁹ Vgl. Art. 3 Abs. 1 JStGB.

⁷⁰ So auch noch das Bundesgericht in BGer 6S.44/2007 vom 6. Juni 2007 E. 4.4.2 («Angesichts der grossen Anzahl Verurteilter mit Vorstrafen steht jedenfalls fest, dass die bisherige Straffreiheit keine Selbstverständlichkeit ist»).

gewertet werden darf.⁷¹ Schliesslich kann auch das Argument, dass gemäss Art. 369 Abs. 7 StGB ein entferntes Urteil dem Betroffenen nicht mehr entgegengehalten werden kann, nicht gegen die Vorstrafenlosigkeit als Strafminderungsgrund verwendet werden. Die Bestimmung hat ja gerade zum Ziel, keine unterschiedlichen Folgen daran zu knüpfen, ob jemand nie vorbestraft war oder seine Vorstrafe schon sehr weit zurückliegt.⁷² Immerhin hat das Bundesgericht aber noch die Möglichkeit offengelassen, im Einzelfall die Vorstrafenlosigkeit einer angeklagten Person gleichwohl noch strafmindernd berücksichtigen zu können.⁷³

2. Verminderte Schuldfähigkeit

Weit gewichtiger als die soeben angesprochene Änderung der Rechtsprechung zur Vorstrafenlosigkeit ist ein neuerer Entscheid des Bundesgerichts zur verminderten Schuldfähigkeit. Noch in BGE 134 IV 132 hatte das Bundesgericht in Bestätigung einer langjährigen und bewährten Praxis festgehalten, dass «der Richter [...] bei der Strafzumessung [...] der Verminderung der Schuldfähigkeit im ganzen Ausmass der Verminderung Rechnung tragen [muss]»⁷⁴. Durch den neuen Entscheid BGE 136 IV 55 will das Bundesgericht nun aber mit einer nicht nachvollziehbaren Begründung verhindern, der Verminderung der Schuldfähigkeit «eine zu weit gehende Bedeutung zukommen zu lassen»⁷⁵. Eine verminderte Schuld nach Art. 19 Abs. 2 StGB allein solle so grundsätzlich bei der Festsetzung der Strafe zu keiner Unterschreitung des ordentlichen Strafrahmens führen. Dazu bedürfe es weiterer Umstände, die das Verschulden als besonders leicht erscheinen liessen. Nur eine solche Betrachtungsweise vermöge «der gesetzgeberischen Wertung des Unrechtsgehaltes einer Straftat und damit letztlich der Ausgleichsfunktion (auch) des Strafrechts Rechnung zu tragen»⁷⁶. Auch habe das Gericht im Falle einer verminderten Schuldfähigkeit deren Ursache zu gewichten.⁷⁷

Dieser Entscheid bietet aus mehreren Gründen Anlass zur Kritik. Zum einen widerspricht die Begründung des Bundesgerichts klar dem Wortlaut von Art. 19 Abs. 2

⁷¹ BOMMER, ZBJV 2015, 350, 355; gemäss StGB PK-TRECHSEL/THOMMEN, Art. 47 N 30 erscheint das Verschulden des Täters bei erneuter Straffälligkeit geringer, da das Vorliegen krimineller Vorbelastung die Hemmschwelle zu erneuter Delinquenz eher senkt.

⁷² BOMMER, ZBJV 2015, 350, 355.

⁷³ BGE 136 IV 1, 3 E. 2.6.4.

⁷⁴ BGE 134 IV 132, 137 E. 6.2; vgl. auch BGE 118 IV 1, 4 E. 2; 123 IV 1, 4 E. 2; 129 IV 22, 35 E. 6.2.

⁷⁵ BGE 136 IV 55, 62 E. 5.6.

⁷⁶ BGE 136 IV 55, 63 E. 5.8.

⁷⁷ BGE 136 IV 55, 61 E. 5.6, jedoch ohne weitergehende Erläuterungen; BOMMER, ZBJV 2015, 350, 356 weist richtigerweise darauf hin, dass dies grundsätzlich nur im Rahmen der *actio libera in causa* gemäss Art. 19 Abs. 4 StGB möglich ist.

StGB.⁷⁸ Dieser hält fest, dass verminderte Schuldfähigkeit zu einer Strafmilderung führt. Wenn das Bundesgericht nun ausführt, dass eine verminderte Schuld grundsätzlich bei der Festsetzung der Strafe zu keiner Unterschreitung des ordentlichen Strafrahmens führen solle, so wird bereits verkannt, wodurch sich eine Strafmilderung von einer Strafminderung unterscheidet. Erstere bezeichnet grundsätzlich die Herabsetzung der Strafe auf ein Mass *unterhalb* des unteren Rahmens der Strafdrohung (vgl. Art. 48a Abs. 1 StGB).⁷⁹ Eine Strafminderung umfasst dagegen die Herabsetzung des Strafmasses *innerhalb* des ordentlichen Strafrahmens.⁸⁰ Der Strafmilderungsgrund der verminderten Schuldfähigkeit gemäss Art. 19 Abs. 2 StGB führt mithin begriffsimmanent zu einer Öffnung des Strafrahmens nach unten; eine Strafmilderung ist seit der Revision 2002 denn auch obligatorisch.⁸¹

Das Bundesgericht stellt sich des Weiteren auf den Standpunkt, dass es bei Art. 19 Abs. 2 StGB «nicht um die Herabsetzung einer Strafe, sondern um die Reduktion des Verschuldens» gehe, wobei es selbst anmerkt, dass dies dem Wortlaut und der bisherigen Rechtsprechung widerspreche.⁸² Einerseits gilt es anzumerken, dass von einem klaren Wortlaut nur dann abgewichen werden darf, wenn triftige Gründe zur Annahme bestehen, dass er nicht den wahren Sinn der Bestimmung wiedergibt.⁸³ Solche Gründe sind hier jedoch nicht ersichtlich. Dies scheint auch dem Bundesgericht aufgefallen zu sein, werden solche Gründe in dem fraglichen Entscheid denn auch nicht geltend gemacht. Überhaupt schleierhaft ist die grundsätzliche Aussagekraft der bundesgerichtlichen Ausführung, da eine Reduktion des Verschuldens ohnehin zu einer Reduktion der Strafe führt.⁸⁴ Schliesslich müsste sich die durch das Bundesgericht vorgenommene Praxisänderung auf ernsthafte sachliche Gründe stützen können.⁸⁵ Auch diese lassen sich dem Entscheid jedoch nicht entnehmen. Grund für die Praxisänderung ist vielmehr die geänderte personelle Zusammensetzung der strafrechtlichen Abteilung des Bundesgerichts, die sich durch den Entscheid der «Technik der Strafzumessung» von HANS MATHYS⁸⁶ angeschlossen hat.⁸⁷

⁷⁸ BSK StGB I-WIPRÄCHTIGER/KELLER, Art. 48a N 19.

⁷⁹ StGB PK-TRECHSEL/THOMMEN, Vor Art. 48 N 2.

⁸⁰ BGE 106 IV 385, 390 f. E. 8; 116 IV 11, 12 E. 2; STRATENWERTH AT II § 6 N 92 Fn. 166; StGB PK-TRECHSEL/THOMMEN, Vor Art. 48 N 2.

⁸¹ BSK StGB I-BOMMER/DITTMANN, Art. 19 N 76; STRATENWERTH AT I § 11 N 28; StGB PK-TRECHSEL/JEAN-RICHARD, Art. 19 N 16.

⁸² BGE 136 IV 55, 59 E. 5.5 («entgegen dem Wortlaut des Gesetzes und in Änderung der bisherigen Rechtsprechung»).

⁸³ BGE 139 III 478, 479 E. 6; 137 IV 13, 18 E. 3.1; vgl. auch BGE 140 II 129, 131 E. 3.2; HUG, forumpoenale 2011, 361, 366.

⁸⁴ BOMMER, ZBJV 2015, 350, 357; StGB PK-TRECHSEL/JEAN-RICHARD, Art. 19 N 16 («als ob die Höhe der Strafe nicht von der Höhe des Verschuldens abhinge»); s. auch HAFTER, 177.

⁸⁵ BGE 136 III 6, 8 E. 3; 135 I 79, 82 E. 3; 140 V 15, 18 E. 5.3.2; HUG, forumpoenale 2011, 361, 366; WIPRÄCHTIGER/SPAHNI, Strassenverkehr 2017, 12, 18.

⁸⁶ MATHYS, SJZ 2004, 173 ff.; DERS., Rz. 118 ff.

⁸⁷ HUG, forumpoenale 2011, 361, 366; StGB PK-TRECHSEL/THOMMEN, Art. 48a N 2.

Den grössten Kritikpunkt bildet jedoch die bereits erwähnte höchstrichterliche Aussage, dass vermieden werden solle, der Verminderung der Schuldfähigkeit «eine zu weit gehende Bedeutung zukommen zu lassen»⁸⁸. Das Bundesgericht führt in diesem Zusammenhang aus, dass bei der Frage, in welchem Umfang die Einschränkung der Schuldfähigkeit die Verschuldensbewertung beeinflusst, «die verminderte Schuldfähigkeit [...] eines von mehreren Kriterien sein kann»⁸⁹. Dieser Behauptung ist entschieden zu widersprechen. Die verminderte Schuldfähigkeit ist nicht eines von vielen Kriterien, sondern *das* entscheidende Kriterium.⁹⁰ Sie steht entsprechend nicht mit den übrigen Strafmilderungsgründen (wie denjenigen von Art. 48a StGB) auf einer Stufe.⁹¹ Das ergibt sich bereits daraus, dass die verminderte Zurechnungsfähigkeit nach aArt. 11 StGB/1937 als einziger Strafmilderungsgrund unbeschränkte Strafmilderung «nach freiem Ermessen» (aArt. 66 StGB/1937) zuliess und auch heute noch durch Art. 19 Abs. 2 StGB eine hervorgehobene Regelung erfahren hat.⁹²

Bildlich gesprochen steht das Zumessungskriterium der verminderten Schuldfähigkeit nach der bisherigen bewährten Praxis «vor der Klammer», während sich die übrigen Strafzumessungsgründe «in der Klammer» befinden; BGE 136 IV 55 möchte nun die verminderte Zurechnungsfähigkeit als einen von vielen Strafzumessungsfaktoren «in die Klammer» hineinziehen.⁹³

Der Entscheid ist in der Lehre auf breite Kritik gestossen.⁹⁴ In der Tat beschleicht einen das Gefühl, dass das Bundesgericht durch diese Kehrtwende vom Prinzip der Schuldstrafe abzurücken scheint.⁹⁵ Über die Hintergründe der Praxisänderung kann dabei nur spekuliert werden. Ein Grund dürfte das Misstrauen gegenüber den forensischen Psychiatern und Gutachtern sein.⁹⁶ Das Bundesgericht bringt denn auch vor, dass der von psychiatrischen Experten eingestufteten Verminderung der Einsichts- und

⁸⁸ BGE 136 IV 55, 62 E. 5.6.

⁸⁹ BGE 136 IV 55, 60 E. 5.6.

⁹⁰ BOMMER, ZBJV 2015, 350, 358.

⁹¹ BSK StGB I-BOMMER/DITTMANN, Art. 19 N 76; StGB PK-TRECHSEL/THOMMEN, Art. 48a N 2; WIPRÄCHTIGER/SPAHNI, Strassenverkehr 2017, 12, 18; DIES., *forum*poenale 2017, 60, 61; BOMMER, ZBJV 2015, 350, 357 m.w.H.

⁹² BOMMER, ZBJV 2015, 350, 358; StGB PK-TRECHSEL/THOMMEN, Art. 48a N 2; WIPRÄCHTIGER/SPAHNI, Strassenverkehr 2017, 12, 18; DIES., *forum*poenale 2017, 60, 61; s. auch BSK StGB I-BOMMER/DITTMANN, Art. 19 N 76 f.

⁹³ StGB PK-TRECHSEL/THOMMEN, Art. 48a N 2.

⁹⁴ BOMMER, ZBJV 2015, 350, 358 («*Der Entscheid lässt einen ratlos zurück. Selten jedenfalls ist eine Praxisänderung so dürftig begründet und argumentativ so schwach abgestützt worden*»); BSK StGB I-BOMMER/DITTMANN, Art. 19 N 76; HUG, *forum*poenale 2011, 361, 366; StGB PK-TRECHSEL/THOMMEN, Art. 48a N 2; BSK StGB I-WIPRÄCHTIGER/KELLER, Art. 48a N 18 ff.; WIPRÄCHTIGER/SPAHNI, Strassenverkehr 2017, 12, 18 f.; s. auch BERNARD, Jusletter vom 13. Februar 2012, Rz. 28.

⁹⁵ StGB PK-TRECHSEL/THOMMEN, Art. 48a N 2.

⁹⁶ BSK StGB I-WIPRÄCHTIGER/KELLER, Art. 48a N 22; WIPRÄCHTIGER/SPAHNI, Strassenverkehr 2017, 12, 19; DIES., *forum*poenale 2017, 60, 61.

Steuerungsfähigkeit «regelmässig» ein zu grosses Gewicht beigemessen werde.⁹⁷ Dies lässt darauf schliessen, dass sich das Bundesgericht möglicherweise von der Angst des medial und politisch portierten Vorwurfs der «Kuscheljustiz» leiten liess.⁹⁸

Soweit sich die Praxis jedoch noch einem Verschuldensstrafrecht verpflichtet sieht, tut sie gut daran, der Minderung der Schuldfähigkeit weiterhin im Sinne von BGE 134 IV 312 und entgegen BGE 136 IV 55 im vollen Ausmass Rechnung zu tragen.⁹⁹ Denn die Schuldfähigkeit ist und bleibt das Rückgrat der Strafzumessung.¹⁰⁰

C. Gesetzgeberische Vorstösse: Die Vorlage «zur Harmonisierung der Strafrahmen»

Politische Vorstösse für eine Verschärfung des Strafrechts hat es in den letzten Jahren zuhauf gegeben. Dabei ging es über verschiedene (Volks-)Initiativen wie diejenige der lebenslangen Verwahrung von extrem gefährlichen Sexual- und Gewaltstraftäter (2004),¹⁰¹ die Initiative «Unverjährbarkeit pornografischer Straftaten an Kindern» (2009)¹⁰² und die Initiative «Pädophile sollen nicht mehr mit Kindern arbeiten dürfen» (2014)¹⁰³ bis etwa hin zur abstrusen parlamentarischen Initiative «Streichung der Artikel 19 und 20 StGB».¹⁰⁴

Vorliegend soll die Vorlage des Bundesrates zur Änderung des Strafgesetzbuches mit dem harmlos klingenden Namen «Harmonisierung der Strafrahmen»¹⁰⁵ genauer untersucht werden. Deren Ursprung bildete unter anderem wohl das bereits erwähnte Postulat «Überprüfung der Gerichtspraxis bezüglich Ausschöpfung der Strafrahmen», das Ende April 2009 vom damaligen Nationalrat Daniel Jositsch eingereicht wurde.¹⁰⁶ Der Bundesrat wurde darin beauftragt zu evaluieren, inwiefern die Straffe-

⁹⁷ BGE 136 IV 55, 62 E. 5.6.

⁹⁸ BERNARD, Jusletter vom 13. Februar 2012, Rz. 28; BSK StGB I-WIPRÄCHTIGER/KELLER, Art. 48a N 22; WIPRÄCHTIGER/SPAHNI, Strassenverkehr 2017, 12, 19.

⁹⁹ BOMMER, ZBJV 2015, 350, 358; BSK StGB I-BOMMER/DITTMANN, Art. 19 N 76; StGB PK-TRECHSEL/THOMMEN, Art. 48a N 2; WIPRÄCHTIGER/SPAHNI, Strassenverkehr 2017, 12, 19; DIES., forumpoenale 2017, 60, 61.

¹⁰⁰ BSK StGB I-BOMMER/DITTMANN, Art. 19 N 76.

¹⁰¹ Bundesratsbeschluss 2004, 2199.

¹⁰² Bundesratsbeschluss 2009, 605.

¹⁰³ Bundesratsbeschluss 2014, 6349.

¹⁰⁴ Parlamentarische Initiative 09.500; obwohl damit das Schuldprinzip (und damit das Grundprinzip des schweizerischen Strafrechts) im Wesentlichen aufgegeben worden wäre, haben nur 102 der stimmenden Nationalräte dagegen und erschreckende 57 (!) dafür gestimmt; s. BERNARD, ZStrR 2017, 117, 124 sowie OBERHOLZER, in: RIKLIN, 25, 38 f. m.w.H. zu Volksinitiativen und politischen Vorstössen; vgl. auch FINK, in: FS Wiprächtiger, 697 ff.

¹⁰⁵ Vgl. VE-StGB/2010, VE-Bericht/2010 sowie Zusammenfassung Bericht und Vorentwurf.

¹⁰⁶ Postulat 09.3366; vgl. auch NIGGLI/MAEDER, in: FS Wiprächtiger, 411, 416; BSK StGB I-WIPRÄCHTIGER/KELLER, Art. 47 N 22.

richte die vom Gesetzgeber vorgesehenen Strafraumen ausschöpfen; begründet wurde dies mit den unbelegten Behauptungen, dass in der Öffentlichkeit der Vorwurf laut werde, «dass Gerichte insbesondere bei Gewalt- und Sexualstraftaten zu tiefe Strafen ausfällen würden und dass deshalb die Strafraumen nach oben zu erweitern seien». Gleichzeitig gäbe es Hinweise, «dass die Gerichte die bereits bestehenden Strafraumen gar nicht ausschöpfen und bei einzelnen Delikten auch in schwerwiegenden Fällen das oberste Drittel, teilweise die oberste Hälfte des Strafraumens gar nicht ausnützen»¹⁰⁷.

In der Folge erstellte der Bundesrat im September 2010 einen Vorentwurf samt erläuterndem Bericht.¹⁰⁸ Darin verwies er darauf, dass «das zunehmende Verunsicherungsgefühl im öffentlichen Raum, welches bei weiten Teilen der Bevölkerung spürbar ist», berücksichtigt werden müsse.¹⁰⁹ Des Weiteren würden «in der Öffentlichkeit und in der Politik [...] insbesondere die Strafraumen bei den Delikten gegen Leib und Leben, den Sexualdelikten, der (Jugend-) Gewalt und den in Gruppen begangenen Delikten hinterfragt»¹¹⁰. Das Strafrecht sei mithin nur glaubwürdig, wenn es konsequent und rechtsgleich durchgesetzt werde. Die Vorlage habe zum Ziel, im Rahmen einer Gesamtbetrachtung die notwendigen Korrekturen vorzunehmen und damit einen Beitrag zur Stärkung des Strafrechts beziehungsweise zur Prävention von Kriminalität zu leisten.¹¹¹

Entgegen dem irreführenden Titel der Vorlage handelt es sich bei dem Entwurf um eine weitreichende Revision des Besonderen Teils des Strafgesetzbuches. Neben der (teilweisen) Aufhebung einiger Tatbestände sollen vor allem die Strafraumen von verschiedenen Bestimmungen angepasst werden. Obschon bei einigen wenigen Tatbeständen etwa eine Senkung der Ober- oder Untergrenze der Freiheitsstrafe im Raum steht, soll mit der «Harmonisierung» insgesamt eine Verschärfung des Strafrechts erreicht werden.¹¹² Dies geschieht unter anderem durch die Einführung einer Mindeststrafe von sechs Monaten Freiheitsentzug bei zwölf Tatbeständen oder etwa der Erhöhung der Mindeststrafe von 30 Tagessätzen Geldstrafe auf 90 Tagessätze bei fünf Delikten. Allein 17 Tatbestände sollen von Vergehen zu Verbrechen hochgestuft

¹⁰⁷ Postulat 09.3366.

¹⁰⁸ VE-StGB/2010 sowie VE-Bericht/2010.

¹⁰⁹ VE-Bericht/2010, 2.

¹¹⁰ VE-Bericht/2010, 8; Belege für diese Behauptungen werden jedoch auch hier nicht geliefert (vgl. zu dieser Thematik oben III.A.).

¹¹¹ VE-Bericht/2010, 2.

¹¹² OBERHOLZER, in: RIKLIN, 25, 41; WIPRÄCHTIGER, *Anwaltsrevue* 2014, 477, 482, 484; s. auch NIGGLI/MAEDER, in: FS Wiprächtiger, 411, 415 ff.

werden. Bei Weiteren 13 Bestimmungen sollen überdies noch «kann»- zu «muss»-Formulierungen abgeändert werden.¹¹³

Diese Anpassungen der Bestimmungen des Besonderen Teils des Strafgesetzbuches führen zu nichts anderem als der Einschränkung des gerichtlichen Ermessens.¹¹⁴ Nichts anderes wird vom Bundesrat in seinem erläuternden Bericht denn auch unbekümmert mehrmals klar als Ziel der Revision der einzelnen Bestimmungen vorgegeben.¹¹⁵ Als Begründung für diese Ermessenseinschränkung wird einerseits mit *kriminalpolitischen Motiven* argumentiert.¹¹⁶ Zwar führt der erläuternde Bericht etwa bei der schweren Körperverletzung selbst aus, dass durch die Medien «der Eindruck [aufkomme], die Zahl der fraglichen Delikte sei stärker angestiegen, als dies tatsächlich der Fall ist»¹¹⁷. Nichtsdestotrotz würden «Berichte über unbeteiligte Passanten, die unvermittelt brutal zusammengeschlagen werden, das Sicherheitsgefühl in der Bevölkerung [beeinträchtigen]», weshalb eine Erhöhung der Mindeststrafe von Art. 122 StGB angebracht sei;¹¹⁸ der Bundesrat hält somit selbst fest, dass das verminderte Sicherheitsgefühl nicht etwa auf eine erhöhte Kriminalitätsrate zurückzuführen ist, sondern aufgrund der *medialen Berichterstattung* bei der Bevölkerung eine Verunsicherung ausgelöst wird. Anstatt jedoch hier Gegensteuer zu geben, wird der medialen und politischen Diskussion vorbehaltlos nachgegeben und das Heil in einer angeblich von der «Öffentlichkeit» geforderten Strafschärfung gesucht. Wie besehen gilt im Strafrecht aber das Schuldprinzip, die Strafe bemisst sich entsprechend nach dem jeweiligen Verschulden des Täters im konkreten Einzelfall. Wird nun aber mit dem Ziel der Abschreckung eine höhere Bestrafung für eine schwere Körperverletzung verlangt, lässt sich dies nicht mehr mit der *Einzelentschuld* verein-

¹¹³ VE-StGB/2010 sowie VE-Bericht/2010; OBERHOLZER, in: RIKLIN, 25, 41; WIPRÄCHTIGER, Anwaltsrevue 2014, 477, 482; für eine Übersicht s. NIGGLI/MAEDER, in: FS Wiprächtiger, 411, 415 f.

¹¹⁴ NIGGLI/MAEDER, in: FS Wiprächtiger, 411, 416; OBERHOLZER, in: RIKLIN, 25, 41.

¹¹⁵ Zu Art. 158 Ziff. 1 Abs. 3 (Ungetreue Geschäftsbesorgung) «Die heutige Regelung verleiht dem Gericht ein Tatbestands- und ein Rechtsfolgeermessen, und dieses weite Ermessen soll beschränkt werden. Dieses grosse Ermessen hat in der Praxis dazu geführt, dass nur kurze Freiheitsstrafen ausgesprochen wurden.» (VE-Bericht/2010, 18); zu Art. 144 Abs. 3 (Sachbeschädigung) «Das Tatbestands- und Rechtsfolgeermessen führt in der Praxis dazu, dass mehrheitlich Freiheitsstrafen unter einem Jahr ausgesprochen wurden.» (VE-Bericht/2010, 20); zu Art. 219 Abs. 2 (Verletzung der Fürsorge- oder Erziehungspflicht) «Durch diese Einschränkung des richterlichen Ermessens soll die Rechtssicherheit verbessert werden.» (VE-Bericht/2010, 29); zu Art. 266^{bis} Abs. 2 (Gegen die Sicherheit der Schweiz gerichtete ausländische Unternehmungen und Bestrebungen) «[...] fortan nicht mehr im richterlichen Ermessen liegen. Dadurch soll die Rechtssicherheit verbessert werden.» (VE-Bericht/2010, 39).

¹¹⁶ VE-Bericht/2010, 15 («Aus kriminalpolitischen Gründen wird deshalb eine Erhöhung der Mindeststrafe in Artikel 122 als angebracht erachtet.»); OBERHOLZER, in: RIKLIN, 25, 41.

¹¹⁷ VE-Bericht/2010, 15.

¹¹⁸ VE-Bericht/2010, 15.

baren. Eine schuldangemessene Strafe darf nämlich nicht aus Gründen der Prävention überschritten werden.¹¹⁹

Beinahe grotesk mutet schliesslich die zweite Begründung für die notwendige Einschränkung des gerichtlichen Ermessens an: Das geltende Recht führe zu *Rechtsunsicherheit*.¹²⁰ Dies ist insofern höchst problematisch, wenn man das gerichtliche Ermessen an sich mit Rechtsunsicherheit gleichsetzt.¹²¹ Wollte man diese Argumentationsschiene nun weiterfahren, müsste man konsequenterweise darauf abzielen, das richterliche Ermessen überhaupt abzuschaffen und nur noch an die äussere Qualifikation einer Tat anzuknüpfen.¹²² Eine Würdigung des konkreten Einzelfalls wäre somit hinfällig, was zu einer Abkehr vom Schuldprinzip führen würde.¹²³

Im Dezember 2012 entschied der Bundesrat, die Gesetzesrevision vorerst zurückzustellen. Er wolle die Strafrahmen auf der Grundlage des neuen Sanktionensystems harmonisieren und die noch ausstehenden Beschlüsse des Parlaments zur vorgeschlagenen Änderung des Sanktionensystems mitberücksichtigen.¹²⁴ Dieses neue Sanktionenrecht trat am 1. Januar 2018 in Kraft.¹²⁵ Mit Motion vom 7. April 2017 hat nun die Kommission für Rechtsfragen des Nationalrates den Bundesrat beauftragt, dem Parlament bis Mitte 2018 eine Vorlage zur «Harmonisierung der Strafrahmen» vorzulegen. Auf Empfehlung des Bundesrates zur Annahme der Motion hat der Nationalrat am 31. Mai 2017 dem Geschäft zugestimmt.¹²⁶ Man darf also gespannt sein, wie sich die «Harmonisierung» weiterentwickelt. Es bleibt hierbei bloss zu hoffen, dass es nicht zu einer «Kapitulation der Vernunft vor dem strafrechtlichen Populismus»¹²⁷ kommt.

¹¹⁹ Vgl. oben II.C.

¹²⁰ VE-Bericht/2010, 29 («Durch diese Einschränkung des richterlichen Ermessens soll die Rechtsunsicherheit verbessert werden.»); VE-Bericht/2010, 39 («[...] fortan nicht mehr im richterlichen Ermessen liegen. Dadurch soll die Rechtssicherheit verbessert werden.»); OBERHOLZER, in: RIKLIN, 25, 41.

¹²¹ NIGGLI/MAEDER, in: FS Wiprächtiger, 411, 422; WIPRÄCHTIGER, Anwaltsrevue 2014, 477, 484; s. etwa Motion 10.3614 (Rechtssicherheit in Bezug auf Pyro-Schmuggler schaffen) von NR Kurt Fluri, der eine Rechtsunsicherheit darin sieht, dass in einem Fall von Schmuggel pyrometrischer Gegenstände in ein Fussballstadion das Sprengstoffgesetz durch das Gericht *anders* ausgelegt wurde als durch die Staatsanwaltschaft (!).

¹²² NIGGLI/MAEDER, in: FS Wiprächtiger, 411, 422; OBERHOLZER, in: RIKLIN, 25, 41; WIPRÄCHTIGER, Anwaltsrevue 2014, 477, 484.

¹²³ NIGGLI/MAEDER, in: FS Wiprächtiger, 411, 422; OBERHOLZER, in: RIKLIN, 25, 41.

¹²⁴ Medienmitteilung 2012; vgl. auch JOSITSCH/CONTE, AJP 2017, 368, 372; OBERHOLZER, in: RIKLIN, 25, 41; WIPRÄCHTIGER, Anwaltsrevue 2014, 477, 481.

¹²⁵ Medienmitteilung 2016; AS 2016, 1249 ff.

¹²⁶ Motion 17.3265 der Kommission für Rechtsfragen des Nationalrats; s. auch FONTANA, NZZ vom 26. Mai 2017, 13; DIES., NZZ vom 27. Mai 2017, 13.

¹²⁷ RIKLIN, ZStrR 2014, 246, 255.

IV. Schlussbemerkungen

Am Schluss dieses Beitrages lässt sich folgendes Fazit ziehen: Das Strafrecht wird in der politischen und medialen Diskussion als *das* Mittel zur Verwirklichung (kriminal)politischer Ziele sowie als (symbolische) Lösung aller möglichen gesellschaftlichen Probleme gesehen. Jedoch zeigt sich dabei eine zunehmende Abkehr sowie ein Desinteresse an den Grundprinzipien des Rechts selber. Der gesetzgeberische Betätigungsdrang zu einer umfassenden Verschärfung des Besonderen Teils des Strafgesetzbuches ist in dieser Spirale des «Antikuschelaktionismus» vorerst der letzte Schritt, doch wer weiss, was darauf folgt? Der Ruf nach härteren Strafen hat wie gesehen in Bezug auf die verminderte Schuldfähigkeit auch vor der höchstrichterlichen Rechtsprechung nicht Halt gemacht.

Es ist richtig, dass es sich für ein Sachgericht sehr anspruchsvoll und schwer darstellt, eine dem Verschulden eines Beschuldigten entsprechende Tatschuld festzustellen. Diesen Schwierigkeiten kann jedoch auch der Ruf nach härteren Strafen und die Forderung nach einer Einschränkung des gerichtlichen Ermessens nicht Rechnung tragen. Soll bei der Strafzumessung nämlich nicht eine Abkehr von der individuellen Tatschuld herbeigeführt werden, kann der Gesetzgeber im Strafgesetzbuch nur einen Strafraum vorgeben. Die Strafe für ein begangenes Delikt wird weiterhin von den unabhängigen Gerichten gemäss Art. 47 StGB und dem dieser Bestimmung zugrundeliegenden Schuldprinzip bestimmt, entsprechend den konkreten Umständen der Tat und der individuellen Schuld des Täters. Auf das Strafmass im Einzelfall hat die Politik (glücklicherweise [noch?]) keinen Einfluss.

Es bleibt zu hoffen, dass sich die politische und mediale Debatte – wünschenswerterweise unter Einbezug von Vertreterinnen und Vertretern der Justiz, aus der Wissenschaft sowie der Strafverteidigung – wieder auf die Grundsätze des Strafrechts im Allgemeinen und der Strafzumessung im Besonderen besinnt und sich zwar für einen konsequenten, aber massvollen Einsatz strafrechtlicher Bestimmungen einsetzt. Ansonsten laufen wir immer mehr Gefahr, bewährte strafrechtliche Prinzipien der Tagesaktualität zu opfern.

Literaturverzeichnis

ALBRECHT HANS-JÖRG, Strafzumessung bei schwerer Kriminalität, Berlin 1994

ALBRECHT HANS-JÖRG, Empirische Strafzumessungsforschung, in: SAFFERLING CHRISTOPH/KETT-STRAUB GABRIELE/JÄGER CHRISTIAN/KUDLICH HANS (Hrsg.), Festschrift für Franz Streng zum 70. Geburtstag, Heidelberg 2017, 185

ALBRECHT PETER, Schuld und Strafzumessung aus der Sicht des Richters, SJZ 1983, 262

ALBRECHT PETER, Probleme der Strafgerechtigkeit aus der Sicht des Richters, ZStrR 2006, 68

- ALBRECHT PETER, Strafrecht ohne Recht?, ZStrR 2013, 385
- ALDER MARKUS B., Die Strafzumessungsrichtlinien der USA in ihrem Kontext mit Plea Bargaining, Frankfurt am Main 2001
- ALLEMANN PAUL, Das richterliche Ermessen, mit besonderer Berücksichtigung des Vorentwurfes zu einem schweizerischen Strafgesetzbuch: ein Beitrag zur Vereinheitlichung des Strafrechtes in der Schweiz, Olten 1917
- BERNARD STEPHAN, Sicherheitsgesellschaft und psychiatrische Begutachtungspraxis in Strafverfahren, Jusletter vom 13. Februar 2012
- BERNARD STEPHAN, Ungleiches Strafrecht für Alle, ZStrR 2017, 117
- BIBERSTEIN LORENZ/KILLIAS MARTIN/WALSER SEVERIN/IADANZA SANDRO/PFAMMATTER ANDREA, Studie zur Kriminalität und Opfererfahrungen der Schweizer Bevölkerung: Analysen im Rahmen der schweizerischen Sicherheitsbefragung 2015 (abrufbar unter <https://www.krc.ch/krcwp/wp-content/uploads/2016/02/ICVS_2015_Bericht_National_DE_final.pdf>)
- BLIESENER THOMAS/FLEISCHER STEPHANIE, Sanktionsbedürfnisse in der Bevölkerung: Einigkeit im Trend zu härteren Strafen?, in: SAFFERLING CHRISTOPH/KETT-STRAUB GABRIELE/JÄGER CHRISTIAN/KUDLICH HANS (Hrsg.), Festschrift für Franz Streng zum 70. Geburtstag, Heidelberg 2017, 201
- BOMMER FELIX, Die strafrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts im Jahr 2010, ZBJV 2015, 350
- BRAND CHRISTINE, Strafe ohne Wirkung <https://www.nzz.ch/strafe_ohne_wirkung-1.2526609>
- BRUNS HANS-JÜRGEN, Das Recht der Strafzumessung, 2. Aufl., Köln 1985
- DONATSCH ANDREAS/FLACHSMANN STEFAN/HUG MARKUS/WEDER ULRICH (Hrsg.), Kommentar Schweizerisches Strafgesetzbuch mit V-StGB-MStG und JStG, 19. Aufl., Zürich 2013 (zit. StGB-Kommentar-BEARBEITER, Art. ... N...)
- EUGSTER LUZIUS/FRISCHKNECHT TOM, Strafzumessung im Betäubungsmittelhandel, AJP 2014, 327
- FINK DANIEL, Das Volk hat immer recht ...: Strafrechtsrevisionen und -entwicklungen im zeitlichen Überblick, in: HEER MARIANNE/HEIMGARTNER STEFAN/NIGGLI MARCEL A./THOMMEN MARC (Hrsg.), «Toujours agité – jamais abattu» – Festschrift für Hans Wiprächtiger, Basel 2011, 697
- FIOLKA GERHARD, Das Rechtsgut als Massstab des Verschuldens in Art. 47 StGB, ZStrR 2007, 133
- FLURI LUCIEN/MATHYS URS, Richter spricht über Kuscheljustiz, Ausländer und drohende Folgen <<https://www.solothurnerzeitung.ch/solothurn/kanton-solothurn/-richter-spricht-ueber-kuscheljustiz-auslaender-und-drohende-folgen-130055815>>
- FONTANA KATHARINA, Neue Debatte um schärfere Strafen: Justizministerin Simonetta Sommaruga beugt sich dem Druck aus dem Parlament, NZZ vom 26. Mai 2017, 13
- FONTANA KATHARINA, Harmonisierung der Strafrahmen: Kein Grund zur Arbeitsverweigerung, NZZ vom 27. Mai 2017, 13
- FRECH STEFAN, Schluss mit der «Kuschel-Justiz» <<https://www.aargauerzeitung.ch/panorama/vermishtes/schluss-mit-der-kuschel-justiz-1484195>>
- GERMANN OSCAR A., Das Ermessen des Richters auf Grund des schweizerischen Strafgesetzbuches, ZStrR 1942, 21
- GISEL-BUGNION MONIQUE, L'individualisation d'une peine mesurée sur la culpabilité du délinquant, Genf 1978
- HAFTER ERNST, Lehrbuch des schweizerischen Strafrechts, Allgemeiner Teil, 2. Aufl., Bern 1946

- HÄRRI MATTHIAS, Folgenberücksichtigung bei der Strafzumessung, ZStrR 1998, 212
- HEER MARIANNE, Sanktionenrecht unter dem Druck der Öffentlichkeit, in: NIGGLI MARCEL ALEXANDER/JENDLY MANON (Hrsg.), Strafsystem und Öffentlichkeit: Zwischen Kuscheljustiz und Scharfrichter, Bern 2012, 141
- HUG MARKUS, Der Trend des Bundesgerichts zu härteren Strafen, insbesondere im Lichte von BGE 136 IV 55 zur verminderten Schuldfähigkeit, forumpoenale 2011, 361
- HÜRLIMANN BRIGITTE, Umdenken im Strafvollzug: Weg vom Sicherheitswahn, NZZ vom 27. August 2015, 11
- JOSITSCH DANIEL/CONTE MARTINA, Mindeststrafen bei sexuellen Handlungen gegenüber Kindern, AJP 2017, 368
- KIENER HANSPETER, Den Tarif durchgeben? Die zahlenmässige Gewichtung von Strafzumessungsfaktoren als Mittel zur Herstellung von Vergleichbarkeit und Transparenz, dargestellt anhand ausgewählter Delikte mittlerer und schwerer Kriminalität, ZStrR 2007, 351
- KILLIAS MARTIN, Die Tendenz der Justiz, schwere Gewalt zu bagatellisieren: Überlegungen zum Fall der getöteten 16-jährigen Lucie und zu weiteren Gewalttaten der letzten Zeit, NZZ vom 16. März 2009, 28
- KILLIAS MARTIN, Korrektur einer verunglückten Gesetzgebung: Zur erneuten Revision des AT-StGB, ZSR 2011, 627
- KILLIAS MARTIN/KUHN ANDRÉ/AEBI MARCELO F., Grundriss der Kriminologie: Eine europäische Perspektive, 2. Aufl., Bern 2011
- KINDHÄUSER URS/NEUMANN ULFRIED/PAEFFGEN HANS-ULLRICH (Hrsg.), Nomos-Kommentar, Strafgesetzbuch, 5. Aufl., Baden-Baden 2017 (zit. NK StGB-BEARBEITER, § ... N ...)
- KUHN ANDRÉ, La fixation de la peine, Revue jurassienne de jurisprudence (RJJ) 2006, 237
- KUHN ANDRÉ, L'opinion publique réclame-t-elle des peines plus sévères que celles prononcées par les juges?, in: HEER MARIANNE (Hrsg.), Der Richter und sein Bild: Le Juge et son image, Bern 2008, 267
- KUHN ANDRÉ, La juste peine selon la population et selon les juges – Résultats d'une triple étude empirique, in: [...] (Hrsg.), Strafverfolgung – Individuum – Öffentlichkeit: Im Spannungsfeld der Wahrnehmungen, Bern 2017 (erscheint voraussichtlich im Oktober 2017)
- KUHN ANDRÉ/VUILLE JOËLLE, La justice pénale: les sanctions selon les juges et selon l'opinion publique, Lausanne 2010
- LLUGIQI QENDRESA, Das Urteil zeigt, dass Kuscheljustiz herrscht <<http://www.20min.ch/schweiz/ostschweiz/story/-Das-Urteil-zeigt--dass-Kuscheljustiz-herrscht--12078012>>
- LOSER PHILIPP, Hängt sie höher!: Eine vernünftige Debatte über unser Justizsystem ist momentan nicht möglich. Dabei gäbe es einiges zu bereden <<https://tageswoche.ch/politik/haengt-sie-hoher/>>
- MATHYS HANS, Zur Technik der Strafzumessung, SJZ 2004, 173
- MATHYS HANS, Leitfaden Strafzumessung, Basel 2016
- NIGGLI MARCEL A./MAEDER STEFAN, Strafjustiz in der Mediengesellschaft: die sogenannte «Harmonisierungs-Novelle», Richterbild, Strafmasse und das richterliche Ermessen, in: HEER MARIANNE/HEIMGARTNER STEFAN/NIGGLI MARCEL A./THOMMEN MARC (Hrsg.), «Toujours agité – jamais abattu» – Festschrift für Hans Wiprächtiger, Basel 2011, 411
- NIGGLI MARCEL A./MAEDER STEFAN, Was schützt eigentlich Strafrecht (und schützt es überhaupt etwas)?, AJP 2011, 443

- NIGGLI MARCEL A./RIEDO CHRISTOF, Kuscheljustiz?: Bemerkungen zur behaupteten Tendenz der Justiz, schwere Gewalt zu bagatellisieren, NZZ vom 26. März 2009, 50
- NIGGLI MARCEL A./RIEDO CHRISTOF, Strafrecht in der Informationsgesellschaft: Sinn und Bedeutung von Strafe im juristischen und politischen Diskurs, in: NIGGLI MARCEL A./JENDLY MANON (Hrsg.), Strafsystem und Öffentlichkeit: Zwischen Kuscheljustiz und Scharfrichter, Bern 2012, 3
- NIGGLI MARCEL A./WIPRÄCHTIGER HANS (Hrsg.), Basler Kommentar zum Schweizerischen Strafgesetzbuch: Strafrecht I, Jugendstrafgesetz und Art. 1–110 StGB, 3. Aufl., Basel 2013 (zit. BSK StGB I-BEARBEITER, Art. ... N ...)
- NOLL THOMAS, Von «Wutbürgern» und «Kuscheljustiz», NZZ vom 5. Juni 2014, 20
- OBERHOLZER NIKLAUS, Zwischen «Kopf ab» und «Händchen halten»: von den neueren Entwicklungen im Strafrecht und Strafprozessrecht, forumpoenale 2008, 46
- OBERHOLZER NIKLAUS, Strafen ist nicht alles <<https://nzzas.nzz.ch/schweiz/bundesrichter-oberholzer-strafen-ist-nicht-alles-ld.148870?reduced=true>>
- OBERHOLZER NIKLAUS, Wert und Bedeutung des gerichtlichen Ermessens in Zeiten der Verschärfungen des Strafrechts, in: RIKLIN FRANZ (Hrsg.), Strafen ohne Augenmass: Strafrecht im Spannungsfeld zwischen Einzelfallwürdigung, Opferschutz und Nulltoleranz, Bern 2016, 25
- OBERHOLZER NIKLAUS, Die neue Lust am Strafen <<http://www.tagesanzeiger.ch/schweiz/standard/Die-neue-Lust-am-Strafen/story/31483861>>
- PIETH MARK, Die Wiederentdeckung des Punitivismus, ZStrR 2014, 264
- RIKLIN FRANZ, Die Reformen des Sanktionenrechts, ZStrR 2014, 246
- SCHÄFER GERHARD/SANDER GÜNTHER M./VAN GEMMEREN GERHARD, Praxis der Strafzumessung, 5. Aufl., München 2012
- SCHWARZENEGGER CHRISTIAN/HUG MARKUS/JOSITSCH DANIEL, Strafrecht II: Strafen und Massnahmen, 8. Aufl., Zürich 2007
- SCHWARZENEGGER CHRISTIAN/MANZONI PATRIK/STUDER DAVID/LEANZA CATIA, Was die Schweizer Bevölkerung von Sterbehilfe und Suizidbeihilfe hält, Jusletter vom 13. September 2010
- SEELMANN KURT/GETH CHRISTOPHER, Strafrecht Allgemeiner Teil, 6. Aufl., Basel 2016
- SERWE LUDWIG-HANS, Richter ohne Robe: Laien im Strafrecht, Köln 1973
- STEPHENSON JEREMY, Die Strafzumessung im schweizerischen Strafprozess, Anwaltsrevue 2010, 319
- STOOSS CARL, Zur Reform der Geldstrafe, ZStrR 1917, 87
- STRATENWERTH GÜNTER, Tatschuld und Strafzumessung, Recht und Staat, Heft 406/407, Tübingen 1971 (zit. STRATENWERTH, Tatschuld)
- STRATENWERTH GÜNTER, Schweizerisches Strafrecht, Allgemeiner Teil II: Strafen und Massnahmen, 2. Aufl., Bern 2006 (zit. STRATENWERTH AT II § ... N ...)
- STRATENWERTH GÜNTER, Schweizerisches Strafrecht, Allgemeiner Teil I: Die Straftat, 4. Aufl., Bern 2011 (zit. STRATENWERTH AT I § ... N ...)
- TRECHSEL STEFAN, Gerechtigkeit im Fehlurteil, ZStrR 2000, 1
- TRECHSEL STEFAN/PIETH MARK (Hrsg.), Schweizerisches Strafgesetzbuch, Praxiskommentar, 3. Aufl., Zürich 2018 (zit. StGB PK-BEARBEITER, Art. ... N ...) (erscheint voraussichtlich im Januar 2018)

- USTER HANSPETER, Nullrisikopolitik: Möglichkeit und Grenzen in Theorie und Praxis, in: RIKLIN FRANZ (Hrsg.), Strafen ohne Augenmass: Strafrecht im Spannungsfeld zwischen Einzelfallwürdigung, Opferschutz und Nulltoleranz, Bern 2016, 95
- WIPRÄCHTIGER HANS, Revisionen des Strafgesetzbuches: (insbesondere des Sanktionenrechts) unnötig, unwirksam, unübersichtlich, Anwaltsrevue 2014, 477
- WIPRÄCHTIGER HANS/SPAHNI SARA, Rezension von: «Hans Mathys, Leitfaden Strafzumessung», forumpoenale 2017, 60
- WIPRÄCHTIGER HANS/SPAHNI SARA, Schnellfahren, Fahren in angetrunkenem Zustand und Strafzumessung, Strassenverkehr 2017, 12

Materialienverzeichnis

- Bericht des Eidgenössischen Justiz- und Polizeidepartements EJPD, Wissenswertes zum Schweizerischen Strafregister vom 20. Februar 2017 (zit. Bericht Strafregister), abrufbar unter <<https://www.bj.admin.ch/dam/data/bj/publiservice/service/strafregister/faq-strafregister-d.pdf>>
- Botschaft zur Änderung des Schweizerischen Strafgesetzbuches (Allgemeine Bestimmungen, Einführung und Anwendung des Gesetzes) und des Militärstrafgesetzes sowie zu einem Bundesgesetz über das Jugendstrafrecht vom 21. September 1998, BBl. 1999 II, 1979 (zit. Botschaft BBl. 1999 II)
- Bundesratsbeschluss über das Ergebnis der Volksabstimmung vom 8. Februar 2004, BBl. 2004, 2199 (zit. Bundesratsbeschluss 2004)
- Bundesratsbeschluss über das Ergebnis der Volksabstimmung vom 3. Februar 2009, BBl. 2009, 605 (zit. Bundesratsbeschluss 2009)
- Bundesratsbeschluss über das Ergebnis der Volksabstimmung vom 18. Mai 2014, BBl. 2014, 6349 (zit. Bundesratsbeschluss 2014)
- Evaluation von Via sicura, Bericht des Bundesrats vom 28. Juni 2017 (zit. Bericht Via sicura), abrufbar unter <<https://www.astra.admin.ch/astra/de/home/dokumentation/medienmitteilungen/anzeige-meldungen.msg-id-67319.html>>
- Medienmitteilung des EJPD vom 19. Dezember 2012 zur Harmonisierung der Strafrahmen auf der Grundlage des neuen Sanktionensystems (zit. Medienmitteilung 2012), abrufbar unter <<https://www.ejpd.admin.ch/ejpd/de/home/aktuell/news/-2012/2012-12-190.html>>
- Medienmitteilung des EJPD vom 29. März 2016 zum neuen Sanktionenrecht (zit. Medienmitteilung 2016), abrufbar unter <<https://www.ejpd.admin.ch/ejpd/de/home/aktuell/news/2016/2016-03-29.html>>
- Motion 09.3444, HÄBERLI-KOLLER BRIGITTE (Fehlende Wirkung bedingter Geldstrafen), abrufbar unter <<https://www.parlament.ch/de/ratsbetrieb/suche-curia-vista/geschaef?AffairId=20093444>>
- Motion 10.3614, FLURI KURT (Rechtssicherheit in Bezug auf Pyro-Schmuggler schaffen), abrufbar unter <<https://www.parlament.ch/de/ratsbetrieb/suche-curia-vista/geschaef?AffairId=20103614>>
- Motion 17.3265, Kommission für Rechtsfragen des Nationalrats (Harmonisierung der Strafrahmen), abrufbar unter <<https://www.parlament.ch/de/ratsbetrieb/suche-curia-vista/geschaef?AffairId=20173265>>
- Parlamentarische Initiative 09.500, GEISSBÜHLER ANDREA (StGB. Streichung der Artikel 19 und 20), abrufbar unter <<https://www.parlament.ch/de/ratsbetrieb/suche-curia-vista/geschaef?AffairId=20090500>>

Polizeiliche Kriminalstatistik (PKS), Jahresbericht 2016 (zit. Kriminalstatistik 2016), abrufbar unter <<https://www.bfs.admin.ch/bfs/de/home.assetdetail.2160352.html>>

Postulat 09.3366, JOSITSCH DANIEL (Überprüfung der Gerichtspraxis bezüglich Ausschöpfung der Strafrahmen), abrufbar unter <<https://www.parlament.ch/de/ratsbetrieb/suche-curia-vista/geschaefft?AffairId=20093366>>

Tabelle ständige Wohnbevölkerung nach Staatsangehörigkeitskategorie, Alter und Kantone, 1. Quartal 2017 (zit. Tabelle Wohnbevölkerung), abrufbar unter <<https://www.bfs.admin.ch/bfs/de/home/statistiken/bevoelkerung/stand-entwicklung.assetdetail.2820838.html>>

Vorentwurf und Erläuternder Bericht zum Bundesgesetz über die Harmonisierung der Strafrahmen im Strafgesetzbuch, im Militärstrafgesetz und im Nebenstrafrecht vom 8. September 2010 (zit. VE-StGB/2010 bzw. VE-Bericht/2010), abrufbar unter <<https://www.admin.ch/ch/d/gg/pc/documents/1935/Vorlage.pdf>> (Vorentwurf); <<https://www.admin.ch/ch/d/gg/pc/documents/1935/Bericht.pdf>> (Erläuternder Bericht)

Zusammenfassung der Ergebnisse des Vernehmlassungsverfahrens über den Bericht und den Vorentwurf zum Bundesgesetz über die Harmonisierung der Strafrahmen im Strafgesetzbuch, im Militärstrafgesetz und im Nebenstrafrecht, Bern, 3. Oktober 2012 (zit. Zusammenfassung Bericht und Vorentwurf), abrufbar unter <https://www.admin.ch/ch/d/gg/pc/documents/1935/Harmonisierung-Strafrahmen_Ergebnisbericht_de.pdf>

Die lebenslange Verwahrung gemäss Art. 64 Abs. 1^{bis} StGB im Lichte der EMRK – eine Analyse unter besonderer Berücksichtigung der neuesten Rechtsprechung des EGMR zum Strafrecht

Pascal Ronc

Inhaltsübersicht

I.	Einleitung	330
	A. Entstehungsgeschichte	331
	B. Anordnungsvoraussetzungen	333
	1. Besonders hohe Gefährlichkeit	334
	2. Dauerhafte Untherapierbarkeit	334
	C. Haftbedingungen	336
	D. Entlassungsperspektiven	337
	1. Möglichkeit eines Haftregimewechsels	337
	2. Ausserordentliche Entlassung	338
	E. Menschenbild der Verwahrung	339
II.	Kompatibilität mit der EMRK	340
	A. Art. 3 EMRK	340
	1. <i>Prospect of Release</i>	340
	a. <i>De jure</i> -Reduzierbarkeit	341
	b. <i>De facto</i> -Reduzierbarkeit und die Gefährlichkeit des Täters	341
	2. <i>Possibility of Review</i>	344
	a. Überprüfung der Strafzwecke	344
	b. Justizförmiges Überprüfungsverfahren	345
	3. Haftbedingungen	345
	4. Zwischenergebnis	346
	B. Art. 5 Abs. 4 EMRK	346
	1. Prüfumfang	346
	2. Periodische Überprüfung	347
	3. Zwischenergebnis	347
	C. Menschenbild der EMRK	348
III.	Fazit	349
	Literaturverzeichnis	350

I. Einleitung

Das Bedürfnis der Gesellschaft nach Sicherheit ist legitim.¹ Eines der wesentlichen Aufgaben und Legitimationsgründe des Strafrechts besteht darin, für die Unverbrüchlichkeit der Rechtsordnung und den Rechtsfrieden zu sorgen.² Diese Befriedungsfunktion kann nur dann realisiert werden, wenn der Staat auf Verletzungen fundamentaler Rechtsgüter adäquat reagiert. Die Vertragsstaaten der EMRK sind nicht zuletzt auch konventionsrechtlich verpflichtet, ihre Bürger vor konkreten und unmittelbar bevorstehenden Angriffen oder Gefahren gegen ihre physische und psychische Integrität zu schützen.³ Der Staat darf sich aber nur im Rahmen des Rechtsstaates, also innerhalb der verfassungs- und konventionsrechtlichen Rahmenordnung, mit dem Schwert des Strafrechts schützen.⁴ Sicherheit um jeden Preis ist in einem liberalen Rechtsstaat nicht zu haben. Dies gilt insbesondere auch im Bereich freiheitsentziehender Massnahmen. Auch diese müssen menschenrechtliche *Fundamentalnormen*⁵ beachten. Die Frage nach einem angemessenen Ausgleich zwischen öffentlicher Sicherheit und individueller Freiheit ist virulent. Angesichts jüngster kriminalpolitischer Entwicklungen im Strafrecht scheint sich die Grenze zunehmend zuungunsten der Menschenrechte und Grundfreiheiten in Richtung eines diffusen Sicherheitspostulates hin zu verschieben.⁶

Die Revision des Sanktionenrechts von 2007 ist sinnbildlich für die Verstärkung des Präventionsgedanken im Strafrecht.⁷ Ein wesentliches Ziel jener Revision war die Verstärkung des Schutzes vor *gefährlichen Gewaltstraftätern*.⁸ Mit der Einführung

¹ Trechsel/Pieth-TRECHSEL/BORER, StGB PK, Art. 64 N 2.

² HASSEMER, 115 ff.

³ MEYER/WIECKOWSKA, fp 2012, 116, 123. Kommt ein Staat seinen positiven Schutzpflichten nicht nach, kann er sich aus grundrechtlichen Erwägungen haftbar machen: CONINX/MONA, ZStrR 2017, 1, 3.

⁴ KOLLER, LeGes 2015, 545 ff; Zum Strafrecht als Instrument staatlicher Ordnungsfunktion vgl. MEYER, ZStW 2011, 1, 3.

⁵ GRABENWARTER/PABEL, 163 ff.

⁶ Vgl. NIGGLI, FSTV 2014, 13, 41; In dieser Entwicklung reiht sich auch die Lancierung der jüngsten Initiative «Haftung für Rückfälle von Sexual- und Gewaltstraftätern» ein, welche eine finanzielle Haftung der Behörde vorsieht, die dem späteren Rückfalltäter die bedingte Entlassung oder Vollzugslockerungen bewilligt hat, und auch eine persönliche Haftung der am betreffenden Entscheid beteiligten Person in Form des Amtsverlustes bzw. der Auflösung der Arbeitsstelle vorsieht: PI 13.430 von Natalie Rickli.

⁷ Das Strafrecht in der Schweiz ist von einem vorwiegend präventiven Zweckgedanken geprägt. Die Finalität von Strafen und Massnahmen ist primär auf die Verhinderung künftiger Straftaten ausgerichtet. Dies geht einerseits auf den Gründervater des heute geltenden Strafgesetzbuches CARL STOOS zurück, der ein Schüler von FRANZ VON LISZT war, der die Zweckstrafe aus präventiven Gründen propagierte: STRATENWERTH, AT I, 26 ff.; vgl. zur jüngsten Reform des Sanktionsrechts, welche am 1.1.2018 in Kraft tritt: BOMMER, 27 ff.

⁸ BGE 142 IV 1 E. 2.4.3. Vgl. Botschaft vom 21. September 1998 zur Änderung des Schweizerischen Strafgesetzbuches und des Militärstrafgesetzes sowie zu einem Bundesgesetz über das Ju-

der Verwahrung⁹ und der stationären therapeutischen Massnahmen sollte der Fokus verstärkt auf den Schutz der Bevölkerung vor Rückfalltätern gelegt werden. Darüber hinaus wurde auch die lebenslange Verwahrung eingeführt: Der mit einer Verwahrung verbundene Freiheitsentzug greift tief in das Recht auf Freiheit der betroffenen Person ein (Art. 10, 31 und 36 BV, Art. 3 und 5 EMRK, Art. 7 und 9 IPbpR). Dieser Befund wird dadurch potenziert, dass der Freiheitsentzug nicht durch das strafrechtliche Schuldprinzip beschränkt wird.¹⁰ Die Verwahrung ist ein präventiver Freiheitsentzug aus Sicherheitserwägungen. Bis heute wurde die lebenslängliche Verwahrung zweimal durch kantonale Gerichte rechtskräftig angeordnet.¹¹ Das Bundesgericht liess es jüngst noch explizit offen, ob die lebenslange Verwahrung gegen das Verbot der inhumanen und erniedrigenden Behandlung i.S.v. Art. 3 EMRK und der durch den EGMR entwickelten *Vinter*-Dogmatik¹² verstösst.¹³

Der nachfolgende Beitrag untersucht deshalb – anstelle des Bundesgerichts – die lebenslängliche Verwahrung im Lichte konventionsrechtlicher Schutzpflichten. Dabei wird zunächst eine Bestandsaufnahme der nunmehr 10 Jahre alten Verwahrungsnorm vorgenommen, wobei die spezifischen Anordnungsvoraussetzungen im Lichte der Doktrin und Rechtsprechung untersucht werden.

A. Entstehungsgeschichte

Im Schrifttum wird der Mord am Zollikerberg im Oktober 1993 als wegweisendes Ereignis für das schweizerische Strafrechtssystem genannt, das gleichsam zu einem Paradigmenwechsel geführt hat.¹⁴ Damals wurde eine angehende Krankenschwester, die auf dem Weg zu einer Pfadfinderübung im Wald war, von einem einschlägig vorbestraften Straftäter, der sich gerade auf Hafturlaub befand, ermordet. Die «Ursache» für diese Tat wurde im Strafrechtssystem selbst gesucht.¹⁵ Kurze Zeit später wurde ein 16-jähriges Mädchen von einem psychisch kranken Mann, der sich in ei-

gendstrafrecht, BBl 1999 1981, 2069 Ziff. 213.4; ALBRECHT, AJP 2009, 1116, 1116; vgl. LEHNER, SZK 2009, 50, 50.

⁹ Nach dem Bundesgericht sei eine Verwahrung keine Strafe, sondern eine sichernde Massnahme, die den Schutz der Allgemeinheit vor einem gefährlichen Straftäter bezweckt; dementsprechend stehe die Dauer der Verwahrung nicht in einem bestimmten Verhältnis zur ausgefallten Strafe, sondern es hänge in erster Linie von der Zeit ab, die zur Besserung des Täters, namentlich zur Verringerung seiner Gefährlichkeit notwendig sei – obwohl nur «unverbesserliche» Täter verwahrt werden, BGer 6B_796/2009 E.2.5. In BGE 134 IV 121 wird festgehalten, dass sich in der Praxis die Trennung zwischen Strafen und Massnahmen als unscharf erweise.

¹⁰ LEHNER, recht 2017, 81, 81. Vgl. Art. 47 Abs. 1 und 2 StGB.

¹¹ BAECHTOLD/WEBER/HOSTETTLER, 339; KOLLER, LeGes 2016, 545, 555.

¹² EGMR (GK), 9.7.2013, *Vinter and others v United Kingdom*, Nr. 66069/09 u.a.

¹³ BGer 6B_217/2015, E. 4.3.6. Oder es prüfte die Frage nach der EMRK Kompatibilität mangels einer entsprechenden Rüge nicht: So in BGer 6B_93/2013, E. 2.3.

¹⁴ KINZIG, in: FS Tondorf, 157, 170.

¹⁵ SIMMLER, ZStrR 2016, 73, 93.

ner fürsorglichen Unterbringung befand, getötet.¹⁶ Das Obergericht, welches den Mord am Zollikerberg 1999 zu beurteilen hatte, hielt fest:

«Solange wir als der Humanität verpflichtete Gesellschaft den Strafvollzugsbehörden den Auftrag erteilen, selbst gefährliche Schwerverbrecher auf ein erneutes Leben in Freiheit vorzubereiten, tragen wir alle ein Restrisiko.»¹⁷

Jedenfalls war ein Teil der Bevölkerung nicht (mehr) bereit Vollzugslockerungen im Namen des Resozialisierungsgedankens zu ermöglichen.¹⁸ Eine Gruppe von Straftaten betroffener Angehöriger fand sich zusammen und lancierte im Februar 2004 die eidgenössische Volksinitiative «Lebenslange Verwahrung für nicht therapierbare, extrem gefährliche Sexual- und Gewaltstraftäter».¹⁹ Im Zuge dieser Kriminalrechtsvorlage wurde ein zunehmendes Misstrauen gegenüber dem Strafrechtssystem allgemein und der forensischen Psychiatrie im Besonderen manifest.²⁰ Von den Initianten wurde gefordert, dass Entlassungsmechanismen und Vollzugslockerungen zunehmend restringiert bzw. praktisch verunmöglicht werden sollen.²¹ In der Fachöffentlichkeit wird die Verwahrungsinitiative als Kulminationspunkt eines fortlaufend grösser werdenden Sicherheitsbedürfnisses in der Öffentlichkeit erachtet, der sich in die allgemeine Trendbewegung hin zu einer «Nullrisikogesellschaft» einfügt.²² Bundesrat und Parlament empfahlen dem Stimmvolk die Initiative erfolglos zur Ablehnung. Am 8. Februar 2004 nahmen Volk und Stände Art. 123a BV an:²³

¹ Wird ein Sexual- oder Gewaltstraftäter in den Gutachten, die für das Gerichtsurteil nötig sind, als extrem gefährlich erachtet und nicht therapierbar eingestuft, ist er wegen des hohen Rückfallrisikos bis an sein Lebensende zu verwahren. Frühzeitige Entlassung und Hafturlaub sind ausgeschlossen.

² Nur wenn durch neue, wissenschaftliche Erkenntnisse erwiesen wird, dass der Täter geheilt werden kann und somit keine Gefahr mehr für die Öffentlichkeit darstellt, können neue Gutachten erstellt werden. Sollte auf Grund dieser neuen Gutachten die Verwahrung aufgehoben werden, so muss die Haftung für einen Rückfall des Täters von der Behörde übernommen werden, die die Verwahrung aufgehoben hat.

³ Alle Gutachten zur Beurteilung der Sexual- und Gewaltstraftäter sind von mindestens zwei voneinander unabhängigen, erfahrenen Fachleuten unter Berücksichtigung aller für die Beurteilung wichtigen Grundlagen zu erstellen.

¹⁶ Dass dieser Vorfall letztlich nichts mit dem Strafrechtssystem zu tun hatte, wurde in der anschliessenden kriminalpolitischen Debatte nicht thematisiert.

¹⁷ Urteil des Zürcher Obergerichts zum Mord am Zollikerberg vom 25.03.1999, zitiert aus: FOSTER, AJP 2004, 418, 234 Fn. 21.

¹⁸ KINZIG, in: FS Tondorf, 157, 171.

¹⁹ CHABAAN, LeGes 2004, 103, 103 f.

²⁰ CONINX, in: VAN ZYL SMIT/APPLETON, 435, 439; FORSTER, AJP 2004, 418, 419; vgl. insb. BGer 6B_513/215 E. 2.6.

²¹ Botschaft Sanktionenrecht 2001, 3436 und 3440.

²² KUHN/DEPEURSINGE PERRIER/BRUN, ZStrR 2014, 353, 361; JOSITSCH/BISCHOFF, Jusletter 17.1.2005; vgl. SANDER, 189 ff.

²³ Mit 56,2 % der Volks- und 21,5 % der Ständesstimmen.

Kernanliegen der Initianten war es, dass extrem gefährliche Sexual- und Gewaltstraf-täter lebenslänglich verwahrt werden. Zudem soll dieser Tätergruppe fortan keine Vollzugslockerungen gestattet werden; eine vorzeitige Entlassung sollte nach deren Ansinnen praktisch ausgeschlossen bleiben bzw. nur noch bei Vorliegen *neuer wissenschaftlicher Erkenntnisse* hinsichtlich der Therapierbarkeit denkbar sein. Weiter sollten die Behörden im Falle eines Rückfalls des Täters für den Schaden haften. Die Umsetzung der Volksinitiative hat mit Blick auf übergeordnete Prinzipien und dem Völkerrecht grosse Schwierigkeiten verursacht. Es wurde versucht eine konventionskonforme Umsetzung zu bewerkstelligen, ihre tatsächliche Kompatibilität ist dadurch aber noch keineswegs gesichert.²⁴ Die Ausführungsbestimmungen zu Art. 123a BV traten am 1. August 2008 in Kraft und bilden heute die *ultima ratio* im Sanktionenka-talog der Schweiz.²⁵

B. Anordnungsvoraussetzungen

Die lebenslängliche Verwahrung ist (zwingend) anzuordnen,²⁶ wenn der Täter einen Mord, eine vorsätzliche Tötung, eine schwere Körperverletzung, einen Raub, eine Vergewaltigung, eine sexuelle Nötigung, eine Freiheitsberaubung oder Entführung, eine Geiselnahme, Menschenhandel, Völkermord, Verbrechen gegen die Menschlichkeit oder ein Kriegsverbrechen begangen hat (Art. 64 Abs. 1^{bis} StGB). Der Täter muss damit die psychische oder sexuelle Integrität seines Opfers besonders schwer beeinträchtigt haben oder besonders schwer beeinträchtigt haben wollen. Das Erforder-nis der besonders schweren Beeinträchtigung der physischen, mentalen oder se-xuellen Integrität macht deutlich, dass nur schwere Formen der aufgezählten Kata-logtaten als Anlasstaten für die lebenslange Verwahrung genügen.²⁷ Beim Täter muss zudem eine sehr hohe Wahrscheinlichkeit bestehen, dass er erneut eine solche Tat begeht.²⁸ Schliesslich muss der Täter als dauerhaft nicht therapierbar eingestuft werden, weil die Behandlung langfristig keinen Erfolg verspricht. Diese Voraussetzungen müssen kumulativ erfüllt sein.²⁹

²⁴ Vgl. zur Methodik der Umsetzung von Volksinitiativen: KOLLER, LeGes 2015, 545, 547.

²⁵ So TRECHSEL, *forumpoenale* 2012, 138, 144; vgl. BGE 137 II, 233 E. 5.2.1; BGE 134 IV 121 E. 3.4.3; BGE 134 IV 315 E. 3.2; HEER, in: FS Riklin, Die therapeutischen Massnahmen im Schatten der Verwahrung, 105; TRECHSEL/BORER sprechen gar von *paenultima ratio*: Trechsel/Pieth-TRECHSEL/BORER, StGB PK, Art. 64 N 2. Zunahme des Sicherungsgedankens hat im Massnahmenrecht seinen Niederschlag gefunden, wobei die individuellen Freiheitsrechte in den Hintergrund treten; KINZIG, in: FS Tondorf, 157, 178. Als Konsequenz soll das Ermessen der Gerichte sukzessive auf null beschränkt werden; Oberholzer, in: FS Riklin, 25, 38.

²⁶ Trechsel/Pieth-TRECHSEL, StGB PK, Art. 64 N 13.

²⁷ Botschaft, BBl 2006, 889 ff., 902; so BGer 6B_217/2015, E.4.3.3.

²⁸ Vgl. allgemein zur Problematik von Legalprognosen SCHULTZ, 133.

²⁹ BGer 6B_217/2015, E. 4.2.

1. Besonders hohe Gefährlichkeit

Die «Gefährlichkeit» eines Straftäters ist, genauso wie die psychische Störung, ein normatives Konzept und hängt von gesellschaftlichen und kulturellen Anschauungen einer gegebenen Gesellschaft ab.³⁰ Die Tätergefährlichkeit hängt einerseits von der Schwere des zu befürchtenden Deliktes, andererseits vom Grad der Wahrscheinlichkeit eines solchen Rückfalls ab.³¹ Der Gesetzgeber hat den Begriff der «extremen Gefährlichkeit» nicht übernommen, sondern die *sehr hohe Rückfallwahrscheinlichkeit* als verwahrungsrelevante Gefährlichkeit statuiert.³² Die Evaluierung einer potenziellen Gefährlichkeit hat sich auf eine willkür- und folglich rechtsfehlerfreie Risikokalkulation zu stützen.³³ Dabei hat sich die Anordnung auf die Begutachtung von zwei erfahrenen und voneinander unabhängigen Sachverständigen, die den Täter weder behandelt noch in anderer Weise betreut haben, zu stützen (Art. 56 Abs. 4^{bis} StGB).³⁴

2. Dauerhafte Untherapierbarkeit

Das Kriterium der dauerhaften Therapieresistenz wurde von einigen psychiatrischen Experten stark kritisiert. Es sei schlicht unmöglich ein Prognoseurteil auf Lebzeiten zu erstellen.³⁵ Die Feststellung einer dauerhaften Therapieresistenz sei wissenschaft-

³⁰ URBANIÖK/ENDRASS/NOLL/ROSSEGGER, AJP 2016, 1671, 1673; LEHNER, recht 2017, 81, 87; DE TRIBOLET-HARDY/LEHNER/HABERMEYER, 164, 167; vgl. WIPRÄCHTIGER, AJP 2009, 1503, 1513; vgl. Botschaft 2005, 902 f, wo festgehalten wird, dass extreme Gefährlichkeit kein empirischer Begriff und daher psychiatrisch nicht begründbar sei. Insbesondere darf man nicht vergessen, dass die in den Strafprozessen erstatteten Expertisen auch soziale Wertungen enthalten und somit vom Menschenbild und der Weltanschauung des jeweiligen Verfassers geprägt werden: ALBRECHT, AJP 2009, 116, 1121; BSK/StGB I-HEER, Art. 56 N 76; WIPRÄCHTIGER/HEER, in: YUNDINA/STÜBNER/HOLLWEG/STADTLAND, 345, 348 f.; vgl. Ziff. 6 Recommendation CM/Rec (2014) 3 of the Committee of Ministers to member States concerning dangerous offenders «The risk management of dangerous offenders should, where appropriate, have the long-term aim of their safe reintegration into the community in a manner consistent with public protection from the risk posed by the offender. This should involve an individual plan that contains a staged process of rehabilitation through appropriate intervention. »

³¹ ALBRECHT, AJP 2009, 1116, 1118.

³² Zur Problematik von Prognoseentscheiden: TRECHSEL/PAUEN BORER, Art. 64 N 10; entsprechend sind an eine Anordnung sehr hohe Anforderungen zu stellen: vgl. BGE 140 IV 1 E. 3.2.4. Das internationale Expertenkomitee des Europarates (*Council for Penological Questions*) bezeichnet gefährliche Straftäterinnen und Straftäter als Personen, die aufgrund eines schweren Sexual- oder Gewaltdeliktes gegen eine oder mehrere andere Personen verurteilt wurde und mit einer hohen Wahrscheinlichkeit erneut eine solche begeht; Recommendation CM/Rec (2014) 3 of the Committee of Ministers to member States concerning dangerous offenders, Nr. 1 lit. a.

³³ BSK/StGB I-HEER, Art. 75a N 9.

³⁴ Vgl. zum Sachverständigengutachten allgemein: LORY MARTIN/ARNOLD JÖRG/HOFER ROLF/KELLER MORTEN/OTTIKER THOMAS, AJP 2011, 1119, 1125.

³⁵ DITTMANN, SZK 2005, 71, 71.

lich nicht fundiert, zudem verstiesse ein solcher Befund auch gegen grundlegende berufsethische Prinzipien und sei daher praxisuntauglich.³⁶

Das Bezirksgericht Weinfelden hat im Oktober 2010 gleichwohl eine dauerhafte Untherapierbarkeit rechtskräftig festgestellt und eine lebenslange Verwahrung angeordnet. Der Täter hat eine Frau mit mehreren Messerstichen ermordet und wies bereits zum Tatzeitpunkt eine Vielzahl an Vorstrafen auf.³⁷ Der Mann wurde 1992 wegen Vergewaltigung, Körperverletzung und Gefährdung des Lebens zu drei Jahren Zuchthaus verurteilt. 1998 wurde der Mann erneut straffällig, worauf ihn ein Gericht wegen mehrfacher, teilweise qualifizierter Vergewaltigung, sexueller Nötigung sowie Körperverletzung zu fünf Jahren Zuchthaus verurteilte.³⁸ Der Täter wurde «von zwei erfahrenen forensisch-psychiatrischen Experten begutachtet».³⁹ Beide Gutachter attestierten dem damals Angeklagten eine sehr hohe Rückfallgefahr für schwere Gewalthandlungen und eine deutliche Wahrscheinlichkeit für Tötungsdelikte.⁴⁰ Sie kamen weiter zu dem Schluss, dass beim Täter eine Therapierbarkeit dauerhaft nicht gegeben sei, weil dessen Behandlung langfristig keinen Erfolg versprechen würde. Das Gericht ordnete die lebenslange Verwahrung an; diese wird im Jahr 2030 beginnen, nachdem der Täter die schuld- und tatproportionale Freiheitsstrafe verbüsst haben wird.

In einem anderen Fall hatte das Bezirksgericht Baden ebenfalls den Begriff der «dauerhaften Untherapierbarkeit» zu interpretieren. Die beiden Gutachter kamen in ihrer Prognose zum Schluss, dass mit einer Untherapierbarkeit in der Grössenordnung von 20 Jahren zu rechnen sei.⁴¹ Das Bezirksgericht Baden zog daraus den Schluss, dass eine dauerhafte Nichttherapierbarkeit im Sinne von Art. 64 Abs. 1^{bis} StGB nicht vorliege. Das Obergericht Aargau hingegen argumentierte mit dem Volkswillen: Diesem würde es nämlich widersprechen, wenn die Grenze für die Annahme einer dauernden Untherapierbarkeit so hoch angesetzt würde, dass die lebenslängliche Verwahrung nie angewendet werden könnte. Da von keinem Sachverständigen

³⁶ BSK/StGB I-HEER/HABERMAYER, Art. 64 N 120; Botschaft des Bundesrates 2006, 903. Nur in Ausnahmefällen lassen sich Prognosen über mehrere Jahrzehnte erstellen, im Regelfall beziehen sie sich auf einen beschränkten Zeitraum: DITTMANN, SZK 2005, 71, 72.

³⁷ 3 Jahre Zuchthaus wegen Vergewaltigung, Körperverletzung und Gefährdung des Lebens; 5 Jahre Zuchthaus wegen mehrfacher, teils qualifizierter Vergewaltigung, sexueller Nötigung, Körperverletzung und Anstiftung zu falschem Zeugnis: vgl. Bezirksgericht Weinfelden, Urteil vom 7. Oktober 2010 i.S. Staat Thurgau, V.C., P.F. und P.M. gegen M.A. –S.2010.39.

³⁸ Bezirksgericht Weinfelden, Urteil vom 7. Oktober 2010 i.S. Staat Thurgau, V.C., P.F. und P.M. gegen M.A.-S2010.39.

³⁹ Bezirksgericht Weinfelden, Urteil vom 7. Oktober 2010 i.S. Staat Thurgau, V.C., P.F. und P.M. gegen M.A.-S2010.39.

⁴⁰ Bezirksgericht Weinfelden, Urteil vom 7. Oktober 2010 i.S. Staat Thurgau, V.C., P.F. und P.M. gegen M.A.-S2010.39, Rz. 28.

⁴¹ Obergericht Aargau, 1. Strafkammer, Entscheidung vom 18. Oktober 2012 i.S. Staatsanwaltschaft Baden gegen B.SST.

digen verlangt werden könne, im Widerspruch zu fachlichen und wissenschaftlichen Standards zu handeln, reiche für die Annahme einer dauerhaften Nichttherapierbarkeit aus, auf einen Zeitpunkt abzustellen, für den der Sachverständige noch eine eindeutige Prognose abgeben könne.⁴² Gestützt auf diese Argumentation ordnete es die lebenslängliche Verwahrung an. Der Fall wurde vor das Bundesgericht weitergezogen, wo es sich mit der Frage auseinandersetzen hatte, was unter «dauerhaft» zu verstehen ist. Sicher war nur eines, nämlich dass vorübergehende Therapiehindernisse, wie eine mangelhafte oder fehlende Motivation sowie fehlende Institutionen und Einrichtungen auszuschliessen sind. Aufgrund von Wortlaut und Materialien kam das Bundesgericht zum Schluss, dass mit dauerhafter Untherapierbarkeit effektiv ein dauerhafter, unveränderbarer Zustand gemeint sei.⁴³ In historischer, systematischer und teleologischer Auslegung ist das Bundesgericht zum Schluss gekommen, dass mit Blick auf die ordentliche Verwahrung, welche ebenfalls eine dauerhafte Unbehandelbarkeit des Täters erfordert, mit «nicht therapierbar»⁴⁴ bzw. «dauerhaft nicht therapierbar» ein «mit der Persönlichkeit des Täters verbundener, nicht veränderbarer Zustand im Sinne einer definitiven Therapieresistenz auf Lebenszeit» gemeint sei.⁴⁵ Damit hat das Bundesgericht den Anwendungsbereich stark beschränkt, wenngleich nicht auf null reduziert.⁴⁶ Nach Schätzungen von Experten dürfte sich eine lebenslängliche Untherapierbarkeit nach bundesgerichtlicher Lesart auf etwa 30 bis 55 Personen in der Schweiz beziehen.⁴⁷

C. Haftbedingungen

Der Vollzug einer Verwahrung hat entweder in einer Massnahmenvollzugseinrichtung oder in einer geschlossenen Anstalt stattzufinden (Art. 64 Abs. 4 StGB). Unter dem Regime einer lebenslänglichen Verwahrung besteht kein Behandlungsauftrag,⁴⁸ insofern kommt dem Vollzug in einem Massnahmenzentrum keine praktische Bedeutung zu.⁴⁹ Faktisch dürfte die lebenslängliche Verwahrung die Internierung in einer Strafanstalt bedeuten.⁵⁰ Die Haftbedingungen dürften demnach mit den Vollzugsbedingungen von normalen Freiheitsstrafen identisch sein.

⁴² BGer 6B_93/2013, E. 1.2.

⁴³ BGE 140 IV E. 3.2.1. und 3.2.2.

⁴⁴ So der Verfassungswortlaut in Art. 123a BV.

⁴⁵ BGE 140 IV 1 E. 3.2.3; BGer 6B_13/2014, E. 4.2.1. Die Nichttherapierbarkeit müsse dauerhaft, d.h. «für immer unveränderlich» bestehen: BGer 6B_93/2013 E. 3.2.4.

⁴⁶ SEFEROVIC, Sicherheit und Recht 2014, 105, 112.

⁴⁷ SEFEROVIC, Sicherheit und Recht 2014, 105, 111; URBANIOK, in: DITTMANN/AFANDE, 163; HEER, in: DITTMANN/AFANDE, 178.

⁴⁸ WIPRÄCHTIGER/HEER, 344, 350.

⁴⁹ LEHNER, 81, 91; BSK/StGB I-HEER Art. 64 N 128 f.

⁵⁰ BGE 125 IV 188, 123.

Vollzugslockerungen sind während des der lebenslangen Verwahrung vorausgehenden Strafvollzugs und während des anschliessenden lebenslangen Verwahrungsvollzugs kategorisch ausgeschlossen (Art. 84 Abs. 6^{bis} StGB; Art. 90 Abs. 4^{ter} StGB). Das Progressionssystem, wonach die probeweise Entlassung auch bei Verwahrten eine Perspektive bleiben muss, gilt nicht. Resozialisierungserwägungen, welche – im Sinne einer Güterabwägung – Interessen der Gemeinschaft an Sicherheit gegenübergestellt werden, erübrigen sich somit.⁵¹ Die Konsequenz ist, dass es nunmehr kaum möglich ist, den lebenslänglich Verwahrten auf eine bedingte Entlassung vorzubereiten. Zudem fehlen wesentliche Übungs- und Beobachtungsfelder.⁵²

D. Entlassungsperspektiven

Das zentrale Kernelement der lebenslänglichen Verwahrung ist der in Art. 64c StGB normierte zweistufige Überprüfungsmechanismus. Dessen avisiertes Ziel ist es, eine Entlassung aus dieser sichernden Massnahme – auch nur schon eine diesbezügliche Prüfung – zu erschweren, wenn nicht gar zu verunmöglichen.⁵³ Dabei ist insbesondere die Frage offen, ob eine Konventionsverletzung bereits im Zeitpunkt der Anordnung dieser Sanktion oder erst nach Antritt der lebenslänglichen Verwahrung im Anschluss an die verbüsste Freiheitsstrafe erfolgt.⁵⁴

1. Möglichkeit eines Haftregimewechsels

Gemäss dem zweistufigen Prüfverfahren wird in einem ersten Schritt die Therapierbarkeit des Betroffenen aufgrund *neuer wissenschaftlicher Erkenntnis* beurteilt.⁵⁵ Unabhängig davon, was die inhaftierte Person tut und welche persönliche Entwicklungen und Veränderungen sie macht, wird die Verwahrung aufrechterhalten, solange bis neue therapeutische Methoden existieren, die eine Adressierung der festgestellten Gefährlichkeit überhaupt erst ermöglichen.

Die Entscheidungskompetenz liegt bei der Vollzugsbehörde, wobei diese entweder von Amtes wegen oder auf Gesuch der betroffenen Person hin tätig wird. Die Vollzugsbehörde fällt ihre Entscheidung auf der Grundlage eines Berichts der eidgenössischen Fachkommission.⁵⁶ Gemäss Ziel und Zweck der Initianten sowie dem Wortlaut von Art. 123a BV sollte eine Veränderung der subjektiven Therapierbarkeit des Tä-

⁵¹ WIPRÄCHTIGER/HEER, in: YUNDINA/STÜBNER/HOLLWEG/STADTLAND, 345, 353.

⁵² WEBER, 13, 21.

⁵³ Vgl. LEHNER, 81, 96.

⁵⁴ Offengelassen in BGE 141 IV 423 E. 4.3.6.

⁵⁵ BSK/StGB I-HEER, Art. 64c N 2.

⁵⁶ Vgl. Verordnung über die Eidgenössische Fachkommission zur Beurteilung der Behandelbarkeit lebenslänglich verwahrter Straftäter (SR 311.039.2).

ters kein zulässiger Prüfgegenstand sein, sondern einzig neue wissenschaftliche Erkenntnisse über die objektive Therapierbarkeit. Damit verengt sich aber die Prüfung auf die Klärung des Standes der Wissenschaft. Die Behandelbarkeit eines Täters stellt aber ein interaktives Personen-Angebot-Konzept dar und darf nicht auf einen pathologischen Personenzustand verkürzt werden.⁵⁷ Auch der Bundesrat hält fest, dass dem Verwahrten nicht das Recht genommen werden dürfe, sich zu verändern und insofern in seine Rechtstellung einzugreifen.⁵⁸ In der Botschaft hat der Bundesrat deshalb unter den Begriff der neuen, wissenschaftlichen Erkenntnisse sämtliche «neuen, durch methodisches Vorgehen erlangten Erkenntnisse betreffend die Therapierbarkeit des lebenslänglich Verwahrten Täters»⁵⁹ subsumiert. Deshalb sollen neben der objektiven Therapierbarkeit in einem zweiten Schritt, die in der Person des Täters liegende subjektive Therapierbarkeit geprüft werden, sofern diese durch *wissenschaftlich-empirische Befunde* belegt werden kann.⁶⁰ Nach Art. 64c Abs. 2 StGB hat die Vollzugsbehörde dem Verwahrten die entsprechende Therapie anzubieten. Stimmt der Betroffene der Behandlung zu, so wird diese in einer geschlossenen Einrichtung vollzogen.⁶¹ Dabei handelt es sich um eine Modifikation des Vollzugs der lebenslangen Verwahrung, ein entsprechender gerichtlicher Entscheid bleibt aus.⁶² Um dennoch die Möglichkeit einer gerichtlich angeordneten Entlassung zu eröffnen, wurde eine ausserordentliche Entlassungsoption eingeführt.

2. Ausserordentliche Entlassung

Um die Kompatibilität mit der EMRK zu garantieren, wurde nachträglich Art. 64c Abs. 4 StGB eingeführt. Dabei handelt es sich um eine Härtefallklausel, wonach jemand bei schwerer Krankheit und hohem Alter entlassen werden kann.⁶³ Zudem wurde eine «unmittelbare Entlassung aus anderen [wohl gleichwertigen] Gründen» vorgesehen.⁶⁴ Der Bundesrat hält in seiner Botschaft fest, dass Art. 64c Abs. 4 StGB

⁵⁷ BSK/StGB I-HEER/HABERMEYER, Art. 64 N 90.

⁵⁸ Botschaft Verwahrungsinitiative, 906.

⁵⁹ Botschaft Verwahrungsinitiative, 907. Das Kernanliegen der Initianten, wonach eine Verwahrung nur bei objektiven neuen wissenschaftlichen Erkenntnissen überprüft werden kann, wäre damit aufgeweicht worden: So SEFERVOVIC, Sicherheit und Recht, 105, 108; FORSTER, AJP 2004, 418, 422. Dieses Postulat wurde aufgeworfen, da jene Straftaten, die als Zündfunke für die Verwahrungsinitiative fungierten, von Tätern begangen wurden, die zuvor als nicht gefährlich i.S.d. Verwahrungsrechts taxiert wurden.

⁶⁰ BAECHTOLD/WEBER/HOSTETTLER, 337.

⁶¹ Wird eine Behandelbarkeit bejaht, so ist dem Inhaftierten diese Behandlung zunächst im Rahmen der lebenslangen Verwahrung anzubieten.

⁶² Sollte sich zeigen, dass durch diese Behandlung die inhaftierte Person für die Öffentlichkeit keine Gefahr mehr darstellt, so ist die lebenslange Verwahrung durch das zuständige Gericht in eine stationäre therapeutische Massnahme in einer geschlossenen Einrichtung zu ersetzen (Art. 64c Abs. 3 StGB).

⁶³ BSK/StGB I-HEER, Art. 64c N 7.

⁶⁴ Vgl. WIPRÄCHTIGER/HEER, in: YUNDINA/STÜBNER/HOLLWEG/STADTLAND, 345, 354.

dann zum Tragen kommen könne, wenn aufgrund neuer wissenschaftlicher Erkenntnisse feststehe, dass die Ungefährlichkeit des Täters bereits ohne Therapie eingetreten sei.⁶⁵ Diese Option erscheint aber eher als rein theoretisch, da kaum Fälle denkbar sind, in welchen eine Ungefährlichkeit durch neue Methoden erkannt werden. Mangels Praxis ist völlig unklar, wie diese Bestimmung zu interpretieren ist und ob sie tatsächlich jemals zur Anwendung kommt.⁶⁶

E. Menschenbild der Verwahrung

GUSTAV RADBRUCH hat es einst auf eine treffende Formulierung gebracht: Der Wechsel des vorschwebenden Bildes vom Menschen ist es, der in der Geschichte des Rechts «Epoche macht».⁶⁷ Das in der Schweiz geltende Verwahrungsrecht ist dem Typus Mensch im Sinne eines unverbesserlichen Gewohnheitsverbrechers verhaftet.⁶⁸ Die Initiative zur lebenslangen Verwahrung gründete letztlich auf dieser Idee und akzentuiert den Gedanken insoweit, als es von Tätergruppen ausgeht, die nicht besserungsfähig sind.⁶⁹ Zum Schutze der Allgemeinheit müssen diese, gestützt auf Wahrscheinlichkeitsaussagen,⁷⁰ dann dauerhaft inhaftiert werden.⁷¹ Dem Verwahrungsartikel liegt demnach ein Menschenbild zugrunde, welches von einer grundsätzlichen Unveränderbarkeit gewisser Verhaltensdispositionen ausgeht.⁷² Rechtshistorisch gründet dieses Verständnis von Gefährlichkeit in einem objektiven Naturalismus und der Kriminalanthropologie der zweiten Hälfte des 19. Jh.⁷³ Die Prämisse lautet, dass menschliches Verhalten von Parametern abhängt, die ultimativ ausserhalb der voluntativen und intellektuellen Steuerungsfähigkeit des Menschen liegen.⁷⁴

Die Rehabilitation des Täters, die letztlich zu seiner sozialen Wiedereingliederung führen sollte, wird dadurch zur Utopie, da der extrem gefährliche Straftäter nicht die

⁶⁵ Botschaft Verwahrungsinitiative, 908.

⁶⁶ Jedenfalls widerspricht sie dem Verfassungstext von Art. 123a BV sowie Ziel und Zweck der Verwahrungsinitiative.

⁶⁷ RADBRUCH, 9.

⁶⁸ Vgl. LEHNER, SZK 2009, 49 f.

⁶⁹ Je nach Denkansatz wirkt sich das Menschenbild direkt oder indirekt auf das Recht aus: AUER, 16.

⁷⁰ Zu Wahrscheinlichkeitsaussagen: URBANIOK, in: DITTMANN/KUHN/WIPRÄCHTER, 159 ff.; HEER, ZStR 2003, 403 ff.

⁷¹ Vgl. Botschaft Verwahrungsinitiative, 904.

⁷² Botschaft Verwahrungsinitiative, 904 ff.; s.a. KOLLER, LeGes, 545, 552.

⁷³ SENN, in: ACKERMANN/DONATSCH/REHBERG, 27, 37. Franz von Liszt nimmt den Gedanken der «Gefährlichkeit» auf und entwickelt anhand dessen drei Tätertypen: (1) Besserung der besserungsfähigen und auch -bedürftigen; (2) Abschreckung der nicht besserungsbedürftigen Täter sowie (3) Unschädlichmachung bzw. Verwahrung der nicht (mehr) besserungsfähigen Verbrecher.

⁷⁴ SENN, 168 ff.

innere Fähigkeit zum ‚Wandel‘ besitzt. Dadurch werden aber die Subjektstellung und der intrinsische Eigenwert des Menschen, die auch dem gefährlichen Straftäter zukommen, gefährdet. Mit Blick auf den Menschenwürdeschutz ist ein solches Menschenbild hoch problematisch.

II. Kompatibilität mit der EMRK

Kompatibilitätsprobleme mit der EMRK wurden in der Schweiz weitgehend nur unter dem Schutzbereich von Art. 5 Abs. 4 EMRK, der besagt, dass ein unabhängiges Gericht in periodischen Abständen über die Rechtmässigkeit eines Freiheitsentzuges bzw. eine Entlassung zu entscheiden hat, diskutiert. Nicht diskutiert wird die Tragweite der vom EGMR in evolutiver Rechtsprechung entwickelten Vollzugsrechtsprechung unter Art. 3 EMRK.⁷⁵ Die vom aus Art. 3 EMRK fliessenden Strafvollzugsprinzipien gelten *mutatis mutandis* auch für freiheitsentziehende Massnahmen.⁷⁶

A. Art. 3 EMRK

Art. 3 EMRK verbietet Folter sowie unmenschliche und erniedrigende Strafe oder Behandlung. Eine Verletzung manifestiert sich insbesondere in der «Missachtung der Person in ihrem Menschsein».⁷⁷ Im Grundsatz unterliegt das konkrete Strafmass einer nur eingeschränkten Überprüfung im Lichte von Art. 3 EMRK.⁷⁸ Fragen der Strafproportionalität fallen prinzipiell in die nationale Einschätzungsprärogative.⁷⁹ Effektiver Menschenrechtsschutz wird vorwiegend auf der vollzugsrechtlichen Ebene gewährleistet.

1. *Prospect of Release*

Der EGMR vertritt den Standpunkt, dass eine Freiheitsstrafe (auf Lebenszeit) ohne jegliche *reale* Perspektive auf Entlassung als unmenschliche Bestrafung i.S.v. Art. 3 EMRK zu qualifizieren ist.⁸⁰ Unter dem Schutzschirm von Art. 3 EMRK ist stets zu

⁷⁵ Statt aller: SCHWARZENEGGER/HUG/JOSITSCH, 190; KOLLER, LeGes 2015, 545, 549; BAECHTOLD/WEBER/HOSTETTLER, 335.

⁷⁶ EGMR, 13.11.2011, *Haidn v Germany*, Nr. 6587/04, Rn. 107; vgl. aber auch EGMR, 18.9.2012, *James, Wells and Lee v United Kingdom*, 25119/09, 57715/09 u. 57877/09, Rz. 209.

⁷⁷ GRABENWARTER/PABEL, 163.

⁷⁸ Eine grob unverhältnismässige Strafe (*grossly disproportionate*) kann zu einer Verletzung von Art. 3 EMRK führen: EGMR (GK), 9.7.2013, *Vinter and others v United Kingdom*, Nr. 66069/09 u.a., Rz. 104; EGMR, 11.4.2006, *Léger v France*, Nr. 19324/02, Rz. 72.

⁷⁹ EGMR, 2.9.2010, *Iorgov (no. 2) v Bulgaria*, Nr. 36295/02, Rz. 48 ff.

⁸⁰ EGMR (GK), 26.4.2016, *Murray v Netherlands*, Nr. 10511/10, Rz. 100.

prüfen, ob eine *effektive* Entlassungsaussicht (*prospect of release*) besteht, die über eine blosser Härtefallklausel hinausgeht.⁸¹

a. De jure-Reduzierbarkeit

Eine lebenslange Haft muss zum einen *de jure*-reduzierbar sein.⁸² Demnach muss das innerstaatliche Recht die Möglichkeit einer Beendigung, Verkürzung oder Umwandlung der Haft vorsehen. Art. 64c Abs. 1 StGB sieht die Überführung in eine stationäre therapeutische Massnahme vor. Da diese aber theoretisch unbegrenzt dauern kann, ist fraglich, ob eine lebenslange Verwahrung tatsächlich als *de jure* reduzierbar zu qualifizieren ist. Der Gesetzgeber hat sich in Abweichung von Art. 123a BV um eine konventionskonforme Umsetzung des Initiativbegehrens bemüht und Art. 64c Abs. 4 StGB eingefügt, welche eine Entlassungsoption infolge hohen Alters, schwerer Krankheit oder, wenn der Verwahrte aus einem andern Grund keine Gefahr mehr darstellt, vorsieht. Diese Regelung erscheint allerdings als Härtefallklausel, die nach der Rechtsprechung des EGMR aber gerade nicht hinlänglich sein soll.⁸³ Gleichwohl führt diese Norm zu einer theoretischen Entlassungsmöglichkeit, weshalb eine *de jure*-Reduzierbarkeit im Sinne der EMRK zu bejahen ist.

b. De facto-Reduzierbarkeit und die Gefährlichkeit des Täters

Der EGMR hat, seiner Doktrin der *effektivitätssichernden Auslegung*⁸⁴ entsprechend, wonach die EMRK keine theoretischen und illusorischen sondern praktische und effektive Individualrechte gewährleistet,⁸⁵ ein faktisches Element der Reduzierbarkeit aus Art. 3 EMRK hergeleitet. Eine rein theoretische Möglichkeit der Haftentlassung soll demnach dem konventionsrechtlichen Standard nicht genügen.⁸⁶ Zwar ist bis heute keine tatsächliche Entlassungspraxis in der Schweiz eruierbar, doch hat der EGMR in seinem Leiturteil *Vinter*⁸⁷ festgehalten, dass eine äusserst restriktive Entlassungsmöglichkeit, wie eine terminale Krankheit oder eine schwere Behinderung, kaum als eine *effektive* Entlassungsperspektive erachtet werden könne.⁸⁸ Gefordert

⁸¹ Vgl. EGMR (GK), 9.7.2013, *Vinter v United Kingdom*, Nr. 66069/09 u.a., Rz. 110, 127; EGMR (GK), 26.4.2016, *Murray v Netherlands*, Nr. 10511/10, Rz. 100.

⁸² EGMR (GK), 12.2.2008, *Kafkaris v Cyprus*, Nr. 21906/04, Rz. 98.

⁸³ EGMR (GK), 9.7.2013, *Vinter v United Kingdom*, Nr. 66069/09 u.a., Rz. 127.

⁸⁴ Vgl. GRABENWARTER/PABEL, 34 ff.

⁸⁵ Es wird eine reale und nicht nur eine theoretische Entlassungsmöglichkeit gefordert: EGMR (GK), 12.2.2008, *Kafkaris v Cyprus*, Nr. 21906/04, Rz. 97 f.

⁸⁶ EGMR, 8.7.2014, *Harakchiev and Tomulov v Bulgaria*, Nr. 15080/11 u. 61199/12, Rz. 255 f.

⁸⁷ EGMR (GK), 9.7.2013, *Vinter v United Kingdom*, Nr. 66069/09 u.a.

⁸⁸ EGMR (GK), 9.7.2013, *Vinter v United Kingdom*, Nr. 66069/09 u.a., Rz. 127 ff. Auch diffuse und fragmentarische Regelungen der Entlassungsbedingungen trügen dazu bei, dass Gefangenen keine reale Entlassungsmöglichkeit gewährt würde, da sie nicht wüssten, was sie zu tun hätten, um für eine allfällig bedingte Entlassung in Frage zu kommen: *Vinter* § 130 unter Verweis auf das

wird vielmehr ein auf Rehabilitation⁸⁹ bzw. Resozialisierung⁹⁰ ausgerichteter Strafvollzug. Dies gilt insbesondere auch im Bereich der schuldübergreifenden Sicherungsverwahrung, die von ihrer Eingriffsschwere derjenigen einer Freiheitsstrafe gleicht.

Seit der Rechtssache *Murray*⁹¹ hat die Große Kammer einen aus dem Resozialisierungsgedanken abgeleiteten Rehabilitationsanspruch etabliert und diesen sodann in Zusammenhang mit der *de facto*-Reduzierbarkeit gebracht.⁹² Sofern die Gefährlichkeit als Anknüpfungspunkt für eine fortdauernde Haft fungiert, müssen die Signatarstaaten alle vernünftigerweise realisierbaren Möglichkeiten zur Verfügung stellen, um die gefährlichkeitsbegründenden Dispositionen adressieren zu können.⁹³ Dies gilt insbesondere dann, wenn die Gefährlichkeit mit einer *psychischen Krankheit* in Verbindung steht.⁹⁴ Bereits in früheren Urteilen hatte der EGMR psychisch kranken Häftlingen aus Art. 3 EMRK einen Anspruch auf psychiatrische Behandlung im Strafvollzug hergeleitet.⁹⁵ Dabei fordert der EGMR – im Gleichklang mit dem Anti-Folterkomitee – eine kohärente Behandlungsstrategie, die sich nicht in einer schlichten Betreuung erschöpft.⁹⁶ Diesen Aspekten ist nach Ansicht des EGMR bei Ausgestaltung des Strafvollzugs vorrangig Berücksichtigung zu schenken.

Nötigenfalls sind also Konventionsstaaten verpflichtet durch medizinische, psychologische oder psychiatrische Behandlung oder Therapien zu einer realistischen Rehabilitationschance zu befähigen.⁹⁷ Den Behandlungsanspruch psychisch Kranker erachtet der Gerichtshof analog zum Rehabilitationsanspruch als eine Verpflichtung zur Bereitstellung der entsprechenden Mittel (*obligation of means*)⁹⁸, nicht aber als

deutsche BVerfG (vgl. EGMR (GK), 9.7.2013, *Vinter v United Kingdom*, Nr. 66069/09 u.a., Rz. 69); MEYER/WIECKOWSKA, fp 2014, 369, 370.

⁸⁹ Im Sinne der Adressierung bzw. Neutralisierung gewisser Dispositionen, die eine sog. Gefährlichkeit konstituieren.

⁹⁰ Im Sinne einer Vorbereitung auf soziale Wiedereingliederung, zum Ganzen: RONC, in: CONINX/EGE/MAUSBACH, 33 ff.

⁹¹ EGMR (GK), 26.4.2016, *Murray v Netherlands*, Nr. 10511/10.

⁹² Der EGMR fasst dies als europäisches Bekenntnis zum Resozialisierungsgedanken zusammen: MORGENSTERN, RW 2014, 153, 178.

⁹³ EGMR (GK), 26.4.2016, *Murray v Netherlands*, Nr. 10511/10, Rz. 108 ff.

⁹⁴ Diese Vulnerabilität potenziert sich bei psychisch kranken Häftlingen insofern, als sie sich nicht kohärent verständigen können, um ihrem Leiden Ausdruck zu verschaffen. Diesen Aspekten ist nach Ansicht des EGMR bei der Ausgestaltung des Strafvollzugs vorrangig Berücksichtigung zu schenken.

⁹⁵ EGMR, 18.9.2012, *James, Wells and Lee v United Kingdom*, Nr. 251109/09 u.a., Rz. 1987 ff.

⁹⁶ EGMR, 10.2.2004, *Gennadi Naoumenko v Ukraine*, Nr. 42023/98, Rz. 112.

⁹⁷ EGMR (GK), 26.4.2016, *Murray v Netherlands*, Nr. 10511/10, Rz. 100.

⁹⁸ In der Rechtssache *Harakchiev und Tomulov* hielt der Gerichtshof fest, dass Rehabilitation durch die Förderung des Verantwortungsbewusstseins ein konstituierender Aspekt des Resozialisierungsgedankens sei: EGMR, 8.7.2014, *Harakchiev and Tomulov v Bulgaria*, Nr. 15080/11 u. 61199/12, Rz. 264.

eine Verpflichtung zu entsprechenden Therapierfolgen (*obligation of result*).⁹⁹ Hieraus kann der Schluss gezogen werden, dass ein gescheiterter Behandlungsversuch in den Augen des Gerichtshofs keinen Verstoss gegen Art. 3 EMRK darstellt, sich aber ein Staat gleichzeitig auch nicht gänzlich – bis ans Lebensende – aus der Behandlungspflicht, mit dem Argument der fehlenden Therapierbarkeit stehlen kann. An diesem Punkt gerät die Ausgestaltung des Haftvollzugs in Friktionen mit Art. 3 EMRK. Zwar geniessen Staaten hinsichtlich der konkreten Ausgestaltung der Therapie- oder Beschäftigungsmöglichkeit einen Ermessensspielraum,¹⁰⁰ doch müssen Staaten ein auf Wiedereingliederung hinzielendes Vollzugsregime installieren, um den Kern von Art. 3 EMRK zu wahren. Ob ein Täter tatsächlich rehabilitiert wird und in die Gesellschaft reintegriert werden kann, ist ein anderer Fragenkomplex. Ein eigentliches subjektives Recht auf Resozialisierung kann indes nicht aus Art. 3 EMRK deduziert werden.¹⁰¹ So hält der Gerichtshof denn auch dezidiert fest, dass eine fortdauernde Gefährlichkeit zur Legitimation einer Haft bis ans Lebensende dienen könne.¹⁰² Spezialpräventive Gründe, wie die fortdauernde Gefährlichkeit eines Täters können gar als *alleiniger Haftgrund*, nach Ablauf des retributiven Teils der Haft, dienen.¹⁰³ Grundrechtsdogmatisch wird dies dadurch begründet, dass Vertragsstaaten die Pflicht haben, die Öffentlichkeit vor gefährlichen Straftätern zu schützen.¹⁰⁴

Die lebenslange Verwahrung ist nach hier vertretener Ansicht nicht mit den konventionsrechtlichen Anforderungen an eine *de facto*-Reduzierbarkeit vereinbar.¹⁰⁵ Es besteht kein Behandlungsauftrag, der eine tatsächliche Entlassungsperspektive eröffnen würde. Rehabilitation und folglich Resozialisierung sind explizit nicht Bestand-

⁹⁹ Anzumerken bleibt, dass das Ziel nicht eine Heilung des Täters ist, sondern lediglich die Reduktion des Rückfallrisikos auf ein zumutbares sozialadäquates Niveau, um den Täter wieder in die Gesellschaft entlassen zu können Murray, § 108

¹⁰⁰ EGMR (GK), 26.4.2016, *Murray v Netherlands*, Nr. 10511/10, Rz. 110.

¹⁰¹ EGMR (GK), 26.4.2016, *Murray v Netherlands*, Nr. 10511/10, Rz. 104.

¹⁰² EGMR (GK), 9.7.2013, *Vinter v United Kingdom*, Nr. 66069/09 u.a, Rz. 131.

¹⁰³ EGMR (GK), 9.7.2013, *Vinter v United Kingdom*, Nr. 66069/09 u.a, Rz. 108. Es ist die Pflicht der Haftinstitutionen, die Bevölkerung vor gefährlichen Straftätern zu schützen. Sofern Behörden von einer konkreten Gefahr wissen oder hätten wissen müssen, sind sie zur Ergreifung gezielter Massnahmen verpflichtet: EGMR, 15.12.2009, *Maiorano and others v Italy*, Nr. 28634/06, Rz. 103 ff.; Ziff. 3 Kommentar zu Empfehlung CM/Rec(2014)3 (Gefährliche Täterinnen und Täter).

¹⁰⁴ EGMR (GK), 9.7.2013, *Vinter v United Kingdom*, Nr. 66069/09 u.a, Rz. 108; EGMR (GK), 26.4.2016, *Murray v Netherlands*, Nr. 10511/10, Rz. 111.

¹⁰⁵ Auch die Europäische Anti-Folterkommission hat in zwei Berichten über die Schweiz zum Ausdruck gebracht, dass eine lebenslange Haft ohne effektive Hoffnung auf mögliche Entlassung als inhuman i.S.d. Antifolterkonvention zu qualifizieren sei: CPT 23. Juni 2016, N 130. Bereits 2012 hatte das CPT eine menschenwürdewahrende Umsetzung der lebenslänglichen Verwahrung für unmöglich erachtet. Diese Soft Law Instrumente können in normativer Hinsicht als Rechtserkenntnisquelle zur Konkretisierung von Art. 3 EMRK herangezogen werden.

teil der *penal reationale* von Art. 64 Abs. 1^{bis} StGB.¹⁰⁶ Daher ist die Schweizer Rechtslage in diesem Punkt mit den Anforderungen von Art. 3 EMRK nicht vereinbar.

2. *Possibility of Review*

a. **Überprüfung der Strafzwecke**

Flankiert werden die obigen Anforderungen durch eine prozedurale Komponente: die Überprüfung der Notwendigkeit des Fortsetzens des Freiheitsentzugs.¹⁰⁷ Dabei geht es dem EGMR um eine Überprüfung der Legitimität der Strafzwecke¹⁰⁸. Eine Entlassungsoption aus Gründen, die von der Legitimität der Strafe unabhängig ist, stellt grundsätzlich keinen Art. 3 EMRK kompatiblen Überprüfungsmechanismus dar.¹⁰⁹ Mit dem vom EGMR postulierten Anspruch auf Rehabilitation wäre es geradezu widersprüchlich, wenn Inhaftierte die erzielten Rehabilitationserfolge nie im Rahmen eines Überprüfungsverfahrens *rechtlich* würdigen lassen könnten.¹¹⁰

Entsprechend muss das innerstaatliche Recht einen Mechanismus vorsehen, durch welchen die Behörden überprüfen können, ob Veränderungen *in der Person* des Betroffenen so bedeutsam sind bzw. derartige Fortschritte in Richtung Rehabilitation gemacht werden konnten, dass eine anhaltende Inhaftierung durch die ursprünglich verfolgten Strafzwecke nicht mehr als gerechtfertigt erscheint (*not justified on penological grounds*).¹¹¹ Der EGMR fordert eine umfassende Überprüfung mit Blick auf noch vorhandene Strafzwecke, was schon von der programmatischen Grundausrichtung her nicht mit der Überprüfungsmöglichkeit nach Art. 64c Abs. 1 in Einklang zu bringen ist. Der EGMR hat klar festgemacht, dass eine Überprüfung der Strafzwecke aufgrund von Veränderungen in der Person des Täters stattzufinden hat.¹¹² In materieller Hinsicht muss sich die Überprüfung mit allen Rehabilitationsfortschritten des Täters auseinandersetzen können, was aber der verkürzten Überprüfung und somit dem Telos von Art. 64c Abs. 1 StGB widerspricht.

Mit Blick auf Art. 64c Abs. 4 StGB bleibt zu prüfen, ob der Prüfumfang mit Art. 3 EMRK vereinbar ist. Es ist fraglich, ob die Entlassung «aus einem anderen Grund» mit Art. 3 EMRK vereinbar ist, da es sich nicht um ein hinreichend klares und be-

¹⁰⁶ Und von Art. 64 StGB insgesamt.

¹⁰⁷ EGMR (GK), 18.3.2014, *Öcalan (no. 2) v Turkey*, Rz. 203; EGMR (GK), 9.7.2013, *Vinter v United Kingdom*, Nr. 66069/09 u.a, Rz. 111 ff.; MORGENSTERN, RW 2014, 153, 182.

¹⁰⁸ Verstanden als Sanktionszwecke, die Strafzwecke und Massnahmenzwecke mitumfassen.

¹⁰⁹ MEYER/WIECKOWSKA, fp 2015, 367, 369.

¹¹⁰ Vgl. MORGENSTERN, RW 2014, 183.

¹¹¹ Vgl. MEYER/WIECKOWSKA, fp 2014, 369, 370.

¹¹² EGMR (GK), 26.4.2016, *Murray v Netherlands*, Nr. 10511/10, Rz. 100; EGMR (GK), 26.4.2016, *Murray v Netherlands*, Nr. 10511/10, Rz. 100.

stimmtes Kriterium handelt, nach Massgabe dessen der Verwahrte sein Verhalten ausrichten könnte, um eines Tages wieder aus der lebenslangen Verwahrung entlassen zu werden.¹¹³ Zudem widerspricht die fehlende Periodizität den konventionsrechtlichen Ansprüchen.¹¹⁴

b. Justizförmiges Überprüfungsverfahren

Der Überprüfungsmechanismus hat unter Wahrung der grundlegenden prozessualen Rechte des Betroffenen und unter Garantie der Justizförmigkeit zu erfolgen. Gemäss Art. 3 EMRK wird von den Staaten gefordert, dass die Entscheidung über Verkürzung, Beendigung oder Umwandlung der Haft zumindest anfechtbar ist und durch ein gerichtsförmiges Verfahren beurteilt werden kann. Dieses Kriterium dürfte vor dem Hintergrund von Art. Art. 64c Abs. 1 und 4 zumindest problematisch erscheinen, da die Vollzugsbehörde lediglich eine Behandlung im Rahmen der lebenslänglichen Verwahrung anbieten kann.¹¹⁵

3. Haftbedingungen

Schlechte Unterbringungsbedingungen, die flankiert werden durch periodische psychologische Kontrollen, die sich lediglich darauf beschränken, zu schauen, ob sich ein Häftling eingelebt hat, sind nicht mit Art. 3 EMRK kompatibel.¹¹⁶ Nach Ablauf einer schuld- und tatproportionalen Haftzeit sind inhaftierte Personen unter Haftbedingungen unterzubringen, die sich lediglich am Schutz der Allgemeinheit orientieren.¹¹⁷ Das punitive Element entfällt. Daher ist insbesondere ein liberaleres Haftregime nach innen angezeigt, das sich auf die Rehabilitation und soziale Wiedereingliederung fokussiert. Insofern Gefangene ihr Recht auf Privat- und Familienleben (Art. 8 EMRK) wahrnehmen wollen, ist dies auch nach aussen angezeigt.¹¹⁸ In dieser Hinsicht ist der Vollzug lebenslanger Verwahrungen ebenfalls problematisch, da er sich faktisch nicht vom ordentlichen Strafvollzug unterscheidet.

¹¹³ CONINX, in: VAN ZYL SMIT/APPLETON, 435, 449.

¹¹⁴ MEYER/WIECKOWSKA, fp 2013, 241, 252.

¹¹⁵ Die zuständige Behörde hat sich bei ihrem Entscheid auf den Bericht der Eidgenössischen Fachkommission zur Beurteilung der Behandelbarkeit lebenslänglich verwahrter Straftäter (Art. 64c Abs. 1 StGB), die aus zehn Fachpersonen besteht, die vom Bundesrat gewählt werden (Verordnung über die Eidgenössische Fachkommission zur Beurteilung der Behandelbarkeit lebenslänglich verwahrter Straftäter vom 26. Juni 2013 [SR 311.039.2]).

¹¹⁶ EGMR, 8.7.2014, *Harakchiev and Tomulov v Bulgaria*, Nr. 15080/11 u. 61199/12, Rz. 266.

¹¹⁷ Recommendation CM/Rec(2014)3 of the Committee of Ministers to member States concerning dangerous offenders, Nr. 22.

¹¹⁸ RONC, in: CONINX/EGE/MAUSBACH, 33, 48 ff.

4. Zwischenergebnis

Mit Annahme der Verwahrungsinitiative wurde ein Instrument geschaffen, welches mit Schutzkomponenten von Art. 3 EMRK und der vom EGMR vorgenommenen Auslegung nicht kompatibel ist. Das evolutive Konventionsrechtsverständnis hat die von der Fachgruppe vorgenommene «EMRK-kompatible» Lösung nunmehr überflügelt; eine künftige Verurteilung zu einer lebenslänglichen Verwahrung wird nach hier vertretener Ansicht als Verstoss gegen Art. 3 EMRK zu qualifizieren sein – und zwar *ab initio* und nicht erst nach Antritt der strafrechtlichen Massnahme.¹¹⁹

B. Art. 5 Abs. 4 EMRK

Art. 5 Abs. 4 EMRK garantiert das Recht jeder Person, die ihrer Freiheit entzogen wurde, dass ein *Gericht* innerhalb kurzer Frist über die *Rechtmässigkeit* des Freiheitsentzuges entscheidet und ihre Entlassung anordnet, wenn der Freiheitsentzug nicht rechtmässig ist.¹²⁰ Dieses Recht gilt auch für Sicherheitsverwahrte.¹²¹

1. Prüfumfang

Der EGMR hält fest, dass das Prüfverfahren justizförmig sein muss und dass das Justizorgan die Kompetenz haben muss, einen Häftling u.U. zu entlassen.¹²² Eine Überprüfung, ob neue wissenschaftliche Erkenntnisse vorliegen, genügt diesen Anforderungen nicht.¹²³ Die Vollzugsbehörde kann – gestützt auf einen Bericht der Fachkommission¹²⁴ – eine stationäre therapeutische Behandlung anbieten. Dass die Vollzugsbehörde nicht die unmittelbare Freilassung anordnen kann, widerspricht Art. 5 Abs. 4 EMRK. Durch die vom Gesetzgeber eingefügte Möglichkeit die richterliche Entlassung «aus anderen Gründen» anzuordnen, sollte die Kompatibilität mit der EMRK garantiert werden. Was unter «anderen Gründen» zu verstehen ist, bleibt indes opak.¹²⁵ Sollte ein Gericht nun durch eine extensive Auslegung die Rehabilitationsfortschritte und persönlichen Veränderungen des Inhaftierten mitberücksichtigen, dürfte dies dem klar intendierten Zweck und dem Wortlaut von Art. 123a BV

¹¹⁹ EGMR (GK), 9.7.2013, *Vinter and others v. United Kingdom*, Nr. 66069/09 u.a., Rn. 130 f.

¹²⁰ Art. 31 Abs. 4 BV garantiert jeder Person, der die Freiheit von einem Gericht entzogen wird, das Recht, jederzeit ein Gericht anzurufen. Dieses entscheidet so rasch wie möglich über die Rechtmässigkeit des Freiheitsentzuges. In der Sache entspricht Art. 31 Abs. 4 BV Art. 5 Abs. 4 EMRK: BSK/BV-SCHÜRMAN, Art. 31 N 44.

¹²¹ VAN ZYL SMIT/WEATHERBY/CREIGHTON, HRLR 2014, 75 ff.; HARRIS/O'BOYLE/WARBRICK, 363 m.w.N.

¹²² EGMR (GK), 19.2.2009, *A. and others v. United Kingdom*, Nr. 3455/05, Rz. 202.

¹²³ CONINX, in: VAN ZYL SMIT/APPLETON, 435, 444.

¹²⁴ Zum Ganzen: ROHNER, 47 ff.

¹²⁵ CONINX, in: VAN ZYL SMIT/APPLETON, 435, 444.

widersprechen.¹²⁶ Anzustreben ist stets eine *lege artis* Auslegung, die konventions- und verfassungskonform ist, was aber zu Friktionen mit dem intendierten Initiativtext¹²⁷ führen kann.¹²⁸ Bei Wegfall der rechtfertigenden Umstände kann nun ein Gericht theoretisch unmittelbar die Entlassung anordnen, weshalb nach hier vertretener Ansicht die Konventionskonformität theoretisch bestehen könnte.

2. Periodische Überprüfung

Bei Sicherungsverwahrten muss ein Gericht in regelmässigen Zeitabständen überprüfen können, ob die Rechtmässigkeit des Freiheitsentzugs noch gegeben ist, weil sich im Laufe der Zeit neue Fragen ergeben können.¹²⁹ Mit Blick auf die Periodizität der Überprüfung muss die Tatsache gewürdigt werden, dass die zuständige Behörde auch «auf Gesuch hin» prüft, ob neue wissenschaftliche Erkenntnisse vorliegen, welche eine Haftumwandlung ermöglicht. Insofern kann davon ausgegangen werden, dass dieses Kriterium konventionskonform gehandhabt werden kann.

3. Zwischenergebnis

Die Haftüberprüfung ist im Lichte von Art. 5 Abs. 4 EMRK hoch problematisch. Allerdings hat der Gesetzgeber durch das Nachschieben des Art. 64c Abs. 4 StGB eine Notfallklausel statuiert, um die Konventionskonformität zu gewährleisten. Mit Blick auf Art. 5 Abs. 4 EMRK dürfte die lebenslange Verwahrung bei einer *extensiven Auslegung* von Abs. 4, die es erlaubt, eine Überprüfung hinsichtlich noch legitimer Strafzwecke (vgl. Kap. III.A.2.) durchzuführen, konventionskonform sein. Allerdings wird sich dies erst in den kommenden Jahren bzw. Jahrzehnten anhand der Praxis verifizieren lassen.

¹²⁶ CONINX, in: VAN ZYL SMIT/APPLETON, 435, 443 unter Verweis auf KUNZ, 100.

¹²⁷ Bei «verhältnismässig jungen Gesetzen» dürfe der «Wille des historischen Gesetzgebers nicht übergangen werden»: BGE 115 V 347, 349. Das Bundesgericht begründet dies damit, dass nicht davon auszugehen sei, dass «sich die gesellschaftlichen Verhältnisse seither nicht wesentlich verändert haben»: BGE 135 III 59, 63; 139 III 98, 100; Zur Geringen Relevanz der Materialien: TUOR/SCHNYDER/SCHMID/JUNGO, § 5 N 20.

¹²⁸ Festzuhalten ist, dass den Initianten nach der In-Kraft-Setzung des Initiativtextes die Auslegungshoheit über den Text verloren geht: KOLLER, LeGes 2015, 545, 549. KRAMER, 129 ff.: Ob nun ein Gericht dem entstehungszeitlichen Kontext («objektiv-historische Methode»), dem Volkswillen («subjektiv-historische Methode») oder geltungszeitlichen Überlegungen («objektivzeitgemässe-Methode») mehr Gewicht zuerkennt, ist höchst umstritten und vom Bundesgericht durch die eklektische Haltung des pragmatischen Methodenpluralismus nicht entschieden.

¹²⁹ MEYER-LADEWIG/NETTESHEIM/VON RAUMER, Art. 5 N 84; EGMR, Entsch. v. 9.5.2007, *Homan v Germany*, Nr. 12788/04; EGMR, 28.2.2002, *Stafford v United Kingdom*, 46295/99.

C. Menschenbild der EMRK

Als rechtspolitisches Grundprogramm dient das Menschenbild als teleologischer Interpretationsaspekt und bestimmt das allgemeine Vorverständnis von Sinn und Zweck einer Konventionsnorm.¹³⁰

Der EGMR argumentiert in den einschlägigen Vollzugsfällen mit der Menschenwürde. Zu einem menschenwürdigen Dasein gehört das Streben nach einem Ziel, nach Sinnhaftigkeit im Leben – auch in Haft. Der EGMR schliesst sich offenbar der psychologisch und strafvollzugswissenschaftlichen Erkenntnis an, die besagt, dass nur der Gedanke an die Vorläufigkeit der Haft den Menschen vor einer Persönlichkeitszerstörung bewahren könne.¹³¹ Die Fähigkeit zur *Hoffnung* als Element der Menschenwürde wird durch Art. 3 EMRK als konstitutiver Aspekt menschlicher Persönlichkeit verstanden.¹³² Zudem geht der EGMR von einem Menschenbild aus, das sich entwickeln, gleichsam ändern und bessern kann.¹³³ Dies wird auch dadurch deutlich, dass der EGMR von einer Chance spricht, die dem Täter gewährt werden muss, eines Tages seine Tat tatsächlich «abzubüssen» (*atone for their crime*).¹³⁴ Weiter hält der Gerichtshof fest, dass es «unberechenbar wäre, vom Häftling zu erwarten, dass er an seiner Resozialisierung arbeitet, ohne zu wissen, ob es zu einem unbestimmten Zeitpunkt einen Mechanismus geben wird, der es aufgrund dieser Rehabilitation ermöglichen würde, dass seine Entlassung erwogen wird.¹³⁵ Indem aber jemandem, der einmal als *extrem gefährlich* eingestuft wird, die innere Potenz zur Änderung abgesprochen wird, wird er nicht mehr als Subjekt mit menschlichen Eigenschaften behandelt, sondern als blosses Objekt der Verbrechensbekämpfung – und somit als blosser Gefahrenquelle – degradiert.¹³⁶

¹³⁰ BERGMANN, 18 f.

¹³¹ Vgl. BVerfG 45, 187, 231 in welchem das wirkmächtige Gutachten von LIEPMANN über Haftschäden zitiert wird. Vgl. auch Kommentar zur Empfehlung (2003) 22 zur bedingten Entlassung des Europarates.

¹³² Vgl. EGMR (GK), 9.7.2013, *Vinter v United Kingdom*, Nr. 66069/09 u.a, Sondervotum POWER FORDE; ALMENARA/VAN ZYL SMIT, HRLR 2015, 369, 375; MAVRINCOLA, HRLR 2015, 721, 738; MORGENSTERN, RW 2014, 153, 180; MAVRINCOLA, MLR 2014, 277, 300; vgl. DE BECO, IJHR 2005, 411, 412.

¹³³ Die persönlichen Eigenschaften können sich demnach im Verlaufe der Zeit verändern und damit kann auch die Gefährlichkeit eines inhaftierten Täters dahinfliegen, sodass eine Fortdauer des Freiheitsentzuges konventionswidrig wäre. Dem aber stehen die essentiellen Forderungen der Initiative diametral entgegen.

¹³⁴ EGMR (GK), 9.7.2013, *Vinter v United Kingdom*, Nr. 66069/09 u.a, Rz. 112.

¹³⁵ EGMR (GK), 9.7.2013, *Vinter v United Kingdom*, Nr. 66069/09 u.a, Rz. 122: «(...) capricious to expect the prisoner to work towards his own rehabilitation without knowing whether, at an unspecified, future date a mechanism might be introduced which would allow him, on the basis of that rehabilitation, to be considered for release.»

¹³⁶ KOLLER/SCHINDLER, 186; Subjektstellung des Menschen als archimedischer Punkt der EMRK: HÄBERLE, 26.

III. Fazit

Es steht hier ausser Frage, dass eine Person, welche die Voraussetzungen für eine lebenslängliche Verwahrung erfüllt, fundamentale Rechtsgüter unserer verfassten Gesellschaft verletzt hat und eine angemessene Sanktion verdient. Sicherheitserwägungen finden denn auch im Rahmen der vom EGMR anerkannten Strafzwecke angemessenen Beachtung; die negative Spezialprävention wird gar als einer der wichtigsten Gründe einer Haft bezeichnet, wodurch Straftäter vor weiteren Taten abgehalten werden sollen.¹³⁷ Allerdings muss der schuldübergreifende Teil einer Haft auf eine künftige Entlassung hinzielen. Dies beinhaltet Haftbedingungen, die es erlauben, eine gutachterlich festgestellte Gefährlichkeit zu neutralisieren. Dazu braucht es ein kohärentes Therapiekonzept, welches im Verwahrungsrecht der Schweiz so nicht vorgesehen ist.

Die mit einer (sichernden) Massnahme belastete Person erbringt im Vergleich zu einzig mit einer Strafe belegten Person ein «Sonderopfer» gegenüber der Allgemeinheit.¹³⁸ Besonders deutlich tritt dieses Sonderopfer bei der Verwahrung zu Tage, die nach Verbüsung der schuld- und tatproportionalen Haft angetreten wird und rein isolierend wirken soll.¹³⁹ Die lebenslängliche Verwahrung überschreitet insoweit rechtsstaatliche Grenzen, als sie nicht mit konventionsrechtlichen Strafvollzugsprinzipien und einem Menschenwürde innehabenden Menschenbild in Einklang zu bringen ist. Sie verstösst daher gegen Art. 3 EMRK. Dem Sicherheitsverlangen der Öffentlichkeit muss durch rechtsstaatlich verträgliche und menschenrechtlich verkraftbare Strafrechtsinstrumentarien begegnet werden. Der Schutz der Bevölkerung kann keine menschenrechtswidrige Vollzugspraxis verlangen.¹⁴⁰ Mit Blick auf die Menschenwürde ist es nicht vereinbar jemanden *ad infinitum* als unverbesserlich zu taxieren und eine Überprüfung auf neue wissenschaftliche Erkenntnisse zu limitieren.¹⁴¹ Konventionsstaaten wie die Schweiz dürfen sich von ihrem positiven Schutzauftrag nicht dadurch entledigen, dass sie einzelne Täter als (dauerhaft) nicht therapierbar einstufen. Vielmehr sind forensisch-psychiatrische Befunde mit den geeigneten und erforderlichen Mitteln zu adressieren.

¹³⁷ EGMR (GK), 9.7.2013, *Vinter v United Kingdom*, Nr. 66069/09 u.a., Rz. 108: «preventing a criminal from re-offending is one the essential functions of a prison sentence».

¹³⁸ So BVerfG 1228, 326 vom 4. Mai 2011 bezüglich der deutschen Sicherungsverwahrung.

¹³⁹ LEHNER, recht, 81, 82; BGE 134 IV 315 E. 3.4.2.

¹⁴⁰ FORSTER, AJP 2004, 418, 421.

¹⁴¹ Dabei stellt nicht die Tatsache, dass dauerhaft hochgefährliche Täter bis ans Lebensende verwahrt werden das eigentliche Problem dar. Diesem Postulat kann – im Rahmen des rechtlich und wissenschaftlich möglichen – problemlos zugestimmt werden. Dies heisst aber nicht, dass eine periodische Überprüfung der Hochgefährlichkeit überflüssig wäre: Vgl. FORSTER, AJP 2004, 418, 421.

Die prinzipielle Unvereinbarkeit der lebenslangen Verwahrung mit der EMRK führt daher nach hier vertretener Ansicht dazu, dass Schweizer Gerichte, gemäss der «PKK-Praxis»¹⁴² des Bundesgerichts, Art. 64 Abs. 1_{bis} StGB in Zukunft nicht anwenden dürfen. Die evolutive Konventionsrechtsprechung führt dazu, dass die lebenslängliche Verwahrung nicht nur bloss «Beschwichtigungsfunktion»¹⁴³, sondern nunmehr als schlichte Symbolgesetzgebung zu qualifizieren ist. Sie ist als Ausfluss eines überschüssenden Sicherheitsdenkens im Strafrecht und menschenrechtlich unverträglich.

Inwiefern sich die *penal rationale* des «gewöhnlichen» schweizerischen Verwahrungsrechts insgesamt mit dem europäischen Grundrechtsschutz verträgt, bleibt eine berechtigte, virulente Frage, die noch einer eingehenden grundrechtsdogmatischen Prüfung harret.

Literaturverzeichnis

- ALBRECHT PETER, Die Verwahrung nach Art. 64 StGB – Wirklich nur ultima ratio?, AJP 2009, 1116
- ALMENARA MERITXELL ABELLÀN/VAN ZYL SMIT DIRK, Human Dignity and Life Imprisonment: The Pope Enters the Debate, HRLR 2015, 369
- AUER KARL HEINZ, Das Menschenbild als rechtsethisches Dimension der Jurisprudenz, Wien 2004.
- BOMMER FELIX, Lauter Anfang – leises Ende. Zum revidierten Sanktionenrecht, in: SCHMID JÖRG (Hrsg.), Hommage für Peter Gauch, Luzern 2016, 27–57.
- CHABAAN ANITA, Von der eigenen Betroffenheit zur Volksinitiative – der Weg der Verwahrunginitiative, LeGes 15/2004, 103
- CONINX ANNA, Life without Parole for Preventive Reasons?, in: VAN ZYL SMIT DIRK/ APPLETON CATHERINE, Life Imprisonment and Human Rights, Oxford 2016, 435
- CONINX ANNA/MONA MARTINO, Strafprozessualer Zwang und positive Schutzpflichten – Verbrechensverhütung als Legitimation von Zwangsmassnahmen, ZStrR 2017, 1
- DE BECO GAUTIER, Life Sentences and Human Dignity, IJHR 2005, 411–419.
- DE TRIBOLET-HARDY/LEHNER CHRIS/HABERMEYER ELMAR, Forensische Psychiatrie ohne Diagnosen, Begriff der psychischen Störung im Kontext der Sicherungsverwahrung, FPPK 2015, 164
- DITTMANN VOLKER, Was kann die Kriminalprognose heute leisten? in: BAUHOFFER STEFAN/BOLLE PIERRE/DITTMANN VOLKER (Hrsg.), «Gemeingefährliche» Straftäter, Zürich 2000, 72
- FORSTER MARC, Lebenslange Verwahrung: zur grundrechtskonformen Auslegung von Art. 123a BV, AJP 2004, 418

¹⁴² Internationale Menschenrechtsgarantien gehen dem Bundesrecht stets vor: Diese Praxis geht zurück auf BGE 125 II 417. Ausgangspunkt für dieses Urteil bildete eine Anordnung des Bundesrats, Propagandamaterial der kurdischen Arbeiterpartei (PKK) einzuziehen.

¹⁴³ BAECHTOLD/WEBER/HOSTETTLER, 339.

- GRABENWARTER CHRISTOPH/KATARINA PABEL, Europäische Menschenrechtskonvention, 6. Aufl., München 2017
- HARRIS DAVID/O'BOYLE MICHAEL/WARBRICK COLIN, Law of the European Convention on Human Rights, 3. Aufl., Oxford 2014
- HASSEMER WINFRIED, Warum Strafe sein muss: ein Plädoyer, Berlin 2009
- HÄBERLE PETER, Das Menschenbild im Verfassungsstaat, Berlin 2001.
- HEER MARIANNE, Einige Schwerpunkte des neuen Massnahmenrechts, ZStrR 2003, 403
- HEER MARIANNE, Die therapeutischen Massnahmen im Schatten der Verwahrung, einige kritische Überlegungen zu Tendenzen im Massnahmenrecht, in: NIGGLI MARCEL ALEXANDER u.a. (Hrsg.), Festschrift für Franz Riklin, Zürich 2007
- JOSITSCH DANIEL/BISCHOFF PATRICK, Die Verwahrungsinitiative – ein Pyrrhussieg, Jusletter 17.1.2005
- KINZIG JÖRG, Kriminalpolitik durch das Volk, Bemerkungen zum neuen Schweizer Massnahmenrecht und zur Schweizer Volksinitiative «Lebenslange Verwahrung für nicht therapierbare, extrem gefährliche Sexual- und Gewaltstraftäter, in: KAMMEIER HEINZ /MICHALKE REGINA (Hrsg.), Streben nach Gerechtigkeit, FS Günter Tondorf, Münster 2004, 157
- KOLLER HEINRICH, Wunsch und Wirklichkeit im Umgang mit Volksinitiativen – Methodik der Umsetzung anhand von drei Beispielen, LeGes 2015, 545
- KUHN ANDRÉ/DEPEURSINGE PERRIER CAMILLE/BRUN DELPHINE, Dangerosité, mesures et droit pénale : Un ménage à trois voué au divorce – Ou le grand retour de la justice restaurative, ZStrR 2014, 353
- KUNZ KARL-LUDWIG, Die Verwahrung psychisch unauffälliger Straftäter – ein Problem für den Rechtsstaat? Überlegungen zur Legitimität der sichernden Verwahrung, ZStrR 2004, 234
- LEHNER CHRIS, Freiheitsentziehende Massnahmen im schweizerischen Strafrecht, recht 2017, 81
- LEHNER DOMINIK, Übergang von altem zu neuem Verwahrungsrecht, eine halboffene Tür für Gewohnheitsverbrecher, SZK 2009, 49
- LORY MARTIN/ARNOLD JÖRG/HOFER ROLF/KELLER MORTEN/OTTIKER THOMAS, Die Erarbeitung naturwissenschaftlich-technischer Sachverständigen-Gutachten im Rahmen der Schweizerischen Strafprozessordnung, AJP 2011, 1117
- MAVRINCOLA NATASA, Inhuman and Degrading Punishment, Dignity, and the Limits of Retribution, MLR 2014, 277
- MAVRINCOLA NATASA, Crime, Punishment and Article 3 ECHR: Puzzles and Prospects of Applying an Absolute Right in a Penal Context, HRLR 2015, 721
- MEYER FRANK, Eine Geologie des Strafrechts, ZStW 2011, 1
- MEYER FRANK/WIECKOWSKA MARTA, Die Rechtsprechung des EGMR in Strafsachen im Jahr 2011, fp 2012, 116
- MEYER FRANK/WIECKOWSKA MARTA, Die Rechtsprechung des EGMR in Strafsachen im Jahr 2013 (Teil 1), fp 2014, 369
- MEYER FRANK/WIECKOWSKA MARTA, Die Rechtsprechung des EGMR in Strafsachen im Jahr 2014, fp 2015, 367
- MEYER-LADEWIG JENS/NETTESHEIM MARTIN/VON RAUMER STEFAN, EMRK: Europäische Menschenrechtskonvention, Handkommentar, 4. Aufl., Baden-Baden 2017

- MORGENSTERN CHRISTINE, Ein Recht auf Hoffnung aus Art. 3 EMRK: Lebenslanger Freiheitsstrafen in Europa, RW 2014, 153
- NIGGLI MARCEL ALEXANDER, Vom Repressions- zum Präventionsstrafrecht: Die Abkehr von der Ahndung begangener hin zur Verhinderung befürchteter Delikte, Forum Strafverteidigung 2014, 13
- OBERHOLZER, NIKLAUS, Wert und Bedeutung des gerichtlichen Ermessens in Zeiten der Verschärfung des Strafrechts, in: Franz Riklin (Hrsg.), Strafen ohne Augenmass, Zürich 2016, 25
- RADBRUCH GUSTAV, Der Mensch im Recht, 2. Aufl., Göttingen 1961
- ROHNER BARBARA, Die Fachkommission zur Beurteilung gefährlicher Straftäter nach Art. 62d Abs. 2 StGB, Zürich, Diss. 2016
- SANDER LISA KATHRIN, Grenzen instrumenteller Vernunft im Strafrecht: eine Kritik der Präventionsdoktrin aus strafrechtsgeschichtlicher und empirischer Perspektive, Frankfurt am Main, Diss. 2007
- SENN MARCEL, «Gefährlichkeit» – strafrechtshistorisch begriffen, in: ACKERMANN JÜRIG-BEAT/DONATSCH ANDREAS/REHBERG JÜRIG, FS Niklaus Schmid, Zürich 2001, 27
- SENN MARCEL, Rechts- und Gesellschaftsphilosophie: historische Fundamente der europäischen, nordamerikanischen, indischen sowie chinesischen Rechts- und Gesellschaftsphilosophie, 2. Aufl., Zürich 2017
- SCHULTZ HANS, Einführung in den allgemeinen Teil des Strafrechts, ein Grundriss, zweiter Band, Die kriminalrechtlichen Sanktionen, das Jugendstrafrecht, 4. Aufl., Bern 1982
- SCHWARZENEGGER CHRISTIAN/HUG MARKUS/JOSITSCH DANIEL, Strafrecht II, Strafen und Massnahmen, 8. Aufl., Zürich 2007
- SIMMLER MONIKA, Sieben enttäuschte Hoffnungen? Zur statistischen Überprüfung der realen Folgen der AT-Revision, ZStrR 2016, 73
- TRECHSEL STEFAN, Nr. 16 vom 7.10.2010: lebenslängliche Verwahrung, fp 2012, 138
- TRECHSEL STEFAN/PIETH MARK (Hrsg.), Schweizerisches Strafgesetzbuch: Praxiskommentar, 2. Aufl., Zürich 2013
- TUOR PETER/SCHNYDER BERNHARD/SCHMID JÖRG/JUNGO ALEXANDRA, Das schweizerische Zivilgesetzbuch, 14. Aufl., Zürich 2015.
- HÄNNI PETER/BELSER EVA MARIA, Die Rechte der Kinder: Zu den Grundrechten Minderjähriger und der Schwierigkeit ihrer rechtlichen Durchsetzung, AJP 1998, 139
- URBANIOK FRANK, Gibt es unbehandelbare Täter?, in: DITTMANN VOLKER/KUHN STEFAN/WIPRÄCHTER HANS (Hrsg.), Zwischen Mediation und Lebenslang, Zürich 2002, 159
- URBANIOK FRANK/ENDRASS JÉROME/NOLL THOMAS/ROSSEGER ASTRID, Die « psychische Störung » im Massnahmenrecht aus forensisch-psychiatrischer Sicht, AJP 2016, 1671
- VAN ZYL SMIT DIRK/WEATHERBY PETE/CREIGHTON SIMON, Whole Life Sentences and the Tide of European Human Rights Jurisprudence: What is to Be Done?, HRLR 2014, 59
- WEBER JONAS, Aktuelle politische Vorstösse zum Sanktionen- und Strafvollzugsrecht: Einschätzungen ihrer Anliegen und Risiken, in: RIKLIN FRANZ (Hrsg.), Strafen ohne Augenmass, Zürich 2016, 13
- WIPRÄCHTIGER HANS, Welche qualitativen Verbesserungen hat die Revision bei den Sanktionen und beim Vollzug gebracht? – Der neue Allgemeine Teil des Strafgesetzbuches in der Praxis – eine Zwischenbilanz, AJP 2009, 1503

WIPRÄCHTIGER, HANS/HEER, MARIANNE, Das Schweizerische Massnahmenrecht in Schiefelage – Eine Bilanz fünf Jahre nach der grossen Gesetzesrevision von 2007, in: YUNDINA ELENA/STÜBNER SUSANNE/HOLLWEG MATTHIAS/STADTLAND CORNELIS (Hrsg.), Berlin 2012, 345–355.

Der Anwalt der ersten Stunde

und die Verwertung rechtswidrig erlangter Aussagen

David Michael Egger

Inhaltsübersicht

I. Einführung	355
II. Der Anwalt der ersten Stunde	356
A. Regelung vor der StPO	357
B. Anspruch gemäss der EMRK	357
C. Regelung der StPO	358
1. Stärkung der Verteidigungsrechte	358
2. Recht auf Verteidigung, insbesondere auf freien Verkehr	359
3. Teilnahmerecht	360
4. Recht auf Information	361
III. Praktische Relevanz des Anwaltes der ersten Stunde	362
A. Vergleich zwischen 2007 und 2013	362
B. Das Projekt «Trial Observation»	363
C. Würdigung	364
IV. Missachtung der Rechte	364
A. Absolute und relative Unverwertbarkeit	364
B. Wertungswiderspruch	365
C. Mögliche Lösungsansätze	366
1. Restriktive Auslegung	367
2. Füllung einer Gesetzeslücke	367
3. Würdigung	369
V. Zusammenfassung	369
Literaturverzeichnis	370
Materialienverzeichnis	372

I. Einführung

«You have the right to remain silent. Anything you say can and will be used against you in a court of law. You have the right to an attorney. If you cannot afford an attorney, one will be provided for you.»¹

Diese Worte leiten die sog. Miranda Warning, das Verlesen der Rechte bei Verhaftungen in den USA, ein. Hierdurch wird der Beschuldigte davor geschützt, sich durch

¹ Miranda Warning, <<http://www.mirandawarning.org/whatareyourmirandarights.html>> (24.08.2017).

blosse Unkenntnis seiner Rechte selbst zu belasten. Neben dem Recht auf Schweigen gehört das Recht auf einen Anwalt zu den fundamentalen Verteidigungsrechten.²

Der Begriff des «Anwaltes der ersten Stunde» hat hierzulande durch das Konzept einer eidgenössischen Strafprozessordnung «Aus 29 mach 1» Eingang in die strafprozessrechtliche Diskussion gefunden.³ Grundsätzlich handelt er von der Frage, in welchem Stadium eines Strafverfahrens der Beschuldigte frühestens einen Anwalt herbeiziehen kann.⁴ In seiner heutigen Bedeutung umschreibt das Institut des Anwaltes der ersten Stunde die Inanspruchnahme eines Strafverteidigers vor und während der ersten Einvernahme, wie es die Miranda Warning suggeriert.⁵

Ob der «Gewinn an Rechtsstaatlichkeit, den dieses Recht»⁶ bringen soll, auch in der Praxis zu beobachten ist und wie es sich mit der Verletzung des Rechts auf einen Anwalt der ersten Stunde verhält, soll in der Folge eruiert werden. Deswegen wird zuerst das Institut des Anwaltes der ersten Stunde, insbesondere dessen Umsetzung in der StPO, beschrieben, gefolgt von statistischen Auswertungen über dessen Gebrauch und schliesslich wird speziell auf die Missachtung der Rechte eingegangen.

II. Der Anwalt der ersten Stunde

Die Bedeutung des Anwaltes der ersten Stunde zeigt sich auf den ersten Blick vor allem insoweit, als der Verlauf eines Strafverfahrens im Anfangsstadium entscheidend geprägt werden kann,⁷ sich jedoch zwei ungleich erfahrene Parteien gegenüberstehen. Auf der einen Seite befragt die Strafverfolgungsbehörde mit einem grossen Erfahrungsschatz und einer professionellen Organisation.⁸ Ihr steht der Beschuldigte gegenüber, der sich (in den meisten Fällen) in einem ungewohnten Umfeld befindet und mit Angst, Verwirrung und Unsicherheit zu kämpfen hat.⁹ Der Beizug eines Anwaltes, der ebenfalls über Erfahrung und Spezialwissen verfügt, trägt in diesem Szenario der Gleichstellung beider Parteien bei.¹⁰

² Vgl. DONATSCH/HANSJAKOB/LIEBER-GODENZI, Art. 158 StPO N 1 f.

³ SCHMID, in: DONATSCH/FORSTER/SCHWARZENEGGER, 745, 746 f.; vgl. Aus 29 mach 1, 110; PIETH verwendete jedoch bereits 1986 den Begriff «Verteidiger der ersten Stunde» (PIETH, Strafverteidigung, 37).

⁴ Vgl. Botschaft StPO, 1193.

⁵ SCHMID, in: DONATSCH/FORSTER/SCHWARZENEGGER, 745, 746 f.; CAMENZIND, 328.

⁶ RUCKSTUHL, 74.

⁷ SCHLEGEL, Bemerkungen, 90; ARQUINT, in: SCHINDLER/SCHLAURI, 175, 195.

⁸ PETERMANN, 416.

⁹ SCHLEGEL, Wahlverteidigung, 150 f.

¹⁰ Das Institut des Anwaltes der ersten Stunde wird sowohl in der Praxis als auch in der Lehre fast durchgehend begrüsst (vgl. ARQUINT, in: SCHINDLER/SCHLAURI, 175, 191 f.; POPP, 268 ff.; vgl. RUCKSTUHL, 70; SCHLEGEL/WOHLERS, 307; a.M. WEDER, 15). Deswegen wird hier von einer

A. Regelung vor der StPO

Die bundesweite Einführung des Rechts auf einen Anwalt der ersten Stunde wurde in der Schweiz erst mit Inkrafttreten der Schweizerischen Strafprozessordnung (StPO) am 1. Januar 2011 erreicht. Vorher kannten nur wenige Kantone einen anwaltlichen Beistand zu Beginn des Strafverfahrens. Ausschliesslich die Strafprozessordnung des Kantons Solothurn liess explizit Rechtsbeistände bereits bei polizeilichen Einvernahmen zu, allerdings unter dem Vorbehalt der Ablehnung aufgrund der Gefährdung des Untersuchungszwecks.¹¹ In Basel-Stadt war die Anwesenheit eines Anwaltes auf Gesuch hin ab der zweiten protokollarischen Einvernahme der Polizei zugelassen¹² und im Kanton Aargau soll die Anwesenheit – auch ohne ausdrückliche gesetzliche Regelung – in der Praxis gewährt worden sein.¹³

Das Bundesgericht hat einen Anspruch auf einen Anwalt der ersten Stunde regelmässig verneint.¹⁴

B. Anspruch gemäss der EMRK

Ausschlaggebend für dessen Einführung mit der StPO war der internationale Druck,¹⁵ obwohl das Institut des Anwaltes der ersten Stunde in der Schweiz bereits vor der Jahrtausendwende diskutiert wurde.¹⁶ Die EMRK gewährt das Recht auf den Beistand eines Verteidigers bei der ersten polizeilichen Befragung nach Art. 6 Ziff. 1 und Art. 6 Ziff. 3 lit. c, wobei die Urteile des EGMR dieses Recht jeweils konkretisieren. Dabei durchlief die Rechtsprechung des EGMR eine Entwicklung,¹⁷ welche ihren vorläufigen Höhepunkt im Urteil *Salduz vs. Türkei*¹⁸ gefunden hat.

genauen Erläuterung dessen Sinnes und Begründung abgesehen (siehe hierzu ARQUINT, in: SCHINDLER/SCHLAURI, 175, 191 ff.).

¹¹ § 7 Abs. 1 und 2 StPO-SO.

¹² § 107 i.V.m. § 13 Abs. 1 StPO-BS.

¹³ Siehe zu dieser Zusammenstellung SCHMID, in: DONATSCH/FORSTER/SCHWARZENEGGER, 745, 750 f.; vgl. Botschaft StPO, 1193; vgl. HAEFELIN, 243.

¹⁴ BGer 1P.97/2004 vom 3. Juni 2004 E. 3.2.2; BGer 1P.487/2006 vom 16. Februar 2007 E. 3.2; BGer 1P.102/2006 vom 26. Juni 2006 E. 2.1; BGE 104 Ia 17 E. 4.

¹⁵ Vgl. Botschaft 1193; vgl. Bericht StPO, 124 f.; Als Beispiel soll zudem KRAUSS genannt werden, der den Strafprozess in der Schweiz vor der Jahrtausendwende noch nahe am Inquisitionsverfahren sah (KRAUSS, 117 ff.). Diesem Gedanken widmete sich ebenfalls PIETH, der den Vorsprung des «Inquerenten» im Strafverfahren im Kanton Basel-Stadt vorhanden sah (in Bezug auf die Basler Lösung des «Anwaltes der zweiten Stunde» PIETH, in: DONATSCH/FORSTER/SCHWARZENEGGER, 419, 419).

¹⁶ Vgl. CAMENZIND, 329; vgl. CHRISTEN, 247.

¹⁷ Vgl. SCHLEGEL, Wahlverteidigung, 163 ff.

¹⁸ EGMR, 27.11.2008, *Salduz v. Turkey*, Nr. 36391/02.

Im angesprochenen Urteil verfestigte der EGMR den *nemo tenetur*-Grundsatz¹⁹. In der Ausnahmesituation einer Einvernahme könne der Betroffene nur ernsthaft über sein Schweigerecht entscheiden, wenn ein Rechtsbeistand zugegen sei.²⁰ Dies bedeutet in der Konsequenz, dass die *Anwesenheit des Verteidigers* nicht nur vor der Einvernahme, sondern auch während dieser erforderlich ist. Ausserdem anerkennt der EGMR, in Abkehr zu früherer Praxis,²¹ das Recht auf einen Anwalt als *allgemeinen Anspruch* und macht ihn nicht mehr davon abhängig, ob ein Verhalten bei einer Einvernahme Konsequenzen nach sich ziehen kann.²² Trotzdem kann das Recht aufgrund zwingender Gründe eingeschränkt werden.²³

Ebenfalls zu erwähnen sei der Entscheid *Pishchalnikov vs. Russland*²⁴, welcher in Fortführung des Entscheides *Salduz vs. Türkei* den Anspruch auf einen Anwalt der ersten Stunde gefestigt und konkretisiert hat. Insbesondere das Anerkennen eines Anspruches auf Unterbrechung der Einvernahme bis das Recht auf Verteidigung wahrgenommen werden kann oder vom Beschuldigten ausdrücklich nicht mehr gewünscht wird, stellte eine Neuerung dar.²⁵

C. Regelung der StPO

1. Stärkung der Verteidigungsrechte

Um die Relevanz des Anwaltes der ersten Stunde im Kontext der StPO erkennen zu können, bedarf es eines Blickes auf den Zweck dieses Institutes. Dieser kristallisiert sich aus der Rolle der Staatsanwaltschaft bei Strafverfolgungen heraus.

Mit Einführung der StPO wurde ein Strafverfolgungsmodell gewählt, welches die Untersuchung im Vorverfahren der Staatsanwaltschaft auferlegt.²⁶ Der vorher bekannte Untersuchungsrichter fand somit keinen Eingang in die StPO.²⁷ In diesem Stadium hat die Staatsanwaltschaft gemäss dem Untersuchungsgrundsatz sämtliche relevanten Tatsachen von Amtes wegen und mit gleicher Sorgfalt bezüglich der be-

¹⁹ Grundlage bildet das faire Verfahren nach Art. 6 EMRK (DONATSCH/SCHWARZENEGGER/WOHLERS, 144); vgl. BERNARD, Gold, 2 ff.; vgl. für die Schweiz Art. 113 Abs. 1 StPO;

²⁰ EGMR, 27.11.2008, *Salduz v. Turkey*, Nr. 36391/02, § 54; vgl. ARQUINT, in: SCHINDLER/SCHLAURI, 175, 191 f.

²¹ EGMR, 8.2.1996, *John Murray v. the United Kingdom*, Nr. 18731/91, § 63.

²² Siehe zum Ganzen WOHLERS/SCHLEGEL, 71 ff.

²³ «[U]nless it is demonstrated in the light of the particular circumstances of each case that there are compelling reasons to restrict this right» (EGMR, 27.11.2008, *Salduz v. Turkey*, Nr. 36391/02, § 55).

²⁴ EGMR, 24.9.2009, *Pishchalnikov v. Russia*, Nr. 7025/04.

²⁵ RUCKSTUHL/DITTMANN/ARNOLD, 109 f.; SCHLEGEL, Bemerkungen, 91.

²⁶ Art. 61 lit. a und Art. 299–327 StPO.

²⁷ PIGUET/DYENS, 366; vgl. zu den Unterschieden zwischen den Staatsanwaltschafts- und Untersuchungsrichtermodellen HAUSER/SCHWERI/LIEBER, 338 ff.

lastenden und entlastenden Umstände zu ermitteln (Art. 6 StPO). Auf der einen Seite ist das Ziel dieser Konzentration der Kompetenzen die Steigerung der Effizienz der Strafverfolgung – ist nur eine Stelle involviert, entstehen keine zweigleisigen Untersuchungen und somit kein Mehraufwand bei der Koordination. Auf der anderen Seite strahlt die Machtkonzentration bei der Staatsanwaltschaft eine gewisse Gefahr aus, da sie die Herrschaft über die Strafuntersuchung alleine innehat.²⁸ Die Gefahr muss vor allem in Hinsicht auf die Doppelfunktion der Staatsanwaltschaft im Strafverfahren gesehen werden. Während sie, wie erwähnt, als unabhängige Behörde im Vorverfahren auftritt, kommt ihr im Haupt- und Rechtsmittelverfahren die Rolle der anklagenden Prozesspartei zu. Hierdurch untersucht dieselbe Partei zuerst belastende und entlastende Umstände und erhebt gestützt darauf Anklage oder stellt das Verfahren ein. Zu erwähnen sei hier ebenfalls die Tendenz, den Schwerpunkt des Strafprozesses auf das Vorverfahren zu verlagern, da in der Hauptverhandlung die Beweisabnahme nicht mehr zwingend unmittelbar sein muss (Art. 343 StPO).²⁹ Die Gefahr der Machtkonzentration ist demnach eine der fehlenden Abgrenzung zwischen neutraler und anklagender Partei.³⁰

Um dem Ungleichgewicht zwischen der anklagenden und der angeklagten Partei beizukommen, sollten mit der Einführung der StPO die Verteidigungsrechte gestärkt werden.³¹ Diese beinhalten drei Kategorien: das Recht auf Verteidigung, das Recht auf Information sowie das Teilnahmerecht.³² Die Verteidigung der ersten Stunde ist eine Institution, welche zur Stärkung aller genannten Kategorien führen soll.³³

2. Recht auf Verteidigung, insbesondere auf freien Verkehr

Das Recht auf einen Anwalt der ersten Stunde und somit auf Verteidigung bereits bei der ersten polizeilichen Einvernahme ergibt sich aus Art. 159 StPO. Gleiches gilt gemäss Art. 147 Abs. 1 StPO bei entsprechender Beweiserhebung direkt durch die Staatsanwaltschaft.³⁴ Wichtig zu erwähnen ist der Umstand, dass es sich dabei um ein Recht des Beschuldigten handelt und nicht um ein Teilnahmerecht des Rechtsbei-

²⁸ Ausserdem hat sie im Strafbefehlsverfahren, welches über 90% der Fälle ausmacht, Kompetenzen einer Einzelrichterin (BERNARD, Wahrheitssuche, 21); vgl. zum gesamten «Staatsanwaltschaftsmodell II» Botschaft StPO, 1106 ff.

²⁹ Ausserdem finden einerseits durch die Streitwertgrenze des Strafbefehlsverfahrens weniger Hauptverhandlungen und andererseits beim abgekürzten Verfahren nach Art. 361 Abs. 4 StPO kein Beweisverfahren statt (vgl. BOMMER, 197); ALBRECHT, in: NIGGLI/WEISSENBERGER, 5, Rz. 2.67.

³⁰ PIGUET/DYENS, 366 f.; vgl. BERNARD, Wahrheitssuche, 1 f.

³¹ Vgl. Botschaft StPO, 1087.

³² PIGUET/DYENS, 367.

³³ Vgl. Botschaft StPO, 1195.

³⁴ Siehe folgend II.C.3.

standes.³⁵ Die Bestellung der Verteidigung richtet sich nach den allgemeinen Grundsätzen der Art. 129 ff. StPO.³⁶

Art. 159 Abs. 2 StPO statuiert explizit das Recht auf freien Verkehr auch mit dem Anwalt der ersten Stunde, welches in enger Verbindung zum Schweigerecht des Beschuldigten steht und diesem eine gewisse Ernsthaftigkeit verleiht.³⁷ Geschützt wird der mündliche sowie schriftliche Verkehr,³⁸ welcher grundsätzlich frei von Überwachung und Zensur möglich sein muss.³⁹ Die Bestimmung spricht von diesem Recht «bei polizeilichen Einvernahmen einer vorläufig festgenommenen Person». Dieser Wortlaut ist jedoch so zu verstehen, dass nicht nur während («bei»), sondern auch vor und nach der Einvernahme der freie Kontakt geschützt ist.⁴⁰ Ebenfalls beschränkt sich der Trägerkreis gemäss herrschender Lehre nicht nur auf festgenommene, sondern vielmehr auf sämtliche beschuldigten Personen.⁴¹

Einschränkungen des Rechts auf einen Anwalt der ersten Stunde können sich aus Art. 159 Abs. 3 StPO ergeben. Einen Anspruch auf Verschiebung der Einvernahme ist nach dieser Bestimmung nämlich nicht gegeben. Diese Regelung ist jedoch gemäss Botschaft nicht konzipiert, um den Inhalt des Rechts des Beschuldigten zu entleeren, sondern um zeitlich dringliche Einvernahmen zu ermöglichen.⁴² Deswegen kann in diesem Sinne zwischen der Verschiebung einerseits und dem Warten auf den Anwalt andererseits unterschieden werden. Letzteres muss zwingend verlangt werden dürfen.⁴³

3. Teilnahmerecht

Der Beschuldigte hat gemäss Art. 159 Abs. 1 StPO ein Recht auf Anwesenheit seines Verteidigers bei polizeilichen Einvernahmen. Dieser darf nach dieser Bestimmung auch Fragen stellen. Das Teilnahmerecht beschränkt sich jedoch vor der Polizei auf Einvernahmen des eigenen Mandanten und berechtigt nicht zur Teilnahme an Ein-

³⁵ BSK StPO-RUCKSTUHL, Art. 159 N 1.

³⁶ Insbesondere die Bestellung der amtlichen und der notwendigen Verteidigung (vgl. DONATSCH/CAVEGN, Anspruch, 104 f.; RUCKSTUHL/DITTMANN/ARNOLD, 114 ff.).

³⁷ Siehe oben II.B.; EGMR, 27.11.2008, *Salduz v. Turkey*, Nr. 36391/02, § 54.

³⁸ Dies wird bereits durch Art. 6 Ziff. 3 lit. c resp. Art. 8 EMRK garantiert.

³⁹ BSK StPO-RUCKSTUHL, Art. 159 N 42.

⁴⁰ Botschaft StPO, 1195; DONATSCH/HANSJAKOB/LIEBER-GODENZI, Art. 159 StPO N 16; ERNI, 235; BSK StPO-RUCKSTUHL, Art. 159 N 24.

⁴¹ DONATSCH/HANSJAKOB/LIEBER-GODENZI, Art. 159 StPO N 16; JEANNERET, 46; RIEDO/FIOLKA/NIGGLI, Rz. 1187; BSK StPO-RUCKSTUHL, Art. 159 N 19 ff.; SCHLEGEL, Wahlverteidigung, 335 ff.

⁴² Explizit ist der Fall der vorläufigen Festnahme genannt (vgl. Art. 219 Abs. 4 StPO mit seiner 24 Stunden-Regelung) (Botschaft StPO, 1194 f.).

⁴³ Welche Zeitspanne angemessen ist, bedarf einer Betrachtung im Einzelfall (vgl. statt vieler DONATSCH/HANSJAKOB/LIEBER-GODENZI, Art. 158 StPO N 45 ff.).

vernahmen anderer Beteiligter wie derjenigen einer Auskunftsperson oder eines Mitbeschuldigten.⁴⁴ Für Einvernahmen vor der Staatsanwaltschaft existiert hingegen keine Norm, welche ein entsprechendes Teilnahmerecht ausdrücklich gewährt.⁴⁵ Laut Botschaft kann dieses jedoch aus Art. 147 Abs. 1 i.V.m. Art. 127 Abs. 1 StPO hergeleitet werden. So hat jede Partei nach Art. 104 StPO einen grundsätzlichen Anspruch auf Anwesenheit ihres Verteidigers bei, im Gegensatz zu polizeilichen Einvernahmen, sämtlichen Beweisabnahmen. Auch hier ist das Stellen von Fragen an die einvernommene Person erlaubt.⁴⁶

4. Recht auf Information

Art. 158 Abs. 1 lit. c StPO verpflichtet die Strafverfolgungsbehörden, den Beschuldigten anlässlich seiner ersten Einvernahme über dessen Recht auf Bestellung einer Verteidigung aufzuklären. Diese Verpflichtung ist aus Sicht des Beschuldigten dessen Informationsrechten zuzuordnen.⁴⁷ Die Information muss «zu Beginn der ersten Einvernahme» eines Beschuldigten durch die Polizei oder die Staatsanwaltschaft erfolgen.⁴⁸ Um das garantierte Recht auch faktisch ausüben zu können, bedeutet dies, dass bereits vor der Einvernahme über das Recht des Beizuges eines Anwaltes informiert werden sollte.⁴⁹ Konkretisiert wird der Begriff der ersten Einvernahme durch die Botschaft, welche als Kriterium, ob es sich um eine Einvernahme handelt, auf die Protokollierung abstellt.⁵⁰ Wird eine Befragung protokolliert, so ist zu Beginn auf das Recht der Bestellung eines Anwaltes resp. der Beantragung einer amtlichen Verteidigung hinzuweisen.⁵¹

Neben der Information über das Recht auf einen Anwalt ist die Aufklärung über die konkreten Straftaten, welche Gegenstand des Verfahrens bilden,⁵² für die Verteidigung von besonderer Bedeutung.⁵³ Das Recht auf Information als Teil der Verteidi-

⁴⁴ Botschaft StPO, 1194; DONATSCH/CAVEGN, Anspruch, 108 f.; MAZOU, 12.

⁴⁵ Siehe hierzu kritisch ERNI, 237 f.

⁴⁶ Botschaft StPO, 1187; vgl. zum Ganzen ERNI, 235 ff.

⁴⁷ Obwohl der Anwalt der ersten Stunde nicht wörtlich erwähnt ist, gehört er zu den Rechten, welche unter die umfassende Belehrung gemäss Art. 143 Abs. 1 lit. c StPO fallen (siehe RUCKSTUHL, 71).

⁴⁸ Vgl. Art. 142 Abs. 2 (selbständige Ermittlung) und Art. 312 Abs. 2 (Auftrag der Staatsanwaltschaft) StPO für Einvernahmen der Polizei sowie Art. 311 Abs. 1 und Art. 142 Abs. 1 StPO für diejenigen der Staatsanwaltschaft (DONATSCH/CAVEGN, Anspruch, 105).

⁴⁹ Vgl. SK StPO-RUCKSTUHL, Art. 159 N 21.

⁵⁰ Botschaft StPO, 1192; DONATSCH/CAVEGN, Anspruch, 105.

⁵¹ Ebenso muss über das Zeugnisverweigerungsrecht gemäss Art. 158 Abs. 1 lit. b i.V.m. Art. 169 StPO informiert werden, welches im Hinblick auf eventuelle Aussagen ohne anwaltliche Unterstützung relevant ist (ERNI, 232); vgl. für die Aussageverweigerung PETERMANN, 405 ff.

⁵² Gemäss Art. 158 Abs. 1 lit. a StPO und Art. 6 Abs. 3 lit. EMRK.

⁵³ Der einzelne Lebenssachverhalt sowie der hiermit zusammenhängende Deliktsworwurf ist so präzise wie möglich mitzuteilen (vgl. ERNI, 233; vgl. PIGUET/DYENS, 368).

gungsrechte der StPO möchte u.a. sicherstellen, dass dem Beschuldigten die Einzelheiten der Untersuchung gegen ihn mitgeteilt werden. Dies wird einerseits mit der Orientierung über die Tatvorwürfe und andererseits mit dem Akteneinsichtsrecht garantiert.⁵⁴ Gemäss Art. 101 Abs. 1 StPO kann der Beschuldigte spätestens nach seiner ersten Einvernahme Akteneinsicht nehmen. Dies bedeutet im Sinne einer Minimalvorschrift, dass die Einsicht auch früher gewährt werden kann. Ein Recht des Anwaltes der ersten Stunde auf Akteneinsicht besteht jedoch nach dem Wortlaut dieser Bestimmung nicht, wie bereits auch das Bundesgericht festgehalten hat.⁵⁵

III. Praktische Relevanz des Anwaltes der ersten Stunde

Nach der Umsetzung des Institutes des Anwaltes der ersten Stunde in der Schweiz werden im Folgenden zwei empirische Untersuchungen zu dessen praktischer Relevanz erörtert.

A. Vergleich zwischen 2007 und 2013

CAPUS/STUDER haben Straftaten und Einvernahmeprotokolle aus den Kantonen Zürich und Genf aus den Jahren 2007 und 2013, vor und nach Einführung der StPO, miteinander verglichen. Dabei stellten sie fest, dass durch die Stärkung der Verteidigungsrechte⁵⁶ die Rate der Belehrungen des Beschuldigten über seine Rechte markant gestiegen ist.⁵⁷ Ausserdem stieg die Anwesenheitsrate der Verteidigung während der Einvernahmen um 13.9% (ZH) resp. 15.6% (GE).⁵⁸

Diese Zahlen müssen jedoch zur Untersuchung des Erfolges des Anwaltes der ersten Stunde konkretisiert werden. Zum einen ist die signifikante Zunahme bei den Belehrungen vorwiegend auf die vermehrten Aufklärungen vor Gericht zurückzuführen. Gerichtliche Einvernahmen finden aber selbstverständlich nicht zu Beginn eines Strafverfahrens statt. Zum anderen ist bei der Anwesenheitsrate zwischen den einvernehmenden Behörden zu unterscheiden. Während die Verteidigung 2013 vor der Staatsanwaltschaft und dem Gericht deutlich häufiger als noch 2007 zugegen war, liegt die Anwesenheitsrate der Verteidigung 2013 bei der ersten polizeilichen Ein-

⁵⁴ PIGUET/DYENS, 368 f.

⁵⁵ BGE 137 IV 172 E. 2.3; BSK StPO-SCHMUTZ, Art. 101 N 13 f.; Kritisch hierzu ERNI, 240; mit weiteren Verweisen in FN 63 PIETH, Strafprozessrecht, 93; PIGUET/DYENS, 368 f.; RUCKSTUHL, 73; SCHLEGEL, Anwalt, 40; vgl. CHIRAZI/OURAL, 334; a.M. BSK StPO-SCHMUTZ, Art. 101 N 14.

⁵⁶ Vor der StPO kannten nicht alle Kantone eine Belehrungspflicht für jede Strafbehörde.

⁵⁷ Von 75.7% auf 91.3% (ZH) und 79.1% auf 96.7% (GE).

⁵⁸ CAPUS/STUDER, 105 f.

vernahme bei verschwindend kleinen 2.2% (ZH) resp. 2.1% (GE). Ausserdem hat nach CAPUS/STUDER weder die Belehrung noch die Anwesenheit eines Verteidigers erhebliche Auswirkung auf Aussageverweigerungen.⁵⁹

Gemessen an den erhobenen Zahlen dürfte demnach die Einführung des Anwaltes der ersten Stunde nicht zu einer markanten Verhaltensänderung der beschuldigten Personen führen. Sowohl die Anwesenheit der Verteidigung als auch der Umgang mit dem Aussageverweigerungsrecht, verglichen mit der Situation vor Einführung der StPO, sprechen nicht für eine messbare Stärkung der Verteidigungsrechte.⁶⁰

B. Das Projekt «Trial Observation»

Im Rahmen des Projekts «Trial Observation»⁶¹ publizierten SUMMERS/GARLAND/STUDER eigene Erhebungen zur Anwesenheit der Verteidigung während verschiedener Phasen des Strafverfahrens.⁶² Hier interessieren vor allem die Anwesenheitsraten zu Beginn des Verfahrens.

Die Bedeutung des Anwaltes der ersten Stunde zeigt sich dadurch, dass die Beschuldigtenaussagen im Vorverfahren (neben Zeugenaussagen und Geständnissen) bei den untersuchten Fällen zu den drei wichtigsten Gründen für den Schuldspruch im Hauptanklagepunkt gehören. Trotzdem gaben Beschuldigte sowie Strafverteidiger praktisch übereinstimmend an, dass nur in ca. 35% der Fälle ein Anwalt der ersten Stunde zugegen war.⁶³ Der Umstand, dass zu Beginn kein Verteidiger zugegen war, wurde in der Hauptverhandlung auch meist nicht behandelt.⁶⁴

Auch in Fällen der notwendigen Verteidigung nach Art. 130 StPO⁶⁵ hatten die Verteidiger nur bei 45% den ersten Kontakt zum Mandanten bereits zu Beginn des Verfahrens. Hier sind jedoch grosse Unterschiede zwischen den Kantonen feststellbar (bspw. Bern in 80% und Zürich in 25% der Fälle). Vor allem in diesen, gravierenden Fällen, so führen die Autoren aus, müsste in der Hauptverhandlung auf die Gründe des Verzichts auf einen Anwalt der ersten Stunde eingegangen werden. In der Regel

⁵⁹ Zum Ganzen CAPUS/STUDER, 106 und 108.

⁶⁰ CAPUS/STUDER, 108 f.

⁶¹ Vgl. Universität Zürich, Rechtswissenschaftliches Institut, Lehrstuhl Summers, Trial Observation Project, <<https://www.rwi.uzh.ch/de/lehreforschung/alphabetisch/summers/trialobservation.html>> (23.08.2017).

⁶² Untersucht wurden Fälle der Kantone Basel, Bern, Genf und Zürich (SUMMERS/GARLAND/STUDER, 133 ff.).

⁶³ Problematisch ist dabei, dass oft finanzielle Gründe für den Verzicht auf einen Anwalt der ersten Stunde angeführt werden, auch wenn ein Anspruch auf amtliche Vertretung bestünde (vgl. SUMMERS/GARLAND/STUDER, 142 ff.).

⁶⁴ SUMMERS/GARLAND/STUDER, 151 ff.

⁶⁵ Siehe Fn. 36.

werde nämlich vom Verzicht auf eine Verteidigung ausgegangen, wenn diese nicht explizit erwünscht werde.⁶⁶

C. Würdigung

Beide Projekte zeigen auf, dass sich das Institut des Anwaltes der ersten Stunde (noch) nicht in dem Masse durchgesetzt hat, wie es wohl erwartet wurde. Die Gründe hierfür sind sicher vielfältig, wobei die Kenntnis des Angeklagten über die Relevanz seiner ersten Aussagen und die Ausgestaltung seiner Rechte mit Sicherheit dazugehören. CAPUS/STUDER sprechen von gestiegenen Belehrungsraten, jedoch nicht über die Qualität der Belehrung⁶⁷ und SUMMERS/GARLAND/STUDER kommen zum Schluss, dass der Grund des Verzichts auf einen Anwalt der ersten Stunde nicht (genügend) beachtet werde.

Die Studien können insofern verknüpft werden, als die Belehrung eine gewichtige Rolle für den selbstbestimmten Gebrauch des Rechts auf Verteidigung spielt. Falsche Vorstellungen des Beschuldigten bezüglich des Anwaltes der ersten Stunde können in mehreren Phasen der Strafverfolgung für ihn negative Auswirkungen haben. In diesem Sinne scheinen die Strafverfolgungsbehörden und Gerichte Nachholbedarf zu haben. Um jedoch eruieren zu können, wie gravierend die Nachteile für den Beschuldigten ausfallen können, braucht es einen Blick auf die Folgen der Missachtung der mit dem Anwalt der ersten Stunde zusammenhängenden Rechte.

IV. Missachtung der Rechte

A. Absolute und relative Unverwertbarkeit

Die StPO enthält eine explizite Regelung zur Verwertbarkeit von Einvernahmen, welche ohne Aufklärung über das Recht auf einen Anwalt der ersten Stunde nach Art. 158 Abs. 1 StPO erfolgt sind. Art. 158 Abs. 2 StPO besagt, dass solche Einvernahmen nicht verwertbar sind.⁶⁸ Dies stellt einen Fall der absoluten Unverwertbarkeit nach Art. 141 Abs. 1 Satz 2 StPO dar. Bereits getätigte, aber durch die fehlende Information unverwertbare Aussagen sind sodann aus den Strafakten zu entfernen, separat unter Verschluss zu halten und nach Beendigung des Strafverfahrens zu ver-

⁶⁶ SUMMERS/GARLAND/STUDER, 153 ff.

⁶⁷ Vgl. BGer 6B_604/2012 vom 16. Januar 2014 E. 3.4.4 (Aussagen wurden trotz inkorrektur Belehrung als verwertbar eingestuft).

⁶⁸ Dies gilt nach der hier vertretenen Meinung unabhängig, ob der Beschuldigte über die Rechte Bescheid weiss oder nicht (DONATSCH/HANSJAKOB/LIEBER-GODENZI, Art. 158 StPO N 37; vgl. DONATSCH/CAVEGN, Anspruch, 106).

nichten (Art. 141 Abs. 5 StPO). Die Unverwertbarkeit ist dabei als zwingend zu betrachten, wodurch auch die Verwertung der Aussagen zur Aufklärung schwerer Straftaten i.S.v. Art. 141 Abs. 2 StPO ausgeschlossen ist.⁶⁹ Ebenso entfaltet das Verwertungsverbot eine Fernwirkung. So sind Folgebeweise unzulässig und die mittelbare Verwertung, z.B. durch Aussagen von bei der unverwertbaren Einvernahme anwesenden Personen, ausgeschlossen. Dies bedeutet, dass grundsätzlich einer erneuten Einvernahme nichts im Wege steht, diese jedoch stattfinden muss, als ob die erste, unverwertbare nicht stattgefunden hätte. Bei der erneuten Einvernahme ist einzig die Informationspflicht nach Art. 158 Abs. 1 StPO um die Aufklärung des Umstandes, dass die bisher getätigten Aussagen unverwertbar sind, zu erweitern (sog. qualifizierte Belehrung).⁷⁰

Wird nicht das Recht auf Information, sondern dasjenige auf Beizug eines Verteidigers missachtet, fehlt eine explizite Regelung zu den Rechtsfolgen. Art. 159 StPO wird jedoch als Gültigkeitsvorschrift eingestuft, wodurch die Verletzung nach Art. 141 Abs. 2 StPO zu bewerten ist. Im Gegensatz zu Abs. 1 wird hier von der relativen Unverwertbarkeit gesprochen. Diese lässt die Verwertung der Aussagen des Beschuldigten in Ausnahmefällen zur Aufklärung schwerer Straftaten zu.⁷¹ Die Beurteilung, ob es sich um eine schwere Straftat handelt, erfolgt im Einzelfall und jeweils anhand einer Interessenabwägung.⁷² Welche Straftaten überhaupt für diese Abwägung in Frage kommen können, ist jedoch umstritten. Das Bundesgericht sieht in seiner Rechtsprechung grundsätzlich Verbrechen als qualifiziert,⁷³ wohingegen in der Lehre einerseits Stimmen existieren, die ausschliesslich mit Freiheitsstrafe bedrohte Tatbestände zulassen⁷⁴ und andererseits solche, die auch bei Vergehen eine Interessenabwägung vornehmen möchten.⁷⁵

B. Wertungswiderspruch

Die Unterscheidung zwischen dem absoluten und dem relativen Verwertungsverbot weist nach dem Gesagten einen Widerspruch in der Wertung zwischen der Missach-

⁶⁹ BSK StPO-RUCKSTUHL, Art. 158 N 33; DONATSCH/HANSJAKOB/LIEBER-GODENZI, Art. 158 StPO N 33; ausführlicher SCHLEGEL/WOHLERS, 317.

⁷⁰ Zum Ganzen BSK StPO-RUCKSTUHL, Art. 158 N 33 ff.; DONATSCH/HANSJAKOB/LIEBER-GODENZI, Art. 158 StPO N 33 ff.;

⁷¹ DONATSCH/HANSJAKOB/LIEBER-GODENZI, Art. 159 StPO N 24 f.; SCHLEGEL/WOHLERS, 317.

⁷² Die Kriterien der Interessenabwägung (Schwere des Delikts, grundsätzlich zulässiges Beweismittel, Abwägung zwischen öffentlichem und privatem Interesse) wurden von der Rechtsprechung vor Inkrafttreten der StPO übernommen (BSK StPO-GLESS, Art. 141 N 69 ff.; vgl. BGer 6B_684/2012 vom 15. Mai 2013, E. 3.3 und BGE 131 I 272 E. 4.1 ff.).

⁷³ BGE 132 I 218 E. 2.3.5.2.

⁷⁴ Vgl. BSK StPO-GLESS, Art. 141 N 72; DONATSCH/HANSJAKOB/LIEBER-WOHLERS, Art. 141 StPO N 21a.

⁷⁵ SUMMERS/GARLAND/STUDER, 159.

tung des Rechts auf Information und der Verweigerung einer Verteidigung auf. Die strikte Unverwertbarkeit des Art. 158 Abs. 2 StPO gebietet eine «zeitliche und rechtliche Zäsur»⁷⁶ ab dem Moment, in welchem der Beschuldigte gemäss Abs. 1 informiert wird. Dies bedeutet, dass die Aussagen des Einvernommenen vor dieser Information (absolut) nicht verwertet werden dürfen.⁷⁷ Bei ihr nachfolgenden Aussagen kommt jedoch höchstens das relative Verwertungsverbot, mit der Einschränkung der Aufklärung schwerer Straftaten, zur Anwendung.

Dieser Wertungswiderspruch erhält in einem weiteren Fall der Verletzung eines Beschuldigtenrechts eine neue Dimension: bei der unvollständigen Belehrung. SUMMERS/GARLAND/STUDER nennen das Beispiel, dass der Beschuldigte zwar über die Möglichkeit des Beizuges eines Anwaltes informiert wird, eine genauere Belehrung zur Verteidigung jedoch ausbleibt.⁷⁸ Es geht also einerseits darum, dass die Informationen nach Art. 158 Abs. 1 StPO grundsätzlich gegeben werden, jedoch nicht genügend ausführlich oder die Hinweise nach Art. 159 StPO unterbleiben.⁷⁹ Somit ist das absolute Verwertungsverbot des Art. 158 Abs. 2 i.V.m. Art. 141 Abs. 1 StPO nicht anwendbar.⁸⁰ Die unvollständige Belehrung verstösst aber immerhin gegen Art. 143 Abs. 1 lit. c StPO und stellt damit die Verletzung einer Gültigkeitsvorschrift dar,⁸¹ welche nach dem Gesagten ein relatives Verwertungsverbot nach sich zieht.⁸²

Dies zeigt auf, dass durch die explizite Regelung von Art. 158 Abs. 2 StPO die Homogenität bei der Verletzung der Verteidigungsrechte verloren ging. Dieser Absatz wertet die Nichtinformation über das Recht auf einen Anwalt der ersten Stunde höher als die generelle Verweigerung eines solchen sowie die bloss partielle Information über das Recht.⁸³

C. Mögliche Lösungsansätze

Im Vergleich mit der Unterlassung der Information nach Art. 158 Abs. 1 StPO ist es unverständlich, wieso die Verletzung des Verteidigungsrechts an sich weniger geschützt wird als die Verletzung der Information über dasselbe Recht. Deswegen sollen nun zwei Möglichkeiten zur Auflösung des Wertungswiderspruchs aufgezeigt und diskutiert werden.

⁷⁶ DONATSCH/HANSJAKOB/LIEBER-GODENZI, Art. 158 StPO N 43.

⁷⁷ DONATSCH/CAVEGN, Anspruch, 105 f.; mit Unterscheidung zwischen echtem und unechtem Rollenwechsel DONATSCH/HANSJAKOB/LIEBER-GODENZI, Art. 158 StPO N 41 ff.; ERNI, 234.

⁷⁸ Vgl. in Bezug auf den Hinweis auf ein bestehendes Verteidigerpikett SCHLEGEL, Anwalt, 38.

⁷⁹ Vgl. zur Unterlassung der Hinweise gemäss Art. 159 StPO SCHLEGEL, Anwalt, 41.

⁸⁰ Vgl. BGer 6B_604/2012 vom 16. Januar 2014 E. 3.4.4.

⁸¹ Vgl. OGer BE BK 2012 202 vom 29. November 2012, E. 3.1.

⁸² Zum Ganzen SUMMERS/GARLAND/STUDER, 158 f.

⁸³ Vgl. MAZOU, 12.

1. Restriktive Auslegung

Ein erster Ansatz besteht darin, das Kriterium der Verwertung zur Aufklärung schwerer Straftaten nach Art. 141 Abs. 2 StPO äusserst restriktiv auszulegen.⁸⁴ Dies würde die relative in die Nähe der absoluten Unverwertbarkeit bringen. Trotzdem gebietet die gesetzliche Grundlage, auch restriktiv gehandhabt, die Beachtung der Ausnahme in gravierenden Fällen und verbietet eine faktische Nichtbeachtung. Dies bedeutet vorliegend, dass widerrechtlich erlangte Einvernahmen gerade in dem Bereich trotzdem verwendet werden dürfen, in welchem der Angeklagte mit schwerwiegenden Folgen konfrontiert wird und deswegen wohl ein gesteigertes Interesse an einem fairen Prozess hat. Bei der Interessenabwägung steigt diesem Gedanken folgend mit der Schwere des Tatbestandes nicht nur das öffentliche, sondern auch das private Interesse. Eine unterschiedliche Handhabung im Vergleich mit leichteren Straftaten ist somit m.E. nicht zu vertreten.⁸⁵ Aufgrund der Systematik der StPO bräuchte es demzufolge eine Gesetzesänderung zur vollständigen Angleichung.

2. Füllung einer Gesetzeslücke

Der EGMR unterscheidet in seiner Rechtsprechung nicht zwischen der Missachtung des Rechts auf Information über den Anwalt der ersten Stunde und des Rechts auf Beizug eines solchen. Ob die Verwertbarkeit der rechtswidrig begangenen Aussagen gegeben ist oder nicht, entscheidet er anhand einer Gesamtbetrachtung des Einzelfalles nach dem Kriterium des fairen Verfahrens nach Art. 6 Ziff. 1 EMRK.⁸⁶ Deswegen können die Rechte, wie erwähnt,⁸⁷ zwar eingeschränkt werden, jedoch ist zu beachten «whether, in the light of the entirety of the proceedings, it has not deprived the accused of a fair hearing, for even a justified restriction is capable of doing so in certain circumstances»⁸⁸. Mit dem Prüfungsmassstab von Art. 6 EMRK begründen dann auch SCHLEGEL und RUCKSTUHL die Missachtung jeglichen Rechts in Bezug auf den Anwalt der ersten Stunde als absolut geschützt.⁸⁹ Nach dem Gesagten sieht sowohl der oberste europäische Gerichtshof als auch die herrschende Schweizer Lehre keinen Grund für den angesprochenen Wertungswiderspruch. Dies könnte für eine Gesetzeslücke sprechen, welche von der Rechtsprechung gefüllt werden könnte.

⁸⁴ DONATSCH/HANSJAKOB/LIEBER-GODENZI, Art. 159 StPO N 25.

⁸⁵ So auch grundsätzlich GLESS, in: NIGGLI/POZO/QUELOZ, 399, 409 ff.; DONATSCH/CAVEGN, Beweisrecht, 165 f.

⁸⁶ Vgl. EGMR, 8.2.1996, *John Murray v. the United Kingdom*, Nr. 18731/91, § 66 f.; EGMR, 16.10.2001, *Brennan v. the United Kingdom*, Nr. 39846/98, § 48; EGMR, 6.6.2000, *Magee v. the United Kingdom*, Nr. 28135/95, § 44 ff.; vgl. BGE 138 I 97 E. 4.1.6.1.

⁸⁷ Siehe oben IV.C.

⁸⁸ EGMR, 24.9.2009, *Pishchalnikov v. Russia*, Nr. 7025/04, § 67.

⁸⁹ Vgl. SCHLEGEL, Anwalt, 41; SCHLEGEL/WOHLERS, 317; BSK StPO-RUCKSTUHL, Art. 159 N 15 f.

Bei der Definition einer Gesetzeslücke existieren zwei Herangehensweisen: die Unterscheidung zwischen echten und unechten Lücken sowie die Wertungslücke. Bei ersterer können nur echte Lücken – die Rechtsanwendung wird aufgrund Fehlens einer Regelung des Gesetzes verhindert – durch den Richter geschlossen werden.⁹⁰ Bei letzterer wird jegliche Lücke danach bemessen, ob die vorliegende Regelung «nach den dem Gesetze zugrundeliegenden Wertungen und Zielsetzungen als unvollständig und daher ergänzungsbedürftig erachtet werden müsste»⁹¹. In der neueren Lehre sowie Rechtsprechung des Bundesgerichts wird vermehrt letztere gewählt,⁹² weswegen vorliegend auch dieser gefolgt wird. Einzige zu beachtende Abgrenzung bei beiden Methoden ist diejenige zwischen der Gesetzeslücke und dem qualifizierten Schweigen – dieses betrifft Regelungen, auf welche der Gesetzgeber bewusst verzichtet hat.⁹³

Vorliegend ist erstens zu wiederholen, dass für die Missachtung des Rechtes auf einen Anwalt der ersten Stunde sowie für die Verwertbarkeit von Aussagen, welche nach unvollständiger Belehrung erfolgt sind, keine explizite Regelung besteht.⁹⁴ Eine Gesetzeslücke ist deswegen gegeben. Zweitens muss der gesetzgeberische Wille betrachtet werden. Die Botschaft zur StPO geht nicht auf die zwei erwähnten Fälle ein, sondern behandelt lediglich die absolute Unverwertbarkeit nach Art. 158 Abs. 2 StPO und benennt insgesamt das Ziel der Stärkung der Verteidigungsrechte, u.a. durch die Schaffung des Instituts des Anwaltes der ersten Stunde.⁹⁵ Der Wertungswiderspruch ist so erst durch die Lehre aufgezeigt worden.⁹⁶ Trotzdem sieht der Gesetzgeber offene Fragen für die Praxis bezüglich der Verwertung von Aussagen, besonders bei Aussagen, welche ohne einen Anwalt getätigt wurden.⁹⁷ M.E. führt die Ungleichbehandlung bei der Verwertbarkeit zu einer Unsicherheit aller Beteiligten und stärkt die Verteidigungsrechte des Beschuldigten nicht durchgehend. Hinzu kommt das Argument *a minori ad maius* – wenn bereits die fehlende Information über den Anwalt der ersten Stunde zur absoluten Unverwertbarkeit führt, muss die Verweigerung einer Verteidigung der ersten Stunde allzumal zur Unverwertbarkeit führen. Deswegen und aufgrund des Umstandes, dass die Praxis für die Einstufungen der Regelungen als Gültigkeitsvorschriften zuständig ist, muss die Rechtsprechung

⁹⁰ Bei einer unechten Lücke enthält das Gesetz zwar eine Regelung, welche jedoch in der Wahrnehmung lückenhaft ist (vgl. für die Unterscheidung HÄFELIN et al., N. 139 f.; RHINOW, 38 ff.).

⁹¹ BGE 102 Ib 224 E. 2.

⁹² BGE 121 III 219 E 1.d.aa.; BGE 131 III 314 E 2.2; vgl. KRAMER, 236 ff.; BSK ZGB I-HONSELL, Art. 1 N 17.

⁹³ HÄFELIN et al., N. 143; KRAMER verwendet eine abweichende Terminologie mit ähnlichen Abstufungen (KRAMER, 201 ff.).

⁹⁴ Die Einstufung als Gültigkeitsvorschrift, was wichtig für die Bestimmung der Verwertbarkeit ist, übernimmt die Praxis und nicht das Gesetz (Botschaft StPO, 1183).

⁹⁵ Botschaft StPO, 1109.

⁹⁶ Siehe oben IV.

⁹⁷ Botschaft StPO, 1194.

dazu befugt sein, diese Lücke zu füllen. Um den Bogen wieder zu schliessen, spricht ebenfalls die Rechtsprechung des EGMR, welche vom Bundesgericht grundsätzlich beachtet werden sollte, für die bereits stattfindende Lückenschliessung im Sinne einer Gleichbehandlung aller Missachtungen der Rechte rund um den Anwalt der ersten Stunde.

3. Würdigung

Im Vergleich erfüllt die Regelung des absoluten Verwertungsverbots nach Art. 141 Abs. 1 StPO die Vorgaben der Rechtsprechung des EGMR und geht sogar darüber hinaus, indem überhaupt keine Einschränkung zulässig ist. Die Lehre scheint sich auch einig, dass eine Ungleichbehandlung der Missachtung der verschiedenen erwähnten Rechte schwer oder nicht zu begründen ist. Nach der hier vertretenen Meinung ist die Lösung dieses Dilemmas durch die Lückenfüllung die elegantere, da durch die Ausgestaltung des Rechts durch das Bundesgericht keine Gesetzesänderung vonnöten ist. Hierdurch werden rechtswidrig erlangte Aussagen in jedem Falle als absolut unverwertbar eingestuft und es existiert keine mögliche Ausnahme. Ausserdem spricht für diese Lösung, dass das Bundesgericht sich bereits in einem Urteil dahingehend geäussert hat.⁹⁸

V. Zusammenfassung

«Die vom Gesetz gewährten prozessualen Rechte sind nicht viel wert, soweit sie nicht tatsächlich wirksam wahrgenommen werden können.»⁹⁹ Deswegen habe laut ALBRECHT jedermann das Recht auf Verteidigung durch einen Anwalt.

Für das delikate Verfahrensstadium der ersten Einvernahme ist die Schweiz Europa gefolgt und hat mit der Eidgenössischen StPO das Institut des Anwaltes der ersten Stunde eingeführt. Der Beschuldigte hat nun bereits zu Beginn der Strafuntersuchung ein Recht auf Beizug eines Verteidigers und muss auch darüber aufgeklärt werden. Der Verteidiger wiederum kann teilnehmen und bei der Einvernahme Fragen stellen.

Obwohl diese Regelung von grosser Relevanz ist, lässt sich in der Praxis keine durchgehende Wirkung beobachten. Der Anwalt der ersten Stunde wird weniger in Anspruch genommen, als vermutet wurde. Gründe scheint es hierfür mannigfaltige zu geben. Abgesehen davon, dass auch eine vollkommen ausgearbeitete Regelung nicht zwingend zur erhöhten Inanspruchnahme führt, überraschen noch offene Detailfragen. So sind die Folgen der Missachtung der Verteidigungsrechte uneinheitlich

⁹⁸ BGE 6B_725/2011 vom 25. Juni 2012 E. 2.

⁹⁹ ALBRECHT, in: NIGGLI/WEISSENBERGER, 5, Rz. 2.9.

geregelt. Die vorherrschende Lehre ist sich einig, dass die Verwertung widerrechtlich erlangter Aussagen nicht unterschiedlich bewertet werden darf, ob es sich dabei um die Missachtung der Informationsrechte oder des tatsächlichen Rechts auf einen Anwalt der ersten Stunde handelt. Uneinigkeit besteht jedoch, auf welchem Weg diese Ungleichheit behoben werden soll. Nach der hier vertretenen Meinung kann eine Gesetzesänderung zur Angleichung passend durch die Rechtsprechung im Sinne einer Füllung einer Gesetzeslücke korrigiert werden.

Das Recht auf Beizug eines Anwaltes der ersten Stunde ist gemäss der StPO gegeben. Die Aussage von ALBRECHT scheint sich jedoch auch hier zu bewahrheiten. Zur wirksamen Wahrnehmung seiner Rechte bedarf der Beschuldigte auch zu Beginn der Strafverfolgung einen Anwalt, der sich mit den einzelnen Rechten und deren Rechtsfolgen auskennt.

Literaturverzeichnis

- ALBRECHT PETER, Die Funktion und Rechtsstellung des Verteidigers im Strafverfahren, in: NIGGLI MARCEL ALEXANDER/WEISSENBERGER PHILIPPE (Hrsg.), Strafverteidigung, Basel 2002, 5
- ARQUINT SARARARD, «Anwalt der ersten Stunde»? – Ein Positionspapier!, in: SCHINDLER BENJAMIN/SCHLAURI REGULA (Hrsg.), Auf dem Weg zu einem einheitlichen Verfahren, Analysen und Perspektiven von Assistierenden des Rechtswissenschaftlichen Instituts der Universität Zürich, Zürich 2001, 175
- BERNARD STEPHAN, Reden ist Silber, Schweigen ist Gold?, forumpoenale Sonderheft 2014, 2 (zit. als BERNARD, Gold)
- BERNARD STEPHAN, Unabdingbar bei der Wahrheitssuche, NZZ Nr. 135 vom 15. Juni 2015, 21 (zit. als BERNARD, Wahrheitssuche)
- BOMMER FELIX, Parteirechte der beschuldigten Person bei Beweiserhebungen in der Untersuchung, recht 2010, 196
- CAMENZIND HUGO, «Anwalt der ersten Stunde» – ein zentraler Teil der neuen Schweizerischen Strafprozessordnung, AnwRev 2007, 328
- CAPUS NADJA/STUDER DAVID, Stärkung der Verteidigungsrechte durch die Schweizerische Strafprozessordnung? – Eine Analyse von Einvernahmeprotokollen, forumpoenale 2016, 103
- CHIRAZI CATHERINE/OURAL MIGUEL, L'accès au dossier d'une procédure pénale, Anwaltsrevue 2014, 332
- CHRISTEN STEFAN, Anwesenheitsrecht im schweizerischen Strafprozessrecht mit einem Exkurs zur Vorladung, Zürich 2009
- DONATSCH ANDREAS/CAVEGN CLAUDINE, Ausgewählte Fragen zum Beweisrecht nach der schweizerischen Strafprozessordnung, ZStrR 2008, 158 (zit. als DONATSCH/CAVEGN, Beweisrecht)
- DONATSCH ANDREAS/CAVEGN CLAUDINE, Der Anspruch auf einen Anwalt zu Beginn der Strafuntersuchung, forumpoenale 2009, 104 (zit. als DONATSCH/CAVEGN, Anspruch)
- DONATSCH ANDREAS/HANSJAKOB THOMAS/LIEBER VIKTOR (Hrsg.), Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung (StPO), 2. Aufl., Zürich 2014

- DONATSCH ANDREAS/SCHWARZENEGGER CHRISTIAN/WOHLERS WOLFGANG, Strafprozessrecht, 2. Aufl., Zürich 2014
- ERNI LORENZ, Die Verteidigungsrechte in der Eidg. Strafprozessordnung, insbesondere zum «Anwalt der ersten Stunde», ZStrR 2007, 229
- GLESS SABINE, Heiligt der Zweck die Mittel? Beweisverbote im vereinheitlichten eidgenössischen Strafprozess, in: NIGGLI MARCEL ALEXANDER/POZO JOSÉ HURTADO/QUELOZ NICOLAS, Festschrift für Franz Riklin, Zürich 2007, 399
- HAEFELIN WALTER M., Die amtliche Verteidigung im schweizerischen Strafprozess, Zürich 2009
- HAEFELIN ULRICH/HALLER WALTER/KELLER HELEN/THURNHERR DANIELA, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 9. Aufl., Zürich 2016
- HAUSER ROBERT/SCHWERI ERHARD/LIEBER VIKTOR, GOG Kommentar zum Zürcherischen Gesetz über die Gerichts- und Behördenorganisation im Zivil- und Strafprozess, 2. Aufl., Zürich 2017
- JEANNERET YVAN, L'avocat de la première heure dans le CPP: une innovation déjà dépassée?, *forumpoenale* 2011, 44
- KRAMER ERNST A., Juristische Methodenlehre, 5. Aufl., Bern 2016
- KRAUSS DETLEF, Strafverteidigung – wohin?, *recht* 1999, 117
- MAZOU MIRIAM, Avocat de la première heure : Quo vadis ?, *Jusletter* vom 13. Februar 2012
- NIGGLI MARCEL ALEXANDER/HEER MARIANNE/WIPRÄCHTIGER HANS (Hrsg.), Basler Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung/Jugendstrafprozessordnung (StPO/JStPO), 2. Aufl., Basel 2014
- PETERMANN FRANK TH., Aussageverweigerung und anwaltliche Sorgfalt, ZStrR 2006, 405
- PIETH MARK, Strafverteidigung – wozu?, Basel 1986 (zit. als PIETH, Strafverteidigung)
- PIETH MARK, Vom Inquisitionsprozess direkt zum postmodernen Kontrollmodell?, in: DONATSCH ANDREAS/FORSTER MARC/SCHWARZENEGGER CHRISTIAN (Hrsg.), Strafrecht, Strafprozessrecht und Menschenrechte, Festschrift für Stefan Trechsel zum 65. Geburtstag, Zürich 2002, 419
- PIETH MARK, Schweizerisches Strafprozessrecht, 3. Aufl., Basel 2016 (zit. als PIETH, Strafprozessrecht)
- PIGUET CHRISTOPHE/DYENS ALEXANDRE, Konnte mit der Einführung der Schweizerischen Strafprozessordnung tatsächlich eine Stärkung der Verteidigungsrechte bewirkt werden?, *AnwRev* 2015, 365
- POPP PETER, Zur Notwendigkeit des «Anwalts der ersten Stunde», *AnwRev* 2007, 266
- RHYNOW RENÉ A., Rechtsetzung und Methodik, Rechtstheoretische Untersuchungen zum gegenseitigen Verhältnis von Rechtsetzung und Rechtsanwendung, Basel 1979
- RIEDO CHRISTOF/FIOLKA GERHARD/NIGGLI MARCEL ALEXANDER, Schweizerisches Strafprozessrecht sowie Rechtshilfe in Strafsachen, Basel 2011
- RUCKSTUHL NIKLAUS, Die Praxis der Verteidigung der ersten Stunde, *AnwRev* 2/2010, 70
- RUCKSTUHL NIKLAUS/DITTMANN VOLKER/ARNOLD JÖRG, Strafprozessrecht, unter Einschluss der forensischen Psychiatrie und Rechtsmedizin sowie des kriminaltechnischen und naturwissenschaftlichen Gutachtens, Zürich 2011
- SCHLEGEL STEPHAN, 19 EGMR, First Section, Pishchalnikov v. Russia, Urteil vom 24. September 2009 – Application no. 7025/04, *forumpoenale* 2010, 86 (zit. als SCHLEGEL, Bemerkungen)

- SCHLEGEL STEPHAN, Die Verwirklichung des Rechts auf Wahlverteidigung, Eine rechtsvergleichende Untersuchung zum schweizerischen und deutschen Recht, Zürich 2010 (zit. als SCHLEGEL, Wahlverteidigung)
- SCHLEGEL STEPHAN, Anwalt der ersten Stunde: Entscheidend ist die Umsetzung, plädoyer 2011, 36 (zit. als SCHLEGEL, Anwalt)
- SCHLEGEL STEPHAN/WOHLERS WOLFGANG, Der »Anwalt der ersten Stunde« in der Schweiz: Zugleich ein Beitrag zu den menschenrechtlichen Mindeststandards der Strafverteidigung, StV 2012, 307
- SCHMID NIKLAUS, «Anwalt der ersten Stunde», Zu den Lösungsvorschlägen des Vorentwurfs für eine Schweizerische Strafprozessordnung vom Juni 2001, in: DONATSCH ANDREAS/FORSTER MARC/SCHWARZENEGGER CHRISTIAN (Hrsg.), Strafrecht, Strafprozessrecht und Menschenrechte, Festschrift für Stefan Trechsel zum 65. Geburtstag, Zürich 2002, 745
- SUMMERS SARAH/GARLAND LORENZ/STUDER DAVID, Das Recht auf Verteidigung – Anspruch und Wirklichkeit, ZStrR 2016, 133
- WEDER ULRICH, Fragen zum «Anwalt der ersten Stunde»: Sorge um Beeinträchtigung der Wahrheitsfindung im Strafprozess, NZZ Nr. 284 vom 6. Dezember 2006, 15
- WOHLERS WOLFGANG/SCHLEGEL STEPHAN, 13 EGMR, Grand Chamber, Case of Salduz v. Turkey, Urteil vom 27. November 2008 – Application no. 36391/02, forumpoenale 2/2009, 71

Materialienverzeichnis

- Aus 29 mach 1, Konzept einer eidgenössischen Strafprozessordnung, Bericht der Expertenkommission «Vereinheitlichung des Strafprozessrechts», Eidgenössisches Justiz- und Polizeidepartement, Bern 1997 (zit. als Aus 29 mach 1)
- Begleitbericht zum Vorentwurf für eine Schweizerische Strafprozessordnung, Eidgenössisches Justiz- und Polizeidepartement, Bern 2001 (zit. als Bericht StPO)
- Botschaft zur Vereinheitlichung des Strafprozessrechts vom 21. Dezember 2005, BBl 2006 1085 ff. (zit. als Botschaft StPO)

Europäisches, internationales und ausländisches Recht

Der Weg zur Europäischen Staatsanwaltschaft

Die Verstärkte Zusammenarbeit i.S.v. Art. 86 Abs. 1 Unterabs. 2 und 3 AEUV, ein (un)wirksames Instrument zum Schutz der finanziellen Interessen der EU?

*Sandra van der Stroom**

Inhaltsübersicht

I. Einleitung	375
II. Konzeptualisierung	377
III. Rechtliche und rechtspolitische Zielkonflikte	380
IV. Die Verstärkte Zusammenarbeit – Ein wirksamer Beitrag zum Schutz der Unionsfinanzen?	382
A. Der Weg zur Verstärkten Zusammenarbeit zur Errichtung der EUStA	382
B. Das Instrument der Verstärkten Zusammenarbeit im Allgemeinen	383
C. Das Instrument der Verstärkten Zusammenarbeit zur Errichtung der EUStA	384
1. Fortbestehende Zersplitterung der Ermittlungsräume bei grenzüberschreitenden Betrugsfällen – Eine Analyse nach Fallgruppen	384
a. Nur teilnehmende Mitgliedstaaten sind von einer betrügerischen Handlungsweise betroffen	385
b. Teilnehmende Mitgliedstaaten sowie Drittstaaten sind von einer betrügerischen Handlungsweise betroffen	385
c. Sowohl teilnehmende als auch nicht teilnehmende Mitgliedstaaten sind von einer betrügerischen Handlungsweise betroffen	386
d. Zwischenfazit	389
2. Der Grad der Fragmentierung und seine Konsequenzen	390
3. Der Beschluss zur Verstärkten Zusammenarbeit in Retrospektive	390
V. Zusammenfassung und Ausblick	392
Literaturverzeichnis	393
Materialienverzeichnis	394

I. Einleitung

Die Europäische Integration und die Schaffung der vier Grundfreiheiten innerhalb der EU führten durch den Abbau der Binnengrenzen einerseits zur freien Zirkulation von Personen, Waren, Dienstleistungen und Kapital innerhalb der EU, begünstigten andererseits aber eine länderübergreifende Steigerung der Kriminalität.¹ Diese wiederum schuf ein erhöhtes Bedürfnis für einen gemeinsamen europäischen Sicher-

* **Text?**

¹ WASMEIER, ZStW 116 (2004), 320, 320; HEINE, 51.

heitsraum² und eine effiziente strafrechtliche Bekämpfung auf europäischer Ebene. Während die Straftäter nicht an Landesgrenzen gebunden sind,³ erfährt die grenzüberschreitende Ermittlung und Strafverfolgung durch das Territorialitätsprinzip Grenzen, welche langwierige Verfahren der Amts- und Rechtshilfe mit sich bringen.⁴ Trotz der Anreicherung der Strafverfahren mit «supranationalen Elementen»⁵, welche die Verfolgung grenzüberschreitender Kriminalität innerhalb der EU erleichtern, stehen die Behörden immer noch vor Untersuchungshemmnissen, und es muss zumindest überlegt werden, inwieweit den nationalen Behörden in EU-transnationalen Verfahren weitere Unterstützung gewährt werden soll.⁶ Diese könnte durch die Europäische Staatsanwaltschaft (EUSTa) übernommen werden. Obwohl die gesamteuropäische Errichtung bisher am Einstimmigkeitserfordernis (Art. 86 Abs. 1 Unterabs. 1 AEUV) gescheitert ist,⁷ hat sich eine Mehrzahl der Mitgliedstaaten für eine Verstärkte Zusammenarbeit zu ihrer Errichtung (Art. 86 Abs. 1 Unterabs. 2 und 3 AEUV) ausgesprochen.

Dieser Beitrag setzt sich mit der beschlossenen Verstärkten Zusammenarbeit (Art. 20 EUV und Art. 326 bis 334 AEUV⁸ i.V.m. Art. 86 Abs. 1 Unterabs. 2 und 3 AEUV) zur Errichtung der Europäischen Staatsanwaltschaft auseinander und untersucht, ob unter diesen Umständen von der zu errichtenden EUSTa ein effektiver Beitrag zur Bekämpfung von Straftaten gegen die finanziellen Interessen der EU erwartet werden darf.

Zunächst wird die Errichtung der EUSTa im Gesamtkontext des Schutzes der finanziellen Interessen der EU konzeptualisiert. In einem zweiten Schritt werden die rechtlichen und rechtspolitischen Zielkonflikte der Errichtung einer Europäischen Staatsanwaltschaft aufgezeigt. Sie sind der Grund, weshalb (vorerst) «nur» eine Verstärkte Zusammenarbeit zur Errichtung der EUSTa beschlossen wurde. Dieses Instrument wird im Anschluss näher betrachtet. Es stellt sich konkret die Frage, ob das Ziel der EUSTa auch erreicht werden kann, wenn sich (vorerst) nicht alle EU-Staaten am Projekt beteiligen. Ausgangspunkte sind die EUSTa-VO⁹ und die damit eng verbundene PIF-Richtlinie¹⁰. Der Beitrag schliesst mit einer Zusammenfassung und einem Ausblick.

² Sinngemäss bei WASMEIER, ZStW 116 (2004), 320, 320.

³ ARNOLD, HRR 2008, 10, 12; WASMEIER, ZStW 116 (2004), 320, 321.

⁴ RHEINBAY, 1.

⁵ SATZGER/ZIMMERMANN, ZIS 2013, 409, 409.

⁶ WADE, <http://www.mpicc.de/shared/data/pdf/euroneeds_report_jan_2011.pdf> (29.07.2017), 19; RHEINBAY, 1.

⁷ Allgemeine Ausrichtung, 2013/0255 (APP) 5445/17.

⁸ Diese Vorschriften sind auch für den Bereich der polizeilichen und justiziellen Zusammenarbeit in Strafsachen massgeblich.

⁹ ABl. (EU) L 283/1.

¹⁰ ABl. (EU) L 198/29.

II. Konzeptualisierung

Die Schaffung der Europäischen Staatsanwaltschaft ist Ausdruck des Bedürfnisses nach einer wirksamen und effizienten Bekämpfung von Straftaten zum Nachteil der finanziellen Interessen der Union. Das Projekt der Europäischen Staatsanwaltschaft war als weiterer Schritt hin zu einem «European Legal Space» gedacht.¹¹ Gerade im Bereich des Schutzes der finanziellen Interessen der EU ist die grenzüberschreitende Dimension von grosser Bedeutung, werden die Delikte gegen die Finanzmittel der Union in vielen Konstellationen doch erst durch die Grenzüberschreitung ermöglicht. Zum Beispiel werden die Voraussetzungen für die Schädigung der Finanzmittel beim Mehrwertsteuerkarussell gerade erst dadurch geschaffen, dass mehrere Länder involviert sind und dass Staatsgrenzen (vermeintlich) passiert werden.¹² Doch das Tätigkeitsgebiet der EUSTa ist nicht auf grenzüberschreitende Delikte beschränkt, was weitreichende Konsequenzen für die Zielsetzung, für die Funktion der EUSTa und letztlich für die Frage der Europäischen Integration in einem Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechtes hat.

Die Europäische Staatsanwaltschaft ist in den Gesamtkontext des Schutzes der finanziellen Interessen zu setzen, stellt sie doch einen Teilaspekt dieses Schutzes dar.¹³ Bereits in den Jahren 2009 bis 2013 wurden durch die Europäische Kommission «in bisher beispiellosem Umfang rechtliche und administrative Massnahmen ergriffen»¹⁴, die eine Verbesserung des Schutzes der finanziellen Interessen der EU bezweckten. Im Jahre 2011 nahm die Kommission ihre mehrjährige Betrugsbekämpfungsstrategie auf,¹⁵ die unter anderem zur Sensibilisierung der nationalen Behörden für die Betrugsproblematik führte und durch die spezifischen Betrugsbekämpfungsbestimmungen in die Ausgabenprogramme 2014–2020 eingeflossen sind.¹⁶ Hinzu kam die neue *OLAF*-Verordnung¹⁷, die eine Effizienzsteigerung durch ein gestrafftes

¹¹ Bei einer Verstärkten Zusammenarbeit relativiert sich dieses Bestreben; Zum Konzept des European Legal Space: HARDING, *European Law Journal* 2000, 128, 128 ff. Dennoch spricht BRODOWSKI von einem «Markstein der Europäisierung des Strafrechts»: BRODOWSKI, *StV* 2017, 684, 684.

¹² Das Mehrwertsteuerkarussell basiert meist auf einem Zusammenschluss verschiedener Unternehmen in unterschiedlichen Ländern. Die Ware wird zwischen den Unternehmen zirkuliert. Ein Unternehmen (A) bezahlt die fällige Mehrwertsteuer nicht, während ein anderes Unternehmen (B) die Vorsteuer kassiert. In der Folge verschwindet das Scheinunternehmen A vom Markt, weshalb die fällige Mehrwertsteuer von der EU nicht mehr erfolgreich eingefordert werden kann. Dieser Vorgang wird dann mit dem nächsten Scheinunternehmen wiederholt.

¹³ BRODOWSKI bezeichnet den Schutz der finanziellen Interessen in diesem Sinne als einen «seit jeher» entscheidenden «Motor für die Europäisierung des Strafrechts»: BRODOWSKI, *StV* 2017, 684, 684.

¹⁴ COM(2014) 474 final, 5.

¹⁵ <http://europa.eu/rapid/press-release_IP-11-783_de.htm> (29.07.2017).

¹⁶ COM(2014) 474 final, 5.

¹⁷ ABl. (EU) L 248/1.

Verfahren zum Ziel hatte.¹⁸ In den Jahren 2012 und 2013 nahm die Kommission Vorschläge an, die spezifisch auf die *strafrechtlichen Aspekte* des Schutzes der finanziellen Interessen der EU gerichtet waren. Zum einen war dies die Richtlinie über die strafrechtliche Bekämpfung von Betrug (Juli 2012)¹⁹, welche Lücken in den Rechtsvorschriften der einzelnen Mitgliedstaaten schliessen soll, um Betrüger effizienter verfolgen zu können,²⁰ und zum anderen war dies die Verordnung zur Errichtung einer Europäischen Staatsanwaltschaft (Juli 2013)²¹. Die Europäische Staatsanwaltschaft ist folglich *eine* der Massnahmen, mit denen die Finanzmittel der EU vor Betrügereien geschützt werden sollen.

Bei der Beurteilung dieser Entwicklung ist zu beachten, dass die Finanzmittel der EU ihre wichtigste Arbeitsgrundlage bilden, weshalb es verständlich erscheint, dass die EU den (strafrechtlichen) Schutz ihrer finanziellen Mittel nicht vollständig den nationalstaatlichen Behörden überlassen, sondern bevorzugt durch eigene Institutionen verbessern bzw. gewährleisten möchte.²² Dies kann auch im Interesse der Mitgliedstaaten sein, denn ohne EUSTa sind sie verpflichtet, die Straftaten gegen die finanziellen Interessen der EU auf ihre eigene Kosten zu verfolgen.²³ Die Notwendigkeit einer supranationalen Institution unterstreichend wird vorgebracht, dass die Mitgliedstaaten Delikte gegen die finanziellen Interessen der Union trotz dieser Verpflichtung nur ungenügend²⁴ bzw. mit weniger Nachdruck verfolgen als Delikte gegen ihre eigenen nationalen finanziellen Interessen.²⁵

Um ein Verständnis für die Aufgabe und die Dimension der Europäischen Staatsanwaltschaft zu erlangen, ist ein Blick auf das rein summenmässig grösste Schädigungsobjekt bei Delikten zum Nachteil der finanziellen Interessen der Union zu werfen – den EU-Haushalt. Im Jahr 2016 wurde der EU-Haushalt mit 155 Mrd. Euro

¹⁸ COM(2014) 474 final, 5.

¹⁹ COM(2012) 363 final.

²⁰ COM(2014) 474 final, 5.

²¹ COM(2013) 534 final.

²² SATZGER/ZIMMERMANN, ZIS 2013, 409, 409.

²³ KLIP, *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice* 2012, 367, 369.

²⁴ 3. Erwägungsgrund EUSTa-VO.

²⁵ Ob die mangelhafte Verfolgung als valides Argument für eine Europäische Staatsanwaltschaft angeführt werden darf, ist umstritten. Es wird dagegen gehalten, dass keine genügenden Fakten vorliegen, die diesen Umstand belegen würden. Nur Polen und Rumänien registrieren spezifische Daten zu Delikten gegen die finanziellen Interessen der EU: LIGETI/SIMONATO, *NJECL* 4 (2013), 7, 9; Kommt man zum Schluss, dass die bisherige Datenlage nur einen ungenügenden Nachweis für die Notwendigkeit einer EUSTa bietet, wäre eine Statistik sowohl auf mitgliedstaatlicher als auch auf europäischer Ebene für die Zukunft anzuregen. Ferner wird die Notwendigkeit einer EUSTa auch dadurch bestritten, dass selbst bei einer ungenügenden Verfolgung durch die Mitgliedstaaten das Vertragsverletzungsverfahren genutzt werden könnte: Stellungnahme Nr. 48/2012, 2. Im Vertragsverletzungsverfahren kann der Mitgliedstaat finanziell sanktioniert werden, wenn er gegen EU-Recht verstösst (im konkreten Fall bei ungenügendem Schutz der Unionsfinanzen i.S.v. Art. 325 AEUV).

budgetiert.²⁶ Diese immense Summe gilt es mit strafrechtlichen und sonstigen Massnahmen vor betrügerischen Verhaltensweisen zu schützen. Hierzu könnte die Europäische Staatsanwaltschaft einen wichtigen Beitrag leisten. Die sachliche Zuständigkeit der EUSTa umfasst Staftaten zum Nachteil der finanziellen Interessen der Union, wie sie in der PIF-Richtlinie festgelegt und von den Mitgliedstaaten umgesetzt sind (Art. 22 Abs. 1 EUSTa-VO). Dies ist insbesondere der *Betrug* zum Nachteil der finanziellen Interessen der Union (Art. 3 PIF-Richtlinie). Dazu gehören auch schwerwiegende Verstösse gegen das gemeinsame Mehrwertsteuersystem.²⁷ Ferner ist die EUSTa aber auch für die Verfolgung der *Geldwäsche*, die sich auf Gegenstände aus Straftaten der PIF-Richtlinie bezieht,²⁸ für die Verfolgung der *vorsätzliche Bestechlichkeit* und der *vorsätzliche Bestechung* sowie für die *vorsätzliche missbräuchliche Verwendung* (Art. 4 PIF-Richtlinie) zuständig. Auch für Straftaten, die mit einer solchen strafbaren Handlung untrennbar verbunden sind, besteht eine Zuständigkeit (sog. *gemischte Delikte*) (Art. 22 Abs. 3 EUSTa-VO).²⁹

Die Kommission geht von betrügerischen Verhaltensweisen in der Höhe von durchschnittlich 500 Mio. Euro pro Jahr zu Lasten der finanziellen Interessen der Union aus.³⁰ Im Jahr 2016 lag der Schadensbetrag der gemeldeten Betrugsfälle bei 391 Mio. Euro, dies bei 1410 gemeldeten Betrugsfällen.³¹ Der wirkliche Schaden am EU-Haushalt durch Betrugereien wird wohl wesentlich höher sein, da die oben genannten Zahlen nur auf den durch die Mitgliedstaaten aufgedeckten und gemeldeten Betrugsfällen beruhen.³² Die Schätzungen der Dunkelziffer variieren; es werden fünf bis zehn Mal höhere Summen genannt oder sogar 4–20% des EU-Budgets.³³ Die grossen Unterschiede machen die Unsicherheiten solcher Aussagen deutlich. Auch aus dem Bericht der Kommission geht hervor, dass die Anzahl der gemeldeten Fälle und auch die Schadenhöhe kein absoluter Massstab für die Ermittlung der Betrugssumme gegen die finanziellen Interessen der Union sind. Aus ihnen lassen sich vielmehr

²⁶ <http://ec.europa.eu/budget/annual/index_de.cfm?year=2016> (09.07.2017).

²⁷ Art. 2 Abs. 2 PIF-Richtlinie setzt für einen schweren Verstoss voraus, dass zwei oder mehr Mitgliedstaaten der Union betroffen sind und der Gesamtschaden mindestens 10 000 000 Euro beträgt (siehe auch Art. 22 Abs. 1 EUSTa-VO).

²⁸ Es gilt dabei die Definition der Richtlinie (EU) 2015/849: ABl. (EU) L 141/73.

²⁹ Hier gelten aber besondere Zuständigkeitsausübungsschranken, welche in Art. 25 Abs. 3 EUSTa-VO festgelegt sind.

³⁰ <http://europa.eu/rapid/press-release_MEMO-13-693_de.htm> (29.07.2017): Dabei bezieht sich die Kommission auf die Jahre 2010-2012.

³¹ COM(2017) 383 final, 16; Bei der Interpretation der oben genannten Zahlen ist insoweit Vorsicht geboten, als dass es keine europäisch-primärrechtliche Definition des «Betrugs» gibt. Jeder Mitgliedstaat meldet also nur jene Fälle, die unter den nationalen Betrugsbegriff fallen. Eine Annäherung der nationalen Betrugsdefinitionen erfolgt nun durch die PIF-Richtlinie, welche von den Mitgliedstaaten umzusetzen sein wird.

³² COM(2017) 383 final, 16.

³³ ĐURĐEVIĆ, *Financial Theory and Practice* 2006, 253, 354 f.

Schlüsse bezüglich der Effizienz der Mitgliedstaaten bei der Aufdeckung von Betrugsfällen ziehen.³⁴

Geht man vom Schadensbetrag von 2016 aus und setzt diesen ins Verhältnis zum Jahreshaushalt von 2016, kommt man zum Ergebnis, dass ca. 0.25% des EU-Haushalts – 391 Mio. Euro von den insgesamt 155 Mrd. Euro – durch Betrügereien in den Mitgliedstaaten verloren gingen. Diese Gelder wurden zweckentfremdet und stehen der EU nicht mehr zur Erfüllung ihrer Aufgaben zur Verfügung, zumindest solange sie nicht zurückgeführt werden können. Zur Sicherstellung der Funktionsfähigkeit der Union sind deshalb weitere Massnahmen zum Schutz ihrer finanziellen Interessen notwendig.

III. Rechtliche und rechtspolitische Zielkonflikte

Im Vordergrund der EUSTa steht der Wunsch der Effektivierung der grenzüberschreitenden Zusammenarbeit bei einer (vermuteten) Schädigung der finanziellen Interessen der EU.³⁵ Die Maximierung der Wirksamkeit und der Effizienz des Schutzes der finanziellen Interessen war allerdings nur *eine* der Vorgaben an das Gesetzesvorhaben der EUSTa. Die Wirksamkeitssteigerung stösst sowohl an rechtliche als auch an rechtspolitische Grenzen. So sind etwa die allgemeinen Grundsätze der Subsidiarität i.S.v. Art. 5 Abs. 3 EUV³⁶ und der Verhältnismässigkeit i.S.v. Art. 5 Abs. 4 EUV³⁷ zu wahren. Auch die Grundrechte³⁸ des Einzelnen sind zu gewährleisten. Diese unterschiedlichen Interessen können in einen Zielkonflikt geraten, den es zu lösen

³⁴ COM(2017) 383 final, 16.

³⁵ Sinngemäss SATZGER, NStZ 2013, 206, 206: SATZGER sieht in Bezug auf den Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts das Bedürfnis, ein Strafverfahren grenzüberschreitend «quasi so führen zu können wie innerhalb eines Staates».

³⁶ In diesem Sinne stellt etwa auch Erwägungsgrund 12 EUSTa-VO die Einhaltung der Subsidiarität fest. Bereits im Oktober 2013 hatten 14 nationale Parlamentskammern in 11 Mitgliedstaaten (18 Stimmen) dem EUSTa-VO Vorschlag eine «gelbe Karte» erteilt. Die Kommission hielt aber am Vorschlag fest. Sie sah in diesem keine Verletzung des Subsidiaritätsprinzips: <http://www.europarl.europa.eu/atyourservice/de/displayFtu.html?ftuId=FTU_1.2.2.html> (30.07.2017).

³⁷ In diesem Sinne stellt etwa auch Erwägungsgrund 12 EUSTa-VO die Einhaltung des Verhältnismässigkeitsprinzips fest.

³⁸ Grundsätzliche Relevanz bezüglich des Grundrechtesschutzes kommt im Zusammenhang mit der EUSTa der EMRK sowie der Europäischen Grundrechtecharta zu. Gemäss Art. 51 Abs. 1 GRCh gilt die GRCh für alle Organe, Einrichtungen und sonstigen Stellen der Union. Die Europäische Staatsanwaltschaft wird als «Einrichtung» der Union errichtet (Art. 3 Ziff. 1 EUSTa-VO). Sie fällt somit klarerweise unter Art. 51 Abs. 1 GRCh, womit für die EUSTa die Grundrechtecharta massgebend ist. Zur Geltung der EMRK ist zu konstatieren, dass die EU nach wie vor nicht der EMRK beigetreten ist. Es besteht somit zwar keine formelle Bindung der Union an die EMRK. Art. 6 Abs. 3 EUV hält jedoch ausdrücklich fest, dass die EMRK als allgemeiner Grundsatz des Unionsrecht anzusehen ist. Die EMRK kann sich aber auch via Grundrechtecharta entfalten; vgl. auch Erwägungsgrund 80 EUSTa-VO.

gilt. Die Steigerung der Effektivität eines Strafverfahrens stösst auch im Rahmen der europäischen Integration dort an ihre Grenze, wo der Eingriff in die Grundrechte des Einzelnen nicht mehr gerechtfertigt werden kann.³⁹ Bei dieser Abwägungsfrage ist zu berücksichtigen, dass einerseits der Eingriff in die Grundrechte des beschuldigten durch eine neue Strafverfolgungsinstitution eine neue Dimension erlangen könnte⁴⁰ und andererseits, dass beschuldigte Personen im grenzüberschreitenden Verfahren häufig besonders schutzbedürftig sind.⁴¹ In diesem Sinne ist der Erfolg des Gesetzesvorhabens nicht nur an der erzielten Effizienzsteigerung zu messen; die erreichten Kompromisslösungen sind vielmehr auch im Bewusstsein der bestehenden Zielkonflikte zu würdigen.

Auch aus rechtspolitischer Sicht hat die EUSTa verschiedenen Interessen gerecht zu werden. Die Meinungen zur Errichtung einer EUSTa gingen von Anfang an weit auseinander; von vielen wurde sie als wichtiger Akteur bei der Betrugsbekämpfung im Bereich der finanziellen Interessen der EU begrüsst, andere sahen in ihr ein trojanisches Pferd, welches zur Bildung eines europäischen Superstaates benutzt werden soll.⁴² SATZGER plädierte deshalb nicht nur aus rechtlichen, sondern auch aus rechtspolitischen Erwägungen für ein möglichst souveränitätsschonendes Modell der EUSTa.⁴³ Durch die Vermeidung grösserer «Revolutionen» sollten möglichst viele Staaten eingebunden werden.⁴⁴ Ein inhaltlich zurückhaltendes Konzept⁴⁵ steht nur in einem scheinbaren Zielkonflikt mit der Effizienzmaximierung, denn letztlich ist die Effizienz auch von den einbezogenen Staaten abhängig: Je mehr Staaten sich an der EUSTa beteiligen, desto grösser ist der zu erwartende Mehrwert.

³⁹ SATZGER, NStZ 2013, 206, 212.

⁴⁰ Es wird etwa vorgebracht, dass die Schaffung einer neuen grenzüberschreitenden Strafverfolgungsinstitution ohne gleichzeitige Schaffung einer grenzüberschreitenden Strafverteidigerinstitution den Grundsatz der «Waffengleichheit» als Teilaspekt von Art. 6 EMRK (Recht auf faires Verfahren) gefährde. In diesem Sinne wurde auch eine Reihe von Vorschlägen zur Einführung einer Strafverteidigerinstitution auf Europaebene ausgearbeitet.

⁴¹ Ein transnationales Strafverfahren stellt an die Verteidigung besonders hohe Herausforderungen: siehe etwa ARNOLD, 53 ff.

⁴² Diese unterschiedlichen Meinungen aufzeigend: SATZGER, NStZ 2013, 206, 206; Die Positionierung der einzelnen Staaten hinsichtlich der Errichtung der EUSTa steht in einem engen Zusammenhang mit der innerstaatlichen Politik und deren allgemeiner Ausrichtung bei EU-Fragen.

⁴³ SATZGER, NStZ 2013, 206, 209.

⁴⁴ SATZGER, NStZ 2013, 206, 209.

⁴⁵ Die Befürwortung eines möglichst souveränitätsschonenden Modells stützt SATZGER wiederum auf die Rechtsprinzipien der Subsidiarität und Verhältnismässigkeit, welche als Kompetenzausübungsschranken zu sehen sind: SATZGER, NStZ 2013, 206, 209.

IV. Die Verstärkte Zusammenarbeit – Ein wirksamer Beitrag zum Schutz der Unionsfinanzen?

A. Der Weg zur Verstärkten Zusammenarbeit zur Errichtung der EUStA

Die Verstärkte Zusammenarbeit i.S.v. Art. 86 Abs. 1 Unterabs. 2 und 3 AEUV kann nur als *ultima ratio* zur Anwendung gelangen. Zunächst müssen alle Mittel ausgeschöpft werden, um eine unionsweite Einigung zu erzielen; erst wenn dies nicht in einem vertretbaren Zeitraum zu erreichen ist, kommt eine Verstärkte Zusammenarbeit in Frage (Art. 20 Abs. 2 EUV). Auf der Tagung des Ausschusses der Ständigen Vertreter vom 19. Januar 2017 bestätigte zumindest Schweden erneut, sich an der Verordnung nicht zu beteiligen, woraufhin der Ausschuss der Ständigen Vertreter feststellte, dass keine Einstimmigkeit erreicht werden könne und den Rat ersuchte, dies i.S.v. Art. 86 Abs. 1 Unterabs. 2 festzuhalten.⁴⁶ Am 3. April 2017 haben 16 Mitgliedstaaten den Wunsch mitgeteilt, eine Verstärkte Zusammenarbeit i.S.v. Art. 86 Abs. 1 Unterabs. 2 AEUV zu begründen: Belgien, Bulgarien, Deutschland, Finnland, Frankreich, Griechenland, Kroatien, Litauen, Luxemburg, Portugal, Rumänien, die Slowakei, Slowenien, Spanien, die Tschechische Republik und Zypern. Später bekundeten Lettland⁴⁷, Estland⁴⁸, Österreich und Italien den Wunsch, sich an der Begründung zur Durchführung einer Verstärkten Zusammenarbeit zu beteiligen.⁴⁹

An der Begründung nicht teilnehmen wollten zum einen Dänemark und Irland (und das Vereinigte Königreich). Diese hatten schon zuvor von der Möglichkeit eines *Opting-Out*⁵⁰ Gebrauch gemacht. Ihre Stimmen waren von vorneherein für die Errichtung der EUStA nicht erforderlich, und ihr Entschluss zur Nichtteilnahme hatte für das Projekt der EUStA folglich keine Auswirkungen. Zum anderen haben die Länder Malta, die Niederlande, Polen, Schweden und Ungarn keinen Mitwirkungswillen zur Errichtung der Europäischen Staatsanwaltschaft gezeigt. Durch das Erfordernis des einstimmigen Beschlusses des Rates (Art. 86 Abs. 1 Unterabs. 1 AEUV) konnte die EUStA nicht mit Wirkung für den gesamten Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts errichtet werden. So wurde von der gesetzlich vorgesehenen Möglichkeit der Verstärkten Zusammenarbeit (Art. 86 Abs. 1 Unterabs. 2 und 3 AEUV) Gebrauch gemacht.

⁴⁶ Allgemeine Ausrichtung, 2013/0255 (APP) 5445/17.

⁴⁷ Notification, 2013/0255, 9546/17.

⁴⁸ Notification, 2013/0255, 10053/17.

⁴⁹ <<http://www.consilium.europa.eu/de/press/press-releases/2017/06/08-epo/>> (30.07.2017).

⁵⁰ vgl. Protokoll 21 zum AEUV: ABl. (EU) C 115/295 für Irland und für das Vereinigte Königreich; Protokoll 22 zum AEUV: ABl. (EU) C 115/299 für Dänemark.

B. Das Instrument der Verstärkten Zusammenarbeit im Allgemeinen

Die Verstärkte Zusammenarbeit soll ermöglichen, dass mehrere (mindestens aber neun) Mitgliedstaaten Integrationsprojekte in der Union vorantreiben. Sie muss stets darauf ausgerichtet sein, die Verwirklichung der Ziele der Union zu fördern, ihre Interessen zu schützen und den Integrationsprozess zu stärken (Art. 20 Abs. 1 Unterabs. 2 EUV). Der Grundsatz der Offenheit garantiert eine jederzeitige spätere Teilnahmemöglichkeit der nicht an der Begründung der Verstärkten Zusammenarbeit beteiligten Mitgliedstaaten (Art. 20 Abs. 1 Unterabs. 2 EUV i.V.m. Art. 328 AEUV).⁵¹ Die Kommission und die beteiligten Mitgliedstaaten sollen die Teilnahme möglichst vieler Mitgliedstaaten fördern (Art. 328 Abs. 1 Unterabs. 2 AEUV). Die nicht beteiligten Mitgliedstaaten sind nicht direkt durch die im Rahmen der Verstärkten Zusammenarbeit erlassenen Verordnungen gebunden. Es darf aus diesen Verordnungen folglich auch kein *Acquis communautaire* abgeleitet werden.⁵²

Die Möglichkeit der Verstärkten Zusammenarbeit erhöht die Flexibilität für Vorhaben im Rahmen der Europäischen Union, insbesondere in jenen Fällen, in denen die Einstimmigkeit des Rates für ein Vorhaben erforderlich wäre.⁵³ So werden als Vorteile der Verstärkten Zusammenarbeit etwa die Chance der Dynamisierung des Integrationsprojekts genannt⁵⁴ oder ihre «Motorfunktion» bei der Förderung der Unionsziele.⁵⁵ Auf der anderen Seite ist das Instrument der Verstärkten Zusammenarbeit immer wieder mit dem Vorwurf konfrontiert, dass es den Integrationsprozess nicht fördere, sondern diesem sogar diametral entgegenwirke,⁵⁶ weil es keinen einheitlichen Rechtsraum schafft. Die Verstärkte Zusammenarbeit gliedere die Mitgliedstaaten in unterschiedliche Integrationsstufen, was dem Integrationsgedanken widerspreche.⁵⁷ Dieser Kritik ist zum einen entgegenzuhalten, dass die an einem Vorhaben interessierten Mitgliedstaaten auch ohne das Instrument der Verstärkten Zusammenarbeit bi- oder multilateral ausserhalb des Unionsrahmens durch intergouvernementale Instrumente zusammenspannen könnten, sofern dies nicht durch unionsrechtliche

⁵¹ Die jederzeitige Anschlussmöglichkeit besteht nicht für Dänemark: Protokoll 22 zum AEUV: ABl. (EU) C 115/299.

⁵² RHEINBAY, 109.

⁵³ Die Möglichkeit der Verstärkten Zusammenarbeit (Art. 86 Abs. 1 Unterabs. 2 AEUV) wird auch als Kompromiss dafür verstanden, dass durch die Souveränitätsbedenken der Mitgliedstaaten bei der Ausarbeitung des Art. 86 Abs. 1 AEUV am Einstimmigkeitserfordernis zur Errichtung der Europäischen Staatsanwaltschaft festgehalten wurde: SATZGER, NStZ 2013, 206, 208.

⁵⁴ RHEINBAY, 108.

⁵⁵ RHEINBAY, 108.

⁵⁶ CACH, EuR 2014, 716, 716.

⁵⁷ CACH spricht in diesem Kontext vom «Modell eines Europas konzentrischer Kreise»: CACH, EuR 2014, 716, 716; Auch RHEINBAY sieht in der Verstärkten Zusammenarbeit zumindest die Gefahr einer desintegrierenden Wirkung: RHEINBAY, 111.

Vorschriften untersagt wird.⁵⁸ Letzteres führt zwar nicht direkt zu unterschiedlichen Integrationsstufen in der Union, da die Zusammenarbeit ja ausserhalb des Unionsrahmens stattfindet; die eigentliche negative Folge der uneinheitlichen Rechtslage bei EU-Staaten bleibt aber bestehen. Bei einer bi- oder multilateralen Zusammenarbeit ausserhalb des unionsrechtlichen Rahmens kommt nachteilig hinzu, dass die Möglichkeit der jederzeitigen Beteiligung und somit die Möglichkeit der Integration der vorerst nicht partizipierenden Mitgliedstaaten nicht gewährleistet ist. Die Einbindung in den europäischen Rahmen mit dem Instrument der Verstärkten Zusammenarbeit ist folglich insbesondere mit Blick auf die Integrationsmöglichkeit zu priorisieren.⁵⁹ Zum anderen ist gegen den Vorwurf der Schaffung verschiedener Integrationsstufen durch die Verstärkte Zusammenarbeit einzuwenden, dass von vorneherein mit unterschiedlichen Integrationsstufen auch innerhalb der Union zu rechnen ist. Insbesondere hinsichtlich des Raums der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts ist etwa an die Vorbehalte und an die *Opting-Out* Möglichkeit von Dänemark und Irland (und dem Vereinigten Königreich) zu denken.

Die Durchführung einer Verstärkten Zusammenarbeit ist ferner kein Neuland. Von der Möglichkeit einer Verstärkten Zusammenarbeit wurde bereits in anderen Sachgebieten Gebrauch gemacht, so etwa bei der Rom III-VO⁶⁰, im Bereich der Schaffung eines einheitlichen Patentschutzes⁶¹ und im Bereich der Finanztransaktionssteuer⁶². Dennoch ergeben sich bei der Verstärkten Zusammenarbeit zur Errichtung der Europäischen Staatsanwaltschaft einige Besonderheiten, auf die im Folgenden eingegangen wird.

C. Das Instrument der Verstärkten Zusammenarbeit zur Errichtung der EUSa

1. Fortbestehende Zersplitterung der Ermittlungsräume bei grenzüberschreitenden Betrugsfällen – Eine Analyse nach Fallgruppen

Zentrale Kritik an der Errichtung der EUSa auf dem Weg der Verstärkten Zusammenarbeit ist die dadurch fortbestehende Zersplitterung der Ermittlungsräume.⁶³ Das Ziel der EUSa – die Effektivierung des grenzüberschreitenden Strafverfahrens im

⁵⁸ So auch CACH, EuR 2014, 716, 716.

⁵⁹ In diese Richtung auch RHEINBAY, 108.

⁶⁰ ABl. (EU) L 343/10.

⁶¹ ABl. (EU) L 77/53.

⁶² ABl. (EU) L 22/11.

⁶³ <<http://www.infopoint-europa.de/assets/Beitrag-Klaudia-Ewa-Hammami.pdf>> (01.08.2017); SATZGER, NStZ 2013, 206, 208.

Bereich des Schutzes der finanziellen Mittel der Union – wird dadurch zumindest vor zusätzliche Herausforderungen gestellt.⁶⁴ Die Zersplitterung der Ermittlungsräume wird im EU-Raum durch die Verstärkte Zusammenarbeit zwar nicht aufgehoben, aber doch markant reduziert. Es ist zu erwarten, dass sich bei grenzüberschreitenden Delikten – für ein Tätigwerden der EUSTa allerdings keine zwingende Voraussetzung⁶⁵ – im Wesentlichen drei unterschiedliche Konstellationen unterscheiden lassen, die in der Praxis relevant sein werden.

a. Nur teilnehmende Mitgliedstaaten sind von einer betrügerischen Handlungsweise betroffen

Sind von einem Betrugsfall nur an der Verstärkten Zusammenarbeit teilnehmende Mitgliedstaaten betroffen, ergeben sich durch die Verstärkte Zusammenarbeit im Vergleich zu einer gesamteuropäischen EUSTa keine zusätzlichen Schwierigkeiten. Das Ziel der Effektivierung des grenzüberschreitenden Strafverfahrens kann in dieser Konstellation auch erreicht werden, wenn die EUSTa mit einer Verstärkten Zusammenarbeit errichtet wird. Es ergeben sich im Vergleich zu einer gesamteuropäischen Lösung keine nennenswerten Abstriche. Die betroffenen Mitgliedstaaten bilden einen einheitlichen Ermittlungsraum. Verfahren der Amts- und Rechtshilfe sind in diesem Bereich nicht mehr notwendig.⁶⁶

b. Teilnehmende Mitgliedstaaten sowie Drittstaaten sind von einer betrügerischen Handlungsweise betroffen

Sind sowohl teilnehmende Mitgliedstaaten als auch Drittstaaten betroffen, gelangt Art. 104 EUSTa-VO zur Anwendung. Dieser legt das Vorgehen der EUSTa im Verkehr mit den Behörden der Drittstaaten fest (Möglichkeit von Arbeitsvereinbarungen⁶⁷, Benennung von Kontaktstellen in Drittstaaten, internationale Übereinkünfte über die Rechtshilfe in Strafsachen). Für die Drittstaaten selbst ergibt sich aus der EUSTa-VO keine Bindungswirkung, weshalb hier das Einvernehmen und die Kooperation des Drittstaates oder der Drittstaaten ausschlaggebend bleiben. Kooperations-

⁶⁴ SATZGER, NStZ 2013, 206, 208.

⁶⁵ Dies gilt nicht für den Bereich der Mehrwertsteuer-Eigenmittel. Bei diesen ist die Grenzüberschreitung, als die Zuständigkeit der EUSTa einschränkendes Element, zwingend erforderlich (Art. 22 Abs. 1 EUSTa-VO i.V.m. Art. 2 Abs. 2 PIF-Richtlinie). Dieses Erfordernis ist Teil des im Gesetzgebungsverfahren erzielten Kompromisses bei der Frage des Einbezugs des Mehrwertsteuerbetrugs.

⁶⁶ Amts- und Rechshilfeverfahren haben den Nachteil, dass diese oft langwierig und bürokratisch sind: RHEINBAY, 1. Der um Amts- oder Rechtshilfe ersuchende Staat ist zudem immer von der Kooperationsbereitschaft des ersuchten Staates abhängig. Je besser die Länder in der Amts- und Rechtshilfe kooperieren, desto kleiner sind die Nachteile gegenüber einer supranationalen Strafverfolgung.

⁶⁷ Die Arbeitsvereinbarungen können insbesondere den Austausch strategischer Informationen und die Entsendung von Verbindungsbeamten zur Europäischen Staatsanwaltschaft betreffen (Art. 104 Abs. 1 i.V.m. Art. 99 Abs. 3 EUSTa-VO).

verpflichtungen ergeben sich dabei unter Umständen aus abgeschlossenen völkerrechtlichen Verträgen.⁶⁸ Im Vergleich zu einer gesamteuropäischen Staatsanwaltschaft sind hier aber keine Nachteile ersichtlich; auch bei dieser bestünde die Kooperationsnotwendigkeit der Drittstaaten. Es erscheint höchst unwahrscheinlich, dass die Kooperationsbereitschaft der Drittstaaten davon abhängen wird, ob die EUSTa als gesamteuropäische Einrichtung oder in der Form einer Verstärkten Zusammenarbeit von 20 Mitgliedstaaten agiert. Im Unterschied zur aktuellen Situation ohne EUSTa liegt der Vorteil darin, dass bei den teilnehmenden Mitgliedstaaten eine Bündelung stattfindet, weshalb unter ihnen das Amts- und Rechtshilfeverfahren ausbleiben kann und sie mit der EUSTa gegenüber Drittstaaten gemeinsam auftreten können.

c. Sowohl teilnehmende als auch nicht teilnehmende Mitgliedstaaten sind von einer betrügerischen Handlungsweise betroffen

Die dritte Konstellation betrifft ein Szenario, in dem sowohl an der Verstärkten Zusammenarbeit teilnehmende Mitgliedstaaten als auch nicht teilnehmende Mitgliedstaaten von einem Betrugsfall gegen die finanziellen Interessen der Union betroffen sind. In diesen Fällen ist Art. 105 EUSTa-VO anwendbar. Es können wiederum Arbeitsvereinbarungen zwischen der EUSTa und den nicht teilnehmenden Mitgliedstaaten getroffen und Kontaktstellen in den nicht teilnehmenden Mitgliedstaaten benannt werden. Es liegt aber gerade kein einheitlicher Ermittlungsraum vor, weshalb weiterhin auf die Amts- und Rechtshilfe zurückgegriffen werden muss. Wie bei den Drittstaaten ist der Erfolg der Ermittlung von der Kooperationsbereitschaft der nicht teilnehmenden Staaten abhängig. Die EUSTa hat in grenzüberschreitenden Fällen die Möglichkeit, *Eurojust* um Unterstützung bei der Übermittlung von Entscheidungen und Rechtshilfeersuchen und deren Vollstreckung zu ersuchen (Art. 100 Abs. 2 lit. b EUSTa-VO). Auch mit *OLAF* (Art. 101 EUSTa-VO) und *Europol* (Art. 102 EUSTa-VO) wird die EUSTa enge Beziehungen unterhalten. Bei *Eurojust*, *OLAF* und *Europol* sind auch die an der EUSTa nicht teilnehmenden Staaten beteiligt, was die Zusammenarbeit zumindest indirekt fördern könnte. Auch diese Zusammenarbeit wird sich aber letztlich auf völkerrechtliche Vereinbarungen stützen müssen.

Die zentrale Frage bei der Zusammenarbeit der teilnehmenden Staaten mit den nicht teilnehmenden Staaten ist, inwiefern Letztere zur Kooperation mit der EUSTa verpflichtet sind. Im Fokus steht das zu schützende Rechtsgut – die Unionsfinanzen. Art. 325 Abs. 1 AEUV statuiert, dass die Union und alle ihre Mitgliedstaaten⁶⁹ verpflichtet sind, Betrugereien gegen die finanziellen Interessen der Union mit Mass-

⁶⁸ Zum konkreten Vorgehen vgl. Art. 104 EUSTa-VO; dazu auch: BRODOWSKI, StV 2017, 684, 690 f.

⁶⁹ Da die Vorschrift von Art. 325 AEUV nicht in das Kapitel des Raums der Freiheit, der Sicherheit und des Rechtes, sondern unter den Titel der Finanzvorschriften fällt, gibt es in diesem Bereich keine *Opting-Out* Möglichkeit für Dänemark und Irland (und das Vereinigte Königreich). Sämtliche EU-Mitgliedstaaten sind an Art. 325 AEUV gebunden.

nahmen zu bekämpfen, die abschreckend sind und einen effektiven Schutz der Unionsfinanzen bewirken. Die Mitgliedstaaten müssen dabei die gleichen Massnahmen ergreifen wie sie auch zur Bekämpfung von Betrügereien ergreifen, die sich gegen ihre eigenen finanziellen Interessen richten (Art. 325 Abs. 2 AEUV).⁷⁰ Es gilt, gemäss Art. 325 AEUV⁷¹ beim Schutz der finanziellen Interessen der EU einen Effektivitätsgrundsatz⁷² zu befolgen.⁷³ Dabei haben die Mitgliedstaaten ihre Tätigkeit zum Schutz der Unionsfinanzen zu koordinieren (Art. 325 Abs. 3 AEUV).⁷⁴ Gemeinsam mit der Kommission⁷⁵ sorgen sie zu diesem Zweck für eine enge, regelmässige Zusammenarbeit zwischen den zuständigen Behörden (Art. 325 Abs. 3 Satz 2 AEUV). Hinsichtlich einer konkreten Kooperationspflicht der nicht teilnehmenden Staaten mit der EUSTa ist von Relevanz, welche konkreten Verpflichtungen der nicht teilnehmenden Staaten aus diesem Effektivitätsprinzip abgeleitet werden können und insbesondere, ob eine Auslieferungs- bzw. eine Rechtshilfepflicht gegenüber der EUSTa besteht.⁷⁶ Es stellt sich die Frage, ob sich der Inhalt der EUSTa-VO vollumfänglich aus dem Effektivitätsgrundsatz ergibt. Dies hätte zur Folge, dass auch die nicht teilnehmenden Staaten zumindest sinngemäss die gleichen Handlungen vornehmen müssten. Rechtsgrundlage wäre dann aber nicht die EUSTa-VO, sondern die primärrechtliche Grundlage von Art. 325 AEUV. Der Inhalt der EUSTa-VO kann aber konkretisierend hinzu gezogen werden. Kommt man demgegenüber zum Schluss, dass sich der Inhalt der EUSTa-VO nicht direkt aus dem Effektivitätsgebot

⁷⁰ Art. 325 Abs. 1 und Abs. 2 AEUV ergänzen sich. Das Gleichbehandlungsgebot, welches in Art. 325 Abs. 2 AEUV statuiert wird, gewährleistet nur die Gleichbehandlung der unionsrechtlichen mit den jeweiligen nationalrechtlichen finanziellen Interessen. Dabei besteht keine Verpflichtung zu einem gleichwertigen Schutz der Unionsfinanzen in allen Mitgliedstaaten. Deshalb sind die Mitgliedstaaten zusätzlich zu einem Mindeststandard beim Schutz der finanziellen Interessen der Union verpflichtet. Dieser wird in Art. 325 Abs. 1 AEUV festgehalten: EUV/AEUV-MAGIERA, Art. 325 N 28 f.

⁷¹ Unterstützend kann auch das allgemeine Loyalitätsgebot von Art. 4 Abs. 3 EUV hinzugezogen werden.

⁷² Der Effektivitätsgrundsatz gilt auch für das Verwaltungshandeln; dieser fliesst aus dem Prinzip der Einheit des Unionsrechts, weshalb die «Vollzugsautonomie der Mitgliedstaaten» insofern eingeschränkt wird, als dass «ein Mindestmass an Effektivität des Vollzugs des Unionsrechts» nicht unterschritten werden darf: EnzEuR III-HINDELANG, § 33 N 19.

⁷³ Vgl. auch bereits: Urteil Åkerberg Fransson, C-617/10, EU:C:2013:105, Rn. 26.

⁷⁴ Der Begriff der Koordinierung ist weit auszulegen und kann auch die «Beseitigung materieller und verfahrensrechtlicher Unterschiede zwischen den Rechtssystemen der Mitgliedstaaten» beinhalten, wenn sie die Aufklärung und Sanktionierung oder die Geltendmachung von Ersatz- und Ausgleichsansprüchen betreffen: Europäisches Unionsrecht IV-SPITZER/STIEGEL, Art. 325 N 52; EUV/AEUV-MAGIERA, Art. 325 N 33 f.

⁷⁵ Die Kommission kommt dem mit ihrer Betrugsbekämpfungsbehörde (*OLAF*) nach: Europäisches Unionsrecht IV-SPITZER/STIEGEL, Art. 325 N 53.

⁷⁶ Die allgemeine Kooperationsverpflichtung (Art. 325 Abs. 1 AEUV) manifestiert sich in Art. 325 Abs. 3 Satz 2 AEUV speziell für die Bereiche der Amts- und Rechtshilfe: Europäisches Unionsrecht IV-SPITZER/STIEGEL, Art. 325 N 58; «Umfasst werden insbesondere unmittelbare Kontakte zwischen den jeweils konkret zuständigen Stellen (z.B. Verwaltungsbehörden, Staatsanwaltschaft, Gerichte)»: EUV/AEUV-MAGIERA, Art. 325 N 34.

ableiten lässt, sondern ein Spezifikum der Verstärkten Zusammenarbeit ist, bliebe die Errichtung der EUSa für die nicht teilnehmenden Staaten ohne Folgen.

Neben Art. 325 AEUV könnte sich eine Verpflichtung der nicht teilnehmenden Mitgliedstaaten auch aus dem Sekundärrecht ergeben, insbesondere aus der PIF-Richtlinie. Diese verpflichtet auch die nicht an der Verstärkten Zusammenarbeit teilnehmenden Staaten zur Kriminalisierung der in ihr umschriebenen Verhaltensweisen gegen die finanziellen Interessen der Union. Die PIF-Richtlinie stützt sich auf die Rechtsgrundlage von Art. 83 Abs. 2 AEUV. Im Vorfeld war die Frage nach der korrekten Rechtsgrundlage umstritten: Der Rat und das Europäische Parlament sahen Art. 83 Abs. 2 AEUV als Rechtsgrundlage, während die Kommission Art. 325 AEUV als korrekte Rechtsgrundlage bezeichnete und mit einem Vertragsverletzungsverfahren drohte, falls der Rat und das Europäische Parlament dem nicht folgen.⁷⁷ Aus der Kriminalisierungspflicht der betrügerischen Handlungsweisen zum Nachteil der Unionsfinanzen folgt auch eine Verfolgungspflicht gerade auch für die nicht an der EUSa beteiligten Mitgliedstaaten. Aus dieser Verfolgungspflicht könnte bei grenzüberschreitenden Verfahren eine Kooperationspflicht mit der EUSa abgeleitet werden. Ist eine Kooperationspflicht festgestellt, bräuchte es ferner eine Rechtsgrundlage für die konkreten Handlungen bei der Zusammenarbeit der nicht teilnehmenden Mitgliedstaaten mit der EUSa.

Eine dritte Möglichkeit, eine Kooperationsverpflichtung der nicht an der Verstärkten Zusammenarbeit teilnehmenden Staaten mit der EUSa herzuleiten, wären die bestehenden Europäischen Rechtshilfeinstrumente,⁷⁸ insbesondere die Europäische Ermittlungsanordnung und der Europäische Haftbefehl. Es stellt sich die Frage, ob sich die EUSa direkt auf die Europäischen Rechtshilfeinstrumentarien stützen kann, oder ob hierfür eine gesonderte völkerrechtliche Vereinbarung von Nöten ist. Art. 105 Abs. 3 statuiert, dass die Mitgliedstaaten die EUSa als zuständige Behörde für die Zwecke der Umsetzung der geltenden Rechtsakte der Union im Bereich der justiziellen Zusammenarbeit in Strafsachen notifizieren. Die EUSa müsste als Justizbehörde im Rahmen des jeweiligen Rechtsbehelfes angesehen werden können.⁷⁹ Ausschlaggebend wird sein, ob die EUSa im Vergleich zu einem Mitgliedstaat ein «*quantitatives Mehr*»⁸⁰ oder aber ein «*Aliud*»⁸¹ ist. Ersteres würde bedeuten, dass sich die EUSa, wie auch ein nationaler Staatsanwalt, auf die Europäischen Rechts-

⁷⁷ COM(2017) 246 final, 3.

⁷⁸ Vgl. bereits obige Ausführungen zu Art. 325 Abs. 3 Satz 2 AEUV.

⁷⁹ Gibt es Zweifel, ob dieses Erfordernis erfüllt ist, müsste die Frage dem EuGH zur Vorabentscheidung vorgelegt werden.

⁸⁰ Von einem «*qualitativen Mehr*» wäre auszugehen, wenn man zum Schluss käme, dass die Handlungen der EUSa im Wesen mit jenen eines Mitgliedstaates vergleichbar sind und die EUSa ein blosser Zusatz ist.

⁸¹ Von einem «*Aliud*» in diesem Sinne wäre auszugehen, wenn man zum Schluss käme, dass die EUSa von ihrem Wesen her nicht mit einem Unionsstaat vergleichbar ist.

hilfeinstrumentarien stützen könnte, was meines Erachtens sinnvoll wäre,⁸² während Letzteres hierfür eine zusätzliche völkerrechtliche Vereinbarung erfordern würde.⁸³

Kann entweder aus der primärrechtlichen Grundlage von Art. 325 AEUV oder aus dem Sekundärrecht (im Besonderen aus der PIF-Richtlinie), oder aber durch die Europäischen Rechtshilfeinstrumentarien, eine Kooperationspflicht der nicht teilnehmenden Mitgliedstaaten abgeleitet werden, hätte dies wesentliche positive Konsequenzen für die Wirksamkeit der mit einer Verstärkten Zusammenarbeit errichteten EUSTa. Eine solche Kooperationspflicht wäre im Sinne des effektiven Schutzes der Unionsfinanzen zu begrüßen. Der Entschluss, sich nicht an der Verstärkten Zusammenarbeit zu beteiligen, würde durch eine Kooperationspflicht nicht unterwandert. Die nicht teilnehmenden Staaten sind nicht Teil der supranationalen Einrichtung der EUSTa; es erfolgt weder eine Souveränitätsübertragung noch unterstehen sie den Weisungszusammenhängen der EUSTa. Wenn ein nicht teilnehmender Staat die Kooperation mit der EUSTa verweigert, könnte ein Vertragsverletzungsverfahren (Art. 258 und 259 AEUV) eingeleitet werden. Es würden folglich zwei verschiedene Varianten der Befolgung des Effektivitätsgebots bestehen, nämlich die Teilnahme bei der EUSTa oder die nationalstaatliche Zusammenarbeit mit einer EUSTa bei den entsprechenden grenzüberschreitenden Fällen. Eine Kooperationspflicht könnte auch die Befürchtung der «Vertiefung der Gräben» zwischen partizipierenden und nicht partizipierenden Mitgliedstaaten entkräften und eine «langfristige Aufspaltung der Ermittlungsräume»⁸⁴ verhindern. Durch die Kooperation ist dann kein weiteres Auseinanderdriften, sondern ein Zusammenrücken zu erwarten.

d. Zwischenfazit

Durch die Verstärkte Zusammenarbeit wird kein unionsweiter, einheitlicher Ermittlungsraum geschaffen. Für den Erfolg der EUSTa wird deshalb nicht nur die Kooperation mit den Drittstaaten, sondern auch die Kooperation mit den nationalen Strafverfolgungsbehörden der nicht teilnehmenden Mitgliedstaaten ausschlaggebend sein. Dabei ist festzuhalten, dass die nicht an der Verstärkten Zusammenarbeit partizipierenden Mitgliedstaaten auf jeden Fall weiterhin zum Schutz der Unionsfinanzen verpflichtet sind und auf die eine oder andere Weise mit der EUSTa werden zusammenarbeiten müssen.

⁸² Für eine Auslegung der EUSTa als «*quantitatives Mehr*» spricht ferner das «Doppelhut-Modell». Die Delegierten Europäischen Staatsanwälte handeln im Namen der EUSTa in ihrem jeweiligen Mitgliedstaat. Neben den ihnen übertragenen besonderen Befugnissen und des ihnen zuerkannten besonderen Status haben sie die gleichen Befugnisse wie nationale Staatsanwälte (Art. 13 EUSTa-VO).

⁸³ Kommt man zu diesem Schluss, so sind die Mitgliedstaaten aufgrund von Art. 325 Abs. 3 Satz 2 AEUV zum Abschluss einer solchen völkerrechtlichen Vereinbarung verpflichtet.

⁸⁴ SATZGER, NSZ 2013, 206, 208.

2. Der Grad der Fragmentierung und seine Konsequenzen

Der Grad der Fragmentierung nimmt ab, je mehr Mitgliedstaaten an der Verstärkten Zusammenarbeit partizipieren. Die Möglichkeit des Beitritts weiterer Staaten zur Verstärkten Zusammenarbeit würde natürlich auch bei der EUStA bestehen. So steht auch die Europäische Kommission einer Verstärkten Zusammenarbeit zur Errichtung der EUStA wenig kritisch gegenüber. Die EU-Kommissarin für Justiz, Věra Jourová, bezeichnet die Verstärkte Zusammenarbeit mit einer Beteiligung von 20 Mitgliedstaaten als grossen Erfolg und sieht in ihr sogar eine Garantie dafür, dass die EUStA «bereits vom ersten Tag an wirksam funktioniert».⁸⁵ Bedenkt man, dass für das Zustandekommen einer Verstärkten Zusammenarbeit zur Errichtung einer Europäischen Staatsanwaltschaft nur neun Mitgliedstaaten erforderlich sind (Art. 86 Abs. 1 Unterabs. 2 AEUV), kann bei einer Teilnahme von 20 Mitgliedstaaten durchaus eine positive Bilanz gezogen werden. In der Lehre wird das Erfordernis vom Mitwirken von neun Mitgliedstaaten bei einer Verstärkten Zusammenarbeit damit begründet, dass bei einer Teilnahme von ca. einem Drittel der Mitgliedstaaten an einer Verstärkten Zusammenarbeit «eine hohe Wahrscheinlichkeit» bestehe, dass weitere Mitgliedstaaten zu einer Mitwirkung am Gesetzgebungsprozess überzeugt werden können.⁸⁶ Weder die Bevölkerungszahl noch die geographische Verteilung der partizipierenden Staaten sei dabei massgebend.⁸⁷ Diese Begründung überzeugt nicht vollends, solange nicht zuverlässige Wirksamkeitsprognosen in Bezug auf das Projekt erstellt sind. Konkret würde sich dabei die Frage stellen, wann das Ziel der Effektivierung der grenzüberschreitenden Strafverfolgung für den Bereich des Schutzes der finanziellen Interessen erreicht werden kann. Bei der Teilnahme von immerhin 20 Staaten ist eine Effektivierung der grenzüberschreitenden Strafverfolgung zu prognostizieren. In diesem Sinne ist die Errichtung der Europäischen Staatsanwaltschaft durch eine Verstärkte Zusammenarbeit vielversprechend.

3. Der Beschluss zur Verstärkten Zusammenarbeit in Retrospektive

Doch nicht nur im Hinblick auf die zu erwartende Wirksamkeit, sondern auch retrospektiv, kann die Verstärkte Zusammenarbeit mit einer Teilnahme von 20 Mitgliedstaaten als Erfolg bezeichnet werden. Dabei ist nicht nur an die aufgezeigten rechtlichen und rechtspolitischen Zielkonflikte zu denken; es ist auch die generell kritische Haltung gegenüber einer Verstärkten Zusammenarbeit in diesem Bereich zu berücksichtigen.

⁸⁵ <http://europa.eu/rapid/press-release_IP-17-1550_de.htm> (29.07.2017).

⁸⁶ CACH, EuR 2014, 716, 721.

⁸⁷ CACH, EuR 2014, 716, 721.

Im Vorfeld gab es Zweifel, ob es bei einem Scheitern der EUStA auf gesamteuropäischer Ebene überhaupt zu einer Verstärkten Zusammenarbeit kommen würde.⁸⁸ Diese Befürchtung gründete einerseits darin, dass das in Frage stehende Projekt zum Bereich des Straf- und Strafprozessrechts gehört, weshalb auch eine Verstärkte Zusammenarbeit eine Souveränitätsübertragung zur Folge hat, welche von den Mitgliedstaaten im Allgemeinen nur zurückhaltend in Kauf genommen wird.⁸⁹ Beim konkreten Vorhaben der EUStA kommt hinzu, dass diese hauptsächlich europäische und nicht nationale Interessen wahrnehmen würde.⁹⁰ Der Souveränitätseingriff wird folglich von den verstärkt zusammenarbeitenden Mitgliedstaaten zur Bekämpfung eines gesamteuropäischen Problems in Kauf genommen.⁹¹ In der Wahrnehmung der finanziellen Interessen der Union nur durch einen Teil der Mitgliedstaaten wird so dann auch ein Legitimationsproblem erkannt.⁹² Aber auch dieses relativiert sich, je mehr Mitgliedstaaten an der Verstärkten Zusammenarbeit mitwirken.

Die Attraktivität der Teilnahme an einer Verstärkten Zusammenarbeit wurde im Vorfeld auch aus ökonomischer Sicht angezweifelt. Konkret wurde befürchtet, dass die an der Verstärkten Zusammenarbeit teilnehmenden Staaten gegenüber den nicht teilnehmenden Staaten wirtschaftliche Nachteile in Kauf nehmen müssten.⁹³ Die Befürchtung geht dahin, dass durch die höhere Aufdeckungsrate bei Betrugsfällen zu Lasten der finanziellen Interessen der Union durch die EUStA der betreffende Mitgliedstaat vermeintlich schlecht dasteht, da vermehrte Betrugsfälle in diesem Mitgliedstaat publik werden, was mit einer hohen Betrugsrate anstatt mit einer verbesserten Aufdeckungsrate in Verbindung gebracht werden könnte. Ist dies der Fall, wäre zu befürchten, dass die Union dem betreffenden Mitgliedstaat EU-Subventionsmittel entzieht, was eine Schwächung der Wirtschaft des entsprechenden Mitgliedstaates zur Folge haben könnte. Es ist aber anzunehmen, dass die Union die verbesserte Aufdeckungsrate richtig würdigen und nicht mit einer erhöhten Kriminalität im betreffenden Land verwechseln wird. Darüber hinaus ist es auch im Interesse des betreffenden Mitgliedstaates, die zugesprochenen Mittel so sinnvoll und effizient wie möglich einzusetzen. Dies ist aber gerade dann nicht der Fall, wenn die Mittel an betrügerisch agierende Unternehmen vergeben werden (Subventionsbetrug). Wird

⁸⁸ RHEINBAY, 111.

⁸⁹ RHEINBAY, 110.

⁹⁰ Es geht schliesslich um den Schutz der Unionsfinanzen. Relativierend ist aber festzuhalten, dass Schäden der Unionsfinanzen indirekt auch für die Mitgliedstaaten negative Auswirkungen haben. Bei der Verfolgung von gemischten Delikten (Art. 22 Abs. 3 i.V.m. Art. 25 Abs. 3 EUStA-VO) kommt es ferner zu einer Doppelspurigkeit der zu schützenden Rechtsgüter. In diesen Fällen sind sowohl die Unionsfinanzen als auch die nationalen Finanzen von einer betrügerischen Handlungsweise betroffen.

⁹¹ RHEINBAY, 110.

⁹² SATZGER, NStZ 2013, 206, 208: SATZGER bezieht sich dabei aber insbesondere auf die Konstellation, dass sich nur wenige Mitgliedstaaten an der Verstärkten Zusammenarbeit beteiligen.

⁹³ RHEINBAY, 111.

ein Teil der zugesprochenen Mittel zweckentfremdet, kann der erteilte Auftrag nicht ausgeführt werden oder entspricht nicht den geforderten Bedingungen. Zudem kann es durch den Subventionsbetrug zu einer Wettbewerbsverzerrung kommen, wenn nicht dem konkurrenzfähigsten Unternehmen der Zuschlag erteilt wird; dies schadet wiederum der Wirtschaft des betreffenden Landes. Die Aufdeckung eines solchen Missstandes ist folglich nicht nur im Interesse der Union, sondern auch im langfristigen wirtschaftlichen Interesse des Mitgliedstaates. Die mit der EUSTa angestrebte höhere Aufdeckungsrate hat für die an der Verstärkten Zusammenarbeit mitwirkenden Staaten langfristig zweifellos sogar positive wirtschaftliche Konsequenzen.

In Anbetracht der seit jeher sehr unterschiedlichen Standpunkte und der politischen Widerstände in den Mitgliedstaaten bei der Frage der Notwendigkeit der Errichtung und der Ausgestaltung einer EUSTa,⁹⁴ und mit Blick auf die Skepsis, mit welcher dem Instrument der Verstärkten Zusammenarbeit bei der Errichtung einer EUSTa begegnet wurde, ist eine Beteiligung von 20 Mitgliedstaaten an der Verstärkten Zusammenarbeit zweifellos ein Erfolg.

V. Zusammenfassung und Ausblick

Der Prozess der Europäischen Integration fordert eine dynamische Rechtsetzung auch auf europäischer Ebene. Die länderübergreifende Kriminalitätsentwicklung verlangt einen verstärkten Schutz der finanziellen Interessen der Union. Die immensen Summen von Geldern, welche die vielseitige Aufgabenwahrnehmung der Union sicherstellen, sind durch *strafrechtliche* Massnahmen verstärkt zu schützen. Strafermittlung und Strafverfolgung sollen nicht mehr an Staatsgrenzen enden. Die durch eine Verstärkte Zusammenarbeit zu errichtende Europäische Staatsanwaltschaft ist eine wichtige Etappe zu einem ausgebauten Schutz der Unionsfinanzen.

Es ist nicht zu dementieren, dass eine Verstärkte Zusammenarbeit die Zersplitterung der Ermittlungsräume nicht vollständig beseitigt, weshalb zweifellos weiterhin die Kooperation mit den nicht teilnehmenden Staaten notwendig sein wird. Je besser diese sein wird, desto geringer werden die Nachteile gegenüber einer gesamteuropäischen EUSTa sein. Nur eine EUSTa, welche gut in die bisherigen Strukturen eingliedert wird und welche mit den bereits etablierten Institutionen zusammenarbeitet und dabei die bestehenden Lücken füllt, wird den grösstmöglichen Beitrag zum Schutz der Unionsfinanzen leisten können. Die Schlagkraft der EUSTa wird massgeblich von der Kooperationsbereitschaft der nicht teilnehmenden und der Drittstaaten abhängen. Zum effektiven Schutz der Unionsfinanzen sind die nicht teilnehmenden Staaten gleichermassen verpflichtet. Eine Kooperationspflicht kann meines Erach-

⁹⁴ RHEINBAY, 112; CACH, EuR 2014, 716, 728 f.; implizit auch SATZGER, NSZ 2013, 206, 208.

tens sogar aus Art. 325 AEUV oder aus dem Sekundärrecht (insbesondere aus der PIF-Richtlinie) oder aus den Europäischen Rechtshilfeinstrumentarien abgeleitet werden.

Das Zustandekommen einer Verstärkten Zusammenarbeit ist trotz der nicht zu leugnenden partiell fortbestehenden Zersplitterung der Ermittlungsräume einem gänzlichen Scheitern des Vorhabens vorzuziehen. Die Verstärkte Zusammenarbeit verhindert, dass einzelne Mitgliedstaaten ausserhalb des europarechtlichen Rahmens bi- oder multilateral zusammenspannen. Der unionsrechtliche Rahmen der Verstärkten Zusammenarbeit stellt den Grundsatz der Offenheit (Art. 328 AEUV) sicher und wirkt auf diese Weise einer fortdauernden festgefahrenen Zersplitterung der Ermittlungsräume entgegen. Das Ziel der Einbindung möglichst vieler Mitgliedstaaten kann so bestmöglich erreicht werden. Je mehr Mitgliedstaaten an der Verstärkten Zusammenarbeit partizipieren, desto geringer sind die Nachteile gegenüber einer gesamteuropäischen EUSTa.

Blickt man auf das Gesetzgebungsverfahren zurück, werden die unterschiedlichen Standpunkte und politischen Widerstände der einzelnen Staaten und Parteien deutlich. Es hat sich früh abgezeichnet, dass ein einstimmiger Beschluss des Rates eine grosse, wenn nicht unüberwindbare Hürde sein wird. Die Beteiligung von 20 Mitgliedstaaten an der Verstärkten Zusammenarbeit darf mit Blick auf die überwundenen Herausforderungen und erzielten Kompromisse als Erfolg gewertet werden. Von ihr ist ein wirksamer Beitrag beim Schutz der Unionsfinanzen zu erwarten.

Die Effektivität der EUSTa wird in Zukunft jedoch nicht nur von den sich beteiligenden Staaten und der Kooperationsbereitschaft der nicht teilnehmenden Mitgliedstaaten und der Drittstaaten, sondern auch von zahlreichen weiteren Faktoren bei der Ausgestaltung der EUSTa abhängen (Institutioneller Aufbau, Kompetenzen etc.). Die Wirksamkeit der durch Verstärkte Zusammenarbeit errichteten EUSTa wird sich in der Praxis zeigen müssen, und eine Evaluierung einige Jahre nach der erfolgten Errichtung der EUSTa wird unerlässlich sein.

Literaturverzeichnis

ARNOLD JÖRG, Grenzüberschreitende Strafverteidigung in Europa: Praktische Erfahrungen und theoretische Überlegungen anhand von Interviews mit Strafverteidigerinnen und Strafverteidigern, Berlin 2015

ARNOLD JÖRG, Vorschläge zur Verbesserung des Schutzes des Strafverteidigers: Auf dem Weg zu einem «europäischen» Strafverteidiger?, HRR 2008, 10

BRODOWSKI DOMINIK, Die Europäische Staatsanwaltschaft – eine Einführung, StV 2017, 684

CACH CHRISTOPHER, Die Verstärkte Zusammenarbeit und ihre Bedeutung für die Errichtung der Europäischen Staatsanwaltschaft, EuR 2014, 716

- DURĐEVIĆ ZLATA, Fraud adversely affecting the budget of the European Union: The forms, methods and causes, *Financial Theory and Practice* 2006, 253
- GRABITZ EBERHARD/HILF MEINHARD/NETTESHEIM MARTIN (Hrsg.), *Das Recht der Europäischen Union: EUV/AEUV*, 60. Ergänzungslieferung, München 2016
- HAMMAMI KLAUDIA EWA, Die potentielle Errichtung einer Europäischen Staatsanwaltschaft, <<http://www.infopoint-europa.de/assets/Beitrag-Klaudia-Ewa-Hammami.pdf>>
- HARDING CHRISTOPHER, The Identity of European Law: Mapping Out the European Legal Space, *European Law Journal* 2000, 128
- HEINE HENRIETTE, Die Rechtsstellung des Beschuldigten im Rahmen der Europäisierung des Strafverfahrens, Frankfurt am Main 2009
- KLIP ANDRE, The Substantive Criminal Law Jurisdiction of the European Public Prosecutors's Office, *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice* 2012, 367
- LEIBLE STEFAN/TERHECHTE JÖRG PHILIPP (Hrsg.), *Europäisches Rechtsschutz- und Verfahrensrecht*, Enzyklopädie Europarecht III, Baden-Baden 2014
- LIGETI KATALIN/SIMONATO MICHELLE, The European Public Prosecutor's Office: Towards a truly European Prosecution Service?, *NJECL* 4 (2013), 7
- RHEINBAY SUSANNE, *Die Errichtung einer Europäischen Staatsanwaltschaft*, Berlin 2014
- SATZGER HELMUT, Die potentielle Errichtung einer Europäischen Staatsanwaltschaft – Plädoyer für ein Komplementaritätsmodell, *NStZ* 2013, 206
- SATZGER HELMUT/ZIMMERMANN FRANK, Europäische Kriminalpolitik «reloaded»: Das Manifest zum Europäischen Strafverfahrensrecht, *ZIS* 2013, 406
- VON DER GROEBEN HANS/SCHWARZE JÜRGEN/HATJE ARMIN (Hrsg.), *Europäisches Unionsrecht, Vertrag über die Europäische Union, Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union, Charta der Grundrechte der Europäischen Union IV*, 7. Auflage, Baden-Baden 2015
- WADE MARIANNE, EuroNEEDs, Evaluating the need for and the needs of a European Criminal Justice System, <http://www.mpicc.de/shared/data/pdf/euroneeds_report_jan_2011.pdf>
- WASMEIER MARTIN, Stand und Perspektiven des EU-Strafrechts: Eine Erwiderung auf kritische Anmerkungen, *ZStW* 116 (2004), 320

Materialienverzeichnis

- Bericht der Kommission an das Europäische Parlament und den Rat – Betrugsbekämpfung – Jahresbericht 2013, COM(2014) 474 final (zit. COM(2014) 474 final)
- Bericht der Kommission an das Europäische Parlament und den Rat – Betrugsbekämpfung – Jahresbericht 2016, COM(2017) 383 final (zit. COM(2017) 383 final)
- Beschluss des Rates vom 10. März 2011 über die Ermächtigung zu einer Verstärkten Zusammenarbeit im Bereich der Schaffung eines einheitlichen Patentschutzes (2011/167/EU), ABl. (EU) L 76/53, vom 22. März 2012 (zit. ABl. (EU) L 77/53)
- Beschluss des Rates vom 22. Januar 2013 über die Ermächtigung zu einer Verstärkten Zusammenarbeit im Bereich der Finanztransaktionssteuer (2013/52/EU), ABl. (EU) L 22/11, vom 25. Januar 2013 (zit. ABl. (EU) L 22/11)
- Bundesrechtsanwaltskammer und Deutscher Anwaltverein – Gemeinsame Stellungnahme Nr. 48/2012 (zit. Stellungnahme Nr. 48/2012)

- EU jährlicher Haushaltslebenszyklus: Zahlen, <http://ec.europa.eu/budget/annual/index_de.cfm?year=2016>
- Jeder Euro zählt — Häufig gestellte Fragen zur Europäischen Staatsanwaltschaft, <http://europa.eu/rapid/press-release_MEMO-13-693_de.htm>
- Kommission verschärft Kampf gegen Betrug mit EU-Mitteln, Pressemitteilung vom 24. Juni 2011, <http://europa.eu/rapid/press-release_IP-11-783_de.htm>
- Kommission begrüsst die Entscheidung von 20 Mitgliedstaaten zur Errichtung der Europäischen Staatsanwaltschaft, Pressemitteilung vom 8. Juni 2017, <http://europa.eu/rapid/press-release_IP-17-1550_de.htm>
- Kurzdarstellungen zur Europäischen Union, Subsidiaritätsprinzip, <http://www.europarl.europa.eu/atyourservice/de/displayFtu.html?ftuId=FTU_1.2.2.html>
- Mitteilung der Kommission an das Europäische Parlament gemäss Artikel 294 Absatz 6 des Vertrages über die Arbeitsweise der Europäischen Union betreffend den Standpunkt des Rates in erster Lesung im Hinblick auf den Erlass einer Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über die strafrechtliche Bekämpfung von gegen die finanziellen Interessen der Europäischen Union gerichtetem Betrug, COM(2017) 246 final (zit. COM(2017) 246 final)
- Notification to the European Parliament, the Council and the Commission with a view to establishment of the European Public Prosecutor's Office in accordance with the third subparagraph of Article 86(1) of the Treaty on the Functioning of the European Union, 2013/0255 (APP), 9546/17 (zit. Notification, 2013/0255, 9546/17)
- Notification to the European Parliament, the Council and the Commission with a view to establishing enhanced cooperation on the draft Regulation on the establishment of the European Public Prosecutor's Office in accordance with the third subparagraph of Article 86(1) of the Treaty on the Functioning of the European Union, 2013/0255 (APP), 10053/17 (zit. Notification, 2013/0255, 10053/17)
- Protokoll 21 zum AEUV über die Position des Vereinigten Königreichs und Irlands hinsichtlich des Raums der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts, ABl. C 115/295, vom 9. Mai 2008 (zit. ABl. (EU) C 115/295)
- Protokoll 22 zum AEUV über die Position Dänemarks, ABl. C 115/299, vom 9. Mai 2008 (zit. ABl. (EU) C 115/299)
- Richtlinie (EU) 2017/1371 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 5. Juli 2017 über die strafrechtliche Bekämpfung von gegen die finanziellen Interessen der Union gerichtetem Betrug, ABl. L 198/29, vom 28. Juli 2017 (zit. ABl. (EU) L 198/29)
- Richtlinie (EU) 2015/849 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 20. Mai 2015 zur Verhinderung der Nutzung des Finanzsystems zum Zwecke der Geldwäsche und der Terrorismusfinanzierung, zur Änderung der Verordnung (EU) Nr. 648/2012 des Europäischen Parlaments und des Rates und zur Aufhebung der Richtlinie 2005/60/EG des Europäischen Parlaments und des Rates und der Richtlinie 2006/70/EG der Kommission, ABl. L 141/73, vom 5. Juni 2015 (zit. ABl. (EU) L 141/73)
- Verordnung (EU) 2017/1939 des Rates vom 12. Oktober 2017 zur Durchführung einer Verstärkten Zusammenarbeit zur Errichtung der Europäischen Staatsanwaltschaft (EUSTa), ABl. (EU) L 283/1, vom 31. Oktober 2017 (zit. ABl. (EU) L 283/1)
- Verordnung (EU) Nr. 883/2013 des Europäischen Parlamentes und des Rates vom 11. September 2013 über die Untersuchungen des Europäischen Amtes für Betrugsbekämpfung (OLAF), ABl. (EU) L 248/1, vom 18. September 2013 (zit. ABl. (EU) L 248/1)

Verordnung (EU) Nr. 1259/2010 des Rates vom 20. Dezember 2010 zur Durchführung einer Verstärkten Zusammenarbeit im Bereich des auf die Ehescheidung und Trennung ohne Auflösung des Ehebandes anzuwendenden Rechts, Rom III-VO, ABl. (EU) L 343/10, vom 29. Dezember 2010 (zit. ABl. (EU) L 343/10)

Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über die strafrechtliche Bekämpfung von gegen die finanziellen Interessen der Europäischen Union gerichtetem Betrug, COM(2012) 363 final (zit. COM(2012) 363 final)

Vorschlag für eine Verordnung des Rates über die Errichtung der Europäischen Staatsanwaltschaft, COM(2013) 534 final (zit. COM(2013) 534 final)

Vorschlag für eine Verordnung über die Errichtung der Europäischen Staatsanwaltschaft – Allgemeine Ausrichtung, 2013/0255 (APP) 5445/17 (zit. Allgemeine Ausrichtung, 2013/0255 (APP) 5445/17)

20 Mitgliedstaaten einigen sich über Einzelheiten bei der Errichtung der Europäischen Staatsanwaltschaft, Pressemitteilung vom 8. Juni 2017, <<http://www.consilium.europa.eu/de/press/press-releases/2017/06/08-eppo/>>

“Brexit” as a litmus test for Art. 50 TEU

Aleksandra Gebicka / Anja Korradi

Table of Contents

I. Introduction	397
II. The right to withdraw from the European Union	398
A. Withdrawal from the EU before 2009	398
B. Literal analysis of Art. 50 TEU	400
1. Art. 50 para. 1 TEU	400
2. Art. 50 para. 2 TEU	401
3. Art. 50 para. 3 TEU	402
4. Art. 50 para. 4 TEU	402
5. Art. 50 para. 5 TEU	403
C. Comparison to other international organisations/states	404
D. Expectations for Art. 50 TEU	405
III. Brexit and legal certainty	406
A. Why Brexit happened	406
B. The legal relationship between the UK and the EU	408
C. The repercussions of Brexit on legal certainty	409
1. Procedurally	409
2. Substantively	411
IV. Proposal for editing Art. 50 TEU	414
V. Conclusion	416
Bibliography	417

I. Introduction

In the following publication, the authors borrow a scientific laboratory testing process to use as a metaphor in the legal context. In chemistry, the water-soluble dye-extract litmus is used to reveal a substance’s acidity through the so-called litmus test: the litmus turns red if the tested substance is acidic and blue when it is alkaline.¹ This article thus aims to provide a litmus test of Art. 50 of the Treaty on European Union (TEU), *i.e.* the unilateral right to withdraw from the European Union (EU).

The goal of this publication is firstly to examine Art. 50 TEU, find out the context in which it was introduced and what the expectations for this introduction were. In a second part, the authors perform a litmus test on Art. 50 TEU in order to determine

¹ <<http://www.oxfordreference.com/view/10.1093/acref/9780199204632.001.0001/acref9780199204632-e-2528?rskey=zUPQRV&result=2811>> (19.08.2017).

whether or not it fulfils these expectations. To this end, they critically analyse the to-date only practical example of Art. 50 TEU: *Brexit*². Finally, the authors identify a potential solution to the issues of Art. 50 TEU that the Brexit process has raised.

II. The right to withdraw from the European Union

In order to determine why Article 50 was included in the Treaty of Lisbon, this part first examines the options of withdrawal from the EU before its introduction in 2009. It then analyses the wording of Art. 50 TEU to determine how withdrawal is regulated *de lege lata*. Next, in order to gain some perspective, it compares the Art. 50 TEU system to the possibilities of withdrawal from other international organisations as well as federal States. Finally, before transitioning to the second half, it outlines the expectations that were surrounding Art. 50 TEU when it was drafted.

A. Withdrawal from the EU before 2009

Art. 50 TEU was included in EU law by the Treaty of Lisbon, which entered into force in 2009. Before that, no provision had regulated membership withdrawal in EU Law, because the Member States were unable to agree on the issue.³ The lack of regulation raised two main issues: it was unclear whether it was at all possible for a Member State to leave the EU and, if so, what requirements it had to fulfil.⁴ The following shall provide a short and simplified overview of the discussion giving insight into the legal nature of the EU as such,⁵ which was considered to be mainly of theoretical interest, as withdrawal was held to be very unlikely.⁶

A significant part of the debate surrounded the applicability of the Vienna Convention on the Law of Treaties (VCLT) to the EU, as the VCLT contains provisions on withdrawal from international treaties. According to what can be called a “European autonomist-view”⁷ the VCLT did not apply to withdrawal from the EU,

² The term is shorthand for the UK is leaving the EU combining the words “Britain” and “exit”.

³ BRUHA/NOWAK, in: BRUHA/KUNIG/MENG/RUDOLF/THÜRER, 1, 4. However, the wording of Art. 50 TEU is practically identical to Art. I-60 of the Treaty establishing a Constitution for Europe whose ratification failed in 2005.

⁴ This only concerned the possibility of *unilateral* withdrawal. A *consensual* withdrawal, by reverse agreement (*actus contrarius*), was generally always considered to be possible. See for example HK EVV-HEINTSCHEL VON HEINEGG, Art. 1–60 N 1; Europäisches Unionsrecht, Kommentar-MENG, Art. 50 EUV N 2.

⁵ HILLION, in: ARNULL/CHALMERS, 126, 126.

⁶ See references in: STREINZ, in: KRAMME/BALDUS/SCHMIDT-KESSEL, 17 Fn. 2.

⁷ HERBST, GLJ, 1755, 1755.

because the EU legal system was and remains an autonomous legal order.⁸ From this perspective, withdrawal was not considered to be possible or, according to others, only in very extreme cases based on unwritten general principles of EU law.⁹

A traditional public law-inspired view supported, by contrast, the application of the VCLT to the EU.¹⁰ According to this view, whilst the EU is undisputedly “more” than the average international organisation, the VCLT does not differentiate between international organisations that create their own legal system and ones that do not. Rather, according to Art. 5 VCLT, the VCLT applies to any treaty that constitutes the founding instrument of an international organisation. Thus, there is good reason to deem the VCLT was applicable to regulate the withdrawal from the EU before 2009.¹¹

One provision concerning withdrawal in the Vienna Convention is the *clausula rebus sic stantibus* in Art. 62 VCLT, which requires proof of a fundamental change of circumstances.¹² The threshold is difficult to reach for any treaty (see the requirements in Art. 62 para. 1 lit. a and b VCLT) and in the case of the EU it seems practically impossible, as all significant modifications require unanimous approval by all Member States.¹³ Additionally, the EU was never designed to be a constant and immobile construct.¹⁴ As such, entering the EU also means accepting the possibility of changes, making the already significant threshold of proving an unforeseeable change of circumstances even higher.

It can be concluded from the above that the option to leave the EU was very limited before the introduction of Art. 50 TEU. Depending on which theory is followed and the strictness of the legal interpretation, it was either not at all or only very exceptionally possible for a State to terminate its EU membership. There certainly was no unconditional right to withdraw.¹⁵ Thus, based on these observations, the introduction of Art. 50 TEU into the basic Treaties may have seemed surprising as laying down an option to leave so openly represented a radical change of mentality.

⁸ Europäisches Unionsrecht, Kommentar-MENG, Art. 50 EUV N 2 Fn. 7.

⁹ BRUHA/NOWAK, in: BRUHA/KUNIG/MENG/RUDOLF/THÜRER, 1, 12.

¹⁰ HERBST, GLJ, 1755, 1755.

¹¹ For a more detailed discussion see: BRUHA/NOWAK, in: BRUHA/KUNIG/MENG/RUDOLF/THÜRER, 1, 8; Europäisches Unionsrecht, Kommentar-MENG, Art. 50 EUV N 2 Fn. 5; HK EVV-HEINTSCHEL VON HEINEGG, Art. 1–60 N 2.

¹² Further, there is Art. 60 (material breach of treaty by another party) and Art. 61 VCLT (impossibility of performance). It is questionable whether these articles could have applied to the EU, as the VCLT operates as *lex generalis* and the TEU has special provisions for these situations, see: BRUHA/NOWAK, in: BRUHA/KUNIG/MENG/RUDOLF/THÜRER, 1, 12.

¹³ HILLION, in: ARNULL/CHALMERS, 126, 148.

¹⁴ Thus, one could speak of a *clausula rebus sic progredientibus*, Kommentar zu EU-Vertrag und EG-Vertrag-CREMER, Art. 51 EUV N 2.

¹⁵ HERBST, GLJ, 1755.

B. Literal analysis of Art. 50 TEU

Having seen the rather unclear situation before the Treaty of Lisbon, we now turn to the solution the Member States finally agreed upon regarding withdrawal from the EU. In the following, the five paragraphs of Art. 50 TEU are analysed in turn.

1. Art. 50 para. 1 TEU

Art. 50 para. 1 TEU states that “[a]ny Member State may decide to withdraw from the Union in accordance with its own constitutional requirements”. This paragraph sets forth that Member States do indeed have the right to withdraw from the EU.¹⁶ Depending on the theory followed for the situation before the introduction of Art. 50 TEU, this either constitutes a new right of the Member States or is of purely declaratory nature.¹⁷ The provision is *lex specialis* to the VCLT.¹⁸

The only requirement mentioned in order to withdraw is accordance with national constitutional requirements. Possible constitutional requirements could be of either procedural or substantive kind. For example, in Germany, Art. 23 of the Grundgesetz (Basic Law) requires the Federal Republic to “[...] participate in the development of the European Union that is committed to democratic, social and federal principles, to the rule of law, and to the principle of subsidiarity, and that guarantees a level of protection of basic rights [...]”. Thus, Germany could only withdraw from the Union if this provision were amended or if the decision to withdraw were in accordance with it, *i.e.* if the EU did not conform with the listed standards anymore.¹⁹

Therefore, depending on the national constitution, Art. 50 TEU points to procedural and/or substantive national requirements to withdraw from the EU. However, the European Court of Justice (ECJ) has no power to interpret national constitutional law nor to check the accordance with it. So this “requirement” is of purely declaratory nature,²⁰ meaning that, overall, there is no legally enforced substantive requirement to withdraw from the Union based on Art. 50 TEU.²¹ Consequently, the decision to

¹⁶ Technically, Art. 50 para. 1 TEU only mentions the right to “decide” to leave (*Beschlussrecht*), not the right to withdraw (*Austrittsrecht*). However, the provision would be meaningless, if the right to withdraw were not implied (HERCHENRÖDER, in: KRAMME/BALDUS/SCHMIDT-KESSEL, 57, 60).

¹⁷ HK EVV-HEINTSCHEL VON HEINEGG, Art. 1–60 N 3; STREINZ, in: KRAMME/BALDUS/SCHMIDT-KESSEL, 17, 19.

¹⁸ Europäisches Unionsrecht, Kommentar-MENG, Art. 50 EUV N 9.

¹⁹ Europäisches Unionsrecht, Kommentar-MENG, Art. 50 EUV N 9.

²⁰ STREINZ, in: KRAMME/BALDUS/SCHMIDT-KESSEL, 17, 21; Europäisches Unionsrecht, Kommentar-MENG, Art. 50 EUV N 8; HK EVV-HEINTSCHEL VON HEINEGG, Art. 1–60 N 4; differentiating in cases of substantiated doubts: MÜLLER-GRAFF in: KRAMME/BALDUS/SCHMIDT-KESSEL, 33, 44; differing opinion: HILLION, in: ARNULL/CHALMERS, 126, 137.

²¹ Das Recht der EU-DÖRR, Art. 50 EUV N 18.

leave the EU is fully within the discretion of each Member State. No reason needs to be given for withdrawal and much less does it have to be the *ultima ratio*.²² As mentioned above, whichever theory is followed, this nevertheless constitutes a fundamental change compared to the situation before the Treaty of Lisbon.

2. Art. 50 para. 2 TEU

Art. 50 para. 2 TEU states that: “[a] Member State which decides to withdraw shall notify the European Council of its intention. In the light of the guidelines provided by the European Council, the Union shall negotiate and conclude an agreement with that State, setting out the arrangements for its withdrawal, taking account of the framework for its future relationship with the Union. That agreement shall be negotiated in accordance with Article 218(3) of the Treaty on the Functioning of the European Union (TFEU). It shall be concluded on behalf of the Union by the Council, acting by a qualified majority, after obtaining the consent of the European Parliament”.

Since the withdrawal agreement is concluded between the Union (represented by the Council) and the leaving State, as opposed to between all Member States, it is not an *actus contrarius* to the admission of a new Member State (see Art. 49 TEU).²³ Also, the Council is to act by qualified majority. So unanimous ratification is not necessary, which is another contrast to an accession treaty. Thus, at least at first glance, it is (procedurally) easier to leave the Union than to become a member of it.²⁴

The contents of the withdrawal agreement are not specified in Art. 50 TEU. The possible issues that require to be regulated seem countless: trade, the EU’s four freedoms, other rights of citizens, respect of human rights, finance, etc. However, they have to be limited to the (exclusive) competences of the EU.²⁵ Thus, apart from the withdrawal agreement, it is necessary to negotiate further agreements concluded by the EU and the Member States acting together (“mixed agreements” requiring the ratification of all Member States).²⁶ Therefore, again looking at the bigger picture, leaving the Union is, at least procedurally, much easier than becoming part of it.

²² Europäisches Unionsrecht, Kommentar-MENG, Art. 50 EUV N 5; STREINZ, in: KRAMME/BALDUS/SCHMIDT-KESSEL, 17, 20; HERBST, GLJ, 1755, 1756.

²³ Europäisches Unionsrecht, Kommentar-MENG, Art. 50 EUV N 7.

²⁴ HILLION, in: ARNULL/CHALMERS, 126, 140.

²⁵ HERCHENRÖDER, in: KRAMME/BALDUS/SCHMIDT-KESSEL, 57, 73; HILLION, in: ARNULL/CHALMERS, 126, 140.

²⁶ HERCHENRÖDER, in: KRAMME/BALDUS/SCHMIDT-KESSEL, 57, 73; on this topic see also Opinion 2/15 of the ECJ regarding the Singapore trade deal, press release No 52/17, Luxembourg, 16 May 2017, <<http://en.euractiv.eu/wp-content/uploads/sites/2/2017/05/CP170052EN.pdf>> (19.08.2017).

According to the wording of the provision (“the Union shall negotiate”) the Union is under a duty to negotiate the withdrawal agreement.²⁷ This can also be based on Art. 4 para. 3 TEU, *i.e.* the principle of sincere cooperation.²⁸

3. Art. 50 para. 3 TEU

Art. 50 para. 3 TEU clarifies that “[t]he Treaties shall cease to apply to the State in question from the date of entry into force of the withdrawal agreement or, failing that, two years after the notification referred to in paragraph 2, unless the European Council, in agreement with the Member State concerned, unanimously decides to extend this period”. The right to withdraw is not an immediate right as it does not have a terminating effect.²⁹ The Treaties only cease to apply under the condition precedent that either the withdrawal agreement enters into force or a two-year period after notification passes. The latter option, commonly referred to as the “sunset clause”³⁰, indicates that the notification – or even the conclusion of the withdrawal agreement – is not constitutive,³¹ and we have to wait until its entry into force.

Until the condition precedent to withdrawal is fulfilled, the withdrawing State is still a Member State and thus remains bound by the Treaties, including the principle of sincere cooperation (Art. 4 para. 2 TEU). Hence, the withdrawing State has the duty to help the EU carry out its tasks, including negotiating the withdrawal agreement.³² Non-compliance can be sanctioned based on Art. 258 ff. TFEU.³³ The duty to negotiate is, however, only an obligation of conduct and not of result, as the Treaties do not stipulate that a concluded withdrawal agreement is imperative.³⁴

4. Art. 50 para. 4 TEU

Art. 50 para. 4 TEU states that “[f]or the purposes of paragraphs 2 and 3, the member of the European Council or of the Council representing the withdrawing Member State shall not participate in the discussions of the European Council or Council or in

²⁷ Das Recht der EU-DÖRR, Art. 50 EUV N 15; HERCHENRÖDER, in: KRAMME/BALDUS/SCHMIDT-KESSEL, 57, 67.

²⁸ HERCHENRÖDER, in: KRAMME/BALDUS/SCHMIDT-KESSEL, 57, 67 ff.

²⁹ HILLION, in: ARNULL/CHALMERS, 126, 136 ff.

³⁰ *E.g.* HK EVV-HEINTSCHEL VON HEINEGG, Art. 1–60 N 8.

³¹ STREINZ, in: KRAMME/BALDUS/SCHMIDT-KESSEL, 17, 20.

³² HILLION, in: ARNULL/CHALMERS, 126, 139; HERCHENRÖDER, in: KRAMME/BALDUS/SCHMIDT-KESSEL, 57, 68.

³³ However, non-compliance cannot lead to a loss of the right to withdraw, HERCHENRÖDER, in: KRAMME/BALDUS/SCHMIDT-KESSEL, 57, 65 ff.; Das Recht der EU-DÖRR, Art. 50 EUV N 33.

³⁴ HILLION, in: ARNULL/CHALMERS, 126, 139; Das Recht der EU-DÖRR, Art. 50 EUV N 15; STREINZ, in: KRAMME/BALDUS/SCHMIDT-KESSEL, 17, 20.

decisions concerning it. A qualified majority shall be defined in accordance with Article 238(3)(b) of the Treaty on the Functioning of the European Union”.

Art. 50 para. 4 TEU *a contrario* means that the leaving Member State still participates in all discussions of the European Council and the Council outside the scope of Art. 50 para. 2 and 3 TEU. As nothing to the contrary is stipulated, the withdrawing State maintains its delegates in the EU institutions, such as the Parliament, the Commission, the ECJ, agencies, bodies and other working groups.³⁵ Although these individuals do not formally represent their State, it is still criticised by some authors as potentially conducive to conflicts of interests, since the withdrawing State could influence decisions that might never apply to it.³⁶ However, it does make sense that the concerned Member State still has the right to participate, if, on the other hand, it is subject to certain duties as well. After all, it remains a Member State until the withdrawal agreement enters into force or the sunset clause activates.

5. Art. 50 para. 5 TEU

Art. 50 para. 5 TEU sets forth that “[i]f a State which has withdrawn from the Union asks to rejoin, its request shall be subject to the procedure referred to in Article 49”. This clarifies that withdrawal is definite. Therefore, there is no possibility to include a more accessible option to re-join in the withdrawal agreement, because primary law says differently.³⁷ However, it is not clear at what point in time exactly withdrawal is definite. The decision to withdraw opens the two-year negotiating process, but does not provide for a “withdrawal of the withdrawal”. In other words, could a Member State revoke its notification as long as the withdrawal process is still ongoing? According to some, reversal would only be possible with consent of all Member States.³⁸ On the other hand, Lord John Kerr, one of the writers of Art. 50 TEU, stated that if a country changed its mind, everybody would be “very cross at the waste of time” but legally could not force them to leave.³⁹

³⁵ HILLION, in: ARNULL/CHALMERS, 126, 139.

³⁶ HILLION, in: ARNULL/CHALMERS, 126, 138ff.

³⁷ Das Recht der EU-DÖRR, Art. 50 EUV N 42; Kommentar-MENG, Art. 50 EUV N 10.

³⁸ Michel Barnier, Chief EU negotiator for Brexit, quoted by WATTS, <<http://www.independent.co.uk/news/uk/politics/article-50-brexit-eu-negotiator-michel-barnier-stop-theresa-may-withdrawing-latest-a7673596.html>> (19.08.2017). Similarly, the UK Supreme Court stated that when notice is given, an *irreversible* course is started: R (Miller) v Secretary of State for Exiting the European Union [2017] UKSC 5, para. 36.

³⁹ WATTS, <<http://www.independent.co.uk/news/uk/politics/article-50-brexit-eu-negotiator-michel-barnier-stop-theresa-may-withdrawing-latest-a7673596.html>> (19.08.2017); <<http://www.bbc.com/news/uk-politics-39143978>> (19.08.2017).

In conclusion, Art. 50 TEU clearly confirms the possibility of withdrawal of a Member State from the EU. Withdrawal is not subject to any substantive requirements. Consequently, the withdrawal agreement does not revolve around “if”, but “how” a Member State leaves the European Union.⁴⁰ Overall, Art. 50 TEU is limited to a rough procedural framework and thereby leaving considerable room for speculation about the exact consequences of withdrawal.

C. Comparison to other international organisations/states

From a structural point of view, the EU is generally considered to be situated somewhere between an international organisation or union of States (*Staatenbund*) and a federal State (*Bundesstaat*):⁴¹ The EU is more closely connected than a mere union of States, yet the Member States of the EU are more sovereign as those of a federal State.

This subsection deals with the right to withdraw from both international organisations as well as federal States. From a logical point of view, Art. 50 TEU should be situated between the two: leaving the EU should be harder than leaving an international organisation, but easier, than leaving a federal State. The following analysis thus has the aim of putting Art. 50 TEU into perspective.

An international organisation can be left pursuant to Art. 56 ff. VCLT to the extent that this has not been regulated differently in the founding treaty.⁴² In order to withdraw, significant substantive requirements have to be fulfilled, *i.e.* either material breach by another party, impossibility of performance or fundamental change of circumstances (Art. 60 ff. VCLT).

Regarding the withdrawal of a State from a federal State, no general statements can be made. For instance the Swiss Constitution does not contain a provision on withdrawal. However, all Cantons are mentioned in its Art. 1. Thus, in order to secede, the Constitution would have to be partially revised, which requires a vote with a majority of the People and the Cantons (Art. 139 para. 5 in conjunction with Art. 142 para. 2 of the Constitution). Similarly, the Constitution of the United States does not contain a withdrawal clause either. To the contrary, the preamble speaks of a “more perfect union”. By entering this union each State has lost its sovereign status and unilateral secession is no longer possible.⁴³ Therefore, the US constitution would

⁴⁰ HK EVV-HEINTSCHEL VON HEINEGG, Art. 1–60 N 3.

⁴¹ JAAG/HÄNNI, Rz. 1212a.

⁴² Examples of treaties that contain a withdrawal provision: Art. 7 of the Statute of Council of Europe, Art. 57 of the Convention establishing the European Free Trade Association.

⁴³ AMAR, 21 ff.; or as the late conservative US Supreme Court Justice ANTONIN SCALIA put it in a letter of 31 October 2006: “[i]f there was any constitutional issue resolved by the Civil War, it is

also have to be amended for the secession of a State to be possible, which requires ratification by three fourths of all States (Art. 5 US Constitution). Hence, secession from both Switzerland and the US is technically possible, though very unlikely.

In summary, *unconditional unilateral withdrawal* is neither possible from an international organisation (in case the VCLT applies), nor from a federal State. In order to withdraw, certain prerequisites have to be fulfilled, being of substantive nature for international organisations and of rather procedural nature for federal States. As we have seen above, withdrawal according to Art. 50 TEU is not subject to any requirements.⁴⁴ Thus, concerning the possibility of withdrawal, the EU is not between international organisations and federal States, but rather completely off the scale. Consequently, it has even been argued that the introduction of Art. 50 TEU has changed the legal nature of the Union to “a mere union of States”⁴⁵. This last statement might be somewhat exaggerated, but Art. 50 TEU does definitely prove that the EU is far from being a (federal) State.⁴⁶

D. Expectations for Art. 50 TEU

According to the preamble, the goal of the Treaty of Lisbon was to mark a new stage in the process of European integration and to create an ever closer Union. In this context, the introduction of Art. 50 TEU might seem paradoxical since, as previously described, it makes withdrawal from the EU a lot more accessible. However, the provision, to some effect, can also aid the goal of an “ever closer union”. A Member State unwilling to be part thereof is allowed to leave and thereby let the remaining States in the Union grow closer together.⁴⁷ Thereby, at least in theory and expectation, Art. 50 TEU could make the European Union stronger as all Member States remain because they want to, and not because there is no legal option to leave.

However, what had to be considered the main purpose of Art. 50 TEU is to create legal certainty.⁴⁸ As seen above, the situation before the Treaty of Lisbon was uncertain for multiple reasons. Firstly, it was uncertain whether a Member State could leave the Union at all. Secondly, it was unclear what the requirements of

that there is no right to secede”. <https://i2.wp.com/www.newyorkpersonalinjuryattorneyblog.com/uploaded_images/Scalia-Turkewitz-Letter-763174.jpg> (19.08.2017).

⁴⁴ Ignoring the prospect of possibly having to conclude additional mixed-agreements.

⁴⁵ Statement of GIJS DE VRIES, representative of the Dutch government in: BRUHA/NOWAK, in: BRUHA/KUNIG/MENG/RUDOLF/THÜRER, 1, 15.

⁴⁶ Europäisches Unionsrecht, Kommentar-MENG, Art. 50 EUV N 13.

⁴⁷ HILLION, in: ARNULL/CHALMERS, 126, 149.

⁴⁸ Europäisches Unionsrecht, Kommentar-MENG, Art. 50 EUV N 1; Das Recht der EU-DÖRR, Art. 50 EUV N 3; simultaneously, the introduction Art. 50 TEU submits the issue “to the canons of the EU legal order, instead of leaving it to the vicissitudes of international law” (HILLION, in: ARNULL/CHALMERS, 126, 149).

withdrawal would be. Consequentially, the procedure of withdrawal was not regulated. Art. 50 TEU now clearly states that it is possible to withdraw but does not mention any substantial requirements. Procedurally, the Article only sets forth a rough scheme to be followed and does not define the contents of the withdrawal agreement, which is problematic because in the event of a separation it could potentially be even harder to agree upon *ad hoc* procedural arrangements.⁴⁹

Furthermore, any and all legal certainty would be missing in case the sunset clause activates because then the relationship between the Union and the withdrawing State would not be arranged. Thus, the sunset clause, which was meant to provide legal certainty at the latest two years after the notification of the decisions to withdraw, could in fact counteract the purpose of legal certainty.⁵⁰

It is not surprising that the provision did not answer every single possible question regarding withdrawal, as it is a very complex issue. Also, it is necessary to leave some room to cater for particular needs of the arising situation.⁵¹ Furthermore, by leaving some issues unsolved, withdrawal remains a scary and uncertain, and thus unappealing process. This could force withdrawal-prone Member States to reconsider instead of making such far-reaching decision on the spur of the moment.

III. Brexit and legal certainty

Bearing in mind the main expectation of legal certainty carved out above for Art. 50 TEU, the goal of this part is to figure out whether they have been met with Brexit. We first examine the socio-economic context and how different the situation of the EU is now compared to when it was first formed. We then critically review the legal and constitutional relationship between the UK and the EU as an indispensable background to understanding the procedural and substantive issues caused by Brexit. Finally, the authors examine an idea that could have helped prevent past and current problems and might address future ones.

A. Why Brexit happened

The Brexit referendum was held on 23 June 2016 and the very tight majority of 51.9% decided that the United Kingdom would leave the European Union. Faced with the growing social and political frustration with the EU, its politics and

⁴⁹ HILLION, in: ARNULL/CHALMERS, 126, 142.

⁵⁰ See HK EVV-HEINTSCHEL VON HEINEGG, Art. 1–60 N 8.

⁵¹ HILLION, in: ARNULL/CHALMERS, 126, 142.

influence on the UK, Prime Minister David Cameron organised the referendum as, he claims, lack thereof was “poisoning British politics”⁵². Because he thought that leaving the EU would be “economic self-harm”⁵³, he resigned from his post after his political gamble to fresh leadership. New Prime Minister Theresa May, initially openly wary of Brexit and its consequences for the UK,⁵⁴ is carrying out the “democratic will of the British people”⁵⁵.

When the Lisbon Treaty was signed only ten years ago, the feeling of unrest that led to Brexit would have seemed foreign. Beginning as a post-war trade agreement, the EU has developed from a free trade zone into a state-like structure, providing citizenship and wide-ranging social, labour, and welfare rights.⁵⁶ We are now observing the aftershocks of the financial crisis that have resulted in wide-spread distrust of the EU, the rise of nationalism and xenophobia,⁵⁷ and a growing aversion to globalisation.⁵⁸ In this light, it is the opinion of the authors that the spirit of community and cooperation that prevailed in the wake of the horrors of World War II has been exhausted, and that countries are shifting their focus back towards their national interests and citizens, at the expense of international partnership. In Western Europe, this can be observed in particular in the discrimination and “othering” that has dominated the narrative of the recent Syrian refugee crisis.⁵⁹ While these tendencies are not direct causes of Brexit, the authors submit that this is the background context in which the referendum was held, and it is far removed from the spirit of unity upon which the European Community was founded in the 1950s.⁶⁰

The main reason cited for Brexit was a sense of regaining national sovereignty, especially over the laws that govern the country.⁶¹ The percentage of UK law that

⁵² HOLMES, <<https://www.theguardian.com/politics/2017/apr/26/david-cameron-brexit-vote-ended-poisoning-uk-politics>> (19.08.2017).

⁵³ STEWART/MASON/SYAL, <<https://www.theguardian.com/politics/2016/jun/24/david-cameron-resigns-after-uk-votes-to-leave-european-union>> (19.08.2017).

⁵⁴ MOSELEY, <<http://www.bbc.com/news/uk-politics-38653681>> (19.08.2017).

⁵⁵ ASTHANA/STEWART/WALKER, <<https://www.theguardian.com/politics/2017/mar/29/theresa-may-triggers-article-50-with-warning-of-consequences-for-uk>> (19.08.2017).

⁵⁶ DE SCHUTTER, <<https://www.cairn.info/revue-francaise-des-affaires-sociales-2006-5-page-119.htm>> (05.10.2017).

⁵⁷ For example in France, Poland, the United States, and tangentially Venezuela and Turkey.

⁵⁸ ELLIOT, <<https://www.theguardian.com/business/2016/jun/26/brexit-is-the-rejection-of-globalisation>> (05.10.2017).

⁵⁹ <<https://www.euractiv.com/section/global-europe/news/un-refugee-chief-worrying-climate-of-xenophobia-in-europe/>> (05.10.2017).

⁶⁰ BOFFEY, <<https://www.theguardian.com/world/2017/mar/25/eu-leaders-mark-60th-anniversary-with-rome-declaration>> (05.10.2017).

⁶¹ <<https://www.economist.com/news/britain/21695056-talk-taking-back-power-may-be-delusional-more-democracy-not-dreaming-sovereignty>> (05.10.2017) The exact reasons why Brexit happened are in themselves enough to constitute a textbook and will not be discussed here as they are beyond the scope of this article and the legal expertise of the authors. For detailed reasons the authors refer to specialised literature in political science, European studies and sociology.

actually comes from the EU is difficult to measure because the UK has a dualist legal system (see below), but it is undeniable that there are rules applicable on the British Isles that did not originate there.⁶² The Government's White Paper on the Great Repeal Bill, titled "Legislating for the United Kingdom's withdrawal from the European Union", quotes sovereignty as the "heart of that historic decision"⁶³. The point is not to expel all EU law and wilfully introduce different standards, but to convert it fully to UK law and, through this, "tak[e] back control"⁶⁴. Furthermore, international trade was named as another cause of Brexit,⁶⁵ as the UK felt itself held back by the EU and now hopes to "build a great, global trading nation that is respected around the world and is strong, confident and united at home"⁶⁶.

B. The legal relationship between the UK and the EU

The following discussion of the legal relationship between the UK and the EU is meant to acquaint readers with the specificity of the UK (and Brexit) in its application of EU law. Setting itself apart from most of its fellow Member States, the UK incorporates EU law in the context of a dualistic system,⁶⁷ which means that every major piece of legislation or treaty ratified by the UK government has to be "brought home" by an Act of the UK Parliament, which either refers back to it directly or copies the provisions.⁶⁸ The European Communities Act 1972 is the piece of UK legislation that gives effect to the UK's rights and obligations under EU law.⁶⁹ This respects the principle of supremacy of EU law, all the while upholding the age-old UK principle of sovereignty of Parliament, which states that Parliament is the supreme legal authority in the country.⁷⁰

The interesting aspect here is that, as mentioned previously, Art. 50 TEU states that a Member State may withdraw from the Union "in accordance with its own constitutional requirements". The British constitutional principle of sovereignty of Parliament was at the heart of the Supreme Court "Brexit case". The question was

⁶² <<https://fullfact.org/europe/uk-law-what-proportion-influenced-eu/>> (05.10.2017).

⁶³ DEPARTMENT FOR EXITING THE EUROPEAN UNION, White Paper, 7.

⁶⁴ DEPARTMENT FOR EXITING THE EUROPEAN UNION, White Paper, 5 and 7.

⁶⁵ MAULDIN/FRIEDMAN, <<https://www.forbes.com/sites/johnmauldin/2016/07/05/3-reasons-brits-voted-for-brexit/#de7d81f9d6a3>> (19.08.2017).

⁶⁶ White Paper, 7.

⁶⁷ <<https://publications.parliament.uk/pa/cm201011/cmselect/cmeuleg/633/63304.htm>> (19.08.2017).

⁶⁸ This becomes a problem when the UK Parliament "cherry picks" only certain provisions of the international legal act – such as is the case with the Human Rights Act 1998, meant to bring home the European Convention on Human Rights – but does not directly copy all of its provisions. See <<https://www.equalityhumanrights.com/en/human-rights/human-rights-act>> (19.08.2017).

⁶⁹ White Paper, 31.

⁷⁰ <<https://www.parliament.uk/about/how/role/sovereignty/>> (19.08.2017).

whether the Prime Minister was constitutionally permitted to trigger Art. 50 TEU without involving Parliament. The Supreme Court ruled that the referendum result is not “legally binding”⁷¹ and it is for Parliament only to change the UK constitution.⁷² The result of this case was the two-line European Union (Notification of Withdrawal) Act 2017 which confers on the Prime Minister the power to notify, under Art. 50 TEU, the United Kingdom’s intention to withdraw from the EU.⁷³

C. The repercussions of Brexit on legal certainty

The main reason the authors identify for having added Art. 50 to the TEU was to introduce legal certainty to the process of leaving the EU.⁷⁴ Armed with the background knowledge discussed above, the authors will now assess whether this goal has been fulfilled on a procedural and substantive level. To this end, selected issues observed from the current political climate are addressed.

1. Procedurally

After Parliament gave her the power to do so, Prime Minister Theresa May formally notified the EU of the UK’s intention to leave through a letter addressed to European Council President Donald Tusk.⁷⁵ This six page letter highlights eight important cooperation principles for a smooth Brexit process, including the will for a “deep and special partnership” with the EU, securing a comprehensive agreement and interim implementation or transition periods to minimise disruption and guarantee certainty for citizens and business, fairness, order and prioritisation, putting citizens first and protecting shared European values. The language of the letter seems to show good faith, pragmatism and a will to engage constructively and respectfully, in the spirit of sincere cooperation. The letter is not aggressive, it highlights certainty, rights of citizens, the importance of trade and fight against crime and terrorism.⁷⁶ It does not explicitly mention immigration or free movement, but those can be inferred from the

⁷¹ R (Miller) v Secretary of State for Exiting the European Union [2017] UKSC 5, para. 125 and FENTON, <<http://www.independent.co.uk/news/uk/politics/brexit-vote-eu-referendum-not-legally-binding-supreme-court-legal-challenge-article-50-a7418706.html>> (19.08.2017).

⁷² CASCANI, <<http://www.bbc.com/news/uk-politics-38733090>> (19.08.2017).

⁷³ <<http://services.parliament.uk/bills/2016-17/europeanunionnotificationofwithdrawal.html>> (19.08.2017).

⁷⁴ See above Part II.D.

⁷⁵ MACDONALD/HERMAN, <<http://uk.reuters.com/article/uk-britain-eu-delivery-idUKKBN170145>> (19.08.2017); letter available at <https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/604079/Prime_Ministers_letter_to_European_Council_President_Donald_Tusk.pdf> (19.08.2017).

⁷⁶ <<http://www.bbc.com/news/uk-politics-uk-leaves-the-eu-39433403>> (19.08.2017).

list of priorities. From the point of view of testing Art. 50 TEU, this letter seems to fulfil the expectations of what the notification of withdrawal could look like.

The two main current reference points for the Brexit process are the Government White Paper mentioned above and increasing media information about the “deal” the UK will reach with the EU. After the notification on 29 March 2017, talks have begun to carve out an exit deal between the UK and the EU.⁷⁷ The White Paper was published the same month, and outlines the approach and planned contents of the Great Repeal Bill and of the exit deal with the EU.⁷⁸ The Great Repeal Bill, or officially the European Union (Withdrawal) Bill, is currently being redrafted, a first proposal having already received extensive feedback from the House of Commons.⁷⁹

The Great Repeal Bill aims to ensure that “the same rules and laws apply on the day after we leave the EU as before”⁸⁰. It hopes to “convert directly-applicable EU law into UK law”, “preserve all the laws we have made in the UK to implement [their] EU obligations” and respect the binding precedent of historic ECJ law in UK court.⁸¹ The White Paper then details the technique in which the UK hopes to proceed with the division of assets and end the supremacy of EU law.⁸² This is a valiant attempt at safeguarding some remnants of legal certainty for all stakeholders, but the problem the authors perceive is that while in most cases the same rules that existed under EU law will apply on Brexit Day, as Government and Parliament will no longer be bound by EU law, there is a threat to legal certainty and continuity afterwards.

The redrafted Great Repeal Bill will hopefully receive Royal Assent and become law in the UK in early 2018. At the same time, negotiations are underway in Brussels to carve out an “exit deal”. Apart from citizens’ rights/free movement of people and trade/single market, there is also mention of nuclear regulations, consumer protection, workers’ social rights, the environment and the Irish border (see below). While news report that there is goodwill from all parties, there is also significant disagreement on each issue and a lack of clarity from the British side.⁸³ For example, the role of the ECJ and the amount the UK will have to pay to settle its accounts are bones of contention.⁸⁴ Overall, while the parties may have set out to negotiate in good faith and with a decent agenda and priorities, the talks do not seem to be going

⁷⁷ <<http://www.bbc.co.uk/news/uk-politics-40788669>> (19.08.2017).

⁷⁸ DEPARTMENT FOR EXITING THE EUROPEAN UNION, White Paper, 9 ff.

⁷⁹ STEWART, <<https://www.theguardian.com/politics/2017/jul/12/labour-tories-great-repeal-bill-brexit-eu>> (19.08.2017)

⁸⁰ DEPARTMENT FOR EXITING THE EUROPEAN UNION, White Paper, 14.

⁸¹ DEPARTMENT FOR EXITING THE EUROPEAN UNION, White Paper, 14.

⁸² DEPARTMENT FOR EXITING THE EUROPEAN UNION, White Paper, 17.

⁸³ <<http://www.bbc.com/news/uk-politics-40788669>> (19.08.2017).

⁸⁴ RANKIN, <<https://www.theguardian.com/politics/2017/jun/13/theresa-may-judge-european-court-justice-brexit-david-edward>> (19.08.2017); <<http://www.bbc.com/news/uk-politics-40662740>> (19.08.2017).

too well in autumn 2017. Granted, it is very early to judge and they have only met twice,⁸⁵ and one should not sacrifice completeness for expediency, but the uncertainty is making people,⁸⁶ companies⁸⁷ and banks nervous.⁸⁸

This feeling of insecurity is additionally irritated by the threat that if there is no agreed deal by 29 March 2019, the UK automatically ceases to be a member. In the absence of transition and trade deals all of EU law ceases to apply immediately and the UK will have to trade with the EU on WTO rules.⁸⁹ While this is a clear reference to an acknowledged set of rules (accessible with a little effort), it is humbly submitted that those rules are not *ex officio* adapted to a situation where the two now divorced parties were used to trading on very special and very close terms.

We can conclude from the observations above that the Brexit process has given rise to procedural legal uncertainty. The authors would now like to turn to the substance of the matter, before proposing a hypothetical solution.

2. Substantively

Right now three main questions dominate the news: (1.) the uncertain future of the devolved British nations of Scotland, Wales and Northern Ireland, (2.) the uncertain situation for EU citizens in the UK and British citizens in the EU and (3.) to the uncertain prospective UK-EU trade relations. Each of these will be reviewed separately.

(1.) None of the three devolved nations can currently be certain of their fate. In Scotland, after the independence referendum in 2014, a narrow majority decided that the country will stay in the UK, mainly to stay safely in the EU without having to reapply as an independent State.⁹⁰ Now, a cheated Scotland, painfully unhappy about the “developing disaster”⁹¹, is fighting for a special status after Brexit and remaining in the single market, threatening a second independence referendum,⁹² though those

⁸⁵ CHRISTOU, <<https://www.verdict.co.uk/brexit-negotiations/>> (19.08.2017).

⁸⁶ QUINN, <<https://www.theguardian.com/politics/2017/jun/24/eu-citizens-shadow-brexit-sleepless-anxious-depressed>> (05.10.2017).

⁸⁷ LEHMANN, <<https://www.theguardian.com/uk-news/2016/nov/19/german-businesses-uk-worry-brexit-impact-on-market>> (05.10.2017); <<https://www2.deloitte.com/ch/en/pages/finance/articles/brexit.html>> (05.10.2017).

⁸⁸ CHALK, <<http://www.bbc.co.uk/newsbeat/article/36649722/brexit-leaves-some-bankers-in-the-city-of-london-nervous-about-the-uks-economy>> (05.10.2017).

⁸⁹ D'URSO/GLATTE, <<http://www.bbc.com/news/uk-politics-39294904>> (19.08.2017).

⁹⁰ <<https://www.economist.com/news/leaders/21717038-decision-leave-eu-appears-strengthen-case-scottish-independence-fact>> (19.08.2017).

⁹¹ <<http://www.bbc.com/news/uk-scotland-scotland-politics-41550906>> (09.10.2017).

⁹² HUNT/WHEELER, <<http://www.bbc.com/news/uk-politics-32810887>> (19.08.2017).

plans are currently on hold until “there was greater clarity on Brexit”⁹³. However, Scotland’s potential accession to the EU runs the risk of being be thwarted by Spain, currently fighting separatist movements in Catalonia,⁹⁴ as a disincentive for breaking free and applying to join the EU.⁹⁵

In Ireland, given the UK’s “failure to come up with workable proposals”⁹⁶ and the violent rejection of the idea of raising a border across the Irish island, there are talks of Northern Ireland joining the Republic,⁹⁷ thus sparing them applying to the EU as a separate State.⁹⁸

Finally, Wales, whose economy depends heavily on EU exports, is set to lose EU funding while not feeling well defended by Westminster.⁹⁹ Nothing major has developed in this area by autumn 2017. Senior UK politicians and party leaders deplore the fact that none of the devolved nations has been mentioned in Prime Minister Theresa May’s recent speech in Florence on 22 September 2017.¹⁰⁰

(2.) The same uncertainty is present for all concerned citizens: non-British EU citizens living in the UK and Brits living in the EU, none of whom have any idea about what is going to happen to them. Both the letter to President Tusk as well as the Government’s White Paper Brexit state that citizens are their top priority. After pressure from the European Parliament (which represents the interests of EU citizens) for legal certainty on citizens’ rights,¹⁰¹ the UK Government published a policy paper titled “The United Kingdom’s exit from the European Union: safeguarding the position of EU citizens living in the UK and UK nationals living in the EU” a year after the referendum.¹⁰² However, despite covering quite a substantial number of issues such as residence permits, visas and healthcare, and not mentioning expulsion, the paper is nevertheless vague enough that the dissatisfied European Parliament repeatedly reserves the right to veto a Brexit deal that treats EU citizens in the UK less favourably than they are at present under EU equality rules.¹⁰³

⁹³ <<http://www.bbc.com/news/uk-scotland-scotland-politics-41550906>> (09.10.2017).

⁹⁴ <<http://www.bbc.com/news/world-europe-41493014>> (05.10.2017).

⁹⁵ TREMLETT, <<https://www.theguardian.com/commentisfree/2017/mar/15/scottish-nationalists-spanish-independent-scotland-brex-it-snp>> (19.08.2017).

⁹⁶ MERRICK, <<http://www.independent.co.uk/news/uk/politics/theresa-may-leo-varadkar-customs-union-single-market-dublin-irish-sea-trading-border-a7890061.html>> (19.08.2017).

⁹⁷ <<http://www.bbc.com/news/uk-northern-ireland-40819687>> (19.08.2017).

⁹⁸ HUNT/WHEELER, <<http://www.bbc.com/news/uk-politics-32810887>> (19.08.2017).

⁹⁹ <<http://www.bbc.com/news/uk-wales-politics-40645038>> (19.08.2017).

¹⁰⁰ <<http://www.bbc.com/news/uk-politics-41546701>> (10.10.2017).

¹⁰¹ BANKS, <<https://www.theparliamentmagazine.eu/articles/news/brex-it-european-parliament-chiefs-emphasise-need-legal-certainty-citizens-rights>> (19.08.2017).

¹⁰² <<https://www.gov.uk/government/publications/safeguarding-the-position-of-eu-citizens-in-the-uk-and-uk-nationals-in-the-eu/the-united-kingdoms-exit-from-the-european-union-safeguarding-the-position-of-eu-citizens-living-in-the-uk-and-uk-nationals-living-in-the-eu>> (19.08.2017).

¹⁰³ VERHOFSTADT, <<https://www.theguardian.com/commentisfree/2017/jul/09/brex-it-offer-eu-citizens-veto-british-proposal-european-parliament>> (19.08.2017).

Nonetheless, in her speech in Florence mentioned above, and in the hopes of unblocking Brexit talks, Theresa May stated that EU migrants will be able to stay and work in the UK but will have to register with relevant authorities.¹⁰⁴ According to the EU’s chief Brexit negotiator, Michel Barnier, this speech was “constructive” and showed a “willingness to move forward”¹⁰⁵, but European Council President Donald Tusk, though “cautiously optimistic” about the “constructive and more realistic tone” of the Prime Minister’s speech, has expressed concern that not enough progress has been made to move to the next stage of Brexit talks in Brussels.¹⁰⁶

(3.) Let us turn to the third hottest current Brexit topic: future trade relations between the UK and the EU, *i. e.* leaving the customs union and/or the EU single market, linked import taxes and free trade,¹⁰⁷ and the relationship with the European Economic Area. There is ongoing disagreement between UK parties about these issues,¹⁰⁸ thereby not presenting a unified negotiating front with the EU and worrying citizens and businesses. Theresa May has previously argued for leaving the customs union as continued membership would prevent the UK from reaching their own customs agreements with third parties,¹⁰⁹ though once again in her Florence speech she called for a two-year transition period after Brexit takes place, during which time trade should continue on current terms.¹¹⁰ Former UK Independence Party (UKIP) leader and ferocious Brexiteer Nigel Farage as well as his freshly elected successor Henry Bolton argue that the current direction is unacceptable as it means leaving the EU in anything but name.¹¹¹ However, PM May’s stance is a welcome improvement for business across all sectors, worried that their goods and services, suddenly blocked by tariffs on trade, would become non-competitive in the EU, while banks and companies plan to leave London for Frankfurt or Dublin as the British pound trembles.¹¹² Annoyingly though, as long as the UK remains part of the EU, they cannot negotiate independent trade agreements.¹¹³ A hole in the law is to be avoided, but as of autumn 2017, this is an unresolved setback to trade continuity post-Brexit.

Lastly, no clear arrangement has been made yet about the UK’s respect of human rights. Though the relationship between the UK and the European Convention on

¹⁰⁴ <<http://www.bbc.com/news/uk-politics-41355642>> (09.10.2017).

¹⁰⁵ <<http://www.bbc.com/news/uk-politics-41355642>> (09.10.2017).

¹⁰⁶ <<http://www.bbc.com/news/uk-politics-41389498>> (10.10.2017).

¹⁰⁷ <<http://www.bbc.com/news/uk-politics-40914604>> (19.08.2017).

¹⁰⁸ <<http://www.bbc.com/news/uk-politics-39665835>> (19.08.2017).

¹⁰⁹ <<http://www.bbc.com/news/business-38654147>> (19.08.2017).

¹¹⁰ <<http://www.bbc.com/news/uk-politics-41355642>> (10.10.2017).

¹¹¹ <<http://www.bbc.com/news/uk-politics-41355642>> (10.10.2017); <<http://www.bbc.com/news/uk-politics-41453943>> (10.10.2017).

¹¹² RANKIN, <<https://www.theguardian.com/business/2017/jul/21/banks-and-companies-plan-expansion-in-frankfurt-after-brexit>>.

¹¹³ SHARMAN, <<http://www.independent.co.uk/news/uk/politics/uk-trade-negotiation-deal-us-brexit-european-union-member-philip-hammond-a7548641.html>> (19.08.2017).

Human Rights (ECHR) has been strained for separate reasons, Theresa May has been quoted saying that the UK should leave the ECHR.¹¹⁴ Moreover, the Repeal Bill as it stands today does not bring the EU's European Charter of Fundamental Rights into UK law after Brexit, further robbing British citizens (already deprived of EU citizenship) and foreigners living there of that extra layer of protection.¹¹⁵

As of Monday 9 October 2017, a fifth round of Brexit negotiations has started in Brussels, although after the Florence speech both the UK and the EU believe that the other party bears the onus of moving things along.¹¹⁶ Prime Minister Theresa May asserts that "real and tagible progress" has been made in Brexit talks,¹¹⁷ while the European Commission says the "ball is entirely in the UK's court"¹¹⁸. To this, EU Brexit negotiator Michel Barnier responds that "Brexit is not a game"¹¹⁹. Later in October, EU leaders will decide "if enough progress has been made to move talks on to the UK's future trade relations"¹²⁰.

IV. Proposal for editing Art. 50 TEU

In order to tackle the issue of legal certainty, the authors suggest the following: when Art. 50 TEU was first unveiled, a requirement should have been introduced for the States to draft a sort of "prenuptial agreement" with the EU to outline the direction of the talks about crucial issues like EU citizens' rights, trade relations and identify the "hard lines" for both sides. This requirement should now still be implemented for States already in the EU (a "postnuptial" agreement) as well as candidate States. While aware that such a requirement might today give ideas to Eurosceptics across Member States, the authors would nevertheless like to highlight below the advantages of such a document. If properly drafted, it could help avoid or address the problems identified in previous sections.

Firstly, such an auxiliary agreement between a candidate State and the EU could contain the Member State's national constitutional requirements for leaving the EU, and include possibilities of challenge in domestic courts. Also, in the interest of legal certainty, this document could expand the jurisdiction of the ECJ to cover any

¹¹⁴ ASTHANA, <<https://www.theguardian.com/politics/2016/apr/25/uk-must-leave-european-convention-on-human-rights-theresa-may-eu-referendum>> (19.08.2017).

¹¹⁵ VERHOFSTADT, <<https://www.theguardian.com/commentisfree/2017/jul/09/brexit-offer-eu-citizens-veto-british-proposal-european-parliament>> (19.08.2017).

¹¹⁶ <<http://www.bbc.com/news/uk-politics-41546701>> (10.10.2017).

¹¹⁷ <<http://www.bbc.com/news/uk-politics-41546701>> (10.10.2017).

¹¹⁸ PARKER/WRIGHT, <<https://www.ft.com/content/0617608a-ac30-11e7-beba-5521c713abf4>> (10.10.2017).

¹¹⁹ <<http://www.bbc.com/news/uk-politics-41565651>> (10.10.2017).

¹²⁰ <<http://www.bbc.com/news/uk-politics-41565651>> (10.10.2017).

uncertainties.¹²¹ This could avoid cases being brought to national courts over national constitutional requirements, like the Brexit case in the UK Supreme Court, which extended the time between the referendum and the notification to nine months.¹²²

Secondly, current Brexit talks cover three agreements: a divorce agreement (the main “exit deal” targeted by Art. 50 TEU), a trade agreement, and, potentially, a transition agreement.¹²³ The first two require the UK Government to decide between the so-called “hard” and the “soft” Brexit options for trade, EU citizens and additional issues such as the role of the ECJ. While Theresa May originally vehemently rejected the ECJ to great national chagrin and criticism,¹²⁴ she has now confirmed that the UK would remain under the Court’s jurisdiction during her planned two-year transition period.¹²⁵ Her proposed transition agreement would span over three years and help reassure businesses and citizens by maintaining the status quo and allowing for smooth implementation of the two other Brexit deals.¹²⁶ The authors commend this effort, though such issues could have been dealt with directly in the text of the TEU and supporting documents like a prenup.

Thirdly, apart from a draft trade agreement, the prenup should also specify the sum of money to be paid by the exiting State. This sum could then of course be adapted, but its presence in the prenup would indicate to negotiating parties a degree of magnitude to reckon with and considerably reduce the influence of national pride.¹²⁷ The time following the notification, which is currently being spent on creating all of the agreements from scratch, could be better applied, namely to update a pre-existing solid basis from the Member’s State’s accession treaty to current reality.

Fourthly, the authors are cautious in suggesting a modification of the phrasing of Art. 50 TEU, which would include more general principles such as good faith or whether or not Art. 50 TEU should be perceived as the last possible resort after all other (re-)negotiations between Member State and EU have failed. Including such principles outright in the text would probably not help, as each would subsequently require further interpretation. The only principle that should have been (or should now be) included explicitly is the respect of EU citizens’ and human rights.¹²⁸ Each Member State should include details on how they will go about this requirements in supplementary documents prepared for the case of exit.

¹²¹ See section II.B.1

¹²² See section III.B.

¹²³ D'URSO/GLATTE, <<http://www.bbc.com/news/uk-politics-39294904>> (19.08.2017).

¹²⁴ RANKIN, <<https://www.theguardian.com/politics/2017/jun/13/theresa-may-judge-european-court-justice-brexit-david-edward>> (19.08.2017).

¹²⁵ <<http://www.bbc.com/news/uk-politics-41565651>> (10.10.2017).

¹²⁶ <<http://www.bbc.com/news/uk-politics-40788669>>; HUNT/WHEELER, <<http://www.bbc.com/news/uk-politics-32810887>> (19.08.2017).

¹²⁷ <<http://www.bbc.com/news/uk-politics-40662740>> (19.08.2017).

¹²⁸ See section II.B.2.

A final welcome clarification would be whether the exit process can be halted and under what conditions.¹²⁹ It is submitted that the clearest option would be a pragmatic approach of a “check-list” of the steps to take when you do decide to leave, with detailed supporting documents to reassure citizens and businesses.¹³⁰

All the above is to say that the extremely general phrasing of Art. 50 TEU allowed for a country to enter into a constitutional mess, throw an entire continent into social unrest and rattle most of the banking and trading world.¹³¹ Of course, it is unfair to blame the drafting of Art. 50 TEU for all of the repercussions of the Brexit vote, but as this Article was inserted into the treaties, more thought (and text) could have been dedicated to the fact that sometimes, like in the case of the UK, there is a very fine line between political trends and law. The safeguarding of certainty and continuity when the wind changes should have been a top priority for the writers of this central disposition of the TEU.

V. Conclusion

Detailed analysis of Art. 50 TEU itself¹³² shows that it is a highly unusual and unexpected provision when compared to corresponding provisions on withdrawal from other international organisations or federal States.¹³³ As has been shown in this paper, the main reason for the inclusion of Art. 50 TEU in the Treaty on the European Union was to bring legal certainty into the process of leaving the EU. A secondary expectation was that it would bring the Union closer together, because those who wanted to leave would now be able to.¹³⁴

The first and only current test for whether Art. 50 TEU has fulfilled the expectations its inclusion has given rise to is the ongoing process of Brexit. Regarding the hope for legal certainty and pursuant to the authors’ critical review,¹³⁵ the conclusion is that the current phrasing of this Article allows for significant legal *uncertainty* – narrowly bordering on constitutional crisis – to flourish in the UK.

The authors concede that because Brexit is the first concrete application of Art. 50 TEU, this has to allow for time and mistakes. However, the authors simultaneously propose a series of possible modifications that could avoid similar

¹²⁹ See section II.B.5.

¹³⁰ See section III.C.2.

¹³¹ See section III.B.

¹³² See section II.B.

¹³³ See section II.C.

¹³⁴ See section II.D.

¹³⁵ See section III.C.

problems if more Member States decide to exit the EU.¹³⁶ These considerations notwithstanding, it has to be recognised that efforts are being made by the UK to fill the holes in the law and establish legal certainty. It is unfair to say that the revision of the Treaties that introduced Art. 50 TEU was a bad idea and the provision has failed because it has allowed for uncertainty, especially since the Brexit saga has not yet run its course. A further Treaty revision could, nonetheless, bring clarity where Brexit has shown there is none.

It is submitted that it is too early to definitively answer the secondary question, *i.e.* whether allowing the exit of a country that wishes to leave brings the rest closer together. Given that the EU Member States seem to be growing apart, divided by opinions on immigration, welfare States, open borders, and social burdens, the entire Union could be threatened if it gradually becomes easier for members to leave it. Conversely, those who stay together, even when it is easy to leave, could merge even closer together. As with society’s gradual tolerance of divorce, inconceivable a century ago, the use of Art. 50 TEU has become a grudgingly accepted reality. It is, however, unfortunate that we had to witness a fall from Sir Winston Churchill’s hopeful and motivational “Let Europe arise!” speech at the University of Zurich in 1946¹³⁷ to a “widespread dissatisfaction with the European project” in the speech of Sir John Major, another former British Prime Minister, at the same institution, exactly sixty years later.¹³⁸

Bibliography

AMAR AKHIL REED, *America’s Constitution, A Biography*, New York 2006

ASTHANA ANUSHKA, UK must leave European convention on human rights, says Theresa May, <<https://www.theguardian.com/politics/2016/apr/25/uk-must-leave-european-convention-on-human-rights-theresa-may-eu-referendum>>

ASTHANA ANUSHKA/STEWART HEATHER/WALKER PETER, May triggers article 50 with warning of consequence for UK, <<https://www.theguardian.com/politics/2017/mar/29/theresa-may-triggers-article-50-with-warning-of-consequences-for-uk>>

BANKS MARTIN, Brexit: European Parliament chiefs emphasise need for legal certainty on citizens’ rights, <<https://www.theparliamentmagazine.eu/articles/news/brexit-european-parliament-chiefs-emphasise-need-legal-certainty-citizens-rights>>

BOFFEY DANIEL, Brexit vote is ‘closed nationalism’ that belongs in past, says Italian PM, <<https://www.theguardian.com/world/2017/mar/25/eu-leaders-mark-60th-anniversary-with-rome-declaration>>

¹³⁶ See section IV.

¹³⁷ CHURCHILL, <<http://www.churchill-in-zurich.ch/en/churchill/en-churchills-zurcher-rede/>> (19.08.2017).

¹³⁸ MAJOR, <www.siaf.ch/wp-content/uploads/2016/10/Manuskript_Major.pdf> (19.08.2017).

- BRUHA THOMAS/NOWAK CARSTEN, Recht auf Austritt aus der Europäischen Union?: Anmerkungen zu Artikel I–59 des Entwurfs eines Vertrages über eine Verfassung für Europa, in: BRUHA THOMAS/KUNIG PHILIP/MENG WERNER/RUDOLF WALTER/THÜRER DANIEL (eds), *Archiv des Völkerrechts* 2004, 1
- CALLIESS CHRISTIAN/RUFFERT MATTHIAS (Eds), *Kommentar zu EU-Vertrag und EG-Vertrag*, 3rd ed., Munich 2007
- CASCIANI DOMINIC, The Brexit Supreme Court case ruling explained, <<http://www.bbc.com/news/uk-politics-38733090>>
- CHALK WILL, Brexit leaves some bankers in the City of London ‘nervous’ about the UK's economy, <<http://www.bbc.co.uk/newsbeat/article/36649722/brexit-leaves-some-bankers-in-the-city-of-london-nervous-about-the-uks-economy>>
- CHURCHILL WINSTON, Speech delivered at the University of Zurich, Zurich 19 September 1946, <<http://www.churchill-in-zurich.ch/en/churchill/en-churchills-zurcher-rede/>>
- DEPARTMENT FOR EXITING THE EUROPEAN UNION, Legislating for the United Kingdom’s withdrawal from the European Union, Presented to Parliament by the Secretary of State for Exiting the European Union by Command of Her Majesty, White Paper, London March 2017, <https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/604516/Great_repeal_bill_white_paper_accessible.pdf> (cited as “White Paper”)
- DEPARTMENT FOR EXITING THE EUROPEAN UNION, FOREIGN AND COMMONWEALTH OFFICE, HOME OFFICE AND PRIME MINISTER’S OFFICE, The United Kingdom's exit from the European Union: safeguarding the position of EU citizens living in the UK and UK nationals living in the EU, Policy Paper, London 26 June 2017, <<https://www.gov.uk/government/publications/safeguarding-the-position-of-eu-citizens-in-the-uk-and-uk-nationals-in-the-eu/the-united-kingdoms-exit-from-the-european-union-safeguarding-the-position-of-eu-citizens-living-in-the-uk-and-uk-nationals-living-in-the-eu>>
- DE SCHUTTER OLIVIER, The Balance Between Economic and Social Objectives in the European Treaties, *Revue française des affaires sociales* 2006, 4, 282, <<https://www.cairn.info/revue-francaise-des-affaires-sociales-2006-5-page-119.htm>>
- ELLIOT LARRY, Brexit is a rejection of globalisation, <<https://www.theguardian.com/business/2016/jun/26/brexit-is-the-rejection-of-globalisation>>
- CHRISTOU LUKE, When are the next Brexit negotiations?, <<https://www.verdict.co.uk/brexit-negotiations/>>
- D’URSO JOSEPH/GLATTE SARAH, Brexit: What would ‘no deal’ look like?, <<http://www.bbc.com/news/uk-politics-39294904>>
- FENTON SIOBHAN, Brexit vote ‘not legally binding’ says Supreme Court judge, <<http://www.independent.co.uk/news/uk/politics/brexit-vote-eu-referendum-not-legally-binding-supreme-court-legal-challenge-article-50-a7418706.html>>
- GIGLIOLI ILARIA, Migration, Austerity, and Crisis at the Periphery of Europe, <<http://www.otheringandbelonging.org/migration-austerity-and-crisis-at-the-periphery-of-europe/>>
- GIUBBONI STEFANO, European Citizenship and Social Rights in Times of Crisis, *German Law Journal* 2014, 935
- GRABITZ EBERHARD/HILF MEINHARD/NETTESHEIM MARTIN (eds), *Das Recht der Europäischen Union: Kommentar: 60. Ergänzungslieferung*, München 2016
- HERBST JOCHEN, Observations on the Right to Withdraw from the European Union: Who are the “Masters of the Treaties”?, *German Law Journal* 2005, 1755

- HERCHENRÖDER JAN-HENRIK, Brexit: Rechtliche Unwägbarkeiten zwischen Völker- und Europarecht, in: KRAMME MALTE/BALDUS CHRISTIAN/SCHMIDT-KESSEL MARTIN (Eds), Brexit und die juristischen Folgen, Baden-Baden 2017, 57
- HILLION CHRISTOPHE, Accession and Withdrawal in the Law of the European Union, in: ARNULL ANTHONY/CHALMERS DAMIAN (eds), The Oxford Handbook of European Union Law, Oxford 2015, 126
- HUNT ALEX/WHEELER BRIAN, Brexit: All you need to know about the UK leaving the EU, <<http://www.bbc.com/news/uk-politics-32810887>>
- HOLMES OLIVER, David Cameron: Brexit vote ended a ‘poisoning’ of UK politics, <<https://www.theguardian.com/politics/2017/apr/26/david-cameron-brexit-vote-ended-poisoning-uk-politics>>
- JAAG TOBIAS/HÄNNI JULIA, Europarecht, Die europäischen Institutionen aus schweizerischer Sicht, 4th ed., Zurich/Basel/Geneva 2015
- LEHMANN ANNA, German businesses in UK worry about Brexit’s impact on their market, <<https://www.theguardian.com/uk-news/2016/nov/19/german-businesses-uk-worry-brexits-impact-on-market>>
- MACDONALD ALASTAIR/HERMAN YVES, Special delivery – Brexit letter makes history, <<http://uk.reuters.com/article/uk-britain-eu-delivery-idUKKBN170145>>
- MAJOR JOHN, The British Exit – And the European Future, Speech delivered at the University of Zurich, Zurich 17 October 2017, <www.siaf.ch/wp-content/uploads/2016/10/Manuskript_Major.pdf>
- MAULDIN JOHN/FRIEDMAN GEORGE, 3 Reasons Brits Voted For Brexit, <<https://www.forbes.com/sites/johnmauldin/2016/07/05/3-reasons-brits-voted-for-brexit/#de7d81f9d6a3>>
- MERRICK ROB, Theresa May ‘to insist on Northern Ireland border checks post-Brexit’ in move likely to anger the Republic, <<http://www.independent.co.uk/news/uk/politics/theresa-may-leo-varadkar-customs-union-single-market-dublin-irish-sea-trading-border-a7890061.html>>
- MOSELEY TOM, Theresa May on Brexit: Then and now, <<http://www.bbc.com/news/uk-politics-38653681>>
- MÜLLER-GRAFF PETER-CHRISTIAN, Brexit – die unionsrechtliche Dimension, in: KRAMME MALTE/BALDUS CHRISTIAN/SCHMIDT-KESSEL MARTIN (eds), Brexit und die juristischen Folgen, Baden-Baden 2017, 33
- PARKER GEORGE/WRIGHT ROBERT, EU rejects Theresa May’s call to advance Brexit talks, <<https://www.ft.com/content/0617608a-ac30-11e7-beba-5521c713abf4>>
- QUINN BEN, Sleepless, anxious, depressed: EU citizens in the shadow of Brexit, <<https://www.theguardian.com/politics/2017/jun/24/eu-citizens-shadow-brexit-sleepless-anxious-depressed>>
- RANKIN JENNIFER, Banks and companies plan expansion in Frankfurt after Brexit, <<https://www.theguardian.com/business/2017/jul/21/banks-and-companies-plan-expansion-in-frankfurt-after-brexit>>
- RANKIN JENNIFER, May’s obsession with ECJ over Brexit ‘daft’, says former senior judge, <<https://www.theguardian.com/politics/2017/jun/13/theresa-may-judge-european-court-justice-brexit-david-edward>>
- SCALIA ANTONIN, Letter to Daniel Turkewitz, Washington 31 October 2006, <https://i2.wp.com/www.newyorkpersonalinjuryattorneyblog.com/uploaded_images/Scalia-Turkewitz-Letter-763174.jpg>
- SHARMAN JON, UK cannot negotiate trade with US until EU obligations end, Chancellor Philip Hammond admits, <<http://www.independent.co.uk/news/uk/politics/uk-trade-negotiation-deal-us-brexit-european-union-member-philip-hammond-a7548641.html>>

- STEWART HEATHER, Brexit: Labour threatens to defeat Theresa May over “great repeal bill”, <<https://www.theguardian.com/politics/2017/jul/12/labour-tories-great-repeal-bill-brexiteu>>
- STEWART HEATHER/MASON ROWENA/SYAL RAJEEV, David Cameron resigns after UK votes to leave European Union, <<https://www.theguardian.com/politics/2016/jun/24/david-cameron-resigns-after-uk-votes-to-leave-european-union>>
- STREINZ RUDOLF, Brexit – Weg, Ziele, Lösungsmöglichkeiten, in: KRAMME MALTE/BALDUS CHRISTIAN/SCHMIDT-KESSEL MARTIN (eds), Brexit und die juristischen Folgen, Baden-Baden 2017, 17
- TREMLET GILES, Why Spain will block any attempt by Scotland to join the EU, <<https://www.theguardian.com/commentisfree/2017/mar/15/scottish-nationalists-spanish-independent-scotland-brexiteu>>
- VEDDER CHRISTOPH/HEINTSCHEL VON HEINEGG WOLFF (eds), Europäischer Verfassungsvertrag: Handkommentar, Baden-Baden 2007
- VERHOFSTADT GUY, Improve the Brexit offer to EU citizens, or we’ll veto the deal, <<https://www.theguardian.com/commentisfree/2017/jul/09/brexit-offer-eu-citizens-veto-british-proposal-european-parliament>>
- VON DER GROEBEN HANS/SCHWARZE JÜRGEN/HATJE ARMIN (eds), Europäisches Unionsrecht, Kommentar, Vertrag über die Europäische Union: Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union: Charta der Grundrechte der Europäischen Union, 7th ed., Baden-Baden 2015
- WATTS JOE, EU negotiator pushed to stop Theresa May withdrawing Article 50 before Brexit, <<http://www.independent.co.uk/news/uk/politics/article-50-brexit-eu-negotiator-michel-barnier-stop-theresa-may-withdrawing-latest-a7673596.html>>

Expectations in International Law

Severin Meier

Table of contents

I. Introduction	421
II. Traditional Scholars' Expectations in International Law	422
A. Introduction	422
B. The Determinacy of International Law	422
C. The Distinction Between International Law and Non-Legal Phenomena	424
III. Critical Legal Scholars' Expectations in International Law	426
A. Introduction	426
B. Two Types of Argument in International Law	427
C. The Indeterminacy of International Law	429
IV. Expectations in Legal Interpretation	431
V. In Conclusion: "Reality" and Perceptions of International Law	433
Bibliography	436

I. Introduction

In this article it is argued that expectations in international law strongly depend on the understanding of the determinacy of international legal norms. The first part portrays the way traditional international lawyers usually conceive of international law's determinacy, i.e. its ability to determine legally correct answers to societal conflicts. More precisely, their approaches to the (in)determinacy of international law and to the distinction between international law and non-legal considerations is analysed. The second section discusses the opposing views of critical legal scholars on this matter. How these different understandings of international law's determinacy affect the respective approaches to legal interpretation is discussed in the third part of the present contribution. Throughout the paper, the influence of the diverse understandings of international law's determinacy on expectations in international law will be highlighted. A concluding section makes an argument from a social constructivist perspective about the importance of expectations in international law.

II. Traditional Scholars' Expectations in International Law

A. Introduction

International lawyers have defended a variety of approaches to international law's determinacy. Accordingly, expectations in international law vary widely. Finding the common denominator of the „mainstream” is thus a challenging task, if not an insult to the manifold differences found in international legal scholarship. Referring to the “mainstream” has both advantages and disadvantages: while it “functions as a flattening descriptive tool that irons out the nuances of legal discourse”, it is also “a convenient and economizing notion”¹. This section is not intended to provide an overview of the diverse expectations traditional international lawyers have in international law's determinacy. Instead, it identifies some views that are commonly held by traditional scholars.

At the outset, some terminological remarks are necessary. The term “traditional legal scholars” refers for present purposes to scholars who believe that international law is determinate and that a meaningful distinction between international law and non-legal phenomena can be drawn. “Critical legal scholars” oppose this view. The term is used for scholars influenced by the critical legal studies movement.²

The following two sections analyse the two main features of traditional approaches to international law. The first feature is the determinacy of international law, i.e. the belief that a/the “correct legal view” can be found within the law itself. A second element is the assumption of a meaningful distinction between law and non-legal considerations, such as politics and morality. The discussion of these main features of traditional approaches contributes to a better understanding of the expectations in international law that they give rise to.

B. The Determinacy of International Law

International Court of Justice (ICJ) Judges FITZMAURICE and SPENDER attached a joint dissenting opinion to the *South West Africa* (First Phase) Case which illustrates some of the main convictions held by traditional international lawyers: “[w]e are not unmindful of, nor are we insensible to, the various considerations of a non-judicial character, social, humanitarian, and other...; but these are matters for the political rather than for the legal arena. They cannot be allowed to deflect us from our duty of

¹ D'Aspremont, 629.

² For an overview over the critical legal studies movement, see UNGER.

reaching a conclusion strictly on the basis of what we believe the correct legal view”³.

While FITZMAURICE and SPENDER seemed to believe in one right legal answer, many modern traditional international lawyers, like SIMMA and PAULUS, accept that there can be several correct legal solutions to a legal problem.⁴ The point is that they believe in the possibility of distinguishing correct from wrong legal answers. In other words, they believe that international law is, at least to some extent, determinate. This constitutes the first, and most important, feature of traditional approaches to international law.

There are different views regarding how determinate (international) law is. A weak view holds that the law only determines the frame and that in “hard” cases some details are part of the judge’s discretion. A strong version maintains that even in such “hard” cases, the evaluation is controlled by the law.⁵ The weak view, held e.g. by HART, comes down to admitting that the judge can, within the strictly limited area where he enjoys discretion, make a choice.⁶ A version of the strong view is defended by KELSEN who argues that it is logically impossible that no obligation under international law applies to a State (or other subjects of international law), given that in such a situation the State will legally be free to act as it pleases. Gaps in the law are thus not actually gaps but are filled by the principle of State freedom.⁷ This view is based on the *Lotus* Case of the Permanent Court of International Justice, which equally emphasizes the formal completeness of the law.⁸

Another version of the strong view is that there are some material standards inherent in international law that can be referred to in cases where indeterminacy appears to arise. Such an approach was defended, for instance, in the *Barcelona Traction* Case, where the International Court of Justice held that “[b]y their very nature the former [obligations] are the concern of all States. In view of the importance of the rights involved, all States can be held to have a legal interest in their protection; they are obligations *erga omnes*”⁹. The Court thus made the argument that certain rights are by their very nature so important that they become a legal obligation. Hence where a legal obligation does not exist, this does not necessarily lead to indeterminacy as the void can be filled by important rights that are transformed into legal obligations. If

³ Joint Dissenting Opinion of Sir Percy Spender and Sir Gerald Fitzmaurice, *South West Africa* Cases (Preliminary Objections), ICJ Reports 1962, 466 (emphasis added).

⁴ SIMMA/PAULUS, 93 *American Journal of International Law* 1999, 302, 316.

⁵ KOSKENNIEMI, 41 f.

⁶ HART, 127.

⁷ KELSEN, *Principles*, 438 f.

⁸ Permanent Court of International Justice, 7 September 1927, *Lotus*, Ser.A.10.

⁹ International Court of Justice, 5 February 1970, *Barcelona Traction* (Second Phase), ICJ Reports 1970, 32.

the law appears indeterminate, it can be made determinate by looking at material standards inherent in the law.

A third type of the strong view on the determinacy of international law is the recourse to purposive arguments. If the law seems indeterminate, the judge should figure out what the legislative purposes are. This, for instance, is practised when human rights treaties are interpreted by their purpose. Lastly, DWORKIN's view on the material completeness of the law is another variant of the strong view on determinacy. He maintains that if no legal rules are available, the lawyer ought to construct a background theory which understands the legal system as a coherent whole. This theory has to be used to reach determinate legal solutions.¹⁰

C. The Distinction Between International Law and Non-Legal Phenomena

The belief that a meaningful distinction can be drawn between international law and non-legal considerations, such as politics or morality, is closely connected to the conception of international law's determinacy. Law, in the view of traditional legal scholars, originates from politics but is distinct from it.¹¹ Like an alchemist who tries to make gold out of less precious metals, the international law-maker attempts to make law out of politics. Gold is pure and does not consist of any other metals the alchemist has at his disposal. Similarly, according to traditional approaches, international law does not consist of the raw material, politics, the law-maker has at his disposal. Instead, it is pure and distinct from politics. Hence the name of KELSEN's Pure Theory of Law. "[L]egal theory becomes an exact structural analysis of positive law, free of all ethical-political value judgments"¹². Diplomatic compromise, power politics, anti-hegemonic struggle, and the concern for human dignity may all influence the making of law, but they vanish once the law is in force. This is, according to traditional approaches, a necessary condition for the law to be neutral and objective.¹³

The distinction between legal and political questions has often been made by the International Court of Justice, such as in its Advisory Proceeding regarding Kosovo's independence: "... whatever its political aspects, it cannot refuse to respond to the legal elements of a question which invites it to discharge an essentially judicial task, namely, an assessment of an act by reference to international law"¹⁴. In the above-mentioned *South West Africa* case, the International Court of Justice held that it

¹⁰ DWORKIN, *Taking*, 105–130.

¹¹ KOSKENNIEMI, 17 f.

¹² KELSEN, *Pure*, 192.

¹³ BIANCHI, 27.

¹⁴ International Court of Justice, 22 July 2010, *Accordance with International Law of the Unilateral Declaration of Independence in Respect of Kosovo*, Advisory Opinion, ICJ Reports 2010, 415.

“... is not a legislative body. Its duty is to apply the law as it finds it, not to make it”¹⁵. Depending on what conception of determinacy is held, merely a minimum amount of judicial law-making within the clearly-defined limits of discretion is allowed (the weak view outlined above) or none at all (the strong view). If only one correct legal answer exists, there is no reason to allow for any discretion in the interpretation of the law. Under the strong view on legal determinacy, judges (and others applying international law) have to find the one legal truth. Accepting anything other than the correct legal solution might be tolerable in practice as judges are human beings who make mistakes. From a theoretical point of view however, no judicial discretion can be allowed. Under the weak view on legal determinacy, there are several legally correct answers in “hard” cases. Accordingly, judges have some discretion when deciding on such questions. The room for manoeuvre in legal interpretation is, however, strictly limited by the law itself.

Both the weak and the strong view on legal determinacy lead traditional international lawyers to have high expectations in international law. Global politics is a messy business that is unpredictable, but the determinacy of international legal norms makes it, according to traditional approaches, possible to solve problems without engaging in politics. To highlight KELSEN’s statement once more, it becomes a matter of “exact structural analysis of positive law”¹⁶. Thus global problems can be solved in a technical way by educated technicians, i.e. skilful international lawyers. The objective nature of international law frees its subjects from political struggle. As ROUSSEAU put it: “[a] free people obeys but it does not serve; it has magistrates but not masters; it obeys nothing but the laws, and thanks to the force of laws, it does not obey men”¹⁷. This quote shall serve as the definition of what will in this article be called “the Rule of Law”. The Rule of Law at the international level is based on the liberal impulse to escape politics.¹⁸ This impulse was, for instance, at the origin of the formulation in the preamble of the Covenant of the League of Nations, which codified the attempt to achieve international peace by understanding “international law as the actual rule of conduct among Governments”¹⁹. It is based on the conviction that something different than politics, namely international law as the rule of conduct among States, is needed in order to make cooperation on the international level possible. International law makes the men (and women) behind it disappear, as they do not rule. Instead, it is the law itself that rules. International lawyers thus resemble, in ROUSSEAU’s terms, magistrates but not masters. They have little power,

¹⁵ International Court of Justice, 18 July 1966, *South West Africa Cases (Second Phase)*, ICJ Reports 1966, 48.

¹⁶ KELSEN, *Pure*, 192.

¹⁷ ROUSSEAU, 841 f.

¹⁸ KOSKENNIEMI, *European Journal of International Law*, 4, 6.

¹⁹ Covenant of the League of Nations, <http://avalon.law.yale.edu/20th_century/leagcov.asp> (14.06.2017).

given that they only administrate the law. Real power is only found within the law, which is why a free people under liberal principles only obeys the law. Power can however only be found within the law itself if it has the capacity to solve disputes in a way that is independent of non-legal considerations. This is only possible if the law is at least to some extent determinate. If the law were indeterminate, disputes would need to be solved by reference to non-legal considerations. The Rule of Law would thus be a mere illusion as the law could not contribute anything more than politics or morality can to answering questions formulated in legal terms. Law would simply be another language to express societal problems, without being able to solve them on its own. However, if law is to some extent determinate, the Rule of Law can work as this enables, to come back to ROUSSEAU's quote, a free people to obey "nothing but the laws, and thanks to the force of laws, it does not obey men"²⁰.

To summarize, traditional approaches hold that international law is, at least to some extent, determinate, i.e. that it is capable of leading to a limited set of correct legal solutions. Therefore, a meaningful distinction between international law and global politics can be drawn. The consequence is that expectations in international law are high: whilst international law is made out of politics, it is distinct from it. This shapes the image of the international lawyer as merely applying the law, not creating it.

III. Critical Legal Scholars' Expectations in International Law

A. Introduction

This view of international law is, however, not shared by critical legal scholars. They are of the opinion that international law has to be understood differently. As a consequence, their expectations in international law vastly differ. This section explains what kinds of arguments critical international lawyers believe are possible in international law and why these arguments are seen as unstable. This will help to better understand why these scholars hold that international law is indeterminate. The indeterminacy thesis, in turn, will clarify why critical international lawyers do not accept a strict distinction between international law and global politics. This is most apparent in their approaches to interpretation of international legal norms. Finally, this section portrays the expectations critical legal scholars have in international law.

²⁰ ROUSSEAU, 841 f.

B. Two Types of Argument in International Law

KENNEDY maintains that two different types of argument are possible in international law: those based on consent of States and those based on non-consensual standards, i.e. rooted in a conception of justice.²¹ However, both are unstable. An argument from consent cannot explain why a State should be bound by a legal instrument if it does not consent anymore. If State A, for instance, enters into a treaty with State B and subsequently decides not to honour its treaty obligations, nothing under a purely consent-based theory can stop State A from doing so. This is problematic, because it equates international law with the current will of the State. In other words, international law loses its normativity. There is nothing that distinguishes it from the purely factual situation of whether a State is willing to do something or not. In order to convince State A that it is still bound by the treaty, State B would need to make an argument about the normativity of international law. It would, for instance, have to argue that the principle of *pacta sunt servanda* applies. However, this would not solve the issue because under a purely consent-based theory, overriding principles such as *pacta sunt servanda* can only be accepted if a State consents to them. Assuming that State A did indeed consent to the principle that agreements must be fulfilled, this would not solve the problem either, given that State A can simply argue that it does not consent to this principle anymore.²²

Another possibility to keep State A from being able to leave the treaty would be for State B to claim that State A actually still consents to the treaty (e.g. pointing out what A's foreign minister said at a press conference). However, in a world of sovereign equals, this would amount to claiming to know better what State A wants than State A itself. This would be in violation of the liberal principle of the subjectivity of value and hence of sovereign equality. It would mean that the expressed will of the legal subject can no longer be relied on. This is not defensible under the assumptions of the Rule of Law, on which modern international law is built. It would open the door to authoritarian opinions in democratic disguise.²³ Under a purely consent-based theory, international law thus collapses into what States will, i.e. into political struggle.

Arguments from justice are equally problematic. The rise of the liberal doctrine of politics, which is the fundament on which modern international law rests, was a reaction to the loss of faith in overriding moral orders.²⁴ In other words, arguments about justice cannot be accepted under liberal premises and thus not in modern international law, either. Justice-based arguments can take different forms, such as arguments

²¹ KENNEDY, German Yearbook of International Law, 353, 374.

²² KENNEDY, German Yearbook of International Law, 353, 374.

²³ KOSKENNIEMI, European Journal of International Law, 4, 22.

²⁴ KOSKENNIEMI, 71.

on what standards are inherent in the international system. If someone maintains, for instance, that a certain legal outcome is preferred over another, because of the overriding concern for human dignity, this is connected to the speaker's understanding of the concept of human dignity. The subjectivity of value is, however, a fundamental principle of liberal thought. It was expressed by HOBBS as follows: "[f]or one calleth wisdom what another calleth fear and one cruelty what another justice; and prodigality what another magnanimity ... And therefrom such names can never be ground for any ratiocination"²⁵. This is why any claim about justice is seen with suspicion.

Coming back to the example used above, it is problematic for State B to claim that *pacta sunt servanda* represents a fundamental principle of international relations and that it must therefore be honoured. State A could ask State B how it knows that *pacta sunt servanda* constitutes such a principle. What about the freedom of States? Hence State A could portray State B's choice as its purely subjective preference disguised as objective truth. State A could accuse State B of identifying an overriding moral order – *pacta sunt servanda* – that just conveniently coincides with State B's political interests. "What a nice coincidence!", State A could say, with a touch of irony. Hence neither consent-based nor justice-based arguments can be upheld in international law.²⁶

However, arguments based on State-consent and based on justice are the only two types of argument that can be made in international legal discourse. No middle ground exists, as any such argument will ultimately collapse into an argument based on either consent or justice.²⁷ Moreover, these two kinds of argument are mutually exclusive.²⁸ Because both consent-based and justice-based arguments are vulnerable to critique, international legal discourse has to oscillate between them. An argument based on justice has to show how States consent to this conception of justice in order to escape the criticism of violating the liberal principle of the subjectivity of value. Consent-based argument, in turn, has to rely on some principle of justice in order to avoid collapsing into mere power and thus losing its normativity. From there, the circle starts anew.²⁹

²⁵ HOBBS, 109 f.

²⁶ For further examples see KENNEDY, *German Yearbook of International Law*, 353; KENNEDY, *Structures*; KOSKENNIEMI.

²⁷ KOSKENNIEMI, *European Journal of International Law*, 4, 12.

²⁸ KENNEDY, *German Yearbook of International Law*, 353, 374.

²⁹ For numerous examples on how international legal discourse oscillates from consent-based to justice-based argument see KENNEDY, *Structures*; KOSKENNIEMI.

C. The Indeterminacy of International Law

These views that are held by critical international lawyers explain why they reject the above-mentioned approaches of the determinacy of international law that are defended by more traditional scholars. KOSKENNIEMI argues that all five approaches regarding the determinacy of international law that were presented in Section II have to be rejected.

First, the weak view on the determinacy of law, as defended by HART, holds that the law is capable of broadly determining outcomes but leaves some discretion to the judge.³⁰ KOSKENNIEMI argues that the weak view requires the existence of a rule establishing the distinction between discretion and law, which itself needs to be fully determinate. Therefore, it becomes a form of the strong view and is confronted with the objections raised against it.³¹ Given that KOSKENNIEMI rejects all four variations of the strong view, the weak view must be rejected as well.

The first version of the strong view is defended by KELSEN who holds that if no rule of international law applies, a State is legally free to do as it wishes. According to KOSKENNIEMI, there are two problems with this approach. First, it fails to show whose freedom prevails, given that the freedom of one State is the limitation of its neighbour's freedom. If "State freedom" is the only tool for solving a dispute between neighbouring States, each State can interpret its freedom as its political will. Under such a conception, it is difficult to see how "State freedom" can qualify as a legal norm. Rather, it seems to collapse into political struggle and therefore loses its distinctiveness from power. Secondly, declaring State freedom to be the principle that remains when no rules of international law are applicable raises the question why it could not be some other principle, such as peaceful cooperation among nations. The Kelsenian principle of State freedom thus appears as an argument based on justice, which is not acceptable under the liberal principle of the subjectivity of value.³²

The second version of the strong view refers to material standards inherent in the law in order to reach a determinate outcome. In the *Corfu Channel* Case, the International Court of Justice held that Albania had been under an obligation to notify the existence of a minefield in Albanian territorial waters: "[s]uch obligations are based ... on certain general and well-recognized principles, namely: elementary considerations of humanity ..."³³ Such a statement resembles an argument from natural justice and thus cannot be upheld.³⁴ Moreover, referring to a vague concept like "elementary

³⁰ HART, 127.

³¹ KOSKENNIEMI, 44.

³² KOSKENNIEMI, 45 f.

³³ International Court of Justice, 9 April 1949, *Corfu Channel* Case, ICJ Reports 1949, 22.

³⁴ KOSKENNIEMI, 46 f.

considerations of humanity” can hardly be helpful in trying to make the law determinate.³⁵

A third version of the strong view on the determinacy of international law holds that if the law is unclear, reference to legislative purposes can be made. But this approach, too, suffers from a major problem. If abstract purposes can by themselves lead to solutions of legal problems, why are formal rules needed at all?³⁶ As seen in Section II, the expectation of traditional scholars is that the form of international law makes it possible not to engage in politics when solving difficult international conflicts. Instead, these conflicts are solved through the application of international law. It is, however, difficult to see how a discussion about abstract purposes is different from a political discussion that is not based on any formal rules. We shall take the example of a Human Rights Court engaging in a purposive argument about how the right to freedom of speech should be construed. First, the court will reach the understanding that the article on the right to free speech is not fully determinate; therefore, it will engage in purposive argument. It could, for instance, argue that the purpose of its constituent instrument is to protect human dignity. If the same judges did not have the article on the right to freedom of speech as the basis for their discussion, would the outcome be any different? If the judges’ conception of human dignity determines the limits of the right to free speech, the article codified in the human rights treaty seems redundant. But the idea of formal rules was to escape politics. As one of the core ideas of the Rule of Law is to solve societal conflicts through neutral and objective rules instead of through non-legal considerations, the purposive approach undermines the Rule of Law.³⁷

The last version of the strong view on determinacy is mainly shaped by DWORKIN. As outlined in Section II. B, in DWORKIN’s theory it is possible to arrive at the correct legal view. To do so, lawyers need to justify their decisions in a way that makes them appear coherent with the decisions of legislators and judges. In other words, the lawyer’s decisions have to be coherent with the legal system as a whole.³⁸ DWORKIN starts with the observation that indeterminacy expresses itself by the fact that lawyers disagree. How then should these same lawyers be able to agree on a background theory that justifies their decisions in a way that makes it appear coherent with the legal system as a whole? This seems circular.³⁹ If lawyers do not manage to agree on doctrinal questions in international law, how can they be expected to agree on a much more complex background theory justifying their decisions? DWORKIN thus solves a

³⁵ Koskenniemi, 47.

³⁶ Koskenniemi, 51.

³⁷ Koskenniemi, 51.

³⁸ Dworkin, *Empire*, 228–238.

³⁹ Koskenniemi, 56.

minor challenge by creating a major one. Therefore, his theory is not capable of getting rid of the problem of legal indeterminacy.

Critical international lawyers do not believe that international law can be meaningfully separated from non-legal phenomena. This is because international law itself cannot lead to determinate solutions. The distinction between law and non-law could only be upheld if international law was at the same time distinct from mere State power and rooted in it. If international law were nothing else than State power, it would be a mere disguise for political power – and thus lack normativity. If international law were not at least to some extent rooted in State power, it would appear as some form of overriding justice that is made out of thin air. Such a conception of justice cannot be defended under the liberal principle of the subjectivity of value, which is at the core of modern international legal doctrine.⁴⁰ As the above-mentioned examples on the determinacy of law show, legal arguments collapse into either State power or an overriding conception of justice. Therefore, international law cannot be at the same time distinct from State power and rooted in it. However, this would be necessary to uphold a meaningful distinction between international law and non-legal phenomena.

IV. Expectations in Legal Interpretation

The rejection of international law's determinacy and of the strict distinction between international law and non-legal phenomena leads critical legal scholars to a different approach to legal interpretation. Traditional approaches used to draw the distinction between law-making and law-applying very strictly. Hence legal interpretation was understood to *take* meaning from the norm, not to *give* meaning.⁴¹ This view can hardly be called today's mainstream; however, it occasionally comes up again,⁴² such as in a recent Commentary on the Vienna Convention on the Law of Treaties, where interpretation is portrayed as "*releasing* the exact meaning and the content of the rule of law ..."⁴³.

While there are many different approaches to interpretation, among both traditional and critical international lawyers, the point is that their understanding of interpretation depends on whether they believe that international law is determinate and whether they uphold the distinction between international law and non-legal considerations. Traditional international lawyers, who believe that the law is fully determi-

⁴⁰ KOSKENNIEMI, *European Journal of International Law*, 4, 16.

⁴¹ VENZKE INGO, *Amsterdam Center for International Law Research Paper*, 1.

⁴² VENZKE INGO, *Amsterdam Center for International Law Research Paper*, 4.

⁴³ SOREL/BORÉ EVENO, in: CORTEN/KLEIN 804, 806 (emphasis added).

nate, are inclined to see interpretation as an almost technical process in which the skilled lawyer reaches the right conclusions based on the law. The judge applies the law without contributing to its creation. The diplomat who interprets the UN Charter does so on the basis of the law, not based on other considerations. Such views tend to be in favour of judicial control, as democratic principles do not appear to be endangered, given that judges only apply what the – more or less – democratically legitimated legislator has decided. Additionally, such conceptions of legal interpretation are less suspicious of diplomats who make international legal arguments. This is because there is a possibility that the diplomat makes a correct legal point. In such a case, his statement cannot be attacked, as he skilfully plays by the rules.

Critical international lawyers, however, are more suspicious of legal interpretations. KOSKENNIEMI, for instance, thinks of legal interpretation as a hegemonic exercise: “[i]nternational actors routinely challenge each other by invoking legal rules and principles on which they have projected meanings that support their preferences and counteract their opponents ... To think of this struggle as hegemonic is to understand that the objective of the contestants is to make their partial view of that meaning appear as the total view, their preferences seem like the universal preference”⁴⁴. While traditional international lawyers have high hopes in international law, critical scholars sometimes even tend to see international law in its current form as something harmful, as it is capable of disguising (political) power as (legal) truth.

Because critical international lawyers believe that international law is indeterminate, they have to come up with another explanation why, in practice, international law seems to be a tool that leads international actors to believe that they have reached a solution. The dispute-settlement mechanisms of international courts, for instance, in practice often lead to the discontinuation of conflicts. How can this be achieved if international law is indeed indeterminate? In order to explain this, KENNEDY makes a distinction between logical indeterminacy and a feeling of determinacy. He argues that the above-mentioned oscillation in international legal discourse between consent-based and justice-based argument leads to a feeling of determinacy and argumentative closure. However, this remains a mere feeling, as logical determinacy cannot be achieved.⁴⁵ “Being convinced” about an argument then becomes either giving up the fight or accepting the underlying political positions and moral values of a reasoning.⁴⁶ The concluding section will build on the distinction between logical indeterminacy and the feeling of legal determinacy and argumentative closure.

⁴⁴ KOSKENNIEMI, *Cambridge Review of International Affairs*, 197, 199.

⁴⁵ KENNEDY, *Structures*, 294.

⁴⁶ KENNEDY, *German Yearbook of International Law*, 353, 357.

V. In Conclusion: “Reality” and Perceptions of International Law

This article has portrayed the different expectations traditional and critical international legal scholars have in international law. It has been argued that such expectations depend on one’s understanding of the determinacy of law and the distinction between law and non-legal considerations. The common feature of traditional international law scholars is their belief that international law itself can lead to determinate solutions and that a sharp distinction between law and non-legal phenomena can be drawn. As a result, they tend to see interpretation as a process which *takes* the meaning from the norm instead of *making* it. In contrast, critical international law scholars reject the belief in the determinacy of international law and the strict separation between international law and global politics. Legal interpretation is thus seen as a creative process.

Traditional international law scholars tend to put high hopes in international law. While global politics is seen with suspicion, international law promises to facilitate dispute resolution in a neutral and objective way. The law-making process may be a messy business where power politics clashes with visions of peace and human rights. However, once valid law is created, these chaotic forces disappear. What remains is a pure, coherent, and complete legal system. Given this optimistic view on international law, the lack of legal norms in certain areas is perceived to be one of the main problems in global affairs. If only every field of international relations could be regulated by law, we would be a big step closer to a just international society.

What consequences do these high expectations in international law have on the scholarship of traditional international lawyers? A widespread effect is to engage only with the doctrinal surface of international law, while completely factoring out what is perceived as “political”. Traditional international lawyers are, however, not naïve. They are well aware that international law’s authority is constantly in danger to be undermined by global politics. The clearly drawn distinction between law and non-law is thus the guarantor of international law’s existence as a separate scientific field.

The distinction ultimately justifies why international legal scholars work at law schools and not in the departments of political science, history or philosophy. But upholding the separation between law and non-legal considerations by engaging in purely “legal” doctrinal work is much more than a justification for one’s work contract at the faculty of law: it adds a piece, in the understanding of traditional legal scholars, to the jigsaw puzzle of the international legal system. The less pieces that are missing in the jigsaw, the more capable international law is to determine solutions to international disputes. Each clarification of a term, such as “arbitrary denial of access” in the context of humanitarian relief operations, makes international law

slightly more determinate. As has been argued above in Section II. C, the distinction between international law and non-legal phenomena is based on the belief in the determinacy of international law. Doctrinal work increasing the determinacy of international law is thus also a contribution to drawing the line between international law and non-legal considerations more clearly.

Critical international lawyers, by contrast, are much more sceptical about what international law can achieve. Because they believe in the indeterminacy of international law, they do not readily accept “legal” outcomes as neutral and objective. Instead, they consider “legal” outcomes to be influenced by the interpreter’s political positions and moral values.⁴⁷ Moreover, consensus on a legal question is not the result of having found its true meaning, but it is rather a product of coercive struggle.⁴⁸ Because they take the influence of power in international law seriously, critical legal scholars are more open to inter-disciplinary approaches, such as sociological, linguistic or historical understandings of international law. The concept of semantic authority, for instance, is concerned with “an actor’s capacity to find acceptance for its interpretative claims”⁴⁹. Thereby, it has the ambition to elucidate what role power plays in international law. This goal shifts the focus from the sources of international law to an understanding of international law as a communicative practice.⁵⁰

What consequences do these low expectations in international law have on the scholarship of critical international lawyers? Two consequences shall be highlighted. The first possible effect is that critical legal scholars could come to the conclusion that international law does more harm than good.⁵¹ If international law is indeed unable to solve international disputes independently from non-legal considerations, its legitimacy might be questioned. Given that any legal interpretation has to rely on moral and political considerations, why not directly discuss global affairs in terms of morality and politics? At least this would be honest as it would become clear that moral or political considerations are actually at the basis of decision-making processes. The false neutrality of international legal rules could thus be seen as a cloak for disguising political power as legal truth. If such a view is adopted, international law appears to indeed do more harm than good.

There is, however, an alternative to this view for scholars who share the belief in international law’s indeterminacy and the blurred distinction between international law

⁴⁷ KENNEDY, *German Yearbook of International Law*, 353, 357.

⁴⁸ KENNEDY, *World*, 275.

⁴⁹ VENZKE, *Semantic Authority*, Amsterdam Center for International Law 2016-03, available at https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2723851 (14.06.2017), 1.

⁵⁰ VENZKE, *Semantic Authority*, Amsterdam Center for International Law 2016-03, available at https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2723851 (14.06.2017), 2.

⁵¹ KENNEDY concludes that in its current form international law widens the gap between the weak and the strong, see KENNEDY, *German Yearbook of International Law*, 353, 391.

and non-legal phenomena. Assuming that international legal norms are indeed unable to determine the outcomes of disputes independently of non-legal considerations (the present contribution does not take a stance on this question), international law may still do more good than harm. From a social constructivist perspective, it can be argued that the widespread and repeated practice of solving international disputes through international legal rules that are treated as determinate will create an environment in which international law is actually able to determine outcomes to such disputes. Social constructivism's core idea is that intersubjective knowledge constructs social reality.⁵² Human agency shapes a social environment, which in turn influences human agency.⁵³ WENDT's famous article title "Anarchy is what States Make of it" gets to the heart of the theory.⁵⁴

Discussions about whether international law is determinate or indeterminate might thus not be the end of the story. Independent of whether traditional or critical legal scholars are "right", what ultimately seems to matter most in practice is how international law's nature is perceived. It is thus more a question of perceptions than of "reality". Discussions of the "real" nature of international law, under a social constructivist perspective, have a limited usefulness, given that there is no one reality to be discovered. Instead, social reality is constantly in a process of development. A widespread consensus that international legal norms are able to lead to solutions of international disputes in a distinctively "legal" way may, in practice, lead to the social construction of international law as actually being able to do so.

This is a way to understand KENNEDY's above-mentioned distinction between logical indeterminacy and a feeling of determinacy.⁵⁵ Even if international law is logically indeterminate, the feeling of determinacy that is created by the widespread traditional practice of international law can be enough to settle disputes. The point is that international law does not have to be able to *solve* international disputes in a logically convincing way, but that *settling* them in a practically satisfactory manner is often enough. The fictitious example of two neighbouring States shall illustrate what is meant by *solving* a conflict and *settling* it: States A and B decide to refer their border dispute to the International Court of Justice. The Court decides that the disputed territory belongs to State A under international law. If critical legal scholars are right, the Court's judgment would, like any other international legal argument, be unstable. It could either be deconstructed as an argument purely based on State consent, which is a cynical disguise for power politics, or as a naïve utopian vision of justice that is in direct contradiction with the liberal core principle of the subjectivity of value. However, international law is not simply about the logical stability of its arguments.

⁵² ADLER, in: CARLSNAES/RISSE/SIMMONS 95, 102.

⁵³ DIGGELMANN/ALTWICKER, ZaöRV 2008, 623, 643

⁵⁴ WENDT, International Organization 1992, 391.

⁵⁵ KENNEDY, Structures, 294.

The responsible diplomats in the Foreign Ministry of State B, despite having lost the disputed territory, might have a feeling of argumentative closure and legal determinacy. If the great majority of diplomats, politicians, judges, academics, and the general public believe in the determinacy of international legal rules, this feeling of determinacy can be enough not to solve but to *settle* disputes between States. Expectations in international law can thus become a self-fulfilling prophecy. What seems to matter most for international law's success is not its "real" nature, but how it is perceived.

Bibliography

- ADLER EMMANUEL, Constructivism and International Relations, in: CARLSNAES WALTER /RISSE THOMAS/SIMMONS BETH, Handbook of International Relations, London 2006, 95
- BIANCHI ANDREA, International Law Theories: An Inquiry into Different Ways of Thinking, Oxford 2016
- D'ASPREMONT JEAN, Martti Koskenniemi, the Mainstream, and Self-Reflectivity, 29(3) Leiden Journal of International Law 2016, 625
- DIGGELMANN OLIVER/ALTWICKER TILMAN, Is There Something Like a Constitution of International Law? A Critical Analysis of the Debate on World Constitutionalism, ZaöRV 2008, 623
- DWORKIN RONALD, Law's Empire, Cambridge MA 1986 (cited as DWORKIN, Empire)
- DWORKIN RONALD, Taking Rights Seriously, Cambridge MA 1980 (cited as DWORKIN, Taking)
- HART HERBERT LIONEL ADOLPHUS, The Concept of Law, 3rd ed., Oxford 2012
- HOBBS THOMAS, Leviathan (edited by MACPHERSON CRAWFORD), London 1982
- KELSEN HANS, Principles of International Law (Edited and Revised by Robert M. Tucker), New York 1966 (cited as KELSEN, Principles)
- KELSEN HANS, Pure Theory of Law, Berkley 1967 (cited as KELSEN, Pure)
- KENNEDY DAVID, A World of Struggle: How Power, Law and Expertise Shape Global Political Economy, Princeton 2016 (cited as KENNEDY, World)
- KENNEDY DAVID, International Legal Structures, Baden-Baden 1987 (cited as KENNEDY, Structures)
- KENNEDY DAVID, Theses about International Law Discourse, 23 German Yearbook of International Law 1980, 353
- KOSKENNIEMI MARTTI, From Apology to Utopia: The Structure of International Legal Argument, 2nd ed., Cambridge 2005
- KOSKENNIEMI MARTTI, International Law and Hegemony: A Reconfiguration, 17 Cambridge Review of International Affairs 2004, 197
- KOSKENNIEMI MARTTI, The Politics of International Law, 1 European Journal of International Law 1990, 4
- ROUSSEAU JEAN-JACQUES, Oeuvres completes Vol. III, Paris 1964
- SIMMA BRUNO/PAULUS ANDREAS L., The Responsibility of Individuals for Human Rights Abuses in Internal Conflicts, 93 American Journal of International Law 1999, 302

SOREL JEAN-MARC/BORÉ EVENO VALÉRIE, Article 31, in: CORTEN OLIVER/KLEIN PIERRE, *The Vienna Conventions on the Law of Treaties: A Commentary*, Oxford 2011, 804

UNGER ROBERTO MANGABEIRA, *The Critical Legal Studies Movement: Another Time, a Greater Task*, London 2015

VENZKE INGO, *Semantic Authority*, Amsterdam Center for International Law 2016-03, available at https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2723851

VENZKE INGO, *Sources and Interpretation Theories: The International Lawmaking Process*, Amsterdam Center for International Law 2016-18, available at <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2846965>

WENDT ALEXANDER, *Anarchy Is What States Make of It: The Social Construction of Power Politics*, 46(2) *International Organization* 1992, 391

Medicines, patents and businesses

The Role of the TRIPS Agreement in Securing Pharmaceutical Companies' Human Rights Compliance

*Dilan Eberle**

Table of Contents

I. Introduction	439
II. UN Guiding Principles on Business and Human Rights	441
A. State Duty to Protect Human Rights	442
B. Right to Health and Pharmaceutical Companies	442
III. Trade-Related Aspects of Intellectual Property	443
A. Introduction to the TRIPS Agreement	443
B. TRIPS Agreement and Public Health	444
1. Flexibilities under the TRIPS Agreement	445
2. Doha Declaration on the TRIPS Agreement and Public Health	446
3. Amendment of 23. January 2017	447
C. Case Studies	448
1. Novartis – Glivec	449
2. Merck – Efavirenz	450
3. Bayer – Nexavar	451
IV. Patent Law in the Business and Human Rights Discussion	453
A. Human Rights Language	453
B. Patent Law as a Legal Ground to Secure Human Rights?	454
C. Clarifying the Expectation from Business	454
D. Ensuring Policy Coherence	455
V. Conclusions	455
Bibliography	457

I. Introduction

Intellectual property is a valuable asset that companies¹ possess. It plays a key role in determining the competitiveness and consequently success of a company in today's economy. Research and development or filing a patent application are part of the daily business activity of many companies. This is all the more true for companies operating in certain sectors, which primarily depend on innovation, with the pharmaceuti-

* The author is very much indebted to Prof. Dr. iur. Christine Kaufmann for providing useful comments and constructive criticism during the drafting process of this article. The responsibility for the possible errors is that of the author alone.

¹ The terms “company” and “business” are used interchangeably in this article.

cal sector being one of them. Given the significance of new knowledge, there is also an immense amount of effort to safeguard it as effectively as possible.

Considering the key role of intellectual property for businesses, it is relevant to ask to what extent intellectual property related business activities are aware of the importance of human rights. The growing debate on business and human rights justifies such an inquiry. For this purpose, a topic, which bluntly epitomises the intellectual property and human rights relationship, is chosen: patent rights and access to medicines. The World Health Organization (WHO) estimates that at least one third of the world's population has no regular access to essential medicines.² While this situation may be the result of various factors such as the lack of local infrastructure, professional support or corruption,³ this article limits itself on patent-linked factors. The grant of a patent enables the patent holder to enjoy certain commercial benefits from its invention before being exposed to competition.⁴ Patent protection on medicine, by design and function, results in overly priced medicines.⁵ This threatens the accessibility of medicines to disadvantaged people living in countries with weak health insurance schemes. According to the latest World Medicines Situation Report of the WHO, two thirds of the medicine spending comes from out-of-pocket payments in developing countries.⁶ Considering the accumulated knowledge of science in this day and age, this tragedy appears most inconceivable.⁷

The Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights (TRIPS Agreement) is the most comprehensive international legal instrument, which regulates intellectual property. Even though the TRIPS Agreement obliges Member States to guarantee a minimum standard of protection, States still retain manoeuvring room in interpreting the Agreement in a manner supportive of public health.⁸ This article questions whether this manoeuvring room embedded in the TRIPS Agreement can play a role in securing pharmaceutical companies' compliance with human rights. The article is divided into three main parts: the first part introduces the business and human rights agenda, which is mainly shaped around the United Nations Guiding Principles on Business and Human Rights (UN Guiding Principles), and the discussion they invoked. The second part explores the public health safeguards contained in the TRIPS Agreement. In order to visualise how this translates into practise, three case studies are described. The cases relate to three different multinational pharmaceutical companies, Novartis, Merck and Bayer, and the limitation of their

² HOGERZEIL/MIRZA, in: WHO, 1, 1; SELLIN, NILR 2015, 445 f.

³ ABBOTT, JWIP 2002, 15, 18; SELLIN, NILR 2015, 445 f.

⁴ JOSEPH, 214.

⁵ ABBOTT, JWIP 2002, 15, 18.

⁶ LU et al., in: WHO, 1, 7.

⁷ UN SECRETARY-GENERAL'S HIGH-LEVEL PANEL, 3.

⁸ SELLIN, NILR 2015, 445, 470.

patent rights in the Indian and Brazilian context. Finally, the third part links the TRIPS Agreement with the debate on business and human rights and explains the findings: patent laws can be utilised to regulate the behaviour of pharmaceutical companies in line with the right to health. This has the potential to clarify the expectation from industry, i.e. what is meant with a human rights compliant patent strategy. At the same time, particular caution should be paid to maintain the incentive for future drug research and innovation.

II. UN Guiding Principles on Business and Human Rights

The current business and human rights agenda is primarily shaped around the UN Guiding Principles, which is the most authoritative instrument in discussion.⁹ Numerous international standard-setting bodies have aligned their standards with the UN Guiding Principles,¹⁰ e.g. the Organisation for Economic Co-operation and Development (OECD),¹¹ the International Finance Corporation (IFC)¹² and the European Commission.¹³ Most recently, the G20 Summit that brought the world leaders together in July 2017 referred to the UN Guiding Principles and the importance of achieving sustainable and inclusive supply chains.¹⁴ The UN Guiding Principles is the first instrument, which represents a consensus among differing opinions in this inherently polarised debate.¹⁵

The UN Guiding Principles are based on three pillars. Pillar I asserts that States carry the main duty to protect human rights from the negative impacts of business activities. This is borrowed from the well-developed duty to protect under international human rights law. States must take appropriate steps to prevent, investigate, punish and redress such abuse. They must consider taking a wide range of preventive as well as remedial measures through policies, legislation, regulations and adjudication.¹⁶ Pillar II explains the responsibility of businesses to respect human rights. This responsibility applies regardless of whether the State meets its duty under pillar I or not. Differing from pillar I, the responsibility attributed to businesses does not originate from a legal basis. This is rather a responsibility, which derives from a well-

⁹ UN GUIDING PRINCIPLES.

¹⁰ RUGGIE, 121 f.

¹¹ OECD, Revised Guidelines.

¹² IFC, Performance Standards.

¹³ EUROPEAN COMMISSION, Renewed EU Strategy.

¹⁴ G20 SUMMIT, 4.

¹⁵ RUGGIE, xi.

¹⁶ UNGP 1.

established social norm.¹⁷ Finally, pillar III addresses both States and businesses to provide effective remedy to victims.

A. State Duty to Protect Human Rights

State obligations under international human rights law are mainly classified according to a tripartite typology of respect, protect and fulfil. In some cases, respect alone is not adequate to ensure the enjoyment of human rights.¹⁸ Therefore, a protective role is assigned to States. States have a positive obligation to protect people from other more powerful members of society, e.g. business enterprises.¹⁹ This duty has a preventive function “where action is needed to avert an impending violation” and it serves a remedial function “where the State comes to the aid of victims”²⁰. According to HENRY SHUE, the duty to protect is about creating an enabling environment where human rights are respected at the horizontal level among non-State actors: “social institutions must, at the very least, be designed to enable ordinary human beings, who are neither saints nor geniuses, to do each other a minimum of serious harm”²¹. Although he only refers to ordinary human beings in his quote, this duty also covers the relationship between human beings and businesses in its current meaning.

B. Right to Health and Pharmaceutical Companies

Article 12 of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights (ICESCR) acknowledges the “right of everyone to the enjoyment of the highest attainable standard of physical and mental health”²². Medicine is an integral component of the right to health²³ and it has to be economically accessible to people.²⁴ Reflecting the scarcity of resources encountered in most of the situations,²⁵ Article 2(1) of the ICESCR does not enunciate an immediate obligation on States. It requires

¹⁷ RUGGIE, 91; MORRISON, 32.

¹⁸ KÄLIN/KÜNZLI, 103.

¹⁹ SEPULVEDA, 137.

²⁰ KÄLIN/KÜNZLI, 96.

²¹ SHUE, 60.

²² The right to health is recognised in various human rights instruments: Article 25 of the Universal Declaration of Human Rights, Article 24 of the Convention on the Rights of the Child, Articles 11(1)(f), 12 and 14(2)(b) of the Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination Against Women, Article 16 of the African Charter on Human and Peoples’ Rights, Article 11 of the Revised European Social Charter, Article 10 of the Additional Protocol to the American Convention on Human Rights in the Area of Economic, Social and Cultural Rights.

²³ SPECIAL RAPORTEUR, 2013 Report, para. 3.

²⁴ COMMITTEE, General Comment 14, para. 12 (b).

²⁵ TOMUSCHAT, 142.

States to take positive measures towards the fulfilment of the right and refrain from retrogressive measures.²⁶ In its commentary on the right to health, the Committee on Economic, Social and Cultural Rights (Committee) expresses that States are required to supervise the marketing of medicines by non-State actors.²⁷ It even elaborates on the international obligations of States. A State is under the duty to prevent third parties from violating the right to health abroad, if it is able to influence the behaviour of the third party through legal or political tools.²⁸ This indicates that the Committee endorses the notion of extraterritorial obligations in the context of the right to health.²⁹ In addition, the Committee lists certain core obligations, which impose an obligation of immediate implementation on States. Ensuring access to “essential drugs” is one of them. Essential medicines are defined as those that satisfy the priority health-care needs of the population and an immediate obligation is imposed on States regarding essential medicines.³⁰ Another core obligation is “to take measures to prevent, treat and control epidemic and endemic diseases”³¹. Identification of core obligations is important because governments cannot invoke resource limitations as a justification for deficiencies in fulfilling the core obligation, e.g. failing to provide essential medicines.³²

III. Trade-Related Aspects of Intellectual Property

A. Introduction to the TRIPS Agreement

The TRIPS Agreement builds on a well-developed international protection mechanism designed for intellectual property rights.³³ The Paris³⁴ and the Berne Conventions³⁵ have been providing intellectual property protection since the 19th century. As global trade flourished in the early 1980s, inconsistent levels of intellectual property protection started becoming problematic for industries of developed countries.³⁶ Deficiencies were experienced under the authority of the Paris and Berne Conventions, mainly concerning the level of protection, implementation and enforcement.³⁷ The

²⁶ COMMITTEE, General Comment 3, para. 9.

²⁷ COMMITTEE, General Comment 14, para. 35.

²⁸ COMMITTEE, General Comment 14, para. 39.

²⁹ JOSEPH, 219.

³⁰ COMMITTEE, General Comment 14, para. 43; COMMITTEE, General Comment 17, para. 35.

³¹ COMMITTEE, General Comment 14, para. 44 (c).

³² ABBOTT, in: ABBOTT/BREINING-KAUFMANN/COTTIER, 145, 147.

³³ COTTIER, in: MACRORY/APPLETON/PLUMMER, 1041, 1043.

³⁴ Paris Convention for the Protection of Industrial Property (20 March 1883).

³⁵ Berne Convention for the Protection of Literary and Artistic Works (9 September 1886).

³⁶ HELFER/AUSTIN, 26.

³⁷ COTTIER, in: MACRORY/APPLETON/PLUMMER, 1041, 1043.

idea to entrust intellectual property protection to the multilateral trading system under the domain of World Trade Organization (WTO) emerged.³⁸ As a result, the TRIPS Agreement was adopted as Annex 1C to the Marrakesh Agreement Establishing the World Trade Organization on 15 April 1994.³⁹

Before the TRIPS Agreement, half of the members of the Paris Convention, which was then the main international patent treaty, excluded patents on pharmaceutical products.⁴⁰ The TRIPS Agreement introduces minimum intellectual property standards in every field of technology⁴¹ and this contains patent protection on medicines for a minimum period of 20 years.⁴² As a result of the “single undertaking” nature of the WTO, Member States would have to accept the WTO Agreement with all annexes, including the TRIPS Agreement or not become a member to the WTO.⁴³ In order to meet their obligations under the TRIPS Agreement, many members of the WTO revised their intellectual property laws. While most of the developed countries did not have to make profound changes in their intellectual property legislation, the majority of developing countries had to revise their laws significantly in order to raise the level of protection.⁴⁴ Finally, it must be noted that the obligations that States commit to under the TRIPS Agreement are subject to the dispute settlement mechanism of the WTO.⁴⁵

B. TRIPS Agreement and Public Health

While reflecting the importance of an effective intellectual property protection, the TRIPS Agreement also acknowledges the “goals of social and economic development” that countries need to consider in shaping their intellectual property regimes.⁴⁶ The preamble recognises the underlying developmental and technological objectives of States in protecting intellectual property. It refers to the special needs of the least-developed countries to generate “a sound and viable technological base” and their need for maximum flexibility in implementing national law and regulations for this purpose.⁴⁷ Article 1 of the TRIPS Agreement emphasises that Member States are free

³⁸ COTTIER, in: MACRORY/APPLETON/PLUMMER, 1041, 1043.

³⁹ Marrakesh Agreement Establishing the World Trade Organization (15 April 1994) 1867 UNTS 154.

⁴⁰ HOEN et al., *J. Int. AIDS Soc.* 2011, 2.

⁴¹ Article 27 (1) TRIPS.

⁴² Article 33 TRIPS.

⁴³ SELLIN, *NILR* 2015, 445, 453; KAPCZYNSKI, *CLR* 2009, 1571, 1579.

⁴⁴ COTTIER, in: MACRORY/APPLETON/PLUMMER, 1041, 1044.

⁴⁵ For the practical implications of the WTO dispute settlement mechanism for the TRIPS Agreement, see PAUWELYN, *JIDS* 2010, 389.

⁴⁶ COTTIER/OESCH, 931; ABBOTT, in: ABBOTT/BREINING-KAUFMANN/COTTIER, 145, 151.

⁴⁷ Preamble TRIPS.

to determine the appropriate method of implementation within their legal systems as long as they meet the minimum standards brought about by the TRIPS Agreement.⁴⁸ Articles 7 and 8 also serve as safeguards in interpreting the agreement in a manner, which takes public health into account. Each provision of the TRIPS Agreement is to be interpreted within the light of these two articles.⁴⁹ Article 7 defines the objective of the TRIPS Agreement. It states that the intellectual property protection in this Agreement should contribute “to the mutual advantage of producers and user of technological knowledge and in a manner conducive to social and economic welfare, and to a balance of rights and obligations”⁵⁰. According to PHILIPPE CULLET, this is an acknowledgment that limitations on intellectual property rights are a fundamental component of the regime.⁵¹ Article 8 is the interpretative principle of the TRIPS Agreement.⁵² It acknowledges that States have discretion to adopt measures that they consider necessary to protect public health as long as those measures are consistent with the terms of the TRIPS Agreement.⁵³ The burden of proof lies with the challenger to prove that the measure is inconsistent with the terms of the agreement.⁵⁴

In addition, there are also specific flexibilities that States can utilise for purposes of public health. These flexibilities allow variations in the implementation of the TRIPS Agreement.⁵⁵ The Special Rapporteur on the Right to Health, in a 2009 report, pointed out that States have to avail themselves of the flexibilities embedded in the TRIPS Agreement, such as defining the patentability criteria, making full use of compulsory licensing, adopting the international exhaustion principle and facilitating parallel importation, allowing for patent opposition and revocation procedures.⁵⁶ Two of the flexibilities are explained below due to their relevance in the upcoming case studies.

1. Flexibilities under the TRIPS Agreement

a. Patentability Criteria

Article 27(1) of the TRIPS Agreement outlines the general patentability criteria: an invention must be new, involve an inventive step and be capable of industrial application to qualify for patent protection. These criteria are flexible and States may choose to interpret them in a restrictive manner. This mechanism is often used for limiting patent protection to genuine applications only. In order to prolong the

⁴⁸ Article 1 TRIPS.

⁴⁹ COTTIER, in: MACRORY/APPLETON/PLUMMER, 1041, 1077.

⁵⁰ Article 7 TRIPS.

⁵¹ CULLET, IA 2003, 139, 145.

⁵² Article 8 TRIPS; ABBOTT, JWIP 2002, 15, 38.

⁵³ ABBOTT, JWIP 2002, 15, 38.

⁵⁴ ABBOTT, JWIP 2002, 15, 38.

⁵⁵ UN SECRETARY-GENERAL'S HIGH-LEVEL PANEL, 6.

⁵⁶ SPECIAL RAPPORTEUR, 2009 Report, para. 27.

lifespan of patent protection, pharmaceutical companies sometimes apply for secondary patents after minor changes have been made to the original product. This is known in practise as evergreening of patents.⁵⁷ In doing so, generic companies are prevented from entering into the market and prices remain high due to the lack of competition.⁵⁸ By defining the patentability criteria strictly, a State may insist that patent protection is only given for new drugs that represent major developments.⁵⁹

b. Compulsory Licensing

Article 31 of the TRIPS Agreement allows the use of compulsory licenses. National authorities can grant compulsory licenses as a means to alleviate the negative impacts resulting from patent protection.⁶⁰ A compulsory license is permission given by a national authority to a third party to produce the patented product in return for a royalty payment without requiring the consent of the patent holder.⁶¹ The circumstances under which a compulsory license can be granted are determined at the national level and include, among others, refusal to license, public interest, public health and nutrition, national emergency and anti-competitive practises.⁶² The circumstances are by no means limited to an emergency situation. For example, Thailand issued a compulsory license for the heart disease drug *Plavix* in 2007.⁶³ It is worth noting that compulsory licensing is not a measure limited to developing countries. A few weeks following the September 11 terror attacks, a number of anthrax cases appeared in the US. The US and Canada communicated to Bayer (the owner of the patent on anti-anthrax drug *Cipro*) the possible grant of compulsory license. As a result, Bayer had to sell its drug at a heavily discounted price to both countries.⁶⁴

2. Doha Declaration on the TRIPS Agreement and Public Health

In the Doha Ministerial Declaration of 2001, WTO Member States stressed the importance of interpreting the TRIPS Agreement “in a manner supportive of public health, by promoting both access to existing medicines and research and development into new medicines”⁶⁵. Member States specified and reaffirmed this message by consensus in a separate Doha Ministerial Declaration on the TRIPS Agreement

⁵⁷ SPECIAL RAPPORTEUR, 2009 Report, para. 34.

⁵⁸ UN SECRETARY-GENERAL’S HIGH-LEVEL PANEL, 22.

⁵⁹ ABBOTT, JWIP 2002, 15, 39.

⁶⁰ Compulsory licenses can also be given in other intellectual property fields such as copyright.

⁶¹ CORREA, 3.

⁶² SPECIAL RAPPORTEUR, 2009 Report, para. 36.

⁶³ ABBOTT/REICHMAN, JIEL 2007, 921, 952, 956.

⁶⁴ JOSEPH, 224.

⁶⁵ WT/MIN(01)/DEC/1, para. 17.

and Public Health (Doha Declaration).⁶⁶ Paragraph 4 of the Doha Declaration encapsulates the core message that it aims at conveying:

“We agree that the TRIPS Agreement does not and should not prevent members from taking measures to protect public health. Accordingly, while reiterating our commitment to the TRIPS Agreement, we affirm that the Agreement can and should be interpreted and implemented in a manner supportive of WTO members’ right to protect public health and, in particular, to promote access to medicines for all”⁶⁷.

This is an important document, which strengthens the position of countries that want to take advantage of the flexibilities embedded in the TRIPS Agreement. The declaration does not introduce new avenues within the TRIPS regime, but reaffirms the legitimacy of using flexibilities.⁶⁸ Paragraph 5(a) of the Doha Declaration emphasises the importance of interpreting the agreement in line with its objective and interpretative principles.⁶⁹ The declaration begins by acknowledging the gravity of public health problems, especially those resulting from HIV/AIDS, tuberculosis, malaria and other epidemics. It is widely accepted that this is not an exhaustive list.⁷⁰ Compulsory licenses or other flexibilities are not limited to a narrow category of diseases.⁷¹ In relation to its legal status, the Doha Declaration is not officially an “interpretation” within the meaning of Article IX:2 of the WTO Agreement.⁷² It is nevertheless an instrument, which would be given substantial weight in the interpretation of the TRIPS Agreement, considering that the Ministerial Conference is the highest level decision-making body of the WTO.⁷³

3. Amendment of 23 January 2017

According to Article 31(f) of the TRIPS Agreement, the compulsory license must be granted “predominantly for the supply of the domestic market of the member authorizing such use”⁷⁴. This means that countries may export the drugs that are manufactured under the compulsory license as long as such exports do not amount to a “predominant part of production”⁷⁵. This has caused great concern among countries, which do not have adequate capacity to manufacture their own generic drugs and are

⁶⁶ WT/MIN(01)/DEC/2.

⁶⁷ WT/MIN(01)/DEC/2, para. 4.

⁶⁸ CULLET, IA 2003, 139, 153 f.

⁶⁹ ABBOTT, JIEL 2002, 469, 493.

⁷⁰ ABBOTT/REICHMAN, JIEL 2007, 921, 937; SPECIAL RAPPORTEUR, 2009 Report, para. 37.

⁷¹ OUTTERSON, AJLM 2008, 317, 319.

⁷² COTTIER, in: MACRORY/APPLETON/PLUMMER, 1041, 1078.

⁷³ ABBOTT, JWIP 2002, 15, 46; COTTIER, in: MACRORY/APPLETON/PLUMMER, 1041, 1078.

⁷⁴ Article 31 (f) TRIPS.

⁷⁵ JOSEPH, 225; ABBOTT/REICHMAN, JIEL 2007, 921, 958.

therefore dependant on the import from countries with such capacity.⁷⁶ This concern is expressed in paragraph 6 of the Doha Declaration, which instructed the Council for TRIPS to provide an expeditious solution to this problem.⁷⁷ In 2003, the WTO's General Council decided to waive the territorial restriction of Article 31(f). In order to implement this waiver, the WTO Member States unanimously approved the amendment to the TRIPS Agreement in 2005, namely Article 31*bis*.⁷⁸ This amendment had to be signed by two thirds of the WTO Member States in order to become a formal amendment to the TRIPS Agreement.⁷⁹ The formal amendment finally took effect on 23 January 2017 after five more members, i.e. Burkina Faso, Nigeria, Liechtenstein, the United Arab Emirates and Vietnam, ratified the amendment.⁸⁰ The new Article 31*bis* allows for generic medicines under compulsory licensing to be exported to another country with inadequate manufacturing capacities.

It is a telling move in the sense that the first amendment ever made to a WTO Agreement is aimed at reinforcing people's right to health. This shows that WTO Member States are willing to respond to public health concerns in the interpretation of the TRIPS Agreement.⁸¹ It is worth noting, however, that the effectiveness of the procedure laid down in the amendment has often been questioned.⁸² The mechanism is used only once in 2008 by Canada to export HIV/AIDS medicines to Rwanda and it took three years until the drugs were finally shipped.⁸³ The High-Level Panel on Access to Medicines in fact recommended a revision of the mechanism in its final report of September 2016.⁸⁴

C. Case Studies

In order to meet their obligations under the TRIPS Agreement, India and Brazil had to revise their national patent laws. Prior to the TRIPS Agreement, neither Brazil nor India provided patent protection for pharmaceutical products. India made full use of the transition period given to developing countries under the TRIPS Agreement and delayed the implementation until 2005.⁸⁵ Conversely, Brazil did not take advantage of the transition period and in 1996 started providing patent protection for pharma-

⁷⁶ JOSEPH, 225.

⁷⁷ WT/MIN(01)/DEC/2, para. 6.

⁷⁸ WT/L/641.

⁷⁹ WT/L/540.

⁸⁰ For a list of Member States, which have ratified the amendment; <https://www.wto.org/english/tratop_e/trips_e/amendment_e.htm> (14.09.2017).

⁸¹ SELLIN, NILR 2015, 445, 468.

⁸² SPECIAL RAPPORTEUR, 2009 Report, para. 41; SELLIN, NILR 2015, 445, 469.

⁸³ WHO-WIPO-WTO, 179.

⁸⁴ UN SECRETARY-GENERAL'S HIGH-LEVEL PANEL, 27.

⁸⁵ Article 65 TRIPS; JOSEPH, 233.

ceutical products.⁸⁶ The revision process was accompanied by certain public health safeguards laid down in the national patent laws. The following three cases illustrate the interpretation of these safeguards by the Indian and Brazilian authorities. Even though this article demonstrates examples from two Member States only, public health safeguards embedded in the TRIPS Agreement are available for use by every Member State.

1. Novartis – Glivec

The case “Novartis – Glivec” concerned a cancer drug called *Imatinib Mesylate*, which is used for the treatment of chronic myeloid leukaemia and marketed under the brand name Glivec by Novartis. Novartis applied to the Chennai Patent Office in 1998 in order to receive a patent for the beta crystalline form of a chemical compound called *Imatinib Mesylate*. After being rejected by the patent authorities, Novartis appealed to the Supreme Court of India, which dismissed the appeal with a landmark decision on 1 April 2013.⁸⁷

After the revision of its patent law in 2005, India redefined invention and patentability, i.e. Section 2(1)(j), 2(1)(ja) and 3(d) of the Indian Patents Act.⁸⁸ During the parliamentary debate, public health objectives were scrutinised immensely. India’s position as a major generic medicine supplier and the role that the local pharmaceutical industry plays in delivering medicine at affordable prices to other developing and least-developed countries were underscored. Section 2(1)(j) and 2(1)(ja) successively define the invention and inventive step. In addition, Section 3(d) enumerates the conditions when a product is not patentable even though it meets the conditions under Section 2. If the patent application concerns a product, which is “a new form of a known substance with known efficacy”, as was the case in the procedure, then the product is subject to the additional test of enhanced efficacy as laid down under Section 3(d).⁸⁹ Interpreting the aforementioned provisions, the court ruled that the beta crystalline form of *Imatinib Mesylate* is a new form of a known substance, i.e. *Imatinib Mesylate*, of which the efficacy was well known.⁹⁰ The court was not convinced that the beta crystalline form of *Imatinib Mesylate* possessed any enhanced efficacy over the known substance preceding it, i.e. *Imatinib Mesylate*, within the

⁸⁶ ABBOTT/REICHMAN, JIEL 2007, 921, 950.

⁸⁷ *Novartis AG v. Union of India and Others*, Civil Appeal Nos. 2706-2716 of 2013 (Supreme Court, 1 April 2013).

⁸⁸ *Novartis AG v. Union of India and Others*, Civil Appeal Nos. 2706-2716 of 2013 (Supreme Court, 1 April 2013) para. 24.

⁸⁹ *Novartis AG v. Union of India and Others*, Civil Appeal Nos. 2706-2716 of 2013 (Supreme Court, 1 April 2013) para. 192.

⁹⁰ *Novartis AG v. Union of India and Others*, Civil Appeal Nos. 2706-2716 of 2013 (Supreme Court, 1 April 2013) para. 161.

meaning of Section 3(d) of the Indian Patents Act.⁹¹ As a result, the court rejected the patent application.

With this judgment, the court stressed that India places considerable weight on social objectives even after revising its patent law under the TRIPS regime.⁹² With a combination of different public health safeguards, India addressed the evergreening concerns put forth by Novartis' Glivec. India made full use of two key flexibilities in this case, namely the pre-grant opposition to a patent application and a strict definition of patentability.⁹³ The pre-grant opposition to a patent application is an important mechanism, which shapes the emerging jurisprudence regarding patents on medicines.⁹⁴ This mechanism is recognised by the Indian Patents Act.⁹⁵ Novartis' patent application for Glivec in fact attracted five pre-grant oppositions that eventually led to the court procedure.⁹⁶ Regarding the second flexibility, the Supreme Court of India acknowledged that countries are allowed to be selective in deciding the threshold of patentability as recognised in Article 27(1) of the TRIPS Agreement.

In addition to showing India's position on secondary patenting, the judgment has significance in a broader sense as well. The judgment highlighted that the TRIPS Agreement does have some (rarely used) safeguard provisions, which allow Member States to consider public health in designing their patent regimes.⁹⁷

2. Merck – Efavirenz

On 4 May 2007, Brazil granted its first compulsory license on the Merck's antiretroviral drug Efavirenz after negotiations for a lower price failed.⁹⁸ The price reduction from US\$ 1.59 to 1.10 per dose offered by Merck was not satisfactory for the Brazilian government.⁹⁹ The government noted that Merck was selling the drug at a lower cost in countries, which are at the same level of development with Brazil but with fewer people who need the drug. Moreover, the Indian generic versions of the drug were much cheaper than Merck's product.¹⁰⁰

⁹¹ *Novartis AG v. Union of India and Others*, Civil Appeal Nos. 2706-2716 of 2013 (Supreme Court, 1 April 2013) para. 173.

⁹² STIGLITZ/JAYADEV, <<http://mea.gov.in/articles-in-foreign-media.htm?dtl/21696/Indias+Patently+Wise+Decision>> (20.10.2017).

⁹³ SPECIAL RAPORTEUR, 2009 Report, para. 27.

⁹⁴ KAPCZYNSKI, CLR 2009, 1571, 1600.

⁹⁵ Article 25(1) Indian Patents Act.

⁹⁶ *Novartis AG v. Union of India and Others*, Civil Appeal Nos. 2706-2716 of 2013 (Supreme Court, 1 April 2013) para. 13.

⁹⁷ STIGLITZ/JAYADEV, <<http://mea.gov.in/articles-in-foreign-media.htm?dtl/21696/Indias+Patently+Wise+Decision>> (20.10.2017).

⁹⁸ Brazilian Presidential Decree No. 6.108 of 4 May 2007.

⁹⁹ CORREA, in: HILTY/LIU, 43, 52.

¹⁰⁰ CORREA, in: HILTY/LIU, 43, 52.

Brazil's revised Industrial Property Law came into force in 1997.¹⁰¹ According to Article 71 of this law, in cases of national emergency or public interest, a temporary and non-exclusive compulsory license can be issued, as declared in an act of the Federal Executive Power.¹⁰² The Brazilian Presidential Decree on Compulsory Licensing of 1999 confirmed the compulsory licensing as a valid strategy and played a major role in enabling the government to provide people with affordable HIV/AIDS medicines.¹⁰³ Although Brazil did not issue any compulsory license at the time, the mere possibility of its use has been an influential tool during negotiations for a price reduction.¹⁰⁴ This decree defines the public interest to include "public health, nutrition, protection of the environment, as well as those of primordial importance to the technological or social and economic development of this country"¹⁰⁵. The High Commissioner for Human Rights expressed that this regulation correlates with the TRIPS Agreement, in particular Articles 31(b) and 8.¹⁰⁶ Article 31 of the TRIPS Agreement gives Member States an important leeway in framing public health goals.¹⁰⁷ By issuing the compulsory license on Efavirenz, Brazil made use of this leeway on the ground of public interest.

3. Bayer – Nexavar

On 15 July 2014, the High Court of Bombay approved the country's first compulsory license on a pharmaceutical product, i.e. Bayer's Nexavar.¹⁰⁸ The decision concerns *Sorafenib Tosylate*, which is a kidney and liver cancer drug. It is marketed under the brand name Nexavar by Bayer. The legal question before the High Court of Bombay was whether the conditions for a grant of compulsory license as laid down in Section 84 of the Indian Patents Act were satisfied in the case. The court initially pointed out that Bayer refused to negotiate a voluntary licensing agreement with Natco, which is an Indian drug manufacturer.¹⁰⁹ Efforts in obtaining a voluntary license are a condition before applying for a compulsory license.¹¹⁰ The court also asked whether the patented drug met the reasonable requirement of the public. In 2011, Bayer sold the drug to about 200 patients while the number of patients who required this

¹⁰¹ Brazilian Industrial Property Law No. 9.279 of 14 May 1996; for the English version of the law <<http://www.wipo.int/wipolex/en/profile.jsp?code=BR>> (21.10.2017).

¹⁰² Article 71 Brazilian Industrial Property Law No. 9.279 of 14 May 1996.

¹⁰³ Brazilian Presidential Decree No. 3.201 of 6 October 1999; JOSEPH, 223.

¹⁰⁴ COTTIER/OESCH, 935; JOSEPH, 223.

¹⁰⁵ Brazilian Presidential Decree No. 3.201 of 6 October 1999, para. 2.

¹⁰⁶ HIGH COMMISSIONER, 2001 Report, para. 55.

¹⁰⁷ CULLET, IA 2003, 139, 147.

¹⁰⁸ *Bayer Corporation v. Union of India through the Secretary, the Controller of Patents, Natco Pharma Limited*, Writ Petition No. 1323 of 2013 (Bombay High Court, 15 July 2014).

¹⁰⁹ *Bayer Corporation v. Union of India through the Secretary, the Controller of Patents, Natco Pharma Limited*, Writ Petition No. 1323 of 2013 (Bombay High Court, 15 July 2014) 32.

¹¹⁰ Article 31 (b) TRIPS; Section 84 (6) (iv) Indian Patents Act.

drug was 8842.¹¹¹ The court acknowledged the Patient Assistance Program of Bayer. In this program, when a patient buys three dosages of the patented drug, i.e. twelve tablets, the remaining dosages for the rest of the month, meaning 108 tablets, are given for free. However, the court highlighted that the low price offered as part of this program did not necessarily mean that the drug was available to the public at a reasonable price. It is a conditional price that is given to particular patients who deserved to be part of that program.¹¹² The court concluded that the patent holder failed to make the drug available to society in adequate numbers and at a reasonable price. It also stressed that the public interest is and should always be fundamental while discussing the compulsory license in relation to a cancer drug. As a result, the court approved the compulsory license on Nexavar.¹¹³ Against the decision of the High Court of Bombay, Bayer applied to the Supreme Court of India. While keeping all questions of law open, the Supreme Court of India did not see enough reason to interfere with the decision of the High Court of Bombay and dismissed the application on 12 December 2014.¹¹⁴

This case is a good example showing that when a pharmaceutical company is not willing to license its product, compulsory licenses, or merely the threat thereof, can be a useful tool in meeting the public health needs.¹¹⁵ By granting the compulsory license, India utilised the flexibility laid down in Article 31 of the TRIPS Agreement in order to ensure the accessibility of Nexavar to those who can only rely on low cost generic drugs. This was the first time that the question of compulsory licensing arose before the Indian courts. Therefore, the court's interpretation of national law has particular significance, e.g. the meaning of the concepts of "reasonable requirement of public" or of "reasonably affordable price". This interpretation carries significance in terms of predictability and legal clarity for future cases of compulsory licensing.

¹¹¹ *Bayer Corporation v. Union of India through the Secretary, the Controller of Patents, Natco Pharma Limited*, Writ Petition No. 1323 of 2013 (Bombay High Court, 15 July 2014) 35.

¹¹² *Bayer Corporation v. Union of India through the Secretary, the Controller of Patents, Natco Pharma Limited*, Writ Petition No. 1323 of 2013 (Bombay High Court, 15 July 2014) 43 f.

¹¹³ *Bayer Corporation v. Union of India through the Secretary, the Controller of Patents, Natco Pharma Limited*, Writ Petition No. 1323 of 2013 (Bombay High Court, 15 July 2014) 52.

¹¹⁴ *Bayer Corporation v. Union of India and Others*, Special Leave to Appeal No. 30145/2014 (Supreme Court, 12 December 2014).

¹¹⁵ SELLIN, NILR 2015, 445, 467.

IV. Patent Law in the Business and Human Rights Discussion

A. Human Rights Language

What marks the business and human rights discussion is the human rights language that it employs. The Indian and Brazilian authorities, however, used public health language when dealing with their cases. In the “Novartis – Glivec” case, the court stated that “the TRIPS Agreement had aroused grave concerns about its impact on public health”¹¹⁶. In the “Bayer – Nexavar” case, the court referred to “the public health problems affecting many developing countries”¹¹⁷. Similarly, in the “Merck – Efavirenz” case, the compulsory license was granted on the ground of public interest, which embraces public health.¹¹⁸ It is clear that access to medicines was the overarching theme underscored in the cases. For example, both Indian courts referenced the Doha Declaration, which strictly promotes access to medicines for all.¹¹⁹ Based on the fact that access to a life-saving cancer drug is an integral component of the right to health, which is recognised under international human rights law, right to health is at the core of the debate even though a direct reference to human rights is not employed by the national authorities.

The Doha Declaration is manifestly a human right as well as a trade instrument.¹²⁰ Human rights actors played an active role in the adoption of the Doha Declaration. Several human rights institutions have issued commentaries and statements, which refer to the relationship between intellectual property, trade and human rights.¹²¹ The issue has repeatedly been on the agenda of the Special Rapporteur on the Right to Health.¹²² There is also an extensive scholarly debate, which approaches the issue with a human rights language.¹²³ Therefore, the knowledge, which is fairly developed on this relationship, provides sufficient reference points to consider the topic in the realm of business and human rights.

¹¹⁶ *Novartis AG v. Union of India and Others*, Civil Appeal Nos. 2706-2716 of 2013 (Supreme Court, 1 April 2013) para. 76.

¹¹⁷ *Bayer Corporation v. Union of India through the Secretary, the Controller of Patents, Natco Pharma Limited*, Writ Petition No. 1323 of 2013 (Bombay High Court, 15 July 2014) 27.

¹¹⁸ Brazilian Presidential Decree No. 6.108 of 4 May 2007; Brazilian Presidential Decree No. 3.201 of 6 October 1999.

¹¹⁹ *Novartis AG v. Union of India and Others*, Civil Appeal Nos. 2706-2716 of 2013 (Supreme Court, 1 April 2013) para. 64; *Bayer Corporation v. Union of India through the Secretary, the Controller of Patents, Natco Pharma Limited*, Writ Petition No. 1323 of 2013 (Bombay High Court, 15 July 2014) 27.

¹²⁰ ABBOTT, in: ABBOTT/BREINING-KAUFMANN/COTTIER, 145, 153.

¹²¹ COMMITTEE, 2001 Statement; SUB-COMMISSION, Resolution 2000/7; SUB-COMMISSION, Resolution 2001/21; HIGH COMMISSIONER, 2001 Report.

¹²² SPECIAL RAPPORTEUR, 2013 Report; SPECIAL RAPPORTEUR, 2009 Report.

¹²³ CHAPMAN, JIEL 2002, 861; HELFER, MIPR 2003, 47; FORMAN, EIA 2007, 337.

B. Patent Law as a Legal Ground to Secure Human Rights?

Patent law is often not counted as a legal ground for purposes of regulating business activities, which relate to human rights. Corporate law, tort law, criminal law or a specific law on business and human rights are more commonly suggested as tools enabling countries to regulate the behaviour of businesses. However, the State is given discretion in terms of how to discharge its duty to protect human rights and patent law can be employed for that purpose.

The UN Guiding Principles mention the enforcement of existing laws, which directly or indirectly regulate business respect for human rights, such as non-discrimination and labour laws, environmental, property or privacy laws.¹²⁴ The above-mentioned pieces of legislation and their interpretation would be an example of indirect regulation of business behaviour.¹²⁵ Even though a responsibility rhetoric was not used, the authorities still determined how far a patent right can reach and under which circumstances an interference is justified. The cases prove that even though patent law is not *prima facie* a human rights instrument, it can still function as an avenue where human rights are protected against business-related harms. Broader societal interests can be a reason to limit companies' patent rights under national patent laws. According to the UN Guiding Principles, States can and are in fact expected to take a wide range of measures regardless of the form in which they come. This also reflects the thinking behind the UN Guiding Principles. The Special Representative of the Secretary General focussed on the substance rather than the form of measures.¹²⁶ Considering the omnipresence of businesses in human life, this would be the wise approach to take.

C. Clarifying the Expectation from Business

An important function of State regulation is that the government transmits its expectations from companies. In the “Novartis – Glivec” case, the court stated that secondary patent application is subject to a strict standard of patentability. In the “Merck – Efavirenz” and “Bayer – Nexavar” cases, it was asserted that excessive pricing of a lifesaving drug can be impeded by giving license to local manufacturers. In their interpretation of law, national authorities touched upon a wide range of issues, which reflect the State's expectation from a patent-holding pharmaceutical company. For example, the High Court of Bombay stressed that a donation program does not necessarily mean that drugs are available to the public. The Supreme Court of India also explained the qualifying standards that a secondary patent application needs to meet.

¹²⁴ UNGP 3, Commentary.

¹²⁵ As described in Section III. C of this article.

¹²⁶ RUGGIE, 55.

When the expectations are clarified in a language that companies understand, companies are in a position to consider these expectations in their future patent applications or marketing strategies. This could help to create a human rights compliant pricing policy within the pharmaceutical sector.

Considering the challenging nature of the topic, clarification of expectations is highly needed. The activity that is considered harmful in the human rights legal regime squarely falls within the scope of another regime where it is a legal right, i.e. intellectual property law. It is challenging to make the distinction where the legal right ends and transforms into abuse, which makes it a topic for the business and human rights discussion. This renders the task of legislative, executive and adjudicative bodies a challenging one.

D. Ensuring Policy Coherence

Patent administrative authorities are the first bodies to interpret the law and decide on the patent application. This is an authority, which is attached to the Ministry of Industry in most of the jurisdictions. Patent applications, pre-grant and post-grant oppositions to patent or compulsory licensing applications are made through this authority before the case reaches the judiciary. In fact, very few decisions of the patent office end up being contested in courts.¹²⁷ In that regard, States are under the obligation to ensure that the patent authorities are equipped with the necessary knowledge about the State's human rights obligations. Duty to protect does not end with legislation. In order for the legislation to meet the motive behind it, the entities who enforce the law are also of utmost importance to the discussion. The former Special Rapporteur on the Right to Health pays attention to the problem of *disconnected government*: "one part of government does not necessarily grasp what another part of the same government has agreed to do"¹²⁸. When policy coherence is achieved at the horizontal level,¹²⁹ the law would also produce sustainable impact and legal clarity.

V. Conclusions

Considering the importance of knowledge ownership and intellectual property in today's economy, it appears valid to ask whether business activities relating to intellectual property can be a topic of discussion under the business and human rights umbrella. For this reason, an industry, which is innovation-driven and is therefore

¹²⁷ DRAHOS, 215.

¹²⁸ HUNT/WALKER, in: DINE/FAGAN, 228 f.

¹²⁹ UNGP 8, Commentary.

heavily reliant on intellectual property protection, is assessed: the pharmaceutical industry.

This article questions the role of the TRIPS Agreement in securing pharmaceutical companies' human rights compliance in the context of lack of access to medicines. Despite the minimum standards that every Member State is obliged to follow under the TRIPS Agreement, States still retain a discretionary power to adjust their national law according to public health needs. For example, national patent laws can determine the patentability standards, on which grounds a compulsory licensing can be issued or the criteria for revocation of patents.¹³⁰ In order to be more responsive to public health concerns, many developing countries revised their national patent laws. Three case studies, which interpret the revised patent laws in India and Brazil, are illustrated. In the first case, the Supreme Court of India rejected the patent application on the ground that the product does not bring enhanced efficacy over the known substance and therefore is not worth a patent protection under the Indian Patents Act. In the second case, the Brazilian government issued the compulsory licensing of an antiretroviral drug on the ground of public interest. Finally, in the third case, the High Court of Bombay found the price charged by the company excessive considering the purchasing power of patients in India and issued compulsory licensing on a cancer drug. These three cases illustrate how the flexibilities laid down in the TRIPS Agreement can be employed in order to meet the public health needs.

The article concludes that the TRIPS Agreement can offer a venue where the State can shape pharmaceutical companies' compliance with human rights. The case studies from India and Brazil strengthen this argument. The UN Guiding Principles encourage States to take a wide range of measures in meeting their duty to protect. In line with this, patent law can be a relevant tool in aligning companies' patent related activities with human rights. Even though a language of human rights or responsibility may not be explicitly employed, it can nevertheless offer a setting where the business and human rights discussion can enter into the field of intellectual property. In addition to legislation, the role of patent offices is also worth highlighting. Patent offices, e.g. the controller of patents in India, are the administrative authorities, which engage with the patent law at a very early stage. Interpretation of the law would highly depend on their knowledge of human rights. It is therefore important that they are well-informed about the human rights dimension of the case.

Legislation as well as authorities who interpret legislation, however, need to pay particular attention to the delicate nature of the topic. A patent is a right, which is regulated under the legal regime of intellectual property. Discussing a legal right as part of business responsibility is a challenging task and requires a careful balancing exercise. Multinational pharmaceutical companies have so far contributed to drug innova-

¹³⁰ UN SECRETARY-GENERAL'S HIGH-LEVEL PANEL, 22.

tion in a considerable way. Incentives attained through patent protection played a major role in this. National patent laws would therefore need to maintain the incentive to innovate while at the same time ensure human rights. HENRY SHUE places the balancing issue very sensibly: “a major and more constructive part of the duty to protect is the duty to design social institutions that do not exceed the capacity of individuals and organisations, including private and public corporations, to restrain themselves”¹³¹.

Bibliography

- ABBOTT FREDERICK M., The TRIPS Agreement, Access to Medicines, and the WTO Doha Ministerial Conference, *JWIP* 2002, 15
- ABBOTT FREDERICK M., The Doha Declaration on the TRIPS Agreement and Public Health: Lighting a Dark Corner at the WTO, *JIEL* 2002, 469
- ABBOTT FREDERICK M., TRIPS and Human Rights: Preliminary Reflections, in: ABBOTT FREDERICK M./BREINING-KAUFMANN CHRISTINE/COTTIER THOMAS (eds.), *International Trade and Human Rights: Foundations and Conceptual Issues*, Ann Arbor 2006, 145
- ABBOTT FREDERICK M./REICHMAN JEROME H., The Doha Round’s Public Health Legacy: Strategies for the Production and Diffusion of Patented Medicines under the Amended TRIPS Provisions, *JIEL* 2007, 921
- CHAPMAN AUDREY R., The Human Rights Implications of Intellectual Property Protection, *JIEL* 2002, 861
- COMMITTEE ON ECONOMIC, SOCIAL AND CULTURAL RIGHTS, Human Rights and Intellectual Property: Statement by the Committee on Economic, Social and Cultural Rights, E/C.12/2001/15, 14 December 2001 (cited as COMMITTEE, 2001 Statement)
- COMMITTEE ON ECONOMIC, SOCIAL AND CULTURAL RIGHTS, General Comment No. 3: The Nature of State Parties’ Obligations (Art. 2, Para. 1, of the Covenant) E/1991/23, 14 December 1990 (cited as COMMITTEE, General Comment 3)
- COMMITTEE ON ECONOMIC, SOCIAL AND CULTURAL RIGHTS, General Comment No. 14: The Right to the Highest Attainable Standard of Health E/C.12/2000/4, 11 August 2000 (cited as COMMITTEE, General Comment 14)
- COMMITTEE ON ECONOMIC, SOCIAL AND CULTURAL RIGHTS, General Comment No. 17: The Right of Everyone to Benefit from the Protection of the Moral and Material Interests Resulting from Any Scientific, Literary or Artistic Production of Which He or She is the Author, E/C.12/GC/17, 12 January 2006 (cited as COMMITTEE, General Comment 17)
- CORREA CARLOS M., *Intellectual Property Rights and the Use of Compulsory Licenses: Options for Developing Countries*, South Centre, Geneva 1999
- CORREA CARLOS M., The Use of Compulsory Licenses in Latin America; in: HILTY RETO M./LIU KUNG-CHUNG (eds.), *Compulsory Licensing: Practical Experiences and Ways Forward*, Berlin 2015, 43

¹³¹ SHUE, 62.

- COTTIER THOMAS, *The Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights*, in: MACRORY PATRICK F.J./APPLETON ARTHUR E./PLUMMER MICHAEL G. (eds.), *The World Trade Organization: Legal, Economic and Political Analysis*, New York 2005, 1041
- COTTIER THOMAS/OESCH MATTHIAS, *International Trade Regulation: Law and Policy in the WTO, The European Union and Switzerland: Cases, Materials and Comments*, Berne 2005
- CULLET PHILIPPE, *Patents and Medicines: The Relationship between TRIPS and the Human Right to Health*, IA, 2003, 139
- DRAHOS PETER, *The Global Governance of Knowledge: Patent Offices and their Clients*, Cambridge 2010
- EUROPEAN COMMISSION, *A Renewed EU Strategy 2011-14 for Corporate Social Responsibility*, Brussels 2011 (cited as EUROPEAN COMMISSION, *Renewed EU Strategy*)
- FORMAN LISA, *Trade Rules, Intellectual Property and the Right to Health*, EIA 2007, 337
- G20 SUMMIT, *Leaders' Declaration: Shaping an Interconnected World*, Hamburg 2017
- HELPER LAURENCE R., *Human Rights and Intellectual Property: Conflict or Coexistence?*, MIPR 2003, 47
- HELPER LAURENCE R./AUSTIN GRAEME W., *Human Rights and Intellectual Property: Mapping the Global Interface*, Cambridge 2011
- HOEN ELLEN 'T./BERGER JONATHAN/CALMY ALEXANDRA/MOON SUERIE, *Driving A Decade of Change: HIV/AIDS, Patents and Access to Medicines for All*, J. Int. AIDS Soc. 2011, 2
- HOGERZEIL HANS V./MIRZA ZAFAR, *Access to Essential Medicines As Part of the Right to Health*, in: WHO (ed.), *The World Medicines Situation 2011*, Geneva 2011, 1
- HUMAN RIGHTS COUNCIL, *Guiding Principles on Business and Human Rights: Implementing the United Nations "Protect, Respect and Remedy" Framework: Report of the Special Representative of the Secretary-General on the issue of Human Rights and Transnational Corporations and Other Business Enterprises*, UN Doc. A/HRC/17/31/Annex, 21 March 2011 (cited as UN GUIDING PRINCIPLES or UNGP)
- HUMAN RIGHTS COUNCIL, *Report of the Special Rapporteur on the Right of Everyone to the Enjoyment of the Highest Attainable Standard of Physical and Mental Health*, Anand Grover, A/HRC/11/12, 31 March 2009 (cited as SPECIAL RAPPORTEUR, 2009 Report)
- HUMAN RIGHTS COUNCIL, *Report of the Special Rapporteur on the Right of Everyone to the Enjoyment of the Highest Attainable Standard of Physical and Mental Health*, Anand Grover, on Access to Medicines A/HRC/23/42, 1 May 2013 (cited as SPECIAL RAPPORTEUR, 2013 Report)
- HUNT PAUL/WALKER SIMON, *WTO Member States and the Right to Health*, in: DINE JANET/FAGAN ANDREW (eds.), *Human Rights and Capitalism: A Multidisciplinary Perspective on Globalisation*, Cheltenham 2006, 228
- INTERNATIONAL FINANCE CORPORATION, *Performance Standards on Environmental and Social Sustainability*, Washington DC 2012 (cited as IFC, *Performance Standards*)
- JOSEPH SARAH, *Blame it on the WTO?: A Human Rights Critique*, Oxford 2011
- KAPCZYNSKI AMY, *Harmonization and Its Discontents: A Case Study of TRIPS Implementation in India's Pharmaceutical Sector*, CLR 2009, 1571
- KÄLIN WALTER/KÜNZLI JÖRG, *The Law of International Human Rights Protection*, Oxford 2009
- LU YE/HERNANDEZ PATRICIA/ABEGUNDE DELE/EDEJER TESSA, *Medicine Expenditures*, in: WHO (ed.), *The World Medicines Situation 2011*, Geneva 2011, 1

- MORRISON JOHN, *The Social License: How to Keep Your Organization Legitimate*, Palgrave Macmillan UK 2014
- OECD, *OECD Guidelines for Multinational Enterprises*, 2011 (cited as OECD, Revised Guidelines)
- OUTTERSON KEVIN, *Should Access to Medicines and TRIPS Flexibilities Be Limited to Specific Diseases?*, *AJLM* 2008, 317
- PAUWELYN JOOST, *The Dog That Barked But Didn't Bite: 15 Years of Intellectual Property Disputes at the WTO*, *JIDS* 2010, 389
- RUGGIE JOHN G., *Just Business: Multinational Corporations and Human Rights*, New York 2013
- SELLIN JENNIFER ANNA, *Does One Size Fit All? Patents, the Right to Health and Access to Medicines*, *NILR* 2015, 445
- SEPULVEDA MAGDALENA M., *The Nature of the Obligations under the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights*, Antwerp 2003
- SHUE HENRY, *Basic Rights: Subsistence, Affluence, and U.S. Foreign Policy*, Princeton 1980
- STIGLITZ JOSEPH E./JAYADEV ARJUN, *India's Patently Wise Decision* <<http://mea.gov.in/articles-in-foreign-media.htm?dtl/21696/Indias+Patently+Wise+Decision>>
- SUB-COMMISSION ON THE PROMOTION AND PROTECTION OF HUMAN RIGHTS, *Intellectual Property Rights and Human Rights*, Resolution 2000/7, 17 August 2000 (cited as SUB-COMMISSION, Resolution 2000/7)
- SUB-COMMISSION ON THE PROMOTION AND PROTECTION OF HUMAN RIGHTS, *Economic, Social and Cultural Rights: The impact of the Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights on human rights: Report of the High Commissioner E/CN.4/Sub.2/2001/13*, 27 June 2001 (cited as HIGH COMMISSIONER, 2001 Report)
- SUB-COMMISSION ON THE PROMOTION AND PROTECTION OF HUMAN RIGHTS, *Intellectual Property and Human Rights*, Resolution 2001/21, 16 August 2001 (cited as SUB-COMMISSION, Resolution 2001/21)
- TOMUSCHAT CHRISTIAN, *Human Rights: Between Idealism and Realism*, Oxford 2014
- UN SECRETARY-GENERAL'S HIGH-LEVEL PANEL ON ACCESS TO MEDICINES, *Promoting Innovation and Access to Health Technologies*, 2016
- WHO-WIPO-WTO, *Promoting Access to Medical Technologies and Innovation: Intersections Between Public Health, Intellectual Property and Trade*, Geneva 2012
- WTO, *Amendment of the TRIPS Agreement*, WTO Doc. WT/L/641 (cited as WT/L/641)
- WTO, *Declaration on the TRIPS Agreement and Public Health Adopted on 14 November 2001*, WT/MIN(01)/DEC/2 (cited as WT/MIN(01)/DEC/2)
- WTO, *Implementation of Paragraph 6 of the Doha Declaration*, WTO Doc. WT/L/540 (cited as WT/L/540)
- WTO, *Ministerial Declaration Adopted on 14 November 2001*, WT/MIN(01)/DEC/1 (cited as WT/MIN(01)/DEC/1)

Sein und Schein von Gesetzgebung im Referendumsrecht Russlands

Julian-Ivan Beriger

Inhaltsübersicht

I. Einleitung	462
II. Kurze Einführung ins russische Referendumsrecht	462
A. Begriff des Referendums	462
B. Übersicht über die Referenden im russischen Bundesstaat	463
1. Referendum auf Bundesebene	464
2. Regionales Referendum	464
3. Referendum auf Ebene eines Föderationssubjekts	465
4. Gemeindereferendum	465
III. Schein: Das Referendum als zentrales direktdemokratisches Instrument in Russland	466
A. Verfassungsrechtliche Stellung des Referendums	466
1. Form der Ausübung von Volksmacht	467
2. Subjektives Recht	467
3. Verhältnis zu den Wahlen	468
B. Referendumsgegenstand	468
C. Zulässige Einschränkungen des Referendumsrechts	469
IV. Sein: Systematische gesetzgeberische Eingriffe ins Referendumsrecht	470
A. Gesetzgeberische Erschwerung des Referendumsverfahrens	470
1. Bundesebene	470
a. Hindernisse bei der Ergreifung des Referendums	470
b. Faktische Öffnung des Ausnahmekatalogs	471
c. Zeitliche Beschränkungen	472
d. Fehlende praktische Bedeutung des Referendums	473
2. Ebene einzelner Föderationssubjekte	474
a. Erschwerung der Unterschriftensammlung	474
b. Mindeststimmeteiligung	475
c. Verengung des Kreises der Initiativberechtigten	475
d. Abnahme der praktischen Bedeutung des Referendums	476
B. Instrumentalisierung des Referendums	477
1. Regionale Ebene	477
a. Verstärkung der zentralstaatlichen Kontrolle beim Zusammenschluss von Föderationssubjekten	477
b. Legitimierung der politisch umstrittenen Zusammenschlüsse von Föderationssubjekten in der Anwendungspraxis des Referendums	478
2. Gemeindeebene	479
a. Bagatellisierung des Referendumsgegenstands	479
b. Scheindemokratische Beteiligung des Volkes in der Praxis	480
V. Würdigung	481
Literaturverzeichnis	483

I. Einleitung

Der Ausdruck «Sein und Schein von Gesetzgebung» bezeichnet in erster Linie die Divergenz zwischen der Anwendung einer Gesetzesnorm in der Rechtspraxis und der Regelungsabsicht des Gesetzgebers.¹ Jedoch kann nicht nur der Rechtsanwender, sondern auch der Gesetzgeber in Abweichung von seiner eigenen oder der Regelungsabsicht des Verfassungsgebers Rechtsinstitute gesetzgeberisch derart verändern, dass sie in der Rechtspraxis nicht mehr ihrem ursprünglichen Zweck entsprechen.²

Im vorliegenden Beitrag werden Sein und Schein von Gesetzgebung im russischen Referendumsrecht untersucht. Es wird die These aufgestellt, dass die verfassungstheoretische Stellung des Referendums (Schein) nicht mit dessen normativen Ausgestaltung im Gesetzesrecht und Anwendung in der Rechtspraxis (Sein) übereinstimmt.

Nach einer überblicksartigen Einführung ins russische Referendumsrecht (II.) wird auf die in der russischen Verfassung angelegte und der Rechtsprechung des Verfassungsgerichts konkretisierte verfassungstheoretische Stellung des Referendums als zentrales Instrument der direkten Demokratie in Russland (Schein) eingegangen (III.).

Im Anschluss daran werden die systematischen gesetzgeberischen Eingriffe ins Referendumsrecht auf allen Ebenen des russischen Bundestaats und deren Auswirkungen auf die praktische Anwendung des Referendums (Sein) untersucht (IV.).

Zum Schluss erfolgt eine Würdigung der gefundenen Ergebnisse (V.).

II. Kurze Einführung ins russische Referendumsrecht

A. Begriff des Referendums

Als Referendum wird in Russland wie in anderen europäischen Staaten eine Volksabstimmung bezeichnet, bei der die Stimmbürger durch unmittelbare Willensäußerung in verbindlicher und abschliessender Weise über eine Frage von gesellschaftlicher Bedeutung der jeweiligen Staatsebene entscheiden.³ Begriffsbestimmend sind

¹ Bei diesem Phänomen handelt es sich um eine (gemässigte) Form von Rechtsnihilismus, die für die russische Rechtsordnung typisch ist. Dazu NUSSBERGER, in: NUSSBERGER, 1, 7; MOMMSEN/NUSSBERGER, 15 ff.

² Die Gesetzgebung stehe in Russland der Entwicklung des Referendums entgegen. Dazu ANDREEVA/VEREŠČAGIN/STAROSTINA, *Sko* 2007, 173, 173.

³ Vgl. zu dieser Definition KOMAROVA, *Referendum*, 62 f.; BAGLAJ, 460; AVAK'JAN, 396 f.; RUDENKO, *KPVO* 2003, 10, 10; PETUKHOVA, *GiP* 2010, 112, 112; KURJAČAJA, *PiP* 2005, 11, 11; AVANESJAN, 67; GJATOV, 19.

dabei drei Elemente,⁴ und zwar der Gegenstand des Referendums, d.h. die Frage, die dabei entschieden wird,⁵ die Unmittelbarkeit der Willensäußerung des Volkes⁶ und die Verbindlichkeit des Volksentscheids.⁷

Die drei Kernelemente des Referendumsbegriffs finden ihren Ausdruck auch in der russischen Gesetzgebung. Im Wahl- und Abstimmungsgesetz (im Folgenden: WAG)⁸ wird das Referendum in Art. 2 Ziff. 53 für alle Staatsebenen folgendermassen definiert: «Eine Form der direkten Willensäußerung der Bürger der Russischen Föderation betreffend die wichtigsten Fragen von staatlicher und örtlicher Bedeutung mit dem Ziel der Entscheidungsfindung auf dem Wege der Abstimmung der Stimmbürger».

B. Übersicht über die Referenden im russischen Bundesstaat

Die Russische Föderation ist als Bundesstaat organisiert und besteht derzeit aus 85 Gliedstaaten, sog. «Föderationssubjekten» (russ. *субъекты Российской Федерации, sub-ekty Rossijskoj Federacii*), von denen es sechs Arten⁹ gibt (vgl. Art. 5 Abs. 1 i.V.m. 65 Abs. 1 der russischen Verfassung).¹⁰ Die dritte Ebene im russischen Bundesstaat bilden die Gemeinden, die im System der «örtlichen Selbstverwaltung» (russ. *местное самоуправление, mestnoe samoupravlenie*) organisiert sind.¹¹

Der territorialen Gliederung entsprechend unterscheidet man in Russland vier Arten von Referenden: (1.) das Referendum auf Bundesebene (russ. *федеральный референдум, federal'nyj referendum*), (2.) das regionale Referendum (russ. *региональный референдум, regional'nyj referendum*), (3.) das Referendum auf Ebene eines Föderationssubjekts (russ. *референдум субъекта РФ, referendum sub-*

⁴ Zu diesen drei Elementen AVAK'JAN, 396 f.; AVANESJAN, 67; BERIGER, 37 ff.

⁵ Dazu detailliert unten III.B.

⁶ Die Stimmbürger treffen beim Referendum direkt und nicht über ihre Volksvertreter Sachentscheide, indem sie eine Vorlage annehmen oder ablehnen. AVAK'JAN, 396; NUDNENKO, KIMP 2005, 20, 20 f.; AVANESJAN, 67.

⁷ Das Referendum ist in Russland grundsätzlich imperativ. Die Durchführung konsultativer (nicht verbindlicher) Volksabstimmungen ist allerdings nicht ausgeschlossen. AVAK'JAN, 398; ANDREEVA/VEREŠČAGIN/STAROSTINA, Sko 2007, 173, 175; KOMAROVA, Referendum, 68 f.

⁸ Bundesgesetz vom 12. Juni 2002 № 67-FZ «über die grundlegenden Garantien des Wahlrechts und des Rechts der Bürger der RF auf Teilnahme am Referendum» (russ. *Sobranie Zakonodatel'stva Rossijskoj Federacii* (im Folgenden: SZ RF), 17. Juni 2002, № 24, st. 2253).

⁹ Republiken, ein autonomes Gebiet, autonome Bezirke, Regionen, Gebiete sowie Städte mit föderaler Bedeutung. Zum Staatsaufbau in Russland z.B. BAGLAJ, 130 ff.; AVAK'JAN, 367 ff.; FADEEV, Kapitel 5, in: FADEEV, 96, 99 ff.; KONJUKHOVA, GiP 2007, 37, 37.

¹⁰ Verfassung der Russischen Föderation, angenommen in der Volksabstimmung vom 12. Dezember 1993 (SZ RF, 4. August 2014, № 31, st. 4398 [im Folgenden: VfRF]).

¹¹ Zum System der örtlichen Selbstverwaltung z.B. ŠUGRINA, 91 ff.; BAGLAJ, 739 f.; FADEEV, Kapitel 24, in: FADEEV, 563, 569 ff.

jekta RF) und (4.) das Gemeindereferendum (russ. *местный референдум, mestnyj referendum*).¹²

Je nachdem, ob die Durchführung einer Volksabstimmung von Gesetzes wegen vorgesehen ist oder von einem bestimmten Kreis von Akteuren verlangt werden muss, unterscheidet man obligatorische (russ. *обязательный референдум, objazatel'nyj referendum*) und fakultative Referenden (russ. *факультативный референдум, fakul'tativnyj referendum*).¹³

1. Referendum auf Bundesebene

Beim Referendum auf Bundesebene werden Fragen von gesamtstaatlicher Bedeutung entschieden (Art. 6 Abs. 1–3 des Bundesverfassungsgesetzes über das Referendum [im Folgenden: BfGR]).¹⁴ Diese befinden sich in der ausschliesslichen Kompetenz der Föderation oder der gemeinsamen Kompetenz von Föderation und Subjekten (Art. 6 Abs. 4 BfGR i.V.m. Art. 71 und 72 Abs. 1 VfRF). Dessen Durchführung ist grundsätzlich fakultativ und kann von den in Art. 14 Abs. 1 BfGR genannten Akteuren verlangt werden.¹⁵ Von Gesetzes wegen wird eine Volksabstimmung auf Bundesebene durchgeführt, wenn dies in einem völkerrechtlichen Vertrag vorgesehen ist (Art. 6 Abs. 2 BfGR).

Gesetzliche Grundlage des Referendums auf Bundesebene bildet in erster Linie das BfGR und subsidiär das WAG (Art. 1 Abs. 4 WAG i.V.m. Art. 3 Abs. 1 BfGR).

2. Regionales Referendum

Regionale Volksabstimmungen werden bezüglich Fragen durchgeführt, die für einen bestimmten Kreis von Föderationssubjekten von Bedeutung sind. In Art. 11 Abs. 1 des Bundesverfassungsgesetzes über die Bildung neuer Föderationssubjekte (im Fol-

¹² Dazu KOMAROVA, KiMP 2003, 29, 33; FADEEV, Kapitel 6, in: FADEEV, 134, 142 f.; GJATOV, 85 ff.; SINCOV, 80 f.; ŠMELEV, 86 f.

¹³ Zu dieser Unterscheidung KOMAROVA, KiMP 2003, 29, 31; RUDENKO, KPVO 2003, 10, 10 f.; FADEEV, Kapitel 6, in: FADEEV, 134, 142; SINCOV, 70 f.; ŠMELEV, 83 ff.; GJATOV, 71 ff.; FILIPOVA, 43.

¹⁴ Bundesverfassungsgesetz vom 28. Juni 2004 № 5-FKZ «über das Referendum der Russischen Föderation» (SZ RF, 5. Juli 2004, № 27, st. 2710).

¹⁵ Von 2 Millionen stimmberechtigten russischen Staatsbürgern, der Verfassungsgebenden Versammlung im Falle von Art. 135 Abs. 3 VfRF und den Staatsorganen des Bundes (Art. 14 Abs. 1 Ziff. 1–3 BfGR).

genden: BGüBnF)¹⁶ ist eine obligatorische Volksabstimmung betreffend die Vereinigung angrenzender Föderationssubjekte vorgesehen.¹⁷

3. Referendum auf Ebene eines Föderationssubjekts

Fragen, die nur einen einzelnen Gliedstaat betreffen, bilden Gegenstand des Referendums auf Ebene eines einzelnen Föderationssubjekts. Die Referendumsfrage befindet sich in der ausschliesslichen Kompetenz der Föderationssubjekte oder der gemeinsamen Kompetenz von Föderation und Subjekten (Art. 12 Abs. 2 WAG i.V.m. Art. 72 Abs. 1 und 73 VfRF).¹⁸ Das WAG sieht auf Ebene eines Föderationssubjekts ein fakultatives Referendum vor, dessen Ergreifung nach Art. 14 Abs. 1 WAG grundsätzlich den Stimmbürgern zusteht. Die Gesetzgeber der Föderationssubjekte können in den regionalen Referendumsgesetzen zusätzlich obligatorische Referenden vorsehen (Art. 12 Abs. 4 WAG).

Gesetzliche Grundlage des Referendums auf Ebene eines Föderationssubjekts bildet das WAG als zwingender bundesrechtlicher Mindeststandard (Art. 1 Abs. 6 WAG), das durch andere Bundesgesetze, die Satzungen und Verfassungen der Föderationssubjekte und die regionalen Referendumsgesetze ergänzt wird (Art. 1 Abs. 3 und 5 WAG).¹⁹

4. Gemeindereferendum

Beim Gemeindereferendum wird über Fragen von örtlicher Bedeutung entschieden (Art. 22 Abs. 1 des örtlichen Selbstverwaltungsgesetzes (im Folgenden: ÖrtlSelbstVwG)²⁰ i.V.m. Art. 130 Abs. 1 und 2 VfRF). Die Grundzüge des Gemeindereferendums werden in Art. 22 ÖrtlSelbstVwG geregelt und in den Referendumsgesetzen der Föderationssubjekte sowie den Gemeindegesetzen konkretisiert

¹⁶ Bundesverfassungsgesetz vom 17. Dezember 2001 № 6-FKZ «über die Regelung der Aufnahme und Bildung eines neuen Föderationssubjekts innerhalb der bestehenden Struktur der Russischen Föderation» (SZ RF, 24. Dezember 2001, № 52 (1 č.), st. 4916).

¹⁷ Dazu unten IV.B.1.

¹⁸ Die Beschränkung des Referendumsgegenstands auf Fragen in der ausschliesslichen Kompetenz der Föderationssubjekte, wie es Art. 13 Abs. 4 des Vorgängergesetzes aus dem Jahre 1997 ursprünglich vorsah, ist verfassungswidrig. Dazu Urteil des VfGRF vom 10. Juni 1998 № 17-P, 3 E. 2 (SZ RF, 22. Juni 1998, № 25, st. 3002).

¹⁹ Die Mindestgarantien des WAG im Bereich des Wahl- und Referendumsrechts dürfen durch andere Rechtsakte (auch Bundesverfassungsgesetze) nur erweitert, nicht jedoch unterschritten werden. Ansonsten gelangen nach Art. 1 Abs. 6 WAG die Bestimmungen des WAG zur Anwendung. Dazu WAG Kommentar-BORISOV, Art. 1, 15 f., 17 f.

²⁰ Bundesgesetz vom 6. Oktober 2003 № 131-FZ «über die allgemeinen Prinzipien der Organisation der örtlichen Selbstverwaltung in der Russischen Föderation» (SZ RF, 6. Oktober 2003, № 40, st. 3822).

(Art. 22 Abs. 10 ÖrtlSelbstVwG). Subsidiär kommen die Bestimmungen des WAG zur Anwendung (Art. 1 Abs. 1 WAG).

Das fakultative Gemeindereferendum kann von den in Art. 22 Abs. 3 Ziff. 1–3 ÖrtlSelbstVwG genannten Rechtsträgern ergriffen werden. Eine obligatorische Volksabstimmung auf Gemeindeebene ist in Art. 56 Abs. 2 ÖrtlSelbstVwG betreffend die Einführung und Verwendung von Mitteln der Selbstbesteuerung vorgesehen.²¹

III. Schein: Das Referendum als zentrales direktdemokratisches Instrument in Russland

Gestützt auf die verfassungsrechtliche Stellung des Referendums (A.) wurde in der russischen Lehre ein theoretisches Modell des Referendums als zentrales Instrument der direkten Demokratie in Russland entwickelt, das sich durch einen weit gefassten Referendumsgegenstand (B.) und hohe Anforderungen an die Einschränkungen des Referendumsrechts (C.) auszeichnet.

A. Verfassungsrechtliche Stellung des Referendums

Die VfRF räumt dem Referendum in Art. 1 Abs. 1, 3 Abs. 3, 32 Abs. 2, 84 lit. «c», 92 Abs. 3, 130 Abs. 2 und 135 Abs. 3 VfRF eine zentrale Stellung im Verfassungsgefüge von Russland ein.²² Die Verfassungsbestimmungen wurden in der Rechtsprechungspraxis des russischen Verfassungsgerichts konkretisiert.²³

²¹ Dazu unten IV.B.2.

²² Dazu AVAK'JAN, 394 f.; KOMAROVA, Referendum, 16 f.; Handbuch VfRF-LUCHTERHANDT, Art. 1 N 13; VfRF Kommentar-KUTAFIN, Art. 3, 71; ANDREEVA/VEREŠČAGIN/STAROSTINA, Sko 2007, 173, 174.

²³ Eine Übersicht über die Rechtsprechung des Verfassungsgerichts der Russischen Föderation (im Folgenden: VfGRF) zu den Wahlen und Referenden findet sich im Handbuch VfRF-LUCHTERHANDT, Art. 1 N 13 f. Vgl. zu einer Übersicht der Rechtsprechung des VfGRF spezifisch zum Referendum AUSF, GviMSu 2007, 11, 17 ff. Folgende Leitentscheide des VfGRF befassen sich detailliert mit dem Referendum: Urteile des VfGRF vom 24. Januar 1997 № 1-P (SZ RF, 3. Februar 1997, № 5, st. 708), vom 10. Juni 1998 № 17-P (SZ RF, 22. Juni 1998, № 25, st. 3002), vom 11. Juni 2003 № 10-P (SZ RF, 23. Juni 2003, № 25, st. 2564) und vom 21. März 2007 № 3-P (SZ RF, 2. April 2007, № 14, st. 1741). Erwähnen kann man auch noch zwei jüngere Entscheide, wo sich das VfGRF am Rande zum Gemeindereferendum äussert: Entscheid des VfGRF vom 9. Dezember 2014 № 2744-O (russ. *Vestnik Konstitucionnogo Suda* (im Folgenden: VKS), № 2, 2015) und den unveröffentlichten Entscheid vom 25. Februar 2016 № 405-O.

Die verfassungsrechtliche Stellung des Referendums in Russland lässt sich durch folgende Aspekte charakterisieren: (1.) Form der Ausübung von Volksmacht, (2.) subjektives Recht und (3.) Verhältnis zu den Wahlen.²⁴

1. Form der Ausübung von Volksmacht

In Art. 1 Abs. 1 VfRF wird Russland als demokratischer Staat bezeichnet. Nach Art. 3 Abs. 1 VfRF ist Träger der Souveränität und einzige Quelle der Macht in der Russischen Föderation ihr multinationales Volk. Volkssouveränität bedeutet, dass die Macht in einem Staat dem Volk zusteht und es diese unmittelbar oder durch seine demokratisch legitimierte Vertreter ausüben kann.²⁵ Nach Art. 3 Abs. 3 VfRF sind das Referendum und die freien Wahlen höchster unmittelbarer Ausdruck der Volksmacht in Russland, womit den beim Referendum getroffenen Entscheidungen höchste demokratische Legitimität eingeräumt wird.²⁶

Auf Gemeindeebene kommt dem Referendum besondere Bedeutung zu, da es als Mittel zur unmittelbaren Entscheidung von Fragen von örtlicher Bedeutung der Verwirklichung der örtlichen Selbstverwaltung dient (Art. 12 i.V.m. 130 Abs. 1 und 2 VfRF sowie Art. 22 Abs. 1 ÖrtlSelbstVwG).²⁷

2. Subjektives Recht

In Art. 32 Abs. 2 VfRF wird den russischen Staatsbürgern das aktive und passive Wahlrecht sowie das Recht auf Teilnahme an Volksabstimmungen eingeräumt, das als subjektives Recht im zweiten Kapitel über die «Rechte und Freiheiten des Menschen und Bürgers» verankert ist.²⁸

Über das Stimm- sowie das aktive und passive Wahlrecht verfügen russische Staatsbürger, die am Tag der Abstimmung das 18. Lebensjahr²⁹ vollendet haben und nicht von einem Gericht für handlungsunfähig befunden worden sind oder sich auf ein ge-

²⁴ Dazu KOMAROVA, Referendum, 62; AVAK'JAN, 394.

²⁵ Man unterscheidet in Russland drei Ausprägungen der Volksmacht: (1.) die Staatsmacht, (2.) die gesellschaftliche Macht und (3.) die Macht der örtlichen Selbstverwaltung. Dazu AVAK'JAN, 355 ff.

²⁶ AVAK'JAN, 396; BAGLAJ, 460; FADEEV, Kapitel 6, in: FADEEV, 134, 139; VfRF Kommentar-KUTAFIN, Art. 3, 71; NUDNENKO, KiMP 2005, 20, 20; AVANESJAN, 67 f.; KOVALEV, PIŽ 2001, 90, 92.

²⁷ AVAK'JAN, 361 f., 400; BAGLAJ, 749; VfRF Kommentar-BONDAR', Art. 130, 986; AUSF, GviMSu 2007, 11, 19; GRANKIN, KiMP 2012, 44 ff.

²⁸ AVAK'JAN, 394; KOMAROVA, Mechanismus, 89 f.; NUDNENKO, KiMP 2005, 20, 20; Handbuch VfRF-VON GALL, Art. 32 N 33.

²⁹ Dies entspricht dem allgemeinen Mündigkeitsalter in Art. 60 VfRF. Dazu WAG Kommentar-BORISOV, Art. 4, 72; NUDNENKO, KiMP 2005, 20, 21.

richtliches Urteil hin in Freiheitsentzug befinden (Art. 32 Abs. 2 und 3 VfRF i.V.m. Art. 4 Abs. 1 und 3 WAG).³⁰

Das Recht auf Teilnahme am Referendum umfasst je nach Stadium des Referendumsverfahrens verschiedene Teilhalte, wie z.B. das Recht auf Unterschriftensammlung, Finanzierung der Abstimmungskampagne oder Bildung der Initiativgruppe.³¹

3. Verhältnis zu den Wahlen

Art. 3 Abs. 2 VfRF statuiert, dass das Volk seine Macht unmittelbar sowie mittelbar durch die Staats- und Gemeindeorgane ausübt, womit die Instrumente der direkten und repräsentativen Demokratie einander gegenübergestellt werden.³²

Referendum und Wahlen sind nach Art. 3 Abs. 3 VfRF «höchster unmittelbarer Ausdruck der Volksmacht», woraus nach Auffassung des VfGRF abgeleitet werden könne, dass die beiden Formen der Willensäußerung des Volkes gleichwertig nebeneinander bestehen, jeweils ihre eigene Aufgabe erfüllen und einander ergänzen, ohne sich dabei jedoch zu behindern.³³

B. Referendumsgegenstand

Entsprechend seinem verfassungsrechtlichen Status ist der Kreis von Fragen, die dem fakultativen Referendum in Russland unterstellt werden können, sehr weit gefasst. Die Stimmbürger können dabei über beliebige Fragen von gesellschaftlicher und staatlicher Bedeutung der jeweiligen Staatsebene entscheiden.³⁴ Dieser Ansatz spiegelt sich auch in der russischen Gesetzgebung wider (Art. 6 Abs. 3 BfGR, Art. 12 Abs. 2 und 3 WAG und Art. 22 Abs. 1 ÖrtlSelbstVwG).

³⁰ Zu den Voraussetzungen des Stimmrechts z.B. BAGLAJ, 464; AVAK'JAN, 745 f.; NUDNENKO, KiMP 2005, 20, 21.

³¹ KOMAROVA, Mechanismus, 90 f.; NUDNENKO, KiMP 2005, 20, 23.

³² VfRF Kommentar-KUTAFIN, Art. 3, 70; Handbuch VfRF-GEISTLINGER, Art. 3 N 17.

³³ Urteile des VfGRF vom 11. Juni 2003 № 10-P, 3 E. 2 (SZ RF, 23. Juni 2003, № 25, st. 2564) und vom 21. März 2007 № 3-P, 7 E. 2 (SZ RF, 2. April 2007, № 14, st. 1741). Dazu auch Handbuch VfRF-VON GALL, Art. 32 N 37. Verfassungsrichter Viktor Lučín vertrat in seinem Sondervotum zum Urteil des VfGRF vom 11. Juni 2003 № 10-P die Auffassung, dass das Referendum als Instrument der direkten Demokratie Vorrang vor den Wahlen habe.

³⁴ KOVALEV, PIŽ 2001, 90, 90; ANDREEVA/VEREŠČAGIN/STAROSTINA, Sko 2007, 173, 174; RUDENKO, KPVO 2003, 10, 17; KOMAROVA, Referendum, 62, 64; AVAK'JAN, 401. Kritisch zum weiten Referendumsgegenstand KURJAČAJA, Pip 2005, 11, 12.

Das Referendum kann durch seinen weit gefassten Gegenstand nicht konsequent von der Volksinitiative abgegrenzt werden. Diese wird in Russland als eigenständiges direktdemokratisches Instrument anerkannt.³⁵

Die Referendumsfrage muss nach Art. 6 Abs. 7 BfGR bzw. Art. 12 Abs. 7 WAG so formuliert sein, dass sie nicht auf unterschiedliche Weise interpretiert werden und darauf eine eindeutige Antwort gegeben werden kann. Ausserdem darf sie keine unvorhersehbaren Rechtsfolgen nach sich ziehen.³⁶

C. Zulässige Einschränkungen des Referendumsrechts

Nach Auffassung des Verfassungsgerichts müssen gesetzgeberische Einschränkungen des Referendumsrechts verhältnismässig sein, sodass sie das Referendumsrecht weder aufheben noch schmälern.³⁷ In der russischen Lehre wird konkretisiert, dass Einschränkungen des Referendumsrechts dann zulässig seien, wenn sie auf dem Wege der Gesetzgebung eingeführt worden und begründet (russ. *обоснованность, обоснованность*'), erforderlich (russ. *необходимость, neobkhdimost'*) und zumutbar (russ. *соразмерность, sorazmernost'*) sind.³⁸

PETUKHOVA unterscheidet drei Arten von Beschränkungen des Referendumsrechts, und zwar Beschränkungen (1.) bezüglich des Referendumsgegenstands (Inhalt, Formulierung, Ausnahmetatbestände), (2.) zeitliche Beschränkungen der Ergreifung, Ansetzung und Durchführung des Referendums (Kriegs- oder Notzustand, Sperrfristen bei Referenden zur gleichen Vorlage, Unvereinbarkeit mit den Wahlen) und (3.) verfahrensrechtliche Beschränkungen (v.a. bei der Ergreifung des Referendums).³⁹

Im Gegensatz dazu sind ein paar Autoren der Auffassung, dass gesetzgeberische Einschränkungen des Referendumsrechts in keinem Fall zulässig seien.⁴⁰

³⁵ Die Volksinitiative wird in einem engen Sinn verstanden und umfasst nur (ausformulierte) Entwürfe zu Rechtsakten, die von einer Gruppe von Stimmbürgern ausgearbeitet und dann der Volksabstimmung unterstellt werden (vgl. Art. 26 Abs. 2 ÖrtlSelbstVwG). Sie existiert zudem nur auf Ebene der Föderationssubjekte und Gemeinden. Dazu detailliert VAŽNOV, 42 ff.

³⁶ Durch diese Regelung werde die unverfälschte Willensbildung der Stimmbürger sichergestellt. Urteil des VfGRF vom 21. März 2007 № 3-P, 14 f. E. 4 (SZ RF, 2. April 2007, № 14, st. 1741).

³⁷ Urteile des VfGRF vom 11. Juni 2003 № 10-P, 3 E. 2.2. (SZ RF, 23. Juni 2003, № 25, st. 2564) und vom 21. März 2007 № 3-P, 9 E. 3 (SZ RF, 2. April 2007, № 14, st. 1741).

³⁸ PETUKHOVA, *Gip* 2010, 112, 113 und in Bezug auf den Referendumsgegenstand SERGEEV, *KiMP* 2008, 7, 10 f.

³⁹ PETUKHOVA, *Gip* 2010, 112, 113.

⁴⁰ Der russische Verfassungsgeber habe in der Verfassung bewusst auf Einschränkungen des Referendumsrechts verzichtet, womit der Gesetzgeber über keine verfassungsrechtliche Grundlage zur Einschränkung des Referendumsrechts auf Bundesebene verfüge. ANDREEVA/VEREŠČAGIN/STAROSTINA, *SKO* 2007, 173, 174; SERGEEV, *KiMP* 2008, 7, 8. Die genannten Autoren stützen

IV. Sein: Systematische gesetzgeberische Eingriffe ins Referendumsrecht

Der verfassungstheoretischen Stellung des Referendums entgegengesetzt sind die gesetzgeberischen Eingriffe in die normative Ausgestaltung des Referendums auf allen Ebenen des russischen Bundestaats. Durch diese wird entweder (A.) das Referendumsverfahren erschwert oder (B.) Referenden zur Legitimierung politisch umstrittener Entscheidungen oder der Scheinbeteiligung des Volkes eingesetzt (Instrumentalisierung).

A. Gesetzgeberische Erschwerung des Referendumsverfahrens

1. Bundesebene

Das Verfahren zur Ergreifung und Durchführung des fakultativen Referendums auf Bundesebene wurde mit dem Inkrafttreten des BfGR im Jahre 2004 und dessen Revision im Jahre 2008 massiv erschwert.⁴¹ Dies zeigt sich insbesondere durch die Einführung formeller Hindernisse bei der Ergreifung des Referendums (a.), die Einschränkung des Referendumsgegenstands (b.) und die zeitlichen Beschränkungen der Ergreifung und Durchführung des Referendums (c.).

a. Hindernisse bei der Ergreifung des Referendums

Thematisch lassen sich die neu eingeführten Hindernisse bei der Ergreifung des Referendums in Hindernisse (1.) im Zusammenhang mit der Bildung der Initiativgruppe und (2.) der Unterschriftensammlung einteilen.⁴²

(1.) Zur Ergreifung des Referendums auf Bundesebene muss eine Initiativ- bzw. Referendumsgruppe (russ. *инициативная группа по проведению референдума, inicijativnaja grupa po provedeniju referendumu*) gebildet werden, die nach ihrer Registrierung über das Recht zur Unterschriftensammlung verfügt (Art. 15 Abs. 1 und Abs. 23 BfGR).

Unter dem Vorgängergesetz aus dem Jahre 1995⁴³ musste nur eine einzige Initiativgruppe aus mindestens 100 Mitgliedern gebildet werden (Art. 9 Abs. 10 BfGR 1995).

sich dabei auf die Argumentation von Verfassungsrichter Viktor Lučín in seinem Sondervotum zum Urteil des VfGRF vom 11. Juni 2003 № 10-P (SZ RF, 23. Juni 2003, № 25, st. 2564).

⁴¹ SERGEEV, *KiMP* 2008, 7, 8; NUDNENKO, *RJŽ* 2009, 176, 178; ANDREEVA/VEREŠČAGIN/STAROSTINA, *Sko* 2007, 173, 173, 180; BREIG, in: NEUMANN/RENGER, 255, 280 f.

⁴² Eine Aufzählung der Hindernisse findet sich bei AUSF, *GviMSu* 2007, 11, 16. Dazu auch NUDNENKO, *RJŽ* 2009, 176, 178 f.; AVAK'JAN, 428 ff.; NEVINSKIJ, *KiMP* 2005, 14, 15 f.

Im derzeit geltenden BfGR ist in Art. 15 Abs. 2 vorgesehen, dass sich die zentrale Initiativgruppe aus regionalen Untergruppen zusammensetzen muss, die in mehr als der Hälfte der Föderationssubjekte gebildet werden und aus je mindestens 100 Mitgliedern bestehen. Die Mitgliederzahl der zentralen Initiativgruppe beträgt damit neu mindestens 4300.⁴⁴

(2.) Die Frist zur Unterschriftensammlung wurde beim Referendum auf Bundesebene von 90 (Art. 9 Abs. 10 BfGR 1995) auf 45 Tage (Art. 17 Abs. 2 BfGR) um die Hälfte verkürzt, während die für das Zustandekommen des Referendums nötige Unterschriftenzahl von zwei Millionen nicht an die neue Frist angepasst wurde (vgl. Art. 8 Abs. 1 Ziff. 1 BfGR 1995 und Art. 14 Abs. 1 Ziff. 1 BfGR).⁴⁵

Das Recht zur Unterschriftensammlung steht neu ausschliesslich den Mitgliedern der jeweiligen regionalen Untergruppe zu (Art. 17 Abs. 3 BfGR), wodurch Drittpersonen zur Unterschriftensammlung nicht mehr beigezogen werden dürfen.⁴⁶

Nach Art. 14 Abs. 1 Ziff. 1 und 17 Abs. 1 BfGR darf sich der Wohnsitz von neu nicht mehr als 50'000 unterzeichnenden Stimmbürgern (2.5%) auf dem Gebiet des gleichen Föderationssubjekts oder gesamthaft im Ausland befinden, während unter dem Vorgängergesetz noch 10% erlaubt waren (Art. 8 Abs. 1 Ziff. 1 BfGR 1995).⁴⁷

b. Faktische Öffnung des Ausnahmekatalogs

Gewisse Fragen können nicht Gegenstand des Referendums auf Bundesebene bilden, weshalb in Art. 6 Abs. 5 BfGR ein Ausnahmekatalog vorgesehen ist.

Mit der Revision vom 24. April 2008⁴⁸ wurden drei Ausnahmetatbestände (Art. 6 Abs. 5 Ziff. 6, 7 und 9 BfGR)⁴⁹ aus dem Katalog entfernt, gleichzeitig aber durch einen sehr weit formulierten Ausnahmetatbestand in Art. 6 Abs. 5 Ziff. 10 BfGR ersetzt. Nach dieser Bestimmung können Fragen, die von der Verfassung oder Bundesverfassungsgesetzen zur ausschliesslichen Kompetenz der Staatsorgane des Bundes gezählt werden, nicht Gegenstand des Referendums auf Bundesebene bilden.

⁴³ Bundesverfassungsgesetz vom 10. Oktober 1995 № 2-FKZ «über das Referendum der Russischen Föderation» (im Folgenden: BfGR 1995, SZ RF, 6. Oktober 1995, № 42, st. 3921).

⁴⁴ Dazu NEVINSKIJ, KiMP 2005, 14, 16.

⁴⁵ NUDNENKO, KiMP 2005, 20, 23.

⁴⁶ NUDNENKO, RJŽ 2009, 176, 178; AVAK'JAN, 431.

⁴⁷ NEVINSKIJ, KiMP 2005, 14, 16.

⁴⁸ Bundesverfassungsgesetz vom 24. April 2008 № 1-FKZ «über die Änderung des Bundesverfassungsgesetzes «über das Referendum RF»» (SZ RF, 28. April 2008, № 17, st. 1754).

⁴⁹ Die Unterpunkte 6 und 7 betrafen Fragen über die Annahme und Anpassung des föderalen Budgets sowie die Erfüllung und Veränderung innenpolitischer finanzieller Verpflichtungen der RF, Unterpunkt 9 Amnestie und Begnadigungen. Ziff. 6 wurde vor seiner Streichung in einem Leiterteil des VfGRF für verfassungsmässig erklärt. Dazu Urteil des VfGRF vom 21. März 2007 № 3-P, 7 E. 2 (SZ RF, 2. April 2007, № 14, st. 1741).

Dieser neue Ausnahmetatbestand bewirkt faktisch eine Öffnung des bis anhin geschlossenen Ausnahmekatalogs und erlaubt es, den zuständigen Organen gestützt auf Art. 6 Abs. 5 Ziff. 10 BfGR i.V.m. 15 Abs. 15 BfGR die Registrierung der Referendumsfrage unter Berufung auf den unbestimmten Rechtsbegriff der «ausschliesslichen Kompetenzen der Staatsorgane des Bundes» beinahe beliebig zu verweigern.⁵⁰

c. Zeitliche Beschränkungen

Eine bereits im Jahre 2002⁵¹ ins BfGR 1995 eingefügte (vgl. Art. 8 Abs. 3 und 12 Abs. 4) und ins BfGR (Art. 7 Abs. 3 und 14 Abs. 2 BfGR) übernommene Bestimmung verbietet die Ergreifung und Durchführung des Referendums auf Bundesebene im letzten Amtsjahr des russischen Präsidenten und der Staatsduma sowie während einer nationalen Wahlkampagne.⁵² Dieser Ausnahmetatbestand sollte im Jahre 2002 verhindern, dass das Referendum von der Kommunistischen Partei (damals die wichtigste Oppositionspartei) im Vorfeld der nationalen Parlamentswahlen als Propagandamittel verwendet wird.⁵³

Das russische Verfassungsgericht kam in einem Leiturteil aus dem Jahre 2003 zum Schluss, dass die zeitliche Beschränkung des Referendums auf Bundesebene zugunsten der Wahlen zulässig sei, da die gleichzeitige Durchführung von Wahlen und Referenden die «adäquate Willensäusserung der Stimmbürger» beeinträchtigen könne.⁵⁴ Diese Rechtsprechung wurde in der russischen Lehre teilweise als politisch motivierte Einschränkung des Referendumsrechts kritisiert.⁵⁵

⁵⁰ SERGEEV, *KiMP* 2008, 7, 11 f.; BREIG, in: NEUMANN/RENGER, 255, 275 f.

⁵¹ Bundesverfassungsgesetz vom 27. September 2002 № 5-FKZ «über die Änderung des Bundesverfassungsgesetzes <über das Referendum RF>» (SZ RF, 30. September 2002, № 39, st. 3641).

⁵² Davon ausgenommen sind nach Art. 7 Abs. 3 BfGR nur das von der Verfassungsgebenden Versammlung ergriffene fakultative Verfassungsreferendum und das obligatorische völkervertragsrechtliche Referendum in Art. 6 Abs. 1 und 2 BfGR.

⁵³ RJABOW, in: BUHBE/GORZKA, 255, 259 f.; AVAK'JAN, 426; BREIG, in: NEUMANN/RENGER, 255, 278 f.; KURJAČAJA, *PiP* 2005, 11, 17 f. Die Opposition versuchte im Herbst 2003, als sich die Amtszeit der Abgeordneten der Staatsduma (Dezember 2003) und des Präsidenten RF (März 2004) dem Ende zuneigte, ein Referendum auf Bundesebene zu ergreifen, das auf die Resozialisierung der russischen Wirtschaft (Verbot des Verkaufs von Grund und Boden, Verbot des Privateigentums an gewissen Gütern, Beschränkungen für Wohnausgaben, Mindestrenten etc.) ausgerichtet war.

⁵⁴ Urteil des VfGRF vom 11. Juni 2003 № 10-P, 3 E. 2.1 (SZ RF, 23. Juni 2003, № 25, st. 2564). Das Referendum könne nicht als Alternative zu den Instrumenten der repräsentativen Demokratie betrachtet werden. Dazu Urteil des VfGRF vom 21. März 2007 № 3-P, 8 E. 2 (SZ RF, 2. April 2007, № 14, st. 1741).

⁵⁵ SERGEEV, *KiMP* 2008, 7, 8; ANDREEVA/VEREŠČAGIN/STAROSTINA, *Sko* 2007, 173, 176 f. Auf Ebene der Föderationssubjekte und Gemeinden werden Wahlen und Referenden regelmässig gleichzeitig durchgeführt, was die Willensäusserung der Stimmbürger offenbar aber nicht beeinträchtigt. Dazu KURJAČAJA, *PiP* 2005, 11, 18.

d. Fehlende praktische Bedeutung des Referendums

Das Referendum kam auf Bundesebene seit Annahme der russischen Verfassung in der Volksabstimmung vom 12. Dezember 1993 in der Praxis nie mehr zur Anwendung.⁵⁶ Jedoch gab es zahlreiche Versuche zur Ergreifung desselben, die jedoch an den oben genannten gesetzgeberischen Einschränkungen des Referendumsrechts scheiterten.

Unter dem BfGR 1995 gab es in den Jahren 1997, 1998, 1999, 2000, 2002 und 2004 Versuche zur Ergreifung des Referendums auf Bundesebene. Thematisch betrafen die vorgeschlagenen Referendumsfragen das Amt des Präsidenten, die Vereinigung von Russland und Belarus sowie soziale und ökologische Fragen. Viele Initiativen scheiterten schon damals an den Anforderungen an die Abstimmungsvorlage. Andere drangen bis ins Stadium der Unterschriftensammlung vor, erreichten dann aber die nötige Unterschriftenzahl von 2 Millionen nicht.⁵⁷

Unter dem neuen BfGR wurden nur noch vereinzelt in den Jahren 2005,⁵⁸ 2006⁵⁹ und 2012⁶⁰ Versuche zur Ergreifung des Referendums auf Bundesebene unternommen. Sämtliche Initiativen scheiterten bereits im Stadium der Ergreifung des Referendums an der Bildung der Initiativgruppe, der Unterschriftensammlung oder der Registrierung der Referendumsfrage. Im Jahre 2005 wurde zwei Mal versucht den Stimmbür-

⁵⁶ Das Referendum hat sich in Russland aus der «*Vetsche*» (вече, veče), einem mittelalterlichen Versammlungs- und Selbstbestimmungsorgan des Volkes, entwickelt. Dazu KOMAROVA, Referendum, 35 ff. In der Sowjetunion war das Referendum sowohl auf Unionsebene in Art. 5 der Verfassung der UdSSR vom 7. Oktober 1977 («Svod Zakonov SSSR», t. 3, 14, 1990) und dem Gesetz der UdSSR vom 27. Dezember 1990 № 1869-1 «über die Volksabstimmung» («Vedomosti SND SSSR i VS SSSR», 1991, № 1, st. 10) als auch in den einzelnen Sowjetrepubliken, z.B. im Gesetz der RSFSR vom 16. Oktober 1990 № 241-1 «über das Referendum der RSFSR» («Vedomosti SND i VS RSFSR», 1990, № 21, st. 230) vorgesehen. Die einzige Volksabstimmung auf Unionsebene fand am 17. März 1991 zur Frage der Aufrechterhaltung der Sowjetunion statt. In der Russischen Sozialistischen Föderativen Sowjetrepublik (RSFSR) wurde am gleichen Tag über die Einführung des Amtes des russischen Präsidenten abgestimmt. Am 25. April 1993 nahm das russische Volk in einem Plebiszit zum Machtkampf zwischen dem russischen Präsidenten Boris Jelzin und dem Oberstem Rat der RSFSR Stellung. Am 12. Dezember 1993 wurde die derzeit geltende russische Verfassung im Rahmen einer Volksabstimmung angenommen. Dazu AVAK'JAN, 412 ff.

⁵⁷ Eine Übersicht über die Initiativen zur Ergreifung des Referendums auf Bundesebene findet sich bei KOMAROVA, Referendum, 46 ff. und FILIPOVA, 133 ff.

⁵⁸ Verfügungen der Zentralen Wahlkommission RF (ZWkRF) vom 7. April 2005 № 142/974-4, russ. *Rossijskaja Gazeta* (im Folgenden: RG), 13. April 2005 und vom 20. April 2005 № 143/981-4, RG, 14. Mai 2005.

⁵⁹ Verfügung der ZWkRF vom 27. September 2006 № 187/1180-4, RG, 3. Oktober 2006.

⁶⁰ Verfügungen der ZWkRF vom 13. April 2012 № 118/917-6, RG, 27. April 2012, № 84 und vom 19. Juli 2012 № 132/1011-6, RG, 25. Juli 2012, № 168.

gern umfangreiche Fragenkataloge zur Abstimmung vorzulegen, die an ein Parteiprogramm erinnerten.⁶¹

2. Ebene einzelner Föderationssubjekte

Auch auf Ebene einzelner Föderationssubjekte lässt sich durch (a.) die Erschwerung der Unterschriftensammlung, (b.) Einführung einer Mindeststimmeteiligung und (c.) Verengung des Kreises der Initiativberechtigten eine Tendenz zur gesetzgeberischen Erschwerung des Verfahrens zur Ergreifung und Durchführung des fakultativen Referendums ausmachen.⁶²

Im Gegensatz zum fakultativen Referendum auf Bundesebene sind die Einschränkungen allerdings nicht so weitgehend und ergeben sich nur mittelbar aus dem zunehmenden Detaillierungsgrad der Gesetzesnormen im WAG. Teilweise sind sogar Gegenteilstendenzen erkennbar.⁶³

a. Erschwerung der Unterschriftensammlung

Für das Zustandekommen des fakultativen Referendums auf Ebene eines Föderationssubjekts muss die Referendumsgruppe eine bestimmte Zahl von Unterschriften sammeln, welche durch die regionalen Gesetzgeber festgelegt wird, jedoch nicht mehr als 2% der im jeweiligen Föderationssubjekt registrierten Stimmbürger betragen darf (Art. 37 Abs. 1 WAG).

Mit der Revision vom 23. Juli 2011⁶⁴ sind ins WAG in Art. 37 Abs. 8–16 detaillierte Anforderungen an die Form der Unterschriftenblätter und deren Beglaubigung sowie Regeln zur Unterschriftensammlung aufgenommen worden.⁶⁵ Die Unterschriftenblätter müssen neu dem im Anhang 9 zum WAG enthaltenen Muster entsprechen (Art. 37 Abs. 8 WAG). Zudem wird in Art. 37 Abs. 12 und 13 WAG eine Beglaubigung jedes Unterschriftenblatts von der die Unterschriften sammelnden Person und dem bevollmächtigten Vertreter der Initiativgruppe gefordert.

Verstöße gegen die neu eingeführten Vorschriften über Form und Beglaubigung der Unterschriftenblätter werden streng geahndet. Nach Art. 38 Abs. 6.4. Bst. «h» WAG werden sämtliche Unterschriften auf einem Unterschriftenblatt für ungültig erklärt,

⁶¹ Bei den beiden Initiativen aus dem Jahre 2005 sollten 12 bzw. 17 Fragen zur Abstimmung vorgelegt werden, die vor allem sozial- und arbeitsrechtliche Themen sowie Wahlmodalitäten betrafen.

⁶² Dazu BERIGER, 187 ff.

⁶³ Z.B. die Ausweitung des Referendumsgegenstands auf Fragen in der gemeinsamen Kompetenz von Föderation und Subjekten in Art. 12 Abs. 2 WAG als Reaktion auf das Urteil des VfGRF vom 10. Juni 1998 № 17-P (SZ RF, 22. Juni 1998, № 25, st. 3002).

⁶⁴ Bundesgesetz vom 23. Juli 2011 № 259-FZ «über die Änderung einzelner Gesetzesakte der RF» (SZ RF, 25. Juli 2011, № 30 (č. 1), st. 4607).

⁶⁵ Dazu auch BREIG, in: NEUMANN/RENGER, 255, 301 f.

wenn die eigenhändige Datumsangabe oder Unterschrift der genannten Personen fehlt, eine der Unterschriften nicht echt ist, das Unterschriftenblatt von einem Minderjährigen oder nicht Handlungsfähigen beglaubigt worden ist, die Angaben zu den Personen in unzulässiger Weise korrigiert worden sind, nicht der Wahrheit entsprechen oder nicht eigenhändig oder mit Bleistift angebracht worden sind.⁶⁶

b. Mindeststimmeteiligung

Bereits im WAG 1997 (Art. 58 Abs. 6) und auch im derzeit geltenden WAG (Art. 70 Abs. 8) ist eine Mindeststimmeteiligung von 50% der Stimmbürger vorgesehen.

Vor dem Inkrafttreten des WAG 1997 haben die Föderationssubjekte die Höhe der Mindeststimmeteiligung in ihren Referendumsgesetzen selbst festgelegt. Diese lag teilweise unter dem bundesrechtlich vorgeschriebenen Wert (50% der Stimmbürger), so z.B. in der Republik Mordwinien⁶⁷ und dem Gebiet Moskau⁶⁸ mit je 25% der Stimmbürger.

c. Verengung des Kreises der Initiativberechtigten

Das Recht auf Ergreifung des Referendums steht nach Art. 14 Abs. 1 WAG grundsätzlich den stimmberechtigten Bürgern zu. Durch *Bundesgesetz* kann dieses Recht nach Art. 14 Abs. 2 WAG auch anderen Akteuren zugestanden werden. Diese Regelung ist dem Wortlaut nach restriktiver als Art. 15 Abs. 1 WAG 1997, wo das Recht auf Ergreifung des Referendums u.a. auch durch regionale Gesetze anderen Rechtsträgern verliehen werden konnte.

Die Frage, ob der Wortlaut von Art. 14 Abs. 2 WAG eng auszulegen ist und das Recht auf Ergreifung des Referendums nur durch Bundes- und nicht auch regionale Gesetze anderen Akteuren als den Stimmbürgern zugestanden werden kann, wird in der russischen Lehre teilweise bejaht.⁶⁹ Das Obergericht Russlands bekannte sich in einem Urteil aus dem Jahre 2004 zu einer engen Auslegung des Wortlauts in Art. 14

⁶⁶ Art. 38 Abs. 6.4. Bst. «h» WAG wurde vom VfGRF kürzlich in einem Urteil im Zusammenhang mit der Unterschriftensammlung bei der Registrierung eines Kandidaten für die Gemeindewahlen (die Bestimmung gilt für Wahlen und Referenden auf allen Staatsebenen) für verfassungsmässig erklärt. Dazu den bisher noch nicht publizierten Entscheid des VfGRF vom 25. Mai 2017 № 1010-O, 2 ff. E. 2.

⁶⁷ Vgl. Art. 34 des Verfassungsgesetzes der Republik Mordwinien vom 27. Juli 1995 № 270-I «über das Referendum der Republik Mordwinien», *Vedomosti Gosudarstvennogo Soveta Respubliki Mordovija*, 1995, № 3–4.

⁶⁸ Vgl. Art. 28 des Gesetzes vom 16. Juni 1995 № 16/95-OZ «über das Referendum des Gebiets Moskau», *Vestnik Moskovskoj oblastnoj Dumy*, Juli 1995, № 7.

⁶⁹ ŽIVODROVA, 91 f. und SINCOV, 135. Dadurch werde das Referendumsrecht i.S.v. Art. 1 Abs. 3 WAG ausgeweitet. Durch Bundesverfassungsgesetz sei eine Ausweitung des Kreises der Initiativberechtigten *in majore minus* zulässig, wie es z.B. in Art. 11 Abs. 1.1. BGüBnF vorgesehen ist. Dazu KOČEV, VPU 2010, 73, 76.

Abs. 2 WAG.⁷⁰ In den regionalen Referendumsgesetzen wurde das Recht auf Ergreifung des Referendums teilweise Staatsorganen zugestanden.⁷¹

d. Abnahme der praktischen Bedeutung des Referendums

Im Gegensatz zum Referendum auf Bundesebene ist das Referendum auf Ebene einzelner Föderationssubjekte seit 1993 in der Praxis schon einige Male zur Anwendung gekommen. Allerdings ist es schwierig, dessen praktische Anwendung zuverlässig nachzuweisen, da die Volksabstimmungen in den Gliedstaaten praktisch nicht in der Datenbank der Zentralen Wahlkommission⁷² eingetragen werden. In der Datenbank finden sich auf Ebene eines Föderationssubjekts nur die zwei Volksabstimmungen in den Republiken Tschetschenien am 2. Dezember 2007 und Tuva am 11. April 2010.⁷³ Das Gleiche gilt für die elektronischen Datenbanken der regionalen Wahlkommissionen.⁷⁴

Aus den Darstellungen der Referendumspraxis in der russischen Literatur lässt sich schliessen, dass viele Initiativen zur Ergreifung des Referendums auf Ebene eines Föderationssubjekts nach dem Inkrafttreten des WAG 1997 und WAG an den verschärften Anforderungen an die Ergreifung und Durchführung des Referendums scheiterten. Beispielsweise konnten nicht genügend Unterschriften gesammelt werden oder diese wurden für ungültig/unecht befunden.⁷⁵ Teilweise kamen die Volksabstimmungen zustande, jedoch wurde die Mindeststimmeteiligung von 50% nicht erreicht.⁷⁶

⁷⁰ Die Ausweitung des Kreises der Initiativberechtigten durch ein regionales Referendumsgesetz (im vorliegenden Fall ein Gemeindereferendumsgesetz) sei bundesrechtswidrig, da Art. 14 Abs. 2 WAG nur eine Ausweitung durch Bundesgesetz zulasse. Vgl. dazu den Entscheid des Obergerichts der Russischen Föderation vom 3. März 2004 № 66-G04-1, 3.

⁷¹ Z.B. der höchsten Amtsperson oder im Falle der Republiken dem Präsidenten, den Abgeordneten der Parlamente oder der Regierung der Föderationssubjekte. Eine Übersicht über die Träger des Rechts zur Ergreifung des Referendums auf Ebene eines Föderationssubjektes in den regionalen Referendumsgesetzen findet sich bei ŽIVODROVA, 90 ff. und SINCOV, 131 ff.

⁷² <<http://www.izbirkom.ru/region/izbirkom>> (18.08.2017).

⁷³ <<http://www.vybory.izbirkom.ru/region/izbirkom?action=show&vrn=220200092756®ion=20&prver=0&pronetvd=null>> und <<http://www.vybory.izbirkom.ru/region/izbirkom?action=show&vrn=2172000278658®ion=17&prver=0&pronetvd=null>> (18.08.2017).

⁷⁴ Vgl. z.B. die Datenbanken der Wahlkommissionen der Gebiete Moskau (<http://www.moscow_reg.vybory.izbirkom.ru/region/moscow_reg>), Orlov (<<http://www.orel.vybory.izbirkom.ru/region/orel/>>) und Lipezk (<<http://www.lipetsk.vybory.izbirkom.ru/region/lipetsk>>) (18.08.2017).

⁷⁵ Praxisbeispiele finden sich bei ZITEVA, 127, 182 f. und ŽIVODROVA, 115 f.

⁷⁶ Z.B. bei der am 5. Juli 1998 in der Republik Burjatien durchgeführten Volksabstimmung, an der sich nur 40.5% der Stimmbürger beteiligt haben. Dazu detailliert BERIGER, 186 f.

B. Instrumentalisierung des Referendums

Das Referendum wurde auf regionaler- und Gemeindeebene gesetzgeberisch derart verändert, dass es in der Anwendungspraxis zur Legitimierung der politisch umstrittenen Zusammenschlüsse der Föderationssubjekte und auf Gemeindeebene zur scheindemokratischen Beteiligung des Volkes durch Entscheidung von Bagatellfragen eingesetzt wird.

1. Regionale Ebene

In Russland ist seit der Jahrtausendwende eine vom Bund ausgehende Föderalreform im Gange, die unter anderem die Verringerung der Zahl der Föderationssubjekte anstrebt.⁷⁷ Zu diesem Zweck wurde beschlossen, die autonomen Bezirke als besondere Art von Föderationssubjekten, die territorial Teil eines anderen Föderationssubjekts bilden und nationale Gebilde sind,⁷⁸ mit ihren Muttersubjekten zu vereinen.⁷⁹

Über den Zusammenschluss angrenzender Föderationssubjekte zur Bildung eines neuen Föderationssubjekts wird zwingend auf dem Wege einer Volksabstimmung entschieden (Art. 11 Abs. 1 BGüBnF).

a. Verstärkung der zentralstaatlichen Kontrolle beim Zusammenschluss von Föderationssubjekten

In Art. 10 Abs. 1 BGüBnF ist festgehalten, dass die Initiative zur Bildung eines neuen Gliedstaats durch die Vereinigung angrenzender Föderationssubjekte den betroffenen, wörtl. «interessierten» Föderationssubjekten (russ. *заинтересованные субъекты РФ, zainteresovannye sub-ekty RF*) zusteht. Dies bedeutet zum einen, dass die Initiative zur Vereinigung von den Föderationssubjekten selbst und nicht vom Bund ausgeht und zum anderen, dass sich vor dem Hintergrund des Prinzips der Volkssouveränität in Art. 3 Abs. 1 VfRF die Stimmbürger der betreffenden Föderationssubjekte zu dieser Frage äussern können.⁸⁰

Mit der Revision von Art. 11 Abs. 1 BGüBnF vom 31. Oktober 2005⁸¹ wurde neu vorgesehen, dass ein Zusammenschluss von Föderationssubjekten nur dann dem ob-

⁷⁷ BAGLAJ, 372 f.; ČERTKOV, ZiE 2010, 7, 7 f.; PETROW, in: BUHBE/GORZKA, 75, 78 f.

⁷⁸ In den autonomen Bezirken leben Ethnien mit einer besonderen nationalen Identität. Dazu z.B. BAGLAJ, 414 ff.; KONJUKHOVA, GiP 2007, 37, 38.

⁷⁹ Damit wollte man u.a. den Lebensstandard der Bevölkerung der wirtschaftlich oft defizitären autonomen Bezirke verbessern. Zu den Motiven der Vereinigung von Föderationssubjekten BERIGER, 160 ff.; LEBEDEVA, VAgU 2012, 1, 6 f.; KONJUKHOVA, GiP 2007, 37, 40.

⁸⁰ Dazu BGüBnF Kommentar-ČERTKOV, Art. 10, 66; ČERTKOV, ZiE 2010, 7, 10.

⁸¹ Bundesverfassungsgesetz vom 31. Oktober 2005 № 7-FKZ «über die Änderung der Artikel 10 und 11 des Bundesverfassungsgesetzes über die Regelung der Aufnahme und Bildung neuer Fö-

ligatorischen Referendum unterstellt werden kann, wenn zuvor Verhandlungen mit dem russischen Präsidenten durchgeführt worden sind und dieser die Initiative der fusionswilligen Föderationssubjekte unterstützt.

Mit dieser Bestimmung wurde die Durchführung des obligatorischen Referendums und faktisch das ganze Verfahren zur Vereinigung angrenzender Föderationssubjekte in das Ermessen des russischen Präsidenten gestellt.⁸²

b. Legitimierung der politisch umstrittenen Zusammenschlüsse von Föderationssubjekten in der Anwendungspraxis des Referendums

Zwischen 2003 und 2007 fanden fünf Zusammenschlüsse von Föderationssubjekten statt, bei denen in den betreffenden Föderationssubjekten elf obligatorische Referenden durchgeführt wurden.⁸³ Eine Analyse der praktischen Durchführung zeigt, dass die obligatorischen Referenden als Mittel zur demokratischen Legitimierung der politisch umstrittenen Zusammenschlüsse der autonomen Bezirke mit ihren Muttersubjekten im Rahmen der Föderalpolitik des Bundes eingesetzt wurden.⁸⁴

Dies kommt in erster Linie dadurch zum Ausdruck, dass die beteiligten Föderationssubjekte (v.a. die autonomen Bezirke) den Fusionsprojekten anfangs ablehnend gegenüberstanden (Widerstand der Ethnien mit besonderem Repräsentationsanspruch, Unklarheiten bezüglich des rechtlichen Status im neuen Föderationssubjekt etc.).⁸⁵ Vom Bund wurde dann administrativer Druck auf die regionalen Führungskräfte ausgeübt⁸⁶ oder finanzielle Unterstützung in Aussicht gestellt, damit sie den Fusionsprojekten zustimmten. Der russische Präsident erliess vor jeder obligatorischen Volksabstimmung ein Dekret «über die sozioökonomische Entwicklung» des jewei-

derationssubjekte innerhalb der bestehenden Struktur der RF») (SZ RF, 7. November 2005, № 45, st. 4581).

⁸² BESSONOVA, KiMP 2009, 12, 13; KOČEV, VPu 2010, 73, 73 f. Über die Folgen einer Nichtdurchführung der Verhandlungen mit dem Präsidenten oder einer Ablehnung des Fusionsprojekts durch denselben schweigt sich das Gesetz aus. Dazu BGüBnF Kommentar-ČERTKOV, Art. 11, 83; ČERTKOV, ZiE 2010, 7, 10 f.

⁸³ (1.) Vereinigung des Gebiets Perm und des autonomen Bezirks der Komi-Permjaken zur Region Perm; (2.) Aufnahme der autonomen Bezirke Tajmyr (der Dolganen und Nenzen) und der Evenken in die Region Krasnojarsk; (3.) Vereinigung des Gebiets Kamtschatka und des autonomen Bezirks der Korjaken zur Region Kamtschatka; (4.) Aufnahme des autonomen Bezirks der Ust-Ordynsker Burjaten ins Gebiet Irkutsk; und (5.) Vereinigung des Gebiets Tschita mit dem autonomen Bezirk der Aginer Burjaten zur Region Transbaikalien. Alle elf Volksabstimmungen sind in der Datenbank der ZWkRF eingetragen <<http://www.izbirkom.ru/region/izbirkom>> (18.08.2017).

⁸⁴ BERIGER, 164 f., 265 f.; LEBEDEVA, VAgU 2012, 1, 6 f.; BESSONOVA, KiMP 2009, 12, 13.

⁸⁵ BERIGER, 163 f.; KONJUKHOVA, GiP 2007, 37, 41; LEBEDEVA, VAgU 2012, 1, 4 ff.

⁸⁶ Bei der Vereinigung des Gebiets Kamtschatka mit dem autonomen Bezirk der Korjaken wurde der Gouverneur von Kamtschatka vom russischen Präsidenten entlassen und gegen das Oberhaupt des autonomen Bezirks der Korjaken eine Strafuntersuchung eingeleitet. Dazu BERIGER, 144 f., 164 f.; LEBEDEVA, 139.

ligen neuen Föderationssubjekts, wo den beteiligten Föderationssubjekten finanzielle Mittel zur Realisierung von Infrastrukturprojekten und Massnahmen zum Schutz der ethnischen Minderheiten versprochen wurden.⁸⁷ Die «Initiative» zur Vereinigung der Föderationssubjekte ging dann jeweils formell in Übereinstimmung mit Art. 10 Abs. 2 BGüBnF von den Föderationssubjekten aus.

Zur demokratischen Legitimation der umstrittenen Fusionsprojekte wurde zudem versucht bei den obligatorischen Volksabstimmungen eine hohe Stimmbeteiligung und hohe Zustimmungsraten zu erzielen. Dazu wurden den Stimmbürgern in den Föderationssubjekten zum einen materielle Vorteile in den Abstimmungslokalen in Aussicht gestellt.⁸⁸ Zum anderen wurden sie von Seiten der Arbeitgeber und Hochschuleinrichtungen zur Teilnahme an den Volksabstimmungen und teilweise auch zu einer positiven Antwort auf dem Stimmzettel gezwungen.⁸⁹

2. Gemeindeebene

a. Bagatellisierung des Referendumsgegenstands

Das Gemeindereferendum ist ein Instrument zur Ausübung der örtlichen Selbstverwaltung und soll den Stimmbürgern die unmittelbare Entscheidung über die sie betreffenden dringendsten Fragen von örtlicher Bedeutung ermöglichen (vgl. Art. 1 Abs. 2 ÖrtlSelbstVwG i.V.m. Art. 130 Abs. 2 VfRF).

In der Gesetzgebung lässt sich allerdings eine Tendenz zur «Bagatellisierung» des Gegenstands des Gemeindereferendums ausmachen. Dies zeigt sich in erster Linie dadurch, dass zentrale Fragen der Gemeindeorganisation wie die Annahme der Gemeindegliederung oder Fragen des Gemeindebudgets gesetzlich vom Anwendungsbereich des Gemeindereferendums ausgenommen werden,⁹⁰ das Gemeindereferendum für weniger bedeutsame Fragen dagegen in obligatorischer Weise vorgesehen ist.

⁸⁷ Vgl. Dekret des Präsidenten RF vom 3. November 2003 № 12833 «über die Massnahmen zur sozioökonomischen Entwicklung des autonomen Bezirks der Komi-Permjaken und des Gebiets Perm» und die Präsidialdekrete zu den anderen Zusammenschlüssen von Föderationssubjekten vom 12. April 2005 № 412 (Tajmyr, Evenkien, Krasnojarsk), vom 21. Oktober 2005 № 1227 (Kamtschatka und der autonome Bezirk der Korjaken), vom 6. April 2006 № 323 (Irkutsk und der autonome Bezirk der Ust-Ordynsker Burjaten) und vom 1. März 2007 № 260 (Tschita und der autonome Bezirk der Aginer Burjaten).

⁸⁸ Bei der Vereinigung des Gebiets Irkutsk und des autonomen Bezirks der Ust-Ordynsker Burjaten wurden beispielsweise in einigen Abstimmungslokalen Lotterien mit Autos als Hauptgewinn veranstaltet und Konzerte organisiert. LEBEDEVA, 160; BERIGER, 152, 158 f.

⁸⁹ Im Gebiet Tschita wurden den Stimmbürgern beispielweise im Abstimmungslokal individualisierte Teilnahmebestätigungen ausgestellt, die sie danach auf der Arbeit dem Vorgesetzten oder am Studienort vorweisen mussten. LEBEDEVA, 171; BERIGER, 157 f.

⁹⁰ Auch die Bestimmung der Struktur der Gemeindeorgane wird in Art. 44 Abs. 1 Ziff. 4 ÖrtlSelbstVwG vom Anwendungsbereich des Gemeindereferendums ausgenommen. Dies bestätigte das VfGRF in seiner Entscheidung vom 9. Dezember 2014 № 2744-O, 7 E. 3.1 (VKS, № 2, 2015).

Grundlage der Selbstverwaltung eines Gemeinwesens ist dessen Gemeindegliederung (russ. *устав муниципального образования, ustav municipal'nogo obrazovanija*), die nach Art. 44 Abs. 1 ÖrtlSelbstVwG zentrale Fragen der Gemeindeorganisation regelt.⁹¹ Die Annahme der Gemeindegliederung wird in Art. 44 Abs. 3 ÖrtlSelbstVwG jedoch vom Anwendungsbereich des Gemeindefreireferendums ausgenommen.⁹² Unter dem Vorgängergesetz aus dem Jahre 1995 war die Annahme der Gemeindegliederung in einer Volksabstimmung noch möglich (vgl. Art. 8 Abs. 2 ÖrtlSelbstVwG 1995).⁹³

In Art. 12 Abs. 8 Bst. «d» WAG ist vorgesehen, dass Fragen betreffend Annahme oder Änderung des Budgets sowie Vollzug und Änderung finanzieller Verpflichtungen der Gemeinden nicht Gegenstand des Gemeindefreireferendums sein können. Dies wird auch in Art. 35 Abs. 10 Ziff. 2 ÖrtlSelbstVwG bestätigt, wonach die Bestätigung des Gemeindebudgets und die Kontrolle über dessen Einhaltung zur ausschliesslichen Kompetenz des Repräsentativorgans der Gemeinde gehören.⁹⁴ Das russische Verfassungsgericht betonte, dass beim Gemeindefreireferendum nicht über sämtliche Fragen von örtlicher Bedeutung entschieden werden könne.⁹⁵

Auf der anderen Seite ist in Art. 56 Abs. 2 ÖrtlSelbstVwG ein obligatorisches Referendum betreffend die Einführung und Verwendung von Mitteln der Selbstbesteuerung vorgesehen. Unter Mitteln der Selbstbesteuerung sind nach Art. 56 Abs. 1 ÖrtlSelbstVwG Abgaben der Bürger zur Entscheidung von Fragen von örtlicher Bedeutung zu verstehen, wobei deren Rechtsnatur als Steuern oder Gebühren umstritten ist.⁹⁶ Die Höhe der Abgaben ist in der Praxis oft gering.

b. Scheindemokratische Beteiligung des Volkes in der Praxis

Der Grossteil der Gemeindefreireferenden betrifft in der Praxis die Einführung und Verwendung von Mitteln der Selbstbesteuerung, da in diesem Fall die Durchführung

⁹¹ Dazu auch BAGLAJ, 733 f.

⁹² In Art. 44 Abs. 3 ÖrtlSelbstVwG ist vorgesehen, dass die Gemeindegliederung vom Gemeindeparlament (oder in Gemeinden mit bis zu 100 Stimmbürgern der Gemeindeversammlung) angenommen wird. Ausserdem gehören Annahme, Änderung und Ergänzung der Gemeindegliederung nach Art. 35 Abs. 10 Ziff. 1 ÖrtlSelbstVwG zur ausschliesslichen Kompetenz des Repräsentativorgans der Gemeinde. Dazu ÖrtlSelbstVwG Kommentar-SERGEEV, Art. 22, 220, Art. 44, 385.

⁹³ Nach dieser Bestimmung konnte die Gemeindegliederung entweder unmittelbar von der Bevölkerung oder mittelbar vom Repräsentativorgan der Gemeinde angenommen werden.

⁹⁴ Auch das VfGRF konkretisierte in einem unveröffentlichten Entscheid aus dem Jahre 2016, dass Volksabstimmungen über Budgetfragen auf Gemeindeebene aufgrund des klaren Wortlauts in Art. 12 Abs. 8 Bst. «d» WAG und Art. 35 Abs. 10 Ziff. 2 ÖrtlSelbstVwG bundesrechtswidrig seien. Dazu Entscheid des VfGRF vom 25. Februar 2016 № 405-O, 4 E. 2.

⁹⁵ Dadurch solle eine «ausgewogene Verwendung» der Formen der direkten und repräsentativen Demokratie auf Gemeindeebene sichergestellt werden. Entscheid des VfGRF vom 9. Dezember 2014 № 2744-O, 8 E.3.1 und 11 E. 3.3 (VKS, № 2, 2015).

⁹⁶ Zu dieser Frage ÖrtlSelbstVwG Kommentar-PEŠIN, Art. 56, 484 f.

eines obligatorischen Referendums vorgeschrieben ist.⁹⁷ Eine Analyse der Anwendungspraxis zeigt, dass die Höhe der Mittel der Selbstbesteuerung 50–900 Rubel (ca. 1–18 Fr.) betrug, weshalb die Bedeutung einer Volksabstimmung über deren Einführung und Verwendung als gering einzustufen ist.⁹⁸

Das Gemeindereferendum wurde in der Praxis so eingesetzt, dass das Volk dabei nicht über die wichtigsten Fragen von örtlicher Bedeutung (Annahme der Gemeindeversammlung, Gemeindebudget etc.) entscheiden konnte, sondern durch Abstimmungen über Bagatellfragen in scheindemokratischer Weise an der Ausgestaltung der Gemeindepolitik beteiligt wurde.

V. Würdigung

Die in der russischen Verfassung angelegte Stellung des Referendums als zentrales Instrument zur Ausübung von Volksmacht (Art. 3 Abs. 3 und 130 Abs. 2 VfRF), subjektives Recht des Einzelnen und gleichwertiges verfassungsrechtliches Institut im Verhältnis zu den Wahlen⁹⁹ besteht nur dem Anschein nach und ist im russischen Rechtssystem ein Fremdkörper. In Russland hat man sich für die Staatsform der repräsentativen Demokratie entschieden.¹⁰⁰ Direktdemokratische Instrumente spielen bei der Ausgestaltung der Staatspolitik traditionellerweise keine oder nur eine untergeordnete Rolle.¹⁰¹

Im Verhältnis dazu ist der Kreis von Fragen, die der Volksabstimmung unterstellt werden können (beliebige Anliegen von gesellschaftlicher und staatlicher Bedeutung der jeweiligen Staatsebene), viel zu weit gefasst.¹⁰² Davon zeugen auch die aus bis zu 17 Teilfragen bestehenden «Referendumsfragen», die man auf Bundesebene erfolglos versuchte der Volksabstimmung zu unterstellen.¹⁰³ Auch die Anforderungen an die Einschränkungen des sehr weit gefassten Referendumsrechts sind in der Theorie hoch.¹⁰⁴

⁹⁷ Vgl. die Praxis der Durchführung der Gemeindereferenden auf <<http://www.izbirkom.ru/region/izbirkom>> (18.08.2017).

⁹⁸ BERIGER, 242, 246.

⁹⁹ Zur verfassungsrechtlichen Stellung des Referendums oben III.A.

¹⁰⁰ Handbuch VfRF-LUCHTERHANDT, Art. 1 N 14.

¹⁰¹ Angesichts des geringen Vertrauens in direktdemokratische Institutionen werde das Referendum als Instrument zur Beeinflussung der Stimmbürger eingesetzt und sei damit der Entwicklung einer demokratischen Kultur in Russland sogar abträglich. KRIVAČEV, GviMSu 2000, 38, 39, 43.

¹⁰² Dazu oben III.B.

¹⁰³ Dazu oben IV.A.1.d.

¹⁰⁴ Dazu oben III.C.

Die Einordnung des Referendums ins russische Verfassungsgefüge bereitet Mühe, da dessen Verhältnis zu den Kompetenzen anderer Staatsorgane (v.a. denjenigen des Parlaments) und den Instrumenten der repräsentativen Demokratie nicht hinreichend geklärt ist.¹⁰⁵

In der Verfassungsrealität («Sein») wurde das Referendum auf Bundesebene gesetzgeberisch derart verändert, dass es durch die gesetzgeberische Erschwerung des Verfahrens zur Ergreifung des Referendums, faktische Öffnung des Ausnahmekatalogs und die zeitlichen Beschränkungen des Referendumsrechts praxisuntauglich gemacht wurde.¹⁰⁶

Auf Ebene eines einzelnen Föderationssubjekts wurde der Detaillierungsgrad der Bestimmungen zur Unterschriftensammlung erhöht, eine hohe Mindeststimmeteiligung eingeführt und der Kreis der Initiativberechtigten gesetzgeberisch verengt, so dass die praktische Bedeutung des Referendums in den Föderationssubjekten abnahm.¹⁰⁷

Die aufgezeigten Tendenzen zur gesetzgeberischen Einschränkung des Referendums auf Bundes- und Ebene eines einzelnen Föderationssubjekts lassen dieses zu einem theoretischen Modell eines direktdemokratischen Instruments ohne praktische Bedeutung verkommen. Sie sind als Reaktion auf die «systemfremde» Stellung zu sehen, welche dem Referendum in der russischen Verfassung einräumt wird. Auch die Rechtsprechung des russischen Verfassungsgerichts ist tendenziell auf die Einschränkung des Referendums zugunsten der Instrumente der repräsentativen Demokratie ausgerichtet.¹⁰⁸

Beim regionalen und Gemeindereferendum zielte der Gesetzgeber auf eine Instrumentalisierung desselben ab. Entsprechend wurde auf regionaler Ebene die zentralstaatliche Kontrolle über den Prozess der Vereinigung von angrenzenden Föderationssubjekten gesetzgeberisch verstärkt.¹⁰⁹ In der Praxis wird das regionale Referendum nun zur Legitimierung der politisch umstrittenen Föderalpolitik zur Vereinigung der autonomen Bezirke mit ihren Muttersubjekten eingesetzt.¹¹⁰

Auf Gemeindeebene wurde der Gegenstand des Gemeindereferendums gesetzgeberisch «bagatellisiert», indem nicht mehr über zentrale Fragen der Gemeindeorganisation, wie z.B. die Annahme der Gemeindegatzung oder Fragen im Zusammenhang

¹⁰⁵ Zum Verhältnis von Wahlen und Referenden ANDREEVA/VEREŠČAGIN/STAROSTINA, Sko 2007, 173, 175 und oben III.A.3.

¹⁰⁶ Dazu oben IV.A.1.

¹⁰⁷ Dazu oben IV.A.2.

¹⁰⁸ Vgl. für das Referendum auf Bundesebene v.a. das Urteil des VfGRF vom 21. März 2007 № 3-P, 8 E. 2 (SZ RF, 2. April 2007, № 14, st. 1741). Dazu schon oben IV.A.1.c.

¹⁰⁹ Dazu oben IV.B.1.a.

¹¹⁰ Dazu oben IV.B.1.b.

mit dem Gemeindebudget entschieden werden kann.¹¹¹ In der Rechtspraxis werden auf Gemeindeebene aktiv Volksabstimmungen betreffend die Einführung und Verwendung von Mitteln der Selbstbesteuerung von geringer Höhe durchgeführt. Damit wird das Referendum zur schein-demokratischen Beteiligung des Volkes zur Entscheidung von Bagatellfragen missbraucht.¹¹²

Die gesetzgeberische Tendenz zur Instrumentalisierung des Referendums auf regionaler- und Gemeindeebene spiegelt den gegenwärtigen Zustand der russischen Demokratie wider, die auch als «gelenkt» oder «illiberal» charakterisiert wird. Eine solche Demokratie zeichnet sich dadurch aus, dass demokratische Instrumente zwar dem Anschein nach bestehen, jedoch faktisch ihres Sinnes entleert sind, da sie von den Staatsorganen gezielt zur Erreichung bestimmter Ziele eingesetzt werden.¹¹³

Damit lässt sich die eingangs aufgestellte These bestätigen, dass im russischen Referendumsrecht zurzeit eine starke Divergenz zwischen Sein und Schein von Gesetzgebung besteht.

Literaturverzeichnis

- ANALITIČESKOE UPRAVLENIE SOVETA FEDERACII (Analytische Verwaltung des Bundesrats, im Folgenden: AUSF), Referendum kak institut neposredstvennoj demokratii (Das Referendum als Institut der direkten Demokratie), Gosudarstvennaja vlast' i Mestnoe Samoupravlenie (GviMSu) 2007, 11
- ANDREEVA GALINA/VEREŠČAGIN ALEKSANDR/STAROSTINA INGA, Dveri dlja referendum priotkryvajutsja? (Gehen die Türen für das Referendum einen Spalt auf?), Sravnitel'noe konstitucionnoe obozrenie (Sko) 2007, 173
- AVAK'JAN SUREN, Konstitucionnoe pravo Rossii: Tom I (Verfassungsrecht Russlands: Band I), 5. Aufl., Moskau 2017
- AVANESJAN ALEKSEJ, Referendum kak konstitucionno-pravovoj institut v sovremennoj Rossii (Das Referendum als verfassungsrechtliches Institut im heutigen Russland), Volgograd 2004
- BABIČEV IGOR'/ŠUGRINA JEKATERINA (Hrsg.), Kommentarij k Federal'nomu Zakonu ot 6 oktjabrja 2003 g. № 131-FZ «Ob obščikh principakh organizacii mestnogo samoupravlenija v Rossijskoj Federacii» (Kommentar zum Bundesgesetz vom 6. Oktober 2003 № 131-FZ «über die allgemeinen Prinzipien der Organisation der örtlichen Selbstverwaltung in der RF»), 2. Aufl., Moskau 2015
- BAGLAJ MARAT, Konstitucionnoe pravo Rossijskoj Federacii (Verfassungsrecht der Russischen Föderation), 12. Aufl., Moskau 2017

¹¹¹ Dazu oben IV.B.2.a.

¹¹² Dazu oben IV.B.2.b.

¹¹³ Zum Begriff der «gelenkten Demokratie» in Russland MOMMSEN, in: BUHBE/GORZKA, 235, 237. Zur «illiberalen Demokratie» MANGOTT, 29 f.

- BERIGER JULIAN-IVAN, Das Referendum in den Föderationssubjekten und Gemeinden des heutigen Russlands: Eine Analyse der normativen Ausgestaltung und praktischen Anwendung, Baden-Baden 2016
- BESSONOVA VIKTORIJA, Problemy ob-edinitel'nykh reform v sub-ektakh Rossijskoj Federacii (Probleme der Zusammenschlussreformen in den Subjekten der RF), Konstitucionnoe i Municipal'noe Pravo (KiMP) 2009, 12
- BORISOV ALEKSANDR, Kommentarij k Federal'nomu Zakonu «Ob osnovnykh garatijakh izbiratel'nykh prav i prava na učastie v referendumе graždan Rossijskoj Federacii» (Kommentar zum Bundesgesetz «über die grundlegenden Garantien des Wahlrechts und des Rechts der Bürger der RF auf Teilnahme am Referendum»), Moskau 2007
- BREIG BURKHARD, Sachunmittelbare Demokratie in Russland, in: NEUMANN PETER/RENGER DENISE (Hrsg.), Sachunmittelbare Demokratie im interdisziplinären und internationalen Kontext 2010/2011, Baden-Baden 2012, 255
- ČERTKOV ALEKSANDR, Kommentarij k Federal'nomu konstitucionnomu zakonu «O porjadke prinjatija v Rossijskuju Federaciju i obrazovanija v ee sostave novogo sub-ekta Rossijskoj Federacii (Kommentar zum Bundesverfassungsgesetz «über das Verfahren der Aufnahme und Bildung neuer Föderationssubjekte im Bestand der RF» [BGüBnF]), Moskau 2006
- ČERTKOV ALEKSANDR, Monitoring zakonodatel'stva ob izmenenii sub-ektivnogo sostava Rossijskoj Federacii i praktiki ego primenenija (Monitoring der Gesetzgebung über die Änderung des Subjektbestandes der RF und die Anwendungspraxis), Zakonodatel'stvo i Ekonomika (ZiE) 2010, 7
- FADEEV VLADIMIR, Kapitel 5, in: FADEEV VLADIMIR (Hrsg.), Konstitucionnoe pravo (Verfassungsrecht), Moskau 2016, 96
- FADEEV VLADIMIR, Kapitel 6, in: FADEEV VLADIMIR (Hrsg.), Konstitucionnoe pravo (Verfassungsrecht), Moskau 2016, 134
- FADEEV VLADIMIR, Kapitel 24, in: FADEEV VLADIMIR (Hrsg.), Konstitucionnoe pravo (Verfassungsrecht), Moskau 2016, 563
- FILIPOVA IRINA, Konstitucionno-pravovoe regulirovanie referendumov v Rossijskoj Federacii (Verfassungsrechtliche Regelung des Referendums in der RF), Nischni Nowgorod 2000
- GJATOV RUSTAM, Institut referendumov v Rossijskoj Federacii i zarubežnykh stranakh: Konstitucionno-pravovoe i sravnitel'noe issledovanie (Das Institut des Referendums in der RF und dem Ausland: Eine verfassungsrechtliche und vergleichende Analyse), Moskau 2007
- GRANKIN IGOR', Zakonodatel'noe obespečenie prjamoj demokratii na municipal'nom urovne (Die gesetzgeberische Gewährleistung der direkten Demokratie auf Gemeindeebene), Konstitucionnoe i Municipal'noe Pravo (KiMP) 2012, 44
- KOČEV VLADIMIR, Osobennosti podgotovki i provedenija referendumov sub-etka RF po voprosu ob obrazovanii novogo sub-ekta (Besonderheiten der Vorbereitung und Durchführung des Referendums auf Ebene eines Föderationssubjekts betreffend die Bildung eines neuen Subjektes), Vestnik Permskogo universiteta (VPu) 2010, 73
- KOMAROVA VALENTINA, Vidy referendumov v sovremennoj Rossii (Arten von Referenden im heutigen Russland), Konstitucionnoe i Municipal'noe Pravo (KiMP) 2003, 29
- KOMAROVA VALENTINA, Mekhanizm neposredstvennoj demokratii sovremennoj Rossii (Mechanismus der direkten Demokratie im modernen Russland), Moskau 2006 (zit. KOMAROVA, Mechanismus)
- KOMAROVA VALENTINA, Referendumnoe pravo i process v Rossii (Referendumsrecht und Verfahren in Russland), Moskau 2007 (zit. KOMAROVA, Referendum)

- KOVALEV VADIM, Predmet referendumov v Rossii: Regulirovanie i problematika (Gegenstand der Referenden in Russland: Regulierung und Problematik), Pravo i Žizn' (PiŽ) 2001, 90
- KRIVAČEV ANDREJ, Rol' i mesto vyborov i referendumov v processe stanovlenija i razvitija pravovogo demokratičeskogo gosudarstva v Rossii (Rolle und Stellung der Wahlen und Referenden im Prozess der Bildung und Entwicklung des demokratischen Rechtsstaats in Russland), Gosudarstvennaja vlast' i Mestnoe Samoupravlenie (GviMSu) 2000, 38
- KURJAČAJA MARINA, Problemy realizacii prava graždan na referendum (Probleme der Realisierung des Referendumsrechts der Bürger), Pravo i Politika (PiP) 2005, 11
- LEBEDEVA JEKATERINA, Vlijanie političeskogo režima na transformaciju administrativno-territorial'nogo delenija v Rossijskoj Federacii (Der Einfluss des politischen Regimes auf die Veränderung der administrativ-territorialen Gliederung in der RF), Moskau 2012
- LEBEDEVA JEKATERINA, Opyt ob-edinenija sub-ektov v RF: Problemy i predvaritel'nye itogi (Erfahrung der Vereinigung der Föderationssubjekte in der RF: Probleme und vorläufige Ergebnisse), Vestik Adygejskogo gosudarstvennogo universiteta (VAGu) 2012, 1
- MANGOTT GERHARD, Zur Demokratisierung Russlands: Band 1: Russland als defekte Demokratie, Baden-Baden 2002
- NEVINSKIJ VALERIJ, Obščerossijskij referendum: sodержanie i značenie konstitucionno-pravovykh novell 2002 i 2004 gg. (Das gesamtrossische Referendum: Inhalt und Bedeutung der verfassungsrechtlichen Novellen der Jahre 2002 und 2004), Konstitucionnoe i Municipal'noe Pravo (KiMP) 2005, 14
- NUDNENKO LIDIJA, Konstitucionnoe pravo graždanina Rossijskoj Federacii na referendum i meždunarodnye standarty (Das verfassungsmässige Recht der Bürger der RF auf Teilnahme am Referendum und die internationalen Standards), Konstitucionnoe i Municipal'noe Pravo (KiMP) 2005, 20
- NUDNENKO LIDIJA, Zakonodatel'stvo o vyborakh i referendumakh: Detalizacija i soveršenstvovanie (Gesetzgebung über Wahlen und Referenden: Detaillierung und Vervollständigung), Rossijskij juridičeskij Žurnal (RJŽ) 2009, 176
- NUSSBERGER ANGELIKA, § 1 Rechtsgeschichte und Rechtskultur in Russland, in: NUSSBERGER ANGELIKA (Hrsg.), Einführung in das russische Recht, München 2010, 1
- PETUKHOVA NATAL'JA, Pravovye ograničeniya iniciirovanija, naznačeniya i provedeniya referendumov v Rossijskoj Federacii: Ponjatje i sistema (Rechtliche Beschränkungen der Ergreifung, Ansetzung und Durchführung des Referendums in der Russischen Föderation: Begriff und System), Gosudarstvo i Pravo (GiP) 2010, 112
- RJABOW ANDREJ, Gelenkte Wahlen 2007 and 2008: Gesetzgebungsreform und Veränderungen innerhalb der Regierung, in: BUHBE MATTHES/GORZKA GABRIELE (Hrsg.), Russland heute: Zentralisierung des Staates unter Putin, Wiesbaden 2007, 255
- RUDENKO VIKTOR, Konstitucionnye modeli referenduma v stranakh Evropejskogo Sojuza, Švejcarii i Rossii (Verfassungsmodelle des Referendums in den Ländern der EU, der Schweiz und Russland), Konstitucionnoe Pravo: Vostočnoevropejskoe Obozrenie 2003 (KPVO), 10
- SERGEEV ALEKSEJ, Ob ograničenii predmeta referenduma Rossijskoj Federacii (Über die Einschränkung des Gegenstands des Referendums der Russischen Föderation), Konstitucionnoe i Municipal'noe Pravo (KiMP) 2008, 7
- SINCOV GLEB, Konstitucionno-pravovoj institut referenduma Rossijskoj Federacii i sub-ektov Rossijskoj Federacii (Das verfassungsrechtliche Institut des Referendums auf Bundesebene und auf Ebene der Föderationssubjekte), Penza 2003

- ŠMELEV ALEKSEJ, Referendum kak ob-ekt teoretiko-pravovogo issledovanija (Das Referendum als Objekt einer rechtstheoretischen Untersuchung), Saratov 2006
- ŠUGRINA JEKATERINA, Municipal'noe pravo Rossijskoj Federacii (Gemeinderecht der RF), 5. Aufl., Moskau 2014
- VAŽNOV SERGEJ, Institut pravotvorčeskoj iniciativy graždan v sisteme narodovlastija v Rossijskoj Federacii (Das Institut der Volksinitiative im System der Volksherrschaft in der RF), Saratov 2007
- WIESER BERND (Hrsg.), Handbuch der russischen Verfassung, Wien 2014
- ZITEVA INNA, Konstitucionnoe pravo graždan na mestnyj referendum v Rossijskoj Federacii (Das verfassungsmässige Recht der Bürger auf Teilnahme am Gemeindereferendum), Moskau 2009
- ZOR'KIN VALERIJ (Hrsg.), Kommentarij k Konstitucii Rossijskoj Federacii (Kommentar zur Verfassung der Russischen Föderation), 3. Aufl., Moskau 2013
- ŽIVODROVA NADEŽDA, Konstitucionno-pravovoe regulirovanie referenduma sub-ekta Rossijskoj Federacii (Verfassungsrechtliche Regulierung des Referendums auf Ebene eines Föderationssubjektes), Penza 2006