

ContraLegem

2019/1

Recht | Philosophie | Kritik

Wissenslücke «Lohnlücke»

Geldwäscherei durch
Unterlassen

Trouvailles aus
Asylentscheiden

Wider die Risiko-
erhöhungstheorie

Der monströse Sexualtäter



Impressum



ContraLegem

ISSN: 2624-6902

Chefredaktion

Marcel Alexander Niggli

Redaktion

Stefan Maeder

Louis Frédéric Muskens

Redaktionelle Mitarbeiter

Edouard de Weck

Diego Gfeller

Markus Husmann

Konrad Jeker

Alain Joset

Niklaus Ruckstuhl

Wissenschaftlicher Beirat

Marc Amstutz

Ramon Mabillard

Christof Riedo

Franz Werro

Kontakt

Lehrstuhl Niggli

ContraLegem

Beauregard 13

1700 Freiburg

redaktion@contralegem.ch

Tel. 026 300 80 12

Erscheinungsweise

3–4 × jährlich

Erscheint nur elektronisch

Titelbild

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

Verlag

hep verlag ag

Gutenbergstrasse 31

Postfach

3001 Bern

ius@hep-verlag.ch

Tel. 031 310 29 29

Die Beiträge geben die Meinung der Autorinnen und Autoren wieder. Sie müssen sich nicht mit der Meinung des Verlags decken.

© 2019 hep verlag ag, Bern

www.hep-verlag.ch

hep ius: Neuerscheinungen



Gerhard Fiolka

Textsammlung Strassenverkehrsrecht

1. Auflage 2019 | 1240 Seiten, 13,5 × 18 cm, Broschur
ISBN 978-3-0355-1468-1 | 48.–

Stand der Erlasse: 1. März 2019, unter Berücksichtigung der Änderungen der VTS vom 1. Mai 2019

Inhalt

- SVG, SKV, VSKV-ASTRA, AAMV, OBG, OBV
- VRV, SSV, VVV, VTS, TAFV 1/2/3
- VZV, TGV, CZV, FV
- SDR, ARV 1/2, VMSV, NSAG/V
- Auszüge aus: TSchG/V, OR, ZPO, StGB, StPO



Textsammlung ZGB | OR

mit SchKG und BV

1. Auflage 2019 | 1096 Seiten, 13,5 × 18 cm, Broschur
ISBN 978-3-0355-1497-1 | 28.–

Stand der Erlasse: 1. März 2019



Stefan Keller

Textsammlung Sozialversicherungsrecht

mit Querverweisen und Anmerkungen zum ATSG

2. Auflage 2019 | 1528 Seiten, 13,5 × 18 cm, Broschur
ISBN 978-3-0355-1551-0 | CHF 89.–

Stand der Erlasse: 1. März 2019

Inhalt

- Einleitung in das Sozialversicherungsrecht
- ATSG, ATSV
- AHVG, AHVV, VFV, HVA, IVG, IVV, HVI, GgV, ELG, ELV
- BVG, BVV1, BVV2, BVV3, WEFV, FZG, FZV, VO EDI Austrittsleistung
- KVG, KVV, UVG, UVV, VUV, MVG, MVV
- EOG, EOv, FLG, FLV, FamZG, FamZV
- AVIG, AVIV, VVG, VAG



hep verlag ag

Gutenbergstrasse 31
Postfach
CH-3001 Bern

Tel. +41 (0)31 310 29 29

ius@hep-verlag.ch
www.hep-ius.ch

Inhaltsverzeichnis

<u>Impressum</u>	2
L	
<hr/>	
Wissenslücke «Lohnlücke»	5
M	
<hr/>	
Der monströse Sexualtäter	45
Gedanken zur Gutachtenspraxis im Strafverfahren	60
Geldwäscherei durch Unterlassen	16
Internationaler Strafgerichtshof & Gerechtigkeit	42
Semantik von Gesetzen	22
Terrorismus & juristisches Handwerk	64
Trouvaillen aus Asylentscheiden	48
Wahrung fremder Interessen, nicht eigener	56
Wider die Risikoerhöhungstheorie	29
Zum (Un-)Wert von Rechtsgutachten im Strafrecht	24
S	
<hr/>	
Aktienrechtsrevision zum Ersten	59
Constatation implicite des faits	40
Frau Trude	28
Herr Korbes	52
Gesinnungsstrafrecht & Terrorreisen	38
Logik der Halbfangenschaft	66
<u>Verräterische Sprache</u>	
Politik und Wahrheit	34
Unschuldsvermutung? Wieso Vermutung?	53

Wissenslücke «Lohnlücke»

Urs Thalmann / Marcel Alexander Niggli

Anmerkungen zum Gender Pay Gap

INHALTSÜBERSICHT

I. Grundsätzliches	5
II. Gleichwertig.....	7
III. 'Gender Death Gap'	8
IV. Bereinigt und unbereinigt	9
V. Erklärungsversuche	10
VI. Krieg 1: Individuum vs. Kollektiv	11
VII. Politik	11
VIII. Berufsbranchen	13
IX. Krieg 2: Freiheit vs. Regulierung.....	13
X. Ein Versuch, empirisch und nicht politisch zu argumentieren	14
XI. Was nun?.....	15

I. Grundsätzliches

Am 14.5.2018 war es wieder einmal soweit. Das Schweizer Bundesamt für Statistik veröffentlichte in einer Pressemitteilung die ersten Analyseresultate der Lohnstrukturerhebung für das Jahr 2016. Besondere Aufmerksamkeit fand wie

jedes Mal der Lohnunterschied zwischen Frauen und Männern, auch bekannt als Lohnlücke oder Gender Pay Gap. Und prompt stand denn andernorts in einem Teaser auf der ersten Seite des Tagesanzeigers: «Frauen verdienen in der Privatwirtschaft im Schnitt 14.6 Prozent weniger als Männer. Die Differenz lässt sich zum Teil mit Kriterien wie Erfahrung und Verantwortung erklären. Die nicht erklärbare Differenz heisst Lohndiskriminierung.» Gut ein Jahr zuvor (7.3.2017) titelte die gleiche Zeitung zur abschliessenden Analyse der Lohnstrukturerhebung 2014: «Frauen verdienen 20 Prozent weniger». Das wird jeweils aufgeregt diskutiert und in der Regel als krasser Verstoss gegen die Bundesverfassung eingeordnet. Denn in der Verfassung steht in Artikel 8 Absatz 3: «Mann und Frau haben Anspruch auf gleichen Lohn für gleichwertige Arbeit». Die Pressemitteilung des Bundesamts für Statistik vom 31.1.2019 zur Analyse der Lohnunterschiede zwischen Frauen und Männern, wiederum für das Jahr 2016, trug den Titel: «Lohnungleichheit: 2016 verdienten Frauen 19.6 % weniger als Männer».

Drei Dinge fallen auf: (1) Die Lohndifferenz ist gemäss Presse vom 14.5.2018 von griffigen 20 % für das Jahr 2014 zuerst um satte 5 Prozent-

punkte auf 14.6% für das Jahr 2016 gefallen, betrug aber für das gleiche Jahr (2016) gemäss Pressemitteilung des Bundesamtes vom 31.1.2019 wieder 19.6%, die einprägsamen rund 20%. (2) Was von der Differenz nicht durch bestimmte Kriterien wie Erfahrung und Verantwortung erklärt werden kann, wird als Lohndiskriminierung bezeichnet. (3) Der Begriff «gleichwertige Arbeit». Diesen drei Auffälligkeiten gehen wir in diesem Artikel etwas nach.

Um es gleich vorweg zu nehmen und deutlich zu sagen: Natürlich sollen Frauen und Männer für die gleiche Arbeit den gleichen Lohn bekommen. Inwiefern gleiche Arbeit und gleichwertige Arbeit das Gleiche sind, darauf kommen wir später zurück. Zuerst zu den Punkten (1) und (2), die mit Statistik zu tun haben.

Punkt 1 ist schnell geklärt, sofern der Unterschied zwischen Durchschnitt (Mittelwert) und Median (Zentralwert) bekannt ist. Die griffigen 20% Lohnunterschied (tatsächlich 18.1% in der Gesamtwirtschaft) der Lohnstrukturanalyse 2014 bezogen sich auf den *Durchschnittslohn*, also den Mittelwert für die Privatwirtschaft, während sich die 14.6% der ersten Ergebnisse von 2016 auf den sogenannten *Medianlohn* in der Privatwirtschaft bezogen. Alle wissen, was ein Durchschnitt ist, beispielsweise der Mittelwert der Löhne mehrerer Personen. Nun sind die Löhne notorisch ungleich verteilt: Es gibt viele eher mittlere und tiefe Löhne und wenige hohe und sehr hohe Löhne. Die hohen und sehr hohen Löhne haben einen beträchtlichen Einfluss auf den Mittelwert (den Durchschnitt), sie ziehen ihn gewissermassen in die Höhe. Solch unsymmetrischen Verteilungen kann man in der Statistik mit dem Median Rechnung tragen. Der Medianlohn ist derjenige Lohn, über und unter dem jeweils die Hälfte der Löhne liegen. Extreme Werte fallen weniger ins Gewicht, insbesondere die hohen und sehr hohen Löhne. Entsprechend ist der Medianlohn tiefer als der Durchschnittslohn. Im Jahr 2014 betrug der Durchschnittslohn der Frauen CHF 6'397, ihr Medianlohn CHF 5'881, also gut 8% weniger. Bei den Männern lag der Median-

lohn bei CHF 6'747 13.6% tiefer als ihr Durchschnittslohn (CHF 7'809). Die Medianlöhne der beiden Geschlechter liegen also näher zusammen als ihre Durchschnittslöhne. Entsprechend wird auch die Lohnlücke kleiner und beträgt für die Gesamtwirtschaft 12.8%. Was auch aus diesen Zahlen zu lesen ist: Ein beträchtlicher Teil der Lohnlücke beim Durchschnittslohn geht auf hohe und sehr hohe Löhne von Männern zurück. Wenige Grossverdiener also sind Ursache eines ansehnlichen Teiles der Lohnlücke. Männer mit niedrigeren Einkommen ernten allerdings nicht weniger kritische Bemerkungen und Blicke als die besser verdienenden Männer. Wie dem auch sei, die Lohnlücke gemessen am Medianlohn, ist laut Bundesamt für Statistik in der Gesamtwirtschaft für das Jahr 2016 gegenüber dem Jahr 2014 um 0.8% auf 12% gesunken.

«Die nicht erklärable Differenz heisst Lohndiskriminierung.» Ist der unerklärte Teil der Lohndifferenz Lohndiskriminierung oder heisst er nur so? Könnte der unerklärte Teil auch Peter Mustermann heissen? Hat jemand den unerklärten Teil willentlich aus bestimmten Gründen Lohndiskriminierung getauft? Genau so ist es. Die Lohnlücke wird gemäss internationalen Standards mit einem sogenannten multiplen Regressionsmodell berechnet. Das heisst, der Einfluss mehrerer Variablen (z.B. Erfahrung, Verantwortung und andere) auf eine Zielvariable (hier die Lohnlücke bzw. *Gender Pay Gap*) wird berechnet. Es werden nicht alle möglichen Variablen ins Modell aufgenommen. Die Variablen werden aufgrund verschiedener Kriterien ausgewählt. Am wichtigsten ist sicher, dass für die Variablen ein erheblicher Einfluss auf die Zielgrösse angenommen wird. Aber auch andere Faktoren spielen eine Rolle: Sind die benötigten Daten verfügbar? Können sie leicht erhoben werden? Können sie gut quantifiziert oder wenigstens in Klassen (wie z.B. Augenfarben, Ja/Nein/Weiss nicht) erhoben werden? Ist es nötig, bestimmte Variablen einzubeziehen, um die Vergleichbarkeit mit anderen Analysen zu ermöglichen, zum Beispiel anderen Ländern? Sind die Variablen einmal bestimmt, die Daten

erhoben und analysiert, ergibt sich der Einfluss der verschiedenen Variablen auf die Zielgrösse, hier die Löhne von Frauen und Männern und die entsprechend resultierende Lohnlücke. Weil nicht alle möglichen Variablen beziehungsweise Einflussgrössen erfasst werden können, erklären die Variablen nur einen Teil des Lohnunterschieds, während ein weiterer Teil eben unerklärt bleibt. Im Jahr 2016 betrug der durch die Variablen erklärte Teil 57.1% und der unerklärte Teil also 42.9%. Das heisst aber keineswegs, dass der unerklärte Anteil nicht zu erklären wäre und mit Lohndiskriminierung gleichgesetzt werden könnte. Es heisst schlicht Folgendes: Die im Modell verwendeten Variablen erklären 57.1% des Lohnunterschieds, die übrigen 42.9% könnten evtl. durch andere Variablen erklärt werden, d.h. dieser Teil kann (muss aber nicht!) Lohndiskriminierung sein. Leicht vorstellbar ist, dass einflussreiche Variablen nicht im Modell berücksichtigt wurden oder werden konnten.

Der Schlussbericht einer «Studie zu den statistischen Analysen der Eidgenossenschaft betreffend die Lohngleichheit von Mann und Frau» von Prof. **Christina Felfe** vom Schweizerischen Institut für Wirtschaftsforschung an der Universität St. Gallen, Frau **Judith Trageser** und Dr. **Rolf Iten** vom Forschungs- und Beratungsbüro INFRAS aus dem Jahr 2015 statuiert explizit: «Der unerklärte Anteil wird vielfach als Lohndiskriminierung interpretiert. Dies ist jedoch [...] aus ökonomischer Sicht nicht korrekt [...]» Auf die Gründe und die Studie selbst, die im Auftrag des Eidgenössischen Büros für die Gleichstellung von Mann und Frau EBG erstellt wurde, wird später bei der Besprechung des angewendeten statistischen Modells ausführlicher einzugehen sein.

II. Gleichwertig

Die Bundesverfassung bestimmt wie erwähnt: «Mann und Frau haben Anspruch auf gleichen Lohn für gleichwertige Arbeit.» Auf den ersten Blick erscheint das klar. Ein kleines einfaches Gedankenspiel: Notfallsanitäter, ob Mann oder Frau, retten Leben. Ist ihre Arbeit mehr oder

weniger Wert als die Arbeit eines *Chief Executive Officers* (CEO), ob Mann oder Frau? Stellen Sie sich vor, Sie fragen Eltern, deren Kind von Notfallsanitätern vor dem Tod bewahrt wurde. Was würden diese Eltern antworten? Was würde ein CEO, Vater oder Mutter des geretteten Kindes, antworten? Wir wissen es nicht. Wir könnten uns vorstellen, dass ein CEO, ob Vater oder Mutter, einen Moment lang stocken würde, und dann vielleicht eine erklärende Geschichte erzählt, warum seine oder ihre Arbeit mehr Wert sei – zumindest lohnbezogen. Vielleicht auch: Das sind zwei verschiedene Dinge, die nichts miteinander zu tun haben. Die Antwort ist allerdings müssig, denn in unserer Wirtschaftsform ist sie längst gegeben. Die Arbeit von CEOs, ob Mann oder Frau, ist mehr – oft viel mehr – Wert, wenn sich dieser Wert in Geld misst – dem Lohn. Was also ist gleichwertige Arbeit? Gleich entlohnte Arbeit? Damit wird der Satz aus der Bundesverfassung aber zu: Mann und Frau haben Anspruch auf gleichen Lohn für gleich entlohnte Arbeit. Eine Tautologie, ein Satz, der immer wahr ist, und deshalb nicht sehr hilfreich.

Tatsächlich sind an Demonstrationen zur Lohnlücke oft Transparente mit der Aufschrift «Gleicher Lohn für gleiche Arbeit!» zu sehen. Steht dahinter die Vorstellung, dass zum Beispiel in einer bestimmten Firma für die gleiche Arbeit eine Frau einen 18% tieferen Lohn als ein Mann bekommt, weil sie eine Frau ist? Die Lohnlücke kann diese Vorstellung auslösen, aber das ist nicht, was die Lohnlücke besagt.

Unterschiede bei finanziellen Aspekten sind ganz offensichtlich weit verbreitet. In der Schweiz verfügten die Zuger im Jahr 2018 mit durchschnittlich CHF 70'500 über die höchste, die Jurassier mit CHF 38'763 über die geringste Kaufkraft. Der Unterschied, oder eben die Lücke beträgt also 45.0% zu Ungunsten der Jurassier. Sind die Jurassier diskriminiert? Und nicht nur gegenüber den Zugern, sondern gleich gegenüber allen anderen Schweizern? Beim Bruttoinlandprodukt BIP sieht es kantonal ebenfalls sehr unterschiedlich aus. Hier

schwingt der Kanton Basel-Stadt mit CHF 173'185 oben aus, der Kanton Uri hat mit CHF 52'827 das tiefste BIP. Das entspricht einem Unterschied, oder eben einer Lücke von 69.5%. Die Unterschiede werden mit verschiedenen Faktoren erklärt, zum Beispiel Standort (zentral oder peripher), Verkehrserschliessung, Geographie (gebirgig oder flach) und manchem anderen. Durch den Nationalen Finanzausgleich werden die Unterschiede der finanziellen Leistungsfähigkeit der Kantone gemildert. Bingo! Ein Gender Finanzausgleich?

Als kleine Anekdote lässt sich hier eine Nachricht einflechten, die Ende 2017 um die Welt ging und von vielen Nachrichten-Webseiten aufgegriffen wurde: CNN, BBC, Neue Zürcher Zeitung und anderen. Die Schlagzeile auf **CNN** lautete: «Café charges men 18% 'gender tax' to highlight pay gap». Man muss kein Rechenkünstler sein, um kurz zu stutzen und den Preis zu berechnen, den eine Frau bzw. ein Mann für den Kaffee letztlich in diesem neu eröffneten australischen Kaffee in Melbourne zahlen: Angenommen ein Kaffee kostet für eine Frau \$4 und der Mann bezahlt 18% mehr, also \$4.76, dann kosten zwei Kaffee zusammen \$8.76 und der durchschnittliche Preis pro Kaffee ist \$4.38. Das könnte als versteckter Aufschlag aufgefasst werden. *Honi soit qui mal y pense!* Fairerweise steht im Text der **NZZ** immerhin, dass der Aufschlag für Männer nur eine Woche pro Monat gilt, grundsätzlich freiwillig ist und die 18% Preisaufschlag an eine Stiftung zur Frauenförderung gehen. Zweifellos war das eine gelungene Werbung für das vegane Kaffee und hat auf das Thema Lohnlücke aufmerksam gemacht.

Entsprechend gemischt waren die Reaktionen im Netz. Die kleine Rechnung zeigt allerdings auch die weitverbreitete Erwartung, dass um die Lohnlücke zu schliessen, Frauen 18% mehr Lohn erhalten müssten. Das ist ganz offensichtlich unzutreffend. Den gleichen Lohn hätten Frauen und Männer auch, wenn Frauen 9% mehr bekämen und Männer 9% weniger. Und die unsichtbare Hand des Marktes könnte auch

garstig den Lohn der Männer um 18% herunterwedeln – auch dann wäre die Lohnlücke geschlossen. Abgesehen vom wahrscheinlich unmöglich zu erbringenden Verwaltungsaufwand für einen solchen Ausgleich könnten sich aber auch andere Fragen ergeben, denn es gibt bei Lohnarbeit auch andere Lücken oder *Gaps*.

III. 'Gender Death Gap'

Analog zum *Gender Pay Gap* könnte man zum Beispiel einen 'Gender Death Gap' ermitteln. Bei der Arbeit verunglücken deutlich mehr Männer tödlich als Frauen. Der entsprechende Unterschied liegt regelmässig um die 90%. Entsprechende Daten sind nicht ganz leicht zu finden, deshalb hier einige Beispiele: Im Jahre 2009 betrug der <Gender Death Gap> in Deutschland rund 90%, für die Jahre 2009–2014 in Grossbritannien 96%, in den USA 2015 und 2016 je 92%. Daten für die Schweiz konnten wir nicht finden.

Manchmal wird darauf entgegnet, Frauen verunglückten eben mehr bei unbezahlter Arbeit tödlich, zum Beispiel im Haushalt, was nicht Eingang in die Statistik finde. Auch dazu sind öffentlich zugängliche verlässliche Daten nicht ganz leicht zu finden. Ein Bericht des **Bundesamts für Unfallverhütung** BfU aus dem Jahr 2015 zu Nichtberufsunfällen gibt an, dass im Jahre 2010 in «Haus und Freizeit» in der relevanten Altersgruppe von 17–64 Jahren 162 Männer tödlich verunglückten und 63 Frauen, ein Unterschied oder eine Lücke von rund 62% zu Ungunsten der Männer. Tödliche Nichtberufsunfälle im Strassenverkehr und beim Sport, wo ohnehin höhere Risikobereitschaft der Männer erwartet wird, zählen nicht zur Kategorie «Haus und Freizeit». Der arbeitsbedingte 'Gender Death Gap' kann also nicht einfach mit ein paar *ad hoc* Argumenten abgetan werden. Und selbstredend ist es auch nicht möglich, einen Ausgleich zu schaffen, indem ein paar Leben zwischen den Kategorien Frauen und Männer hin und her geschoben werden.

Der *Equal Pay Day* soll den Tag anzeigen, ab dem die Frauen mit der Arbeit beginnen müssten,

um die Lohnlücke zu den Männern zu schliessen, also den gleichen Lohn zu erhalten wie sie. Bis zu diesem Tag arbeiten Frauen nach ihrem Dafürhalten gratis. Dieses Jahr (2019) fiel er in der Schweiz auf den 22. Februar. Für einen analog bestimmten 'Equal Death Day' hat eine deutsche Webseite für Männeranliegen errechnet, dass Männer erst ab dem 28. November hätten arbeiten dürfen, um das gleiche Risiko wie die Frauen zu haben, bei der Arbeit tödlich zu verunfallen¹.

IV. Bereinigt und unbereinigt

Normalerweise nehmen Medien in den Schlagzeilen Bezug auf die sogenannte «unbereinigte Lohnlücke». Das ist der Lohnunterschied, bei dem erklärende Faktoren wie Erfahrung, Verantwortung und andere nicht herausgerechnet sind. Auch nach einer derartigen Bereinigung ist allerdings noch ein Unterschied bzw. eine Lücke vorhanden und nicht unbedeutend. Regelmässig bringt dieser Unterschied auch wirtschaftsnahe Kreise dazu, sich mit eigenen Analysen, Berichten und Stellungnahmen zu melden. In der Regel wird das Vorhandensein einer Lohnlücke bestritten oder zumindest ihr Ausmass. Den wirtschaftsnahen Institutionen geht es dabei kaum um das gesellschaftspolitische Anliegen der Gleichstellung und Gleichberechtigung, sondern eher darum, die Wirtschaft vor weiteren Regulierungen, Berichterstattungen und Eingriffen zu schützen, die zusätzliche Kosten darstellen. Argumentiert wird, dass unter Einbezug weiterer Variablen und Daten die Differenz verschwinde, bemängelt wird also das Modell zur Ermittlung eines evtl. bestehenden Unterschieds. Standpunkt ist gewissermassen: Im Bereich der Löhne ist die Gleichstellung erreicht, schon deshalb weil es aus kapitalistisch-wirtschaftlichen Effizienzüberlegungen nicht anders sein kann. Pointiert ausgedrückt: Wenn die Lohnkosten für Frauen soviel günstiger wären, müssten Männer entlassen und primär Frauen angestellt werden. Das passiert aber offensichtlich nicht.

¹ Angaben für das Jahr 2016.

Eine Studie des **Instituts der Deutschen Wirtschaft Köln** aus dem Jahr 2016 analysierte Daten des Sozio-ökonomischen Panels Deutschlands (SOEP), einer seit drei Jahrzehnten durchgeführten jährlichen Befragung von Haushalten durch das nach eigenen Angaben unabhängige und weitgehend öffentlich finanzierte Deutsche Institut für Wirtschaftsforschung in Berlin und kam zum Schluss, die nicht erklärte Differenz bei der Lohnlücke betrage in Deutschland 16.6%, was einem monetären Unterschied von 3.8% entsprechen. Zur Erinnerung: In der Lohnstrukturanalyse des **Bundesamts für Statistik** für 2016 betrug der nicht erklärte Anteil 42.9% und entsprach einem monetären Unterschied für die Gesamtwirtschaft von 7.4% (CHF 522). In diesem Sozio-ökonomischen Panel Deutschlands (SOEP), das die Datengrundlage bildet, sind mehr Variablen erfasst und wurden entsprechend mehr Variablen in die Analyse einbezogen, als z.B. in der Schweiz in die Lohnstrukturanalyse eingehen. In einem Bericht zur Gleichstellung aus dem Jahr 2017 weist der – ebenfalls nach eigenen Angaben – unabhängige Think Tank *Avenir Suisse* darauf hin, dass vergleichbare Daten für die Schweiz nicht vorhanden seien, die unerklärte Differenz unter Einbezug weiterer Merkmale aber sinken würde. Doch um wie viel würde sich der unerklärte Anteil verringern? Eine vergleichende Studie aufgrund der gleichen Datenlage könnte hier zumindest Hinweise geben.

Aufgrund einer anderen Datenerhebung hat das erwähnte **Institut der Deutschen Wirtschaft Köln** 2016 eine solche vergleichende Studie für die Jahre 2009–2013 tatsächlich gemacht. Verwendet wurden die Daten von SILC (*Statistics on Income and Living Conditions*), einer Erhebung über die Einkommen und Lebensbedingungen in verschiedenen EU Ländern. Ausser EU-Mitgliedsstaaten erheben auch einige weitere Staaten diese Daten, darunter auch die Schweiz bzw. für die Schweiz das Bundesamt für Statistik. Die Resultate ergaben für Deutschland für das Jahr 2013 eine *unbereinigte* Lohnlücke von 22.3% und 18.5% für die

Schweiz. Die entsprechende Lohnlücke basierend auf der Lohnstrukturanalyse für die Jahre 2012 und 2014 waren mit 19.3% und 18.1% vergleichbar. Ganz anders sieht es bei der *bereinigten* Lohnlücke aus, das heisst, wenn der durch die erhobenen Variablen erklärte Teil herausgerechnet ist. In diesem Fall ist der Unterschied für Deutschland im Jahr 2013 6.6% und für die Schweiz 2.9%. Mit diesem Wert lag die Schweiz unter den analysierten 28 Ländern hinter den Niederlanden (2.5%) auf dem zweiten Platz, vor Belgien (3.1%), Dänemark (4.3%) und Deutschland.

V. Erklärungsversuche

Wie kommen diese unterschiedlichen Analyseergebnisse für die unbereinigte Lohndifferenz zu Stande, d.h. zwischen der Lohnstrukturanalyse des Bundesamtes für Statistik und der international vergleichenden Studie des Instituts der Deutschen Wirtschaft Köln? Daten für einen direkten Vergleich liegen nur für das Jahr 2012 vor, da Lohnstrukturerhebung und -analyse in der Schweiz nur alle zwei Jahre durchgeführt werden. Das **Institut der Deutschen Wirtschaft Köln** errechnete für die Schweiz einen unerklärten Lohnunterschied von 4.6%, das Bundesamt für Statistik 8.3%. Verwendet wurde allerdings eine leicht unterschiedliche statistische Analysemethode. Zum Verständnis ist deshalb noch ein kleiner Umweg nötig. Für das Jahr 2013 gibt es für Deutschland Resultate nach beiden Methoden. Sie liegen mit 6.0% und 6.6% Lohnunterschied nahe beieinander, sodass hier von vergleichbaren Resultaten ausgegangen wird. Die 6% Lohnunterschied für das Jahr 2013 in Deutschland, die nicht erklärt sind, wurden nach der gleichen Methode ermittelt, wie sie vom Bundesamt für Statistik in der Lohnstrukturanalyse verwendet wird. Es lohnt sich deshalb noch etwas tiefer zu gehen, zu den Variablen selbst. Bei der Analyse für Deutschland im Jahre 2013 erklärte die Variable «Erwerbserfahrung» mit 20.1% am meisten, gefolgt von «Branche» (15.2%) und «Tätigkeitsbezogene Merkmale» (11.3%). Alle anderen Variablen erklärten jeweils weniger als 10%. Im Modell des **Bundesamts**

für Statistik und der Lohnstrukturanalyse geht die «Erwerbserfahrung» ebenfalls ein, aber als rein hypothetisches Konstrukt, nämlich als Alter minus 15 Jahre, also als «potentielle Erwerbserfahrung». Ein sehr vereinfachtes Gedankenexperiment zeigt auf, welchen Einfluss das auf den unerklärten Teil der Lohnlücke haben kann.

Nehmen Sie an, eine Frau und ein Mann gleichen Alters lernen sich im Studium kennen, heiraten unmittelbar nach dessen Abschluss und haben gemeinsam Kinder. Einer der beiden bleibt bei den Kindern und widmet sich ihrer Erziehung, der andere geht Geld verdienen. Nehmen wir dem Thema zuliebe an, dass es die Frau ist, die zuhause bleibt (das könnte auch umgekehrt sein). Nachdem die Kinder eine gewisse Selbstständigkeit erreicht haben, steigt die Frau in ihren erlernten Beruf ein. Die Vermutung liegt nahe, dass sie nicht den gleichen Lohn erhält wie ihr Mann, der vielleicht bereits 15 Jahre im Beruf gearbeitet hat. In diesem Beispiel gibt es neben dem Geschlecht nur zwei Variablen mit Einfluss auf den Lohn: Ausbildung und Erwerbserfahrung. Die Ausbildung der beiden ist offensichtlich dieselbe. Ins Modell der Lohnstrukturanalyse geht nun die «potentielle Erwerbserfahrung» ein, definiert als Alter minus 15 Jahre. Sie ist ebenfalls für beide gleich. Da die Variablen in unserem Beispiel offensichtlich einen Lohnunterschied nicht erklären – sie sind ja für beide gleich – bleiben 100% des Unterschieds unerklärt. Konkret: Angenommen die Frau steigt mit CHF 5'000 in den Beruf ein, der Mann verdient nach 15 Jahren im Beruf mittlerweile CHF 9'000, so bleibt der Lohnunterschied von CHF 4'000 vollständig unerklärt und die Lohnlücke beträgt 44%. Nach immer noch verbreiteter (aber eben trotzdem durch und durch falscher) Lesart würde dieser unerklärte Lohnunterschied vollständig als Lohndiskriminierung aufgrund des Geschlechts behandelt, was – wie das Beispiel hoffentlich zeigt – schlicht falsch ist. Selbstverständlich hat unser Beispiel einen Bezug zur Gleichstellung, und zwar zum Thema «Vereinbarkeit von Familie und Beruf». Aber Lohndiskrimi-

nierung aufgrund des Geschlechts ist es eben gerade nicht.

VI. Krieg 1: Individuum vs. Kollektiv

In der Diskussion um die Lohnlücke bzw. den *Gender Pay Gap* bekommt man insgesamt den Eindruck, dass sich zwei Seiten unversöhnlich gegenüber stehen. Einerseits eine wirtschaftsnahe Position, die zumindest die Höhe der Lohnlücke für massiv übertrieben hält, andererseits eine feministische, diskriminierungskritische Position, welche die Lohndifferenz als sehr hoch ansieht und der Geschlechterdiskriminierung zurechnet. In einem Trickfilm wären es zwei Figuren mit deutlich vereinfachter Kommunikation: «Ich habe Recht!» – «Nein, ich habe Recht!» – «Nein!» – «Doch!» – «Nein!» – «Doch!»... Irgendwann zieht die eine Figur hinter dem Rücken eine Keule hervor und schlägt sie dem Gegenüber auf den Kopf, womit für den Moment der Konflikt gelöst ist. Im Trickfilm steht dann die niedergeschlagene Figur wieder auf und weiter geht's mit «Nein!» – «Doch!» – «Nein!» – «Doch!»... Bis auf die Keule, scheint es auch in den Diskussionen um die Lohnlücke genau so bestellt zu sein. Um die Keule zu vermeiden und die eigene Position zu halten, kann man einander aus dem Weg gehen oder bei einer unvermeidlichen Begegnung aneinander vorbeireden. In diesem Fall reicht es sogar, wenn eine Person an der anderen vorbeiredet, oder eine Person sachkundig ist und die andere nicht.

So geschehen anlässlich eines moderierten Gesprächs auf **SRF 1** am 1. Mai 2018 in der Radiosendung «Tagesgespräch». Das Motto für den Tag der Arbeit des Schweizerischen Gewerkschaftsbundes lautete «Lohngleichheit. Punkt. Schluss». Es begegneten sich **Regine Sauter**, Nationalrätin für die Freisinnig Demokratische Partei FDP und Direktorin der Zürcher Handelskammer und **Paul Rechsteiner**, Ständerat für die Sozialdemokratische Partei SP und damals noch Präsident des Schweizerischen Gewerkschaftsbundes. Während Frau Sauter von erklärten und unerklärten Anteilen der Lohnlücke, von anderen Aspekten und ihrer

Erfahrung aus der eigenen aktuellen Tätigkeit sprach, brachte Herr Rechsteiner als Beispiel einen eklatanten Fall von Lohndiskriminierung aus den frühen 1980er Jahren als Anwalt, kurz nachdem 1981 der Gleichstellungsartikel in die Bundesverfassung aufgenommen wurde. Umgehend wies Frau Sauter darauf hin, dass sich seither schon etwas geändert habe. Im weiteren Gespräch erläuterten beide ihre Ansichten und Positionen in Bezug auf die Lohnlücke. Herr Rechsteiner wies auf 20 % Lohnunterschied hin, Frau Sauter auf den unerklärten Lohnunterschied von 7.4 %. Zwar sprachen beide über das gleiche Thema «Lohnlücke» aber mehrheitlich aneinander vorbei. Beide waren sich aber einig, dass der Lohnunterschied, ob erklärt oder nicht, angegangen werden muss. Herr Rechsteiner favorisierte einen gesetzlichen Weg, Frau Sauter plädierte für einen betriebsinternen, gewissermassen wirtschaftsliberalen Weg. Am Schluss der Sendung war man als Hörer jedenfalls nicht wirklich schlauer, und auf die eigene Position hatte das Gespräch wohl kaum Einfluss.

VII. Politik

Klar ist, dass vieles Einfluss darauf hat, was als Lohnlücke bzw. *Gender Pay Gap* bezeichnet wird: Die erhobenen Daten bzw. Variablen, das Modell und die Analyse. Und eine Lohnlücke von rund 20 % ist wirklich beeindruckend gross und verblüfft wirtschaftsnahe als auch andere Kreise. Wir selbst kennen kein Beispiel, wo eine Frau für die gleiche Arbeit 20 % weniger als ein Mann verdient, weil sie eine Frau ist. Wir kennen auch niemanden, der solche Beispiele kennt. Gut möglich ist, dass gar Firmenbesitzer davon überrascht sind und vielleicht ihre eigene Firma genauer angeschaut haben. Vielleicht war auch **Ruedi Noser**, gegenwärtig Ständerat des Kantons Zürich für die FDP und Allein inhaber der Noser Gruppe mit knapp 500 Mitarbeitern, sehr überrascht. Noch als Nationalrat brachte Herr Noser am 2.6.2014 das Postulat 14.3388 «Erhebung zur Lohngleichheit: Verbesserung der Aussagekraft» ein. Darin wird der Bundesrat gebeten, die Analyse zur Lohndiskriminierung zu überprüfen und Bericht zu erstatten. In seiner Stellungnahme vom

20.8.2014 schreibt der **Bundesrat**, «dass die angewandte Analyse­methode und die in der Erhebung berücksichtigten Variablen dem aktuellen Stand der Wissenschaft entsprechen und die Qualität und Objektivität der statistischen Messung der Lohndiskriminierung gewährleisten. Der Bundesrat will jedoch die Transparenz und den Konsens über die angewandte Methode sicherstellen. In diesem Sinne ist er bereit, dem Anliegen des Postulates nachzukommen.» Der Bundesrat beantragt die Annahme des Postulats.

Darauf gab das Gleichstellungsbüro die bereits zitierte «Studie zu den statistischen Analysen der Eidgenossenschaft betreffend die Lohn­gleichheit von Frau und Mann» in Auftrag. Der mit 144 Seiten recht detaillierte, ausführliche und beeindruckend sachkundige Schlussbericht von Frau **Felfe**, Universität St. Gallen, Frau **Trageser** und Herrn **Iten**, beide vom Forschungs- und Beratungsbüro INFRAS, war am 28. September 2015 fertig. Als wichtigste Resultate und Empfehlungen der Studie, festgehalten im *Executive Summary*, sind zusammengefasst zu nennen:

(1) Die bislang verwendete statistische Methode entspricht dem Stand der Wissenschaft. Die Ergebnisse könnten aber stark von sehr hohen respektive sehr tiefen Löhnen beeinflusst sein. Weiter kontrolliert die Methode nicht auf hinreichend gleiche Verteilung von Frauen und Männern über die einzelnen Ausprägungen der Erklärungsfaktoren, was ebenfalls in bestimmten Fallkonstellationen zu verzerrten Ergebnissen führen kann. Zusätzliche Analysemethoden könnten dem Rechnung tragen. Eine Methode trägt der Ungleichverteilung der Löhne Rechnung, indem Sie sich am Median orientiert, die andere Methode (Doubly Robust Regression) würde eine hinreichend gleiche Verteilung von Frauen und Männern über die einzelnen Ausprägungen der Erklärungsfaktoren besser gewährleisten. Die Nationale Statistik solle also sowohl am Mittelwert als auch am Median dargestellt werden (wie bisher) und die Doubly Robust Regression (neu) zusätzlich verwenden.

(2) Die verwendeten Faktoren (Variablen) zur Erklärung von Lohnunterschieden entsprechen dem Stand der Forschung und sollen beibehalten werden.

(3) Die drei im Postulat Noser genannten zusätzlichen Faktoren Weiterbildung, Sprachkenntnisse und Führungserfahrung sollten nicht aufgenommen werden, weil der zusätzliche Erklärungsgehalt als tief einzuschätzen ist und die zuverlässige Erhebung der Daten nicht gewährleistet ist. Für die Faktoren effektive Berufserfahrung (statt potentielle Berufserfahrung) und physische/psychische Belastungen soll geprüft werden, ob sie sinnvoll erhoben werden können.

(4) Es soll je ein Analysemodell mit und ohne Faktoren mit Diskriminierungspotential entwickelt werden. (Das wird in diesem Artikel nicht besprochen weil es viel zu weit führen würde, ist aber mit Sicherheit bedenkenswert.)

Was steht nun im Bericht, den der **Bundesrat** in Erfüllung des Postulats 14.3388 Noser verfasst hat, über diese Empfehlungen? Der Bundesrat ist bereit, dem Eidgenössischen Departement des Innern (EDI) einen Auftrag zu geben, (1) die alternativen statistischen Methoden vertieft zu prüfen, (2) zu prüfen, ob zusätzliche Daten für Faktoren aus bestehenden administrativen Registern entnommen werden können und, (3) vertieft zu prüfen, ob im Rahmen der nationalen Statistik je ein Analysemodell mit und ohne Faktoren mit Diskriminierungspotential entwickelt werden soll. Aber, und wesentlich: Die Prüfung der Fragen erfolge im Rahmen der bestehenden Ressourcen. Ganz allgemein gelte es, den Aufwand für Unternehmen und das Bundesamt für Statistik zu beachten und dass die Erhebung zusätzlicher Informationen direkt bei den Unternehmen wegen des zusätzlichen administrativen Aufwandes für Unternehmen ebenso wie für das Bundesamt für Statistik undenkbar sei.

Soweit so gut – oder schlecht. Vorläufig bleibt alles beim Alten und damit im Wesentlichen

auch die Diskussionen und Schlagzeilen zur Lohnlücke bzw. der *Gender Pay Gap*. Jedenfalls ist noch nichts anderes erkennbar. Allerdings ist der definitive und ausführliche Bericht zur Analyse der Löhne von Frauen und Männern anhand der Lohnstrukturerhebung 2016 noch nicht öffentlich verfügbar. Möglicherweise sind in diesem Bericht bereits Empfehlungen berücksichtigt, die keine zusätzlichen Datenerhebungen brauchen, zum Beispiel die zusätzliche Analysemethode *Doubly Robust Regression*. Wir wissen es nicht.

VIII. Berufsbranchen

Bisher haben wir noch nicht angesprochen, wie gut die im Modell einbezogenen Variablen die Lohnunterschiede in den einzelnen Branchen erklären, klar aber ist, dass die Branche in Zusammenhang mit den Unterschieden steht, was ebenfalls regelmässig in den Pressemitteilungen auftaucht. Angesprochen wird dies im Punkt 1 der Resultate und Empfehlungen im vorstehend erwähnten Bericht des Bundesrates, in gewisser Weise auch in Punkt 4. Eine Annäherung an das Thema ist aufgrund der bisher erschienen Berichte zu den Lohnanalysen möglich. Tendenziell gibt es einen negativen Zusammenhang zwischen dem Männeranteil in einer Branche und dem erklärten Anteil der Lohnlücke. Konkret: Je höher der Anteil von Männern in einer Branche, umso kleiner ist der erklärte Anteil der Lohnlücke.

Der höchste erklärte Anteil mit 73 % findet sich in der Kategorie «Erbringung von sonstigen Dienstleistungen» mit einem Männeranteil von 32 %. In diese Kategorie fallen «Interessenvertretungen sowie kirchliche und sonstige Vereinigungen (ohne Sozialwesen und Sport), Reparatur von Datenverarbeitungsgeräten und Gebrauchsgütern und andere Dienstleistungen». Auf der anderen Seite wird in der Kategorie «Bau/Baugewerbe» mit einem Männeranteil von 92 % durch das Modell gar nichts mehr erklärt. Das Bild ist uneinheitlich. Es handelt sich um eine Korrelation und keine Kausalbeziehung. Eine Aussage wie «Je höher der Anteil Männer, umso kleiner der erklärte Anteil der Lohnlücke»

ist falsch und unzulässig. Die Korrelation ist aber deutlich und statistisch signifikant, also nicht zufällig. Dass die Variablen im bestehenden Modell Frauen und Männer gleich gut erfassen, kann also nicht ohne Weiteres angenommen werden. Dem müsste die *Doubly Robust Regression*-Methode bis zu einem gewissen Grad Rechnung tragen können.

IX. Krieg 2: Freiheit vs. Regulierung

Es stehen sich also zwei Lager gegenüber, die wirtschaftliche Position mit der Ansicht (und gewissen Belegen), die Lohnlücke sei – wenn es sie überhaupt gebe – sehr viel kleiner als behauptet. Aufgrund des wirtschaftlichen Effizienz-Credos, nach welchem es Lohnunterschiede nach Geschlecht eigentlich nicht geben kann, weil aus Gründen wirtschaftlicher Effizienz primär kostengünstigere Personen angestellt würden, sind aus dieser Perspektive regulierende und überprüfende Massnahmen überflüssig und wirtschaftsfeindlich. So steht im 2016er-Bericht des **Instituts der Deutschen Wirtschaft**, dass der unerklärte Anteil der Lohnlücke von 3.8 % für das Jahr 2013 durch den Einbezug von persönlichen Präferenzen oder individueller Risikoneigung erklärbar sei und keine statistisch signifikanten Unterschiede übrig lasse. Auch **Avenir Suisse** hatte in ihrem Bericht ein Kapitel «Karrierehürden im Verhalten der Frauen selbst». In Bezug auf Karriere und Kaderpositionen heisst es da: «Gänzlich am Ziel ist die Frau also noch nicht. Doch Quoten sind nicht die Lösung: An der Spitze dieser Rangliste (Frauen in Kaderpositionen, Anm. des Verfassers) finden sich Länder wie die USA, die gänzlich ohne Quoten und sogar ohne Mutterschaftsversicherungen auskommen.» Das ruft unweigerlich die Gegner auf den Plan, etwa den Präsidenten des bereits genannten Deutschen Instituts für Wirtschaftsforschung und Wirtschaftsprofessor und auf Spiegel Online (20.6.2016) unter dem Titel «Die Scheinargumente der Machowissenschaftler». Der allgemeine Tenor liberaler Perspektive scheint zu sein: Das Problem der Lohnlücke ist gelöst oder sie ist objektiv statistisch erklärt. Soweit es eine Lohnlücke geben sollte, basiert sie auf freiwill-

ligen Entscheidungen der Frauen. Krass und überspitzt ausgedrückt: «Frauen! Werdet wie Männer, dann gibt es auch keine Lohnlücke und Karrierehürden mehr!» (Ginge natürlich auch umgekehrt: «Männer! Werdet wie Frauen ...»).

Die Gegenposition der Regulierungsfreunde sieht das natürlich genau umgekehrt: Unter der Annahme, dass die Lohnlücke in der Schweiz immer noch sehr gross sei und zu langsam kleiner werde, hat Bundesrätin **Sommaruga** (SP) als Justizministerin im Jahr 2018 staatliche Regulierungen vorgeschlagen. Firmen mit über 100 Angestellten wären danach zu einer Berichterstattung alle 4 Jahre verpflichtet. Gemäss Neuer Zürcher Zeitung vom 22.2.2018 entspräche das knapp 1% aller Unternehmen und 45% aller Angestellten. Der Unterschied würde mittels eines abgewandelten sogenannten Standard-Analysemodells des Bundes ermittelt, das bei Beschaffungen verwendet wird. Zu diesem Zweck würde der Bund den Unternehmen das Selbsttest-Instrument Logib gratis zur Verfügung stellen: Excel-basiert und einfach zu bedienen. Als Schwellenwert für die Erfüllung der Anforderungen gälte eine Differenz von 5%. Liegt der Wert darunter, wird das Unternehmen von weiteren Berichterstattungen befreit, liegt er darüber, wird es wiederum Bericht erstatten müssen. Sanktionen sind keine vorgesehen, sieht man davon ab, dass bei Nichterfüllung der Aufwand wiederholt werden muss. Der wird auf 1–3 Tage geschätzt. In dieser Zeit ist natürlich die Stelle nicht produktiv für das Unternehmen, das heisst es kämen noch Opportunitätskosten dazu. Herr **Rechsteiner** fand das in der Radiosendung «butterweich», die Wirtschaft findet es unnötig und überflüssig. Angemerkt sei immerhin, dass die *unerklärten* Lohnunterschiede, um die es eben gerade geht, in Kleinstunternehmen, also mit weniger als 20 Angestellten, am grössten sind. Sie aber sollen ja nicht erfasst werden.

X. Ein Versuch, empirisch und nicht politisch zu argumentieren

Allenthalben Unklarheiten: Bezüglich des Modells, der Variablen und Analysemethoden –

blosses treten an Ort. Das ging die **Korn Ferry Hay Group**, eine global tätige Beratungs- und Personalvermittlungsfirma, ganz anders an. Ihr Bericht mit dem Titel «*The real gap: fixing the gender pay divide*» wurde 2016 im Internet publiziert. Für die Analyse hat die Firma ihre eigene Datenbank benutzt. Da es sich um eine privatwirtschaftliche Unternehmung handelt, sind weder Daten noch die Analyse so transparent wie es im Allgemeinen wünschenswert wäre. Aber bei den Daten handelt es sich eben um das eigentliche Betriebskapital der Firma. Die Entlohnungsdatenbank der Firma soll Daten für mehr als 20 Millionen Angestellte in über 110 Ländern und 25'000 Organisationen enthalten und die Resultate sind einigermaßen eindrücklich.

Der Bericht verglich für Frauen und Männer *like with like*, das heisst gleiche Stelle, gleiche Funktion, gleiches Unternehmen. Für die Analysen wurden Daten von über 8 Millionen Angestellten in 33 Ländern verwendet. Ohne Berücksichtigung von Stelle, Funktion und Firma ergab sich für alle Länder zusammen ein Lohnunterschied zwischen Frauen und Männern von 18%. Sowohl Vergleich als auch Resultat entsprechen dem, was in einer Lohnstrukturanalyse als sog. «unbereinigte» Lohnlücke resultiert. Weil diese Zahl üblicherweise die Lohnlücke in die Schlagzeilen bringt, wird sie im Bericht auch als '*Headline*' *pay gap* bezeichnet. Wenn nun das Stellenniveau in der Analyse kontrolliert wird – das heisst gleiche Stellen werden verglichen – sinkt der Unterschied auf 7%, wenn Stelle und Firma kontrolliert (d.h. gleichgehalten) werden, auf 2–3%, und schliesslich bei gleicher Stelle, Firma und Funktion auf unter 2%. Dies für alle 33 Länder zusammen.

Alle einbezogenen Länder sind auch separat ausgewiesen. Für die Schweiz standen Daten von gerundet 60'000 Angestellten zur Verfügung. Die Lohnlücke betrug ohne Berücksichtigung von Stelle, Unternehmen und Funktion 21.7%, unter Berücksichtigung der Stelle 3.0%, bei Berücksichtigung von Stelle und Unter-

nehmung 2.0 %, und bei Berücksichtigung von Stelle, Unternehmung und Funktion 2.2 %. Sicher: 2.2 % sind 2.2 %, aber das ist fast zehnmal weniger als die empörenden 21.7 %. Der Vollständigkeit halber seien hier auch noch die Zahlen für das Musterland der Geschlechtergleichstellung Schweden angegeben: 14.2 % ohne Berücksichtigung von Stelle, Unternehmen und Funktion, 2.8 % bei gleicher Stelle, 1.5 % bei gleicher Stelle und Unternehmung und 0.7 % bei gleicher Stelle, Unternehmung und Funktion. Der Bericht stellt denn auch lakonisch fest: *A gender pay gap exists – just not in the way conventional wisdom holds.*

XI. Was nun?

Vielleicht lohnt sich ein Blick auf das angepasste Standard-Analysemodell des Bundes und die erwähnte Software Logib, die Basis der vorgeschlagenen obligatorischen Berichterstattung bilden soll: Modell, Variablen, Methode? Man

ahnt es, im Wesentlichen wie bisher bei der Lohnstrukturanalyse, allerdings – wie schön – mit deutlich weniger Variablen. Wiederum sind die *potentiellen* Erwerbsjahre erfasst (dieses Mal als Alter abzüglich Anzahl Ausbildungsjahre abzüglich sechs Jahre Primarschule) und es wird mit der multiplen Regression gearbeitet. Wie wunderbar, dass man sich seine Zahlen einfach zurechtzimmern kann über normative Konstrukte wie potentieller Erwerb. Ob dies wirklich die Messung tatsächlicher Unterschiede ermöglicht? Oder vielleicht eben doch nur potentieller Unterschiede? Momentan ist noch keine Regulierung beschlossen, SP-Bundesrätin Sommaruga hat das Departement gewechselt und neu leitet die FDP mit **Karin Keller-Sutter** als Vorsteherin das Departement. Man darf gespannt sein, wie es weitergeht. Oder – nach den eben dargestellten Erfahrungen – auch nicht. Am besten vielleicht potentiell gespannt.



Geldwäscherei durch Unterlassen

Louis Frédéric Muskens / Marcel Alexander Niggli

Grenzen des unechten Unterlassungsdelikts am Beispiel der Geldwäscherei zugleich eine Kritik von BGE 136 IV 188

I. Einleitung

Mit **BGE 136 IV 188** hat das Bundesgericht die in der Lehre lang umstrittene Frage entschieden, ob das GwG (insb. Art. 6 und 9 GwG) eine Garantienpflicht des Finanzintermediärs begründet. Entgegen der damaligen Mehrheitsmeinung bejahte das Bundesgericht eine Garantienpflicht des Finanzintermediärs (auch aufgrund der damaligen EBK-Geldwäschereirichtlinie sowie der internen Richtlinien der betroffenen Bank). Es bestätigte die Verurteilung eines Bankdirektors wegen Geldwäscherei durch Unterlassen, der seiner Pflicht, weitere Abklärungen vorzunehmen und den Fall dem zuständigen Komitee für die Meldung an die MROS weiterzuleiten, nicht nachgekommen war (BGE 136 IV 188, E. 6, insb. 6.2.1).

Zu Recht haben sich kritische Stimmen in der Lehre gegen die Begründung einer Garantienpflicht aus Gesetz, gestützt auf Art. 6 und 9 GwG geäußert (vgl. u.a. **Conrad Hari**, *Le blanchiment d'argent par omission*, SZW 2012 361 ff.). Obwohl wir der Annahme einer Garantienpflicht in dieser Konstellation auch kritisch gegenüberstehen – und dies möglicherweise in einem zukünftigen Beitrag erläutern werden –, möchten wir in diesem Beitrag darlegen, warum der Tatbestand von Art. 305^{bis} StGB aus anderen Gründen nicht durch Unterlassen erfüllt werden kann.

Richtigerweise kann die Geldwäscherei als schlichtes Tätigkeits- und abstraktes Gefährdungsdelikt kein unechtes Unterlassungsdelikt i.S.v. Art. 11 StGB darstellen. Diese im Rahmen unserer Kommentierung von Art. 11 StGB im Basler Kommentar entwickelte Position (Niggli/Wiprächtiger [Hrsg.], *Strafrecht, Basler Kommentar*, 4. Aufl., Basel 2019 [nachfolgend BSK StGB⁴], Art. 11 N 40 ff.) ist eine Veranschaulichung wert, insbesondere im Zusammenhang mit dem vorgenannten Entscheid des Bundesgerichts BGE 136 IV 188.

II. Geldwäscherei als schlichtes Tätigkeitsdelikt sowie als abstraktes Gefährdungsdelikt

Art. 305^{bis} StGB ist ein schlichtes Tätigkeitsdelikt in der Form eines abstrakten Gefährdungsdeliktes (vgl. **Ackermann/Zehnder**, in: *Ackermann (Hrsg.), Kommentar Kriminelles Vermögen – Kriminelle Organisationen*, 2 Bände, Zürich 2018, Art. 305^{bis} N 106 f.). Den objektiven Tatbestand erfüllt, wer eine Handlung vornimmt, die *abstrakt* und *typischerweise* geeignet ist, die Ermittlung der Herkunft, die Auffindung oder die Einziehung von Vermögenswerten zu vereiteln (Art. 305^{bis} Abs. 1 StGB). Konkret bedeutet dies, dass die *blosse Vornahme* einer solchen Handlung die Strafbarkeit nach sich zieht, unabhängig davon, ob konkret eine Einziehung erschwert oder verunmöglicht

wurde. Anders als bei der als Erfolgsdelikt konzipierten Begünstigung nach Art. 305 StGB, setzt der Tatbestand von Art. 305^{bis} StGB gerade keinen Erfolg voraus, weder in der Form einer tatsächlichen Schädigung, noch in derjenigen einer konkreten Gefährdung des betroffenen Rechtsgutes. Das Unrecht besteht lediglich im sog. Handlungsunwert.

Nichts anderes ergibt sich aus dem erwähnten Bundesgerichtsentscheid:

«*Le blanchiment d'argent est une infraction de mise en danger abstraite, et non pas de résultat (ATF 128 IV 117 consid. 7a p. 131; ATF 127 IV 20 consid. 3a p. 25 s.). Le comportement délictueux [...] peut être réalisé par n'importe quel acte propre à entraver l'identification de l'origine, la découverte ou la confiscation de la valeur patrimoniale provenant d'un crime (ATF 122 IV 211 consid. 2 p. 215; ATF 119 IV 242 consid. 1a p. 243).*» (BGE 136 IV 188, E. 6.1)

Eine Konstruktion als schlichtes Tätigkeitsdelikt in der Form eines abstrakten Gefährdungsdelikt bedeutet einerseits eine tiefere Beweisschwelle, andererseits aber auch eine gewisse Vorverlagerung der Strafbarkeit (vgl. **Donatsch/Tag**, Strafrecht I – Verbrechenslehre, 9. Aufl., Zürich 2013, 106 f.). Dies mag vorteilhaft für die Strafverfolgung sein, erweist sich aber als starke Einschränkung der Legitimität der Strafnorm. Abstrakte Gefährdungsdelikte setzen eine abstrakte Gefahr voraus. Abstrakt ist die Gefahr auch dann, wenn überhaupt keine konkrete Gefahr geschaffen wurde, d.h. eine Gefahr nur hätte geschaffen werden können. Der Witz bei der abstrakten Gefahr ist, dass sie gerade keine konkrete sein muss und dass die abstrakte Gefahr manchmal nur in der Potentialität existiert.

Um ein übliches Beispiel zu nehmen: Verkehrsregelverletzungen (Art. 90 SVG) wie z.B. Geschwindigkeitsüberschreitungen, sind typische abstrakte Gefährdungsdelikte (vgl. **Fiolka**, in: Niggli/Probst/Waldmann (Hrsg.), Basler Kommentar Strassenverkehrsgesetz, Basel 2014, Art.

90 N 9 f., 29 sowie 45 ff.). Wenn niemand auf der Fahrbahn ist, wird niemand gefährdet. Die Geschwindigkeitsüberschreitung ist aber dennoch strafbar, und zwar mit der Begründung, dass sie für jeden hypothetischen (oder potentiellen) Fussgänger gefährlich gewesen wäre. Abstrakt ist also, in diesem Kontext, gleichzusetzen mit potentiell. Da keine (bzw. nur eine potentielle) Gefahr vorausgesetzt wird, knüpft die Strafbarkeit notwendigerweise ausschliesslich an der Vornahme einer bestimmten Handlung an, in unserem Beispiel der Geschwindigkeitsüberschreitung (vgl. **BGE 129 IV 53**, E. 3.5: «*Es entspricht gerade dem Wesen der abstrakten Gefährdungsdelikte, dass nicht zum Vornherein ersichtlich ist, in welcher Weise [...] die dem Delikt innewohnende Gefahr sich auswirken kann.*»). Das Unrecht besteht also gänzlich im Handlungsunwert. Die Begründung, die Geschwindigkeitsüberschreitung wäre für jeden potentiellen Fussgänger gefährlich gewesen, erweist sich zwar als richtig, aber die Tatsache, dass konkret niemand auf der Strasse war und nichts passiert ist (oder hätte passieren können), kann nicht weggedacht werden. Bestraft wird der Fahrer, nicht weil er jemanden geschädigt hat, und auch nicht weil er jemanden gefährdet hat, sondern schlicht weil er ihn hätte gefährden können. Die Möglichkeit der Gefährdung ist also die Möglichkeit der Möglichkeit einer Schädigung. Eine solche Strafe ist daher zweifellos weniger legitim als eine für einen Fahrer, der tatsächlich jemanden gefährdet oder sogar verletzt hat. Vorverlagerung der Strafbarkeit bedeutet Abkehr von der Legitimität, die sich aus der Verletzung oder Gefährdung ergibt.

Zusammengefasst: Abstrakte Gefährdungsdelikte weisen ihrer Natur nach eine beschränkte Legitimität auf und knüpfen an der blossen Vornahme einer bestimmten Handlung an. Übertragen auf die Geldwäscherei nach Art. 305^{bis} StGB heisst dies, dass die Strafbarkeit der Geldwäscherei grundsätzlich eine beschränkte Legitimität aufweist, weil sie hauptsächlich an der Tathandlung anknüpft. Diese zwei Erkenntnisse sind der Grund, warum der Tatbestand

der Geldwäscherei nicht durch Unterlassen erfüllt werden kann.

III. Das unechte Unterlassungsdelikt als

Analogieschluss

Grundsätzlich sind Straftatbestände als Handlungsdelikte konzipiert. Vorgeworfen wird dem Täter ein bestimmtes Verhalten, ein Tun. Die Handlung ist Grund für die Strafe und die Strafbarkeit Folge der Handlung.

Die Handlung muss im Tatbestand nicht immer genau umschrieben werden. Bei Erfolgsdelikten (und darunter auch bei konkreten Gefährdungsdelikten) wird die Handlung meist schlicht implizit unterstellt. So zum Beispiel in Art. 111 StGB: «*Wer vorsätzlich einen Menschen tötet...*». Strafrechtlich verpönt ist das Verursachen eines bestimmten Erfolges, das Bewirken des Todes eines Menschen. Die Handlung ist das notwendige Pendant der Kausalität (Erfolg verursachen), denn aus dem Nichts ergibt sich nichts (*ex nihilo nihil*). Die Verursachung eines Erfolges impliziert notwendigerweise ein Tun, eine Handlung (Tathandlung), auch wenn diese nicht genau umschrieben wird.

Bei Erfolgsdelikten spielt die Tathandlung eine sekundäre, meist implizite Rolle. Das Unrecht liegt vorwiegend im Erfolg.

Lange Zeit galt gewohnheitsrechtlich als selbstverständlich, dass Erfolgsdelikte auch durch pflichtwidriges Untätigbleiben erfüllt werden können (BSK StGB⁴-Niggli/Muskens, Art. 11 N 15 ff.). Es leuchtet auch ein, die Mutter, die ihr Kind ertrinken oder verhungern lässt, nicht anders zu behandeln, als diejenige, die es erstickt. Dogmatisch stellt aber die Tatsache, dass die Mutter im ersten Fall nur pflichtwidrig untätig bleibt, ein Problem dar. Das Untätigbleiben führt nicht direkt zum Tod des Kindes, es gibt keinen direkten Kausalzusammenhang. Deshalb muss ein Analogieschluss gezogen werden. Der verpönte Erfolg wird durch das pflichtwidrige Untätigbleiben quasi-verursacht, nämlich dadurch, dass die Mutter den Eintritt des Erfolgs hätte vermeiden können und sollen

(hypothetische Kausalität). Die beiden Situationen (Tun/Unterlassen) erscheinen so ähnlich, dass sich ein Analogieschluss rechtfertigt.

Der Mechanismus, der im Zentrum dieser Norm steht, ist also ein Analogieschluss (BSK StGB⁴-Niggli/Muskens, Art. 11 N 7 und 115). Statt dass eine bestimmte Handlung einen Erfolg oder eine Gefährdung verursacht, werden Erfolg oder Gefährdung pflichtwidrig nicht verhindert. An die Stelle der Handlung tritt die Unterlassung, an die Stelle der natürlichen Kausalität tritt die hypothetische Kausalität. Der Tatbestand wird daher, analog einer Handlung, durch ein pflichtwidriges Unterlassen erfüllt.

Im Laufe der Zeit wurde die gewohnheitsrechtliche Lösung und ihre Vereinbarkeit mit dem Legalitätsprinzip immer stärker in Frage gestellt. Mit der AT-Revision 2007 wurde das Gewohnheitsrecht zum Gesetz und die Regel in Art. 11 StGB kodifiziert (BSK StGB⁴-Niggli/Muskens, Art. 11 N 19 ff.). An der Natur des Mechanismus hat sich mit der Kodifikation indes nichts geändert. Deutlich wird das spätestens in Art. 11 Abs. 3 StGB, der das Prinzip der sog. Vorwurfsidentität vorsieht. Die Bestrafung aufgrund eines unechten Unterlassungsdelikts setzt voraus, dass dem Täter derselbe Vorwurf gemacht werden kann, wie wenn er die Tat durch ein aktives Tun begangen hätte. Ein ähnlicher oder gar gleicher Vorwurf gilt als Voraussetzung, damit sich der Analogieschluss überhaupt rechtfertigen lässt.

Zusammengefasst: Art. 11 StGB stellt einen kodifizierten Analogieschluss dar, nach welchem Begehungsdelikte des besonderen Teils auch durch pflichtwidriges Untätigbleiben erfüllt werden können, wodurch sie zu unechten Unterlassungsdelikten werden.

IV. Grenzen des unechten Unterlassungsdeliktes

Durch die Kodifikation konnte das Spannungsverhältnis der unechten Unterlassung zum

Legalitätsprinzip auf ein akzeptables Mass reduziert werden. Auch ein kodifizierter Analogieschluss bleibt aber ein Analogieschluss. Daraus ergibt sich zweierlei:

(1) Erstens erfordert Analogie immer eine gewisse Ähnlichkeit, eine gewisse Gemeinsamkeit, aus der sich die Analogie ziehen oder rechtfertigen lässt. Ohne diese Ähnlichkeit könnte genauso gut argumentiert werden, dass nicht der Schluss *per analogiam* gelten solle, sondern der Schluss *e contrario*. Grundsätzlich spricht die Tatsache, dass eine bestimmte Handlung nicht unter Strafe gestellt wird, eher dafür, dass sie straflos bleiben soll. Im Strafrecht gilt dies *a fortiori* aufgrund der Unschuldsvermutung und des strengen Legalitätsprinzips.

Kehren wir zurück zur Geldwäscherei, und allgemeiner zum abstrakten Gefährdungsdelikt in Form eines schlichten Tätigkeitsdelikts, und vergleichen wir das Tun mit dem Unterlassen. Beim Tun wird die Tathandlung vollzogen und die Strafbarkeit knüpft nur an sie an. Beim Unterlassen wird die Tathandlung gerade nicht vollzogen. Wer die Tathandlung nicht erfüllt, sollte grundsätzlich, gemäss den Prinzipien der Unschuldsvermutung und der Legalität, straflos bleiben.

Möchte man das Unterlassen jetzt trotzdem unter Strafe stellen, so wird man eine gewisse Ähnlichkeit mit der Begehungsvariante suchen. Diese Ähnlichkeit, der Anknüpfungspunkt, kann gerade nicht in irgendeinem Erfolg oder einer konkreten Gefährdung bestehen, die für das abstrakte Gefährdungsdelikt eben nicht massgeblich sind. Die Nicht-Vornahme einer Handlung kann, *per se*, der Vornahme dieser Handlung gerade nicht gleichwertig sein. Beim schlichten Tätigkeitsdelikt spielt die Tathandlung eine derart zentrale Rolle, dass ihr Fehlen jegliche analoge Anwendung der Strafbestimmung ausschliesst. Weil das Delikt ausschliesslich in der Vornahme einer bestimmten Handlung besteht, und Unterlassung gerade die Nicht-Vornahme dieser spezifischen Handlung bedeutet, erscheint der Vorwurf, diese

Handlung nicht vorgenommen zu haben, *per se* widersinnig und widersprüchlich (BSK StGB⁴-Niggli/Muskens, Art. 11 N 43). Dies entzieht der Analogie *a priori* jede Legitimität.

(2) Zweitens steht der Mechanismus der Analogie notwendig in einer gewissen Spannung zum Legalitätsprinzip, die auch nach der Kodifikation bestehen bleibt. Zudem beschränkt das Konstrukt des abstrakten Gefährdungsdeliktes für sich alleine die Legitimität der strafrechtlichen Reaktion. Wird nun anhand einer solchen Norm ein Analogieschluss gezogen, so erscheint das Gesamtkonstrukt schlicht nicht mehr legitim. Mit Zündhölzern können natürlich Türme und Brücken gebaut werden. Wird das Bauwerk aber zu wagemutig, stürzt es bald ein. Dieser Grad an Unsicherheit wird erreicht, wenn aus einem schlichten Tätigkeitsdelikt in Form eines abstrakten Gefährdungsdeliktes gar ein unechtes Unterlassungsdelikt gemacht wird. Anders gesagt und zusammengefasst: die Erfüllung eines schlichten Tätigkeitsdeliktes durch Unterlassen kann der Erfüllung durch ein Tun nie gleichwertig sein i.S.v. Art. 11 Abs. 3 StGB.

Der Charakter des unechten Unterlassungsdeliktes als Analogieschluss ist der Grund, warum das Erfüllen eines schlichten Tätigkeitsdeliktes durch blosses Unterlassen ausgeschlossen ist. Die Grenzen der Analogie sind auch die Grenzen des unechten Unterlassungsdeliktes (als Analogieschluss).

Festzustellen ist also, dass der Anwendungsbereich von Art. 11 StGB auf Erfolgsdelikte und konkrete Gefährdungsdelikte beschränkt bleibt. Dies aufgrund der Architektur der abstrakten Gefährdungsdelikte und der Natur von Art. 11 als kodifiziertem Analogieschluss.

Obwohl die Botschaft und einzelne Stimmen der Lehre eine andere Meinung vertreten (**Botschaft zur Änderung des Strafgesetzbuches** vom 21.09.1998, BBl 1999 1979, 2002; BSK StGB³-**Seelmann**, Art. 11 N 2; **Cassani**, in: Roth/Moreillon (Hrsg.), Commentaire romand Code

pénal I, Basel 2009, Art. 11 N 18; Trechsel/Noll/Pieth, Schweizerisches Strafrecht – Allgemeiner Teil I, 7. Aufl., Zürich 2017, 232), finden sich in Entscheiden u.a. bezüglich der Urkundenfälschung immerhin Erwägungen, die für diese einleuchtende Lösung plädieren:

« Il est clair que l'omission improprement dite ne peut être envisagée lorsque l'élément objectif de l'infraction décrit un comportement concevable uniquement sous la forme d'une action. [...] Il convient d'examiner pour chaque infraction si celle-ci peut être commise par omission. » (BGer 6B_844/2011 vom 18. Juni 2012, E. 3.1.1, zuletzt bestätigt in BGer 6B_711/2012 vom 17. Mai 2013, E. 2.4).

Die Grenzen der Analogie sind auch die Grenzen des unechten Unterlassungsdeliktes als Analogieschluss.

V. Wer handelt?

Zur skizzierten Lösung gelangt man auch über die Handlungslehre. Ein schlichtes Tätigkeitsdelikt kann gar nicht erfüllt werden, wenn nicht jemand die Tathandlung ausführt. Verhindert ein Dritter die Tathandlung nicht, obwohl er aufgrund einer Garantenstellung dazu verpflichtet wäre, so handelt nicht der untätig bleibende Dritte, sondern eben primär der handelnde Täter. Beobachtet der Ladendetektiv, wie ein Ladendieb etwas wegnimmt, so stiehlt der Dieb, und nicht der Ladendetektiv. Zu behaupten, der untätig bleibende Dritte (unser Ladendetektiv) würde das schlichte Tätigkeitsdelikt (des Täters!) auch durch Unter-

lassen erfüllen, kommt einer massiven und unzulässigen Erweiterung des Handlungsbegriffes gleich.

In solchen Konstellationen wäre höchstens eine Teilnahme des untätig bleibenden Dritten am schlichten Tätigkeitsdelikt des Handelnden vorstellbar (BSK StGB⁴-Niggli/Muskens, Art. 11 N 46). Es leuchtet ein, dass wer nicht einschreitet, obwohl er dazu verpflichtet wäre, einen kausalen Beitrag zur Tat und damit wohl Gehilfenschaft durch Unterlassung leistet. Nur unterscheiden sich eben Täterschaft und Teilnahme in der Konstruktion und im Vorwurf deutlich voneinander.

VI. Schluss

Entgegen dem, was das Bundesgericht in seinem Urteil BGE 136 IV 188 entschieden hat, ist eine Verurteilung wegen Geldwäscherei durch Unterlassen ausgeschlossen, weil Geldwäscherei als schlichtes Tätigkeitsdelikt in Form eines abstrakten Gefährdungsdeliktes konzipiert wurde. Der der Geldwäscherei immanente Vorwurf lautet auf Vornahme einer Handlung, die typischerweise und daher abstrakt geeignet ist, die Einziehung von verbrecherischen Vermögenswerten (oder Vermögenswerten aus einem qualifizierten Steuervergehen) zu vereiteln. Fehlt es an einer solchen Handlung, kann der Vorwurf nicht analog konzipiert werden, indem an die Stelle der Handlung eine pflichtwidrige Unterlassung gesetzt wird, ausser man gibt jeden Anspruch auf Legitimität der Strafe auf.

Die Kehrseite der Vorteile für die Strafverfolgung, die sich aus der Gestaltung einer Strafnorm als abstraktes Gefährdungsdelikat (oder als schlichtes Tätigkeitsdelikt) ergeben, besteht eben darin, dass eine Begehung durch Unterlassen grundsätzlich nur strafbar ist, wenn sie explizit unter Strafe gestellt wird. Erforderlich sind also echte Unterlassungsdelikte.

Hätte der Gesetzgeber die Unterlassung auch unter Strafe stellen wollen, so wäre ein echtes Unterlassungsdelikt erforderlich gewesen. Wohlgermerkt: Der Gesetzgeber hat die Verlet-

zung der Meldepflicht nach Art. 9 GwG durchaus unter Strafe gestellt, nämlich ausdrücklich in Art. 37 GwG. Der Finanzintermediär, der seine Meldepflicht nach Art. 9 GwG vernachlässigt und die Meldung unterlässt, macht sich nach Art. 37 GwG strafbar. Eine zusätzliche Strafbarkeit wegen Geldwäscherei durch Unterlassen (Art. 305^{bis} i.V.m. Art. 11 StGB) ist, zumindest als Täter, ausgeschlossen.

Alternativ hätte der Gesetzgeber die Geldwäscherei als Erfolgsdelikt oder als konkretes Gefährdungsdelikt ausgestalten können, wie er es z.B. bei der Begünstigung gemäss Art. 305 StGB getan hat. Dies hätte aber den Beweis eines

konkreten Erfolges oder einer konkreten Gefährdung erfordert.

Die zunehmende Tendenz, das Strafrecht immer früher eingreifen zu lassen und nicht zu warten, bis ein Rechtsgut überhaupt gefährdet oder verletzt wird, ist ohnehin höchst bedenklich (vgl. z.B. **Göhlich**, Preventive Justice, *ContraLegem* 2018/2, 92 ff.). Umso stossender erscheint die Praxis des Bundesgerichts, aus solchen (bereits fragwürdigen) Delikten auch noch unechte Unterlassungsdelikte zu machen. Mit einem legitimen Strafrecht und mit Gerechtigkeit hat das nur noch sehr wenig zu tun.



Semantik von Gesetzen

Nemo Noctua

«As nightfall does not come at once, neither does oppression. In both instances, there is a twilight when everything remains seemingly unchanged. And it is in such twilight that we all must be most aware of change in the air – however slight – lest we become unwitting victims of the darkness.»

William O. Douglas, 1898–1980

Am 25. November 2018 stimmte das Schweizer Stimmvolk über das Sozialdetektive-Gesetz (Bundesgesetz über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts [ATSG], gesetzliche Grundlage für die Überwachung von Versicherten) ab. Zusammengefasst, da sind sich Kritiker und Befürworter einig, erhalten nun Sozialversicherungen weitgehende Eingriffsrechte, die Versicherten durch Privatdetektive zu observieren, um allfällige Missbräuche zu bekämpfen. Streitpunkt im Vorfeld der Abstimmung war allerdings, ob dieses Gesetz notwendig sei und ob diese Eingriffsrechte mit rechtsstaatlichen Prinzipien in Einklang zu bringen seien. Befürworter weisen auf die Notwendigkeit privater Kontrollmechanismen hin, Gegner hingegen auf die nichtstaatlichen Eingriffe in die Privatsphäre.

Der Autor dieser Zeilen hat weder praktische Erfahrung mit allfälligen Missbräuchen von Sozialversicherungsleistungen, noch ist er naiv genug zu glauben, dass solche Missbräuche nicht vorkämen. Und obwohl er als freiheitsliebender Mensch grundsätzlich Kontrolle jeglicher Art ablehnt, insbesondere nicht-staatliche, gebietet ein gepflegter Umgang in der Demokratie alle Argumente anzuhören.

In diesem Zusammenhang erschien in der NZZ am 8. November 2018 ein Interview mit dem Rechtsanwalt **Philip Stolkin**, der gegen dieses Gesetz kämpft und mit **Andreas Dummermuth**, dem Geschäftsleiter der IV-Stelle des Kantons Schwyz, der das Gesetz befürwortet. Im als Streitgespräch gestalteten Interview hatten beide Kontrahenten die Gelegenheit, ihre Argumente zu präsentieren. Philip Stolkin wies dabei überspitzt darauf hin, dass das Sozialdetektive-Gesetz die Überwachung von Schlafzimmern per Drohne erlaube, weil das Gesetz zu schwammig formuliert sei und der Wortlaut des Gesetzestextes das eben nicht verbiete. Die beiden Journalisten nahmen diese Aussage auf und fragten:

«Herr Dummermuth, wo steht im Gesetz, dass Versicherungen nicht mit Drohnen in Schlafzimmer hineinfliegen dürfen?»

Die Antwort folgte prompt:

«Das hat der Bundesrat so gesagt, es entspricht der Rechtsprechung des Bundesgerichts, und es kam im Parlament zum Ausdruck.»

Philip Stolkin bekräftigte sein Argument, indem er erneut darauf hinwies, dass der Gesetzeswortlaut keine Einschränkung kenne. An dieser Stelle hätte Andreas Dummermuth darauf hinweisen können, dass auch in einem Civil Law Staat, wie es die Schweiz ist, der gesetzgeberische Wille auch durch Gerichte zum Ausdruck kommt, dass die Rechtsprechung zur Fortentwicklung des Rechts beitragen darf, dass die Grenzen zwischen de lege lata und de lege ferenda vage sein können,

dass eine ständige Rechtsprechung Gesetze nicht nur ergänzen, sondern auch *contra verba legis* auslegen darf. Andreas Dummermuth entschied sich aber für ein anderes Argument:

«Es geht hier nicht um Semantik, sondern um eine Gesetzesvorlage, die nicht nur ich, sondern der Bundesrat und das Parlament für zielführend und präzise erachten.»

Man muss diese Aussage mehrmals lesen, um ihre Tragweite zu verstehen. Sie ist, das lässt sich nicht anders beschreiben, gefährlich.

Ohne **Wittgenstein** gelesen zu haben, sollte man wissen, dass Semantik und Recht eng und untrennbar mit einander verwoben sind. Ein Blick in die Gesetzesbücher zeigt, dass dort Wörter, Sätze und Texte geschrieben sind. Vom wenigen Ausnahme mal abgesehen besteht Recht aus Sprache. Und die Ambivalenz der Sprache macht Recht und seine Auslegung so kompliziert, aber eben diese Sprache gibt dem Recht auch seine Grenzen und unterbindet damit allzu grosse Willkür. Recht ist Sprache möchte man Andrea Dummermuth hinterherrufen, doch offenbar hat er ein anderes Verständnis von Recht. Recht ist für ihn ein Verhaltenskodex, welcher seine Geltung über die Bestätigungen durch Autoritäten erhält (Bundesrat, Parlament). Er argumentiert, dass das Gesetz richtig sei, weil es der Bundesrat und das Parlament für zielführend hielten. Er versteckt seine Sympathien für dieses Gesetz hinter den Autoritäten der Institutionen und argumentiert mit deren Legitimität statt mit dem Gesetz selber. Ein solches Vorgehen ist, ich wiederhole mich gerne, gefährlich. Wenn Gesetze und Recht nicht mehr primär aus sich selber heraus erklärt werden sollen, sondern im Lichte dessen, was Institutionen davon halten, dann sind wir nicht mehr sehr fern vom «Führers Wille». Indem Andreas Dummermuth meint, dass es «nicht um Semantik gehe», meint er nicht die Semantik als

solche, denn eine solche ist (Gesetzes-)Texten schlicht nicht abzusprechen, sondern die Semantik der Nicht-Autorität. Nicht der Wortlaut als solche ist ein Problem für ihn, sondern die Auslegung des Wortlautes durch juristisch-semantische Methoden (und durch jedermann). Jegliches Mass sprengt Andreas Dummermuth mit seiner Aussage, dass die Semantik irrelevant sei, weil die angerufenen Autoritäten das Gesetz für präzise hielten: Präzision (also Rechtssicherheit) nicht aus dem Wortlaut des Gesetzes heraus, sondern durch die Auslegung von Institutionen. Propagiert wird damit von Andreas Dummermuth eine Rechtsordnung, welche nicht auf demokratischen Grundsätzen fusst und rechtsstaatliche Grenzen kennt, sie sich im Wortlaut eines Gesetzes widerspiegeln, sondern von oben herab diktiert wird. Sein Argument einige Zeilen früher, dass die Überwachung von Schlafzimmern durch Drohnen nicht erlaubt sei, weil «der Bundesrat das so gesagt hat» kann unkommentiert bleiben, es spricht für sich und ist Ausdruck eines, ich wiederhole mich, gefährlichen Rechtsverständnisses.

Ein solches Rechtsverständnis ist ein stiller Bruch mit der Vorstellung, dass Gesetze primär durch ihren Wortlaut heraus zu verstehen sind, und dass eben dieser Wortlaut auch die Grenzen ihrer Auslegung bestimmt. Es ist ein stiller Bruch, weil dieser Vorstellung demokratisch legitimierte «Über-Interpretatoren» (Bundesrat, Parlament) entgegengestellt werden, aber es ist ein Bruch. In anderen Rechtsgebieten ist man mit dem Bruch schon weiter: Textinterpretation weicht scheinbaren Idealen, wie der Sicherheit, der Ordnung, undefinierter Menschenrechte, dem Schutz des Schweizer Finanzmarktes, das öffentliche Interesse an einer funktionierenden Strafjustiz, etc. Und jeder Bruch, noch so klein, führt irgendwann zur Erosion. In der Dämmerung, wie **William O. Douglas** treffend festhält, wo diese Brüche stattfinden, heisst es, wachsam zu sein.

Zum (Un-)Wert von Rechtsgutachten im Strafrecht

Damian K. Graf

Dargestellt am Beispiel von Art. 271 StGB

I. Ein Goldesel der Beratungsindustrie

Um Art. 271 StGB hat sich, mindestens seit der Jahrtausendwende, ein regelrechter Beratungshype entwickelt.

Die Bestimmung regelt verbotene Handlungen für einen fremden Staat. Danach wird bestraft, wer für einen solchen auf schweizerischem Staatsgebiet ohne Bewilligung amtliche Handlungen vornimmt. Art. 271 StGB wird u.U. aktuell, wenn eine Person in einem ausländischen Verwaltungs-, Zivil- oder Strafverfahren zur Mitwirkung (namentlich zur Herausgabe von in der Schweiz befindlichen Dokumenten) aufgefordert wird. Gerade im Steuerstreit mit den Vereinigten Staaten offenbarte sich die extensive Sperrwirkung dieser Strafbestimmung.

Zum Gehalt von Art. 271 StGB hat sich das Bundesgericht in den 77 Jahren seit dessen Inkrafttreten derweil nur spärlich geäussert. Viele Fragen sind weiterhin offen, deren Antworten weder schwarz noch weiss. Insbesondere, wann die Kooperation in einem ausländischen Verfahren tatsächlich einer amtlichen Handlung gleichkommt.

Entsprechend gross ist das Beratungsbedürfnis. Und so hat sich Art. 271 StGB für Schweizer Rechtsanwälte und Rechtsprofessoren als Goldesel entpuppt. Namentlich grosse Wirt-

schaftskanzleien schreiben derartige Gutachten und Memoranden beinahe im Akkord.

Darüber, ob in der jeweiligen Rechtsauskunft die Gefahr einer strafrechtlichen Verfolgung als «significant» eingestuft oder doch eher als «remote» bezeichnet wird, als sogenannte «residual risk», dürfte zuweilen der subjektive Eindruck des Gutachters entscheiden, der sich wiederum nach der Interessenlage des Klienten richten wird (i.e. ob der Klient im Ausland kooperieren will oder nicht). Angesichts der genannten Unschärfe des Art. 271 StGB würde jedenfalls häufig anwaltlichen Sorgfaltspflichten (und ihrer ausgeprägten Haftungsmentalität) zuwiderlaufen, jegliches Risiko einer strafrechtlichen Verantwortlichkeit des Klienten zu verneinen.

II. Der Esel wurde höchstrichterlich geschlachtet

Dass derartige Rechtsauskünfte, die das Strafrechtsrisiko nicht gänzlich ausschliessen, für den Klienten im Ernstfall nicht die Tinte wert sind, mit der sie verfasst wurden, ja geschweige denn das Honorar, hat unlängst der Verwaltungsratspräsident (VRP) einer Vermögensverwaltungsgesellschaft zu spüren bekommen. Dieser hatte im Zuge des US-Steuerstreits dem Department of Justice (DoJ) 109 Kundendossiers übergeben lassen, obschon er über keine Bewilligung des zuständigen Departements

verfügt hatte. Dadurch hatte er objektiv gegen Art. 271 StGB verstossen.

Der VRP hatte vor der rechtswidrigen Datenlieferung allerdings zwei Rechtsgutachten eingeholt:

1. Die Schlussfolgerung der ersten Rechtsauskunft, verfasst durch zwei Rechtsanwälte, hatte wie folgt gelautet: *«For the above outlined reasons, we are of the opinion that a disclosure within the terms of the Scenario is rather unlikely to infringe art. 271 SPC (Swiss Penal Code). Disclosing the Client Data probably does not expose those acting on behalf of B. AG to the risk of being held criminally culpable (...) for having violated art. 271 SPC. However, as regards the applicability of art. 271 SPC, this is a grey area and arguments for the applicability of art. 271 SPC to the Scenario cannot be excluded so that a residual risk of violating art. 271 remains.»*
2. Aufgrund dieser (uneindeutigen) *legal opinion* hatte der VRP bei einem Rechtsprofessor ein zweites Gutachten in Auftrag gegeben. Dieser war ähnlich zum Ergebnis gelangt, dass nicht ausgeschlossen werden könnte, dass die geplante Datenlieferung an die US-Behörden den Tatbestand von Art. 271 StGB erfüllen würde. Weiter hatte es darin jedoch geheissen, die Datenlieferung wäre «auf jeden Fall» durch den Rechtfertigungsgrund des Notstandes (Art. 17 StGB) sowie den aussergesetzlichen Rechtfertigungsgrund der Wahrnehmung berechtigter Interessen, jedenfalls durch den Schuldausschlussgrund von Art. 18 Abs. 2 StGB (Entschuldbarer Notstand) gedeckt.

Während sich der VRP aufgrund dieser Rechtsauskünfte vor Bundesstrafgericht (SK 2017.64, 9.5.2018) noch auf das Fehlen eines Vorsatzes, subsidiär einen Rechtsirrtum (Art. 21 StGB), zu berufen vermocht hatte, hiess das Bundesgericht (6B_804/2018, 4.12.2018) die dagegen erhobene Beschwerde der Bundesanwaltschaft gut und verneinte das Vorliegen eines unvermeidbaren Rechtsirrtums (es verortete die

gegenständliche Streitfrage auf Schuld- und nicht auf Vorsatzstufe).

Vom Bundesgericht mussten sich sowohl der VRP wie auch die Gutachter Vorwürfe gefallen lassen (E. 3.3):

Das erste Gutachten erschien dem Gericht zunächst als nicht hinreichend unabhängig, da die Anwaltskanzlei, die diese Rechtsauskunft erteilt hatte, bereits mit der Lösung des Steuerstreits mit dem DOJ betraut gewesen war. Zudem hatten die Rechtsanwälte darin ein Strafrechtsrisiko nicht ausgeschlossen, weshalb der VRP nicht auf das Ausbleiben einer strafrechtlichen Verantwortung hätte vertrauen dürfen. Das Bundesgericht erachtete es dabei als belanglos, dass der VRP die abschliessende Bemerkung (*«However, as regards the applicability of art. 271 SPC, this is a grey area and arguments for the applicability of art. 271 SPC to the Scenario cannot be excluded so that a residual risk of violating art. 271 remains.»*) als in typischer Anwaltsprache verfassten Haftungsausschluss interpretiert hatte. Auch das zweite Gutachten hatte sich zum einen für ein (Rest-)Risiko einer strafrechtlichen Verantwortung ausgesprochen, und es hatte zum anderen insoweit nicht den Regeln der Kunst entsprochen, als der Sachverhalt, auf welchem es basiert hatte, nicht klar umschrie-

Wenn Du entdeckst,
dass Du ein totes
Pferd reitest – steig
ab.

ben gewesen bzw. der Gutachter teilweise von Szenarien ausgegangen war, die nicht der tatsächlichen Konstellation entsprochen hatten. Die Behauptung des Gutachters, wonach die Datenlieferung «auf jeden Fall» gerechtfertigt

wäre, war von der Vorinstanz zudem angesichts der fehlenden Lehre und Rechtsprechung zu dieser Thematik als «zumindest gewagt» qualifiziert worden, was das Bundesgericht widerspruchslos übernahm.

Angesichts dieser Umstände, so das Bundesgericht, hätte der VPR, selbst ausgebildeter Jurist, nicht vorschnell auf den für ihn günstigen Standpunkt vertrauen dürfen: «Die beiden nicht eindeutigen Rechtsauskünfte hätten einen gewissenhaften Menschen – auch angesichts der auf dem Spiel stehenden Interessen – zur Vorsicht gemahnt und zu weiteren behördlichen Abklärungen veranlasst» (E. 3.3). Letzten Endes hatte er nur darauf hoffen können, dass sein Tun straflos bleiben würde. Der Rechtsirrtum war daher vermeidbar gewesen.

Mit diesen Ausführungen wurde die Beschwerde gutgeheissen und die Sache zur Neubeurteilung an das Bundesstrafgericht zurückgewiesen.

III. Die Filetstücke

Was lässt sich daraus für strafrechtliche Auskünfte von Rechtsanwälten und -professoren folgern, die eine Person zur Absicherung seiner Position einholt?

1. **Die Rechtsauskunft muss auf korrektem und vollständigem Sachverhalt beruhen** und sich auch erkennbar darauf beziehen – offenbar liess dies das Gutachten des Rechtsprofessors vermissen.
2. **Auf die Auskunft des eigenen, bereits forensisch tätigen Rechtsanwalts soll offenbar nicht abgestützt werden dürfen** – kritisierte das Bundesgericht das erste Gutachten doch insoweit, als dieselbe Anwaltskanzlei bereits mit der Lösung des Steuerproblems betraut gewesen war. Doch weshalb soll der Klient nicht darauf vertrauen dürfen, was ihm sein eigener Rechtsanwalt rät, der den Sachverhalt und die Materie bestens kennt? Es ginge zu weit, allein Auskünfte eines zusätzlich beigezogenen unabhängigen Rechtsanwalts als vertrauenswürdig zu erachten.

3. **Der Gutachter muss die Rechtsprechung und Lehre konsultieren, sämtliche relevanten Aspekte tief analysieren** und daraus nachvollziehbare Schlüsse ziehen – offenbar war das professorale Gutachten auch hier ungenügend.
4. Rechtsgutachten ohne glasklare schwarz/weiss-Auskunft sind aus strafrechtlicher Perspektive weitgehend wertlos. Kann die Strafbarkeit nicht mit Sicherheit ausgeschlossen werden, gerade weil keine höchrichterliche Rechtsprechung existiert, und muss, anwaltlicher Sorgfaltspflicht entsprechend, auf ein «residual risk» oder einen Graubereich hingewiesen werden, so handelt der Klient auf eigenes Risiko und kann sich im Ernstfall nicht auf die Auskunft berufen.
5. Dabei hat der Klient auch Haftungsausschlüssen Beachtung zu schenken – so das Bundesgericht implizit. Das ist zu bejahen, falls der Haftungsausschluss die Rechtsauskunft direkt torpediert, etwa wenn in Rechtsgutachten Sätze stehen wie: «Auch sorgfältige Abklärungen können keine Gewähr dafür bieten, dass mit der Angelegenheit befasste Behörden oder Gerichte zu denselben Schlüssen gelangen.»
6. Selbst eindeutige, eine Strafbarkeit ausschliessende Rechtsauskünfte sind von den Klienten auf ihre Plausibilität hin zu überprüfen. Auch einem Rechtsanwalt oder -professor darf nicht blind gefolgt werden. Die Anforderungen an die Überprüfungspflicht sind höher, wenn es sich beim Klienten um eine juristisch ausgebildete Person handelt.

Das Abstützen auf eine anwaltliche Rechtsauskunft als Grundlage für einen unvermeidbaren Verbotsirrtum (Art. 21 StGB) ist infolgedessen – wie bereits anhin – klar limitiert.

IV. Art. 271 StGB-Gutachten als Schlachtabfälle?

Angesichts der vorstehenden Ausführungen erscheint klar, dass kaum je schuldausschliessend auf ein Rechtsgutachten zu Art. 271 StGB

abgestützt werden kann. Auf dessen Einholung kann daher getrost verzichtet werden.

Ein indianisches Sprichwort besagt: Wenn Du entdeckst, dass Du ein totes Pferd reitest – steig ab.

Oder besser: Such Dir ein anderes Huftier. Denn für Art. 271 StGB gibt es einen Ausweg: Die Departemente des Bundes, die für die Ausstellung von (die Tatbestandsmässigkeit ausschliessenden) Bewilligungen zuständig sind, erlassen praxisgemäss negative Feststellungs-

verfügungen, falls ein Sachverhalt nicht unter Art. 271 StGB fällt, namentlich weil der Antragsteller keine amtliche Handlung beabsichtigt. Das stellt dann eine nachvollziehbare behördliche Auskunft dar, auf welche sich der Klient in guten Treuen stützen können wird. Alternativ erteilt das Departement die Bewilligung, oder aber eine solche wird verweigert. Dann weiss der Klient immerhin, woran er ist. Netter Nebeneffekt: Mit solchen durch Rechtsanwälte begleiteten Verwaltungsverfahren können diese ihre wegfallenden Gutachterhonorare kompensieren.



Frau Trude

Es war einmal ein kleines Mädchen, das war eigensinnig und vorwitzig, und wenn ihm seine Eltern etwas sagten, so gehorchte es nicht: wie konnte es dem gut gehen? Eines Tages sagte es zu seinen Eltern «ich habe so viel von der Frau Trude gehört, ich will einmal zu ihr hingehen: die Leute sagen es sehe so wunderlich bei ihr aus und erzählen es seien so seltsame Dinge in ihrem Hause, da bin ich ganz neugierig geworden.» Die Eltern verboten es ihr streng und sagten «die Frau Trude ist eine böse Frau, die gottlose Dinge treibt, und wenn du zu ihr hingehst, so bist du unser Kind nicht mehr.» Aber das Mädchen kehrte sich nicht an das Verbot seiner Eltern und gieng doch zu der Frau Trude. Und als es zu ihr kam, fragte die Frau Trude «warum bist du so bleich?» «Ach,» antwortete es, und zitterte am Leibe, «ich habe mich so erschrocken über das was ich gesehen habe.» «Was hast du gesehen?» «Ich sah auf

eurer Stiege einen schwarzen Mann.» «Das war ein Köhler.» «Dann sah ich einen grünen Mann.» «Das war ein Jäger.» «Danach sah ich einen blutrothen Mann.» «Das war ein Metzger.» «Ach, Frau Trude, mir grauste, ich sah durchs Fenster und sah Euch nicht, wohl aber den Teufel mit feurigem Kopf.» «Oho,» sagte sie, «so hast du die Hexe in ihrem rechten Schmuck gesehen: ich habe schon lange auf dich gewartet und nach dir verlangt, du sollst mir leuchten.» Da verwandelte sie das Mädchen in einen Holzblock und warf ihn ins Feuer. Und als er in voller Glut war, setzte sie sich daneben, wärmte sich daran und sprach «das leuchtet einmal hell!»

Jacob & Wilhelm Grimm

(Kinder- und Hausmärchen, Ausgabe letzter Hand 1857, Nr. 43, Bd. 1, 218)

Wider die Risikoerhöhungstheorie

Stefan Maeder / Marcel Alexander Niggli

I. Worum geht es?

Ein strafrechtlicher Vorwurf gründet prinzipiell in der Verknüpfung eines bestimmten Verhaltens mit seiner Aussenwirkung. Mit Aussenwirkung ist dabei nicht der «Erfolg» im technischen Sinne gemeint, denn der stellt natürlich eine solche Aussenwirkung des Verhaltens dar, nur bezeichnet der Begriff eben einzig diejenige Aussenwirkung, die vom Tatbestand selbst genannt wird. Vorliegend ist aber jede Aussenwirkung gemeint, und zwar auch dort, wo von Erfolg die Rede ist. Wird ausschliesslich auf die Folgen eines Verhaltens abgestellt, so lässt sich zwar eine Haftung nicht aber ein Vorwurf begründen, wodurch der Unterschied von Strafrecht und Haftpflichtrecht eingegeben wird. Wird umgekehrt ausschliesslich auf das Verhalten abgestellt (also ohne Bezug zu seinen Aussenwirkungen), so lässt sich ein Vorwurf nur mit der Regelverletzung selbst legitimieren, also eigentlich mit blosser Herrschaft: Strafbar wird, wer die Regel verletzt, weil er sie verletzt. Das aber bildet eine derart schwache Begründung, dass zumeist – selbst dort, wo sie eigentlich nicht erkennbar ist – eine Aussenwirkung hypothetisch konstruiert wird, indem diese Wirkung gar nicht eintreten, sondern bloss möglich sein muss. Ohne Bezug zu diesen (hypothetischen) Auswirkungen lassen sich weder Sorgfaltspflichten legitimieren, noch Verletzungen dieser Pflichten vorwerfen.

Ist Zentrum und Basis des strafrechtlichen Vorwurfes die Verknüpfung eines Verhaltens mit seiner Aussenwirkung, so ist auch klar,

dass die blosser natürlich-kausale Verknüpfung nicht genügen kann, weil sie schlicht zuviel erfasst. Natürlich-kausal sind auch unsere Eltern für alles, was wir tun und lassen, verantwortlich, denn sie lassen sich nicht wegdenken, ohne dass auch alles, was wir anstellen, entfele. Dieses Ungenügen der natürlichen Kausalität lässt sich bei Vorsatzdelikten ohne Schwierigkeit über den Vorsatz korrigieren bzw. einschränken. Bei Fahrlässigkeitsdelikten hingegen ist das nicht so einfach. Wie eben erwähnt, vermag die Verletzung einer Sorgfaltspflicht, die den (verpönten) Erfolg nicht bewirkt, einen strafrechtlichen Vorwurf nicht zu begründen, weil dieser Vorwurf eben auf der Verknüpfung von Verhalten und Erfolg basiert. Selbst wenn die (unvorsichtige) Handlung für den Erfolgseintritt natürlich-kausal war, kann das nicht genügen, weil die blosser Verletzung einer Sorgfaltspflicht per se keinen Vorwurf bzw. keine Strafbarkeit zu begründen vermag. Es reicht also nicht aus, einerseits eine Sorgfaltspflichtverletzung zu haben und andererseits einen durch die Handlung kausal bewirkten Erfolg, wenn sie nicht verknüpft sind. Es muss der eingetretene Erfolg gerade Auswirkung der unerlaubten Gefährdung bzw. des unerlaubten Risikos darstellen, das durch die Verletzung der Sorgfaltspflicht geschaffen wurde. Vorausgesetzt ist also ein sog. Risiko- oder Pflichtwidrigkeitszusammenhang. Zu fragen ist: Wäre der Erfolg ebenso eingetreten, wenn der Handelnde sich sorgfältig und innerhalb des erlaubten Risikos verhalten hätte?

Die Beispiele, anhand derer die Problematik diskutiert wird, sind jeweils folgender Art:

- Ein Autofahrer fährt betrunken, als ein Fussgänger völlig überraschend die Strasse betritt. Der Autofahrer überfährt ihn und fügt ihm damit tödliche Verletzungen zu. Wäre der Erfolg auch eingetreten, wenn der Autofahrer nüchtern gewesen wäre (bzw. im Bereich des erlaubten Risikos Alkohol konsumiert gehabt hätte)?
- Ein Lastwagen überholt mit ungenügendem seitlichem Abstand einen betrunkenen Velofahrer. Der erschrickt, kommt zu Fall, gerät unter die Räder des Lastwagens und wird getötet. Wäre der Erfolg auch eingetreten, wenn der Lastwagenfahrer einen (im Sinne des erlaubten Risikos) genügenden seitlichen Abstand während seines Überholvorgangs eingehalten hätte (vgl. BGHSt 11, 1 ff.)?
- Ein Gutachter stellt einer Person nach unsorgfältiger Untersuchung eine Unbedenklichkeitserklärung aus, womit sie ihre von den Behörden beschlagnahmte Pistole zurück-erlangt. Später verletzt sie mit dieser Waffe einen Menschen schwer (vgl. BGE 135 IV 56). Wäre der Erfolg auch eingetreten, wenn der Gutachter sorgfältig untersucht hätte?

Leicht erkennbar ist, dass diese Fragen ein hypothetisches Urteil verlangen: Was wäre gewesen, wenn es anders gewesen wäre? Damit sind natürlich Unsicherheiten verbunden. Zum Umgang damit haben sich in der Doktrin primär zwei Positionen entwickelt: Die Wahrscheinlichkeits- und die Risikoerhöhungstheorie.

Die Risikoerhöhungstheorie erfreut sich v.a. im deutschen Schrifttum zunehmender Beliebtheit. Vereinzelt findet sie allerdings auch in der schweizerischen Literatur, manchmal gar mit der Behauptung, die Risikoerhöhungstheorie sei in der Schweiz herrschend und (zu unserer besonderen Freude) werde auch von den Autoren dieses Beitrags vertreten. Die erste Behauptung ist höchst zweifelhaft, nicht nur weil niemand so genau weiss, was «herrschende Meinung» genau sei, sondern weil die Lehre durchaus uneinig ist, und die Rechtsprechung die Wahrscheinlichkeitstheorie vertritt, gelegentlich aber inhaltlich Risiko-

erhöhungsargumente vorbringt. Die zweite Behauptung ist schlicht unzutreffend: Wir halten die Risikoerhöhungstheorie nicht nur für falsch, sondern für verfassungswidrig und unzulässig (das haben wir bereits dargelegt in Niggli/Wiprächtiger [Hrsg.], Strafrecht, Basler Kommentar, 4. Aufl., Basel 2019 [nachfolgend BSK StGB⁴], Art. 12 N 118 ff., wo sich auch ausführliche Belegstellen zu Literatur und Praxis finden).

II. Wider die Risikoerhöhungstheorie

Nach der in Deutschland von Roxin entwickelten Risikoerhöhungstheorie (von der es inzwischen gerade in Deutschland verschiedene Spielarten gibt) ist für die Annahme eines Risikozusammenhangs zwischen Sorgfaltspflichtverletzung und eingetretenem Erfolg nur vorausgesetzt, dass die fragliche Handlung das Risiko der Erfolgsherbeiführung ex post betrachtet wenigstens gesteigert hat. Regelmässig wird dabei von «verbotener Handlung» gesprochen, obwohl natürlich die blosser Sorgfaltswidrigkeit, die keine Schäden verursacht, nicht «verboten» ist, sondern es eben erst wird, wenn sie den tatbestandsmässigen Erfolg bewirkt. Eine Ausnahme besteht nur dort, wo bereits das blosser Verhalten strafbar gemacht wird, weil es in sich als Gefahr definiert wird (abstraktes Gefährdungsdelikt).

Nach der Risikoerhöhungstheorie ist mithin der Nachweis, dass bei einem Verhalten innerhalb des erlaubten Risikos der tatbestandsmässige Erfolg ausgeblieben wäre, schlicht nicht notwendig. Somit ist auch irrelevant, ob gerade das – durch sorgfaltswidriges Verhalten geschaffene – unerlaubte Risiko den tatbestandsmässigen Erfolg bewirkt hat (vgl. die Nachweise bei BSK StGB⁴-Niggli/Maeder, Art. 12 N 123). Das widerspricht nun aber ohne jeden Zweifel dem Gesetz: So ist bspw. nach Art. 117 StGB strafbar, wer «fahrlässig den Tod eines Menschen verursacht», und nicht, wer mit seiner Unsorgfalt das Todesrisiko für einen Menschen signifikant erhöht hat. Art. 12 Abs. 3 StGB statuiert, dass ein Delikt fahrlässig «begeht (...), wer die Folge seines Verhaltens aus pflicht-

widriger Unvorsicht nicht bedenkt oder darauf nicht Rücksicht nimmt.» Der Wortlaut impliziert den Zusammenhang zwischen der Fahrlässigkeit bzw. Sorgfaltspflichtverletzung und dem Erfolgseintritt («die Folgen»). Der eingetretene Erfolg muss also – anders, als die Risikoerhöhungstheorie behauptet – gerade die Verwirklichung des aus dem sorgfaltswidrigen Verhalten resultierenden Risikos sein, die Schaffung eines blossen Risikos genügt nicht.

Wir halten die Risikoerhöhungstheorie für gesetzeswidrig und falsch.

Einer Argumentation gegen die Risikoerhöhungstheorie aufgrund des Wortlautes von Art. 12 StGB kann man natürlich relativ leicht zu begegnen suchen, was bspw. **Jenny** in der zweiten Auflage des Basler Kommentars zum Strafrecht (BSK StGB²-Jenny, Art. 12 N 99) denn auch folgendermassen getan hat: Er argumentierte, dass die Formulierung von Art. 12 Abs. 3 StGB nur besage, dass der Täter den Erfolg verursacht haben müsse, der Erfolg also «eine Folge seines Verhaltens» sein müsse, wobei die Haftung auf pflichtwidrig unvorsichtiges Handeln eingeschränkt werde. Zur Art des erforderlichen Zusammenhangs zwischen (unerlaubtem) Risiko und Erfolg äussere sich die Bestimmung nicht. Das aber geht fehl. Mit dem Argument, der Gesetzestext sage nichts zur Art des erforderlichen Zusammenhangs zwischen Verhalten und Erfolg, könnte nämlich ebenso gut vertreten werden, selbst eine blosser Erhöhung des Risikos sei nach dem Wortlaut unnötig. So verstanden erfasst Art. 12 Abs. 3 StGB – ohne Beschränkung – alle natürlich-kausal verursachten Folgen, sofern nur irgendwo eine Unvorsicht erkennbar war, selbst wenn

diese für das Ergebnis ganz offensichtlich keine Rolle gespielt hat. Das immerhin dürfte aber kaum jemand ernsthaft vertreten. Natürlich kann man einen Popanz aufbauen und gegen die sog. «Wortlautgrenze» und den «weitest möglichen Wortsinn» argumentieren, nur geht das – wie gezeigt – am Problem vorbei und führt zweifellos nicht zur Risikoerhöhungstheorie, denn problematisch ist eben nicht der Wortlaut, sondern dessen Sinngehalt. Fraglich ist mithin, was die «Folgen» eines Verhaltens meint. Und dies lässt sich am besten wohl am konkreten Fall erkennen: Die Teilnahme am Strassenverkehr erhöht das Risiko, getötet zu werden (und zu töten), aber es ist zweifellos weder eine Selbst- noch eine Fremdtötung. Zwischen der Erhöhung des Risikos eines Erfolgseintrittes und dem Verursachen dieses Erfolges besteht mithin ein Unterschied. Zu erklären wäre deshalb, warum dieser an sich bestehende Unterschied in concreto irrelevant sein sollte. Und dies lässt sich sicherlich nicht aus dem Wortlaut ableiten, sondern muss sich aus der Logik des Vorwurfes ergeben:

Ebenso wie das vorsätzliche, verlangt auch das fahrlässige Erfolgsdelikt einen Kausalzusammenhang zwischen Verhalten und Erfolg. Die natürliche Kausalität ist dabei in keinem der beiden Fälle ausreichend, weil sie viel zu viel erfasst und nicht erlaubt, die Verantwortung auf spezifische Verhaltensweisen einzuschränken (so ist bspw. die Zeugung der Täters selbstverständlich natürlich-kausal für das von ihm später begangene fahrlässige Körperverletzungsdelikt im Strassenverkehr, ebenso wie die Zeugung der beim Unfall verletzten Person). Das Ungenügen der natürlichen Kausalität fällt beim vorsätzlichen Erfolgsdelikt kaum auf, weil die Myriaden von Sachverhalten, die allesamt für den Erfolg natürlich kausal sind, durch den Vorsatz beschränkt werden, der ja nicht zufällig Namensgeber dieser Deliktskategorie ist und ohnehin die eigentliche Basis des strafrechtlichen Vorwurfes bildet. Nur die davon erfassten Konstellationen und Zusammenhänge sind vorwerfbar. Analoges gilt beim Fahrlässigkeitsdelikt: Ein natürlicher Kausal-

zusammenhang allein erfasst wie beim Vorsatzdelikt auch hier prinzipiell zu viel. Der strafrechtliche Vorwurf geht gerade nicht auf die pflichtwidrige Unsorgfalt selbst (auch wenn das fälschlicherweise hin und wieder behauptet wird), sondern auf gerade diejenige Unsorgfalt, die den verpönten Erfolg bewirkt hat. Wollte man das anders sehen, müsste die Verletzung der Sorgfaltspflicht bestraft werden, auch wenn kein Erfolg eintritt, also eine Art Versuchsstrafbarkeit beim Fahrlässigkeitsdelikt anerkannt werden. Das wird mit guten Gründen nicht getan. Hält der Gesetzgeber gewisse Sorgfaltsregeln für besonders wichtig, muss er sich, soll deren blosser Verletzung Strafe nach sich ziehen, mit abstrakten Gefährdungsdelikten behelfen. Damit ist aber bereits gesagt, dass umgekehrt nicht jede Sorgfaltspflichtverletzung relevant sein kann, nur weil ein Erfolg eingetreten ist. Relevant ist die Sorgfaltspflichtverletzung nur, wenn zwischen ihr und dem Erfolgseintritt ein Zusammenhang besteht.

Leicht zu erkennen ist das Fehlen dieses Zusammenhangs in Fällen, wo man im Rahmen einer Beweiswürdigung zum Schluss kommt, dass unsorgfältiges durch sorgfältiges Verhalten gedanklich ersetzt werden kann und der Taterfolg dennoch sicher nicht entfällt. Hier kann dessen Existenz nicht von der Bedingung der Unsorgfalt abhängig sein – es fehlt am Zusammenhang von Pflichtwidrigkeit und Erfolgseintritt. In diesen Fällen dürften auch die Vertreter der Risikoerhöhungstheorie die Fahrlässigkeit ausschliessen.

Eine Differenz offenbart sich in denjenigen Fällen, wo bei gedanklicher Ersetzung des unsorgfältigen durch sorgfältiges Verhalten der Erfolg vielleicht entfällt, vielleicht aber auch nicht. Hier weiss man nur, dass ein Erfolg natürlich-kausal verursacht und dass ein unerlaubtes Risiko geschaffen wurde, aber man weiss eben nicht, ob effektiv ein Zusammenhang zwischen diesem Risiko und dem Erfolgseintritt bestand. Man weiss also auch nicht, ob der Erfolg fahrlässig verursacht wurde. Man weiss nur, dass der Täter zwei Dinge getan hat: erstens

einen Erfolg natürlich-kausal verursacht und zweitens ein Risiko erhöht, eine Gefahr geschaffen. Soll das bereits eine fahrlässige Tötung oder fahrlässige Körperverletzung sein, so macht man aus diesen Erfolgs- Gefährnungsdelikte, was nicht nur den Gesetzestext offensichtlich missachtet, sondern mit der Gleichsetzung von Risikoerhöhung und Verursachung den strafrechtlichen Vorwurf letztlich einzig vom Bestehen irgendeiner Pflichtwidrigkeit abhängig macht. Der Erfolg mutiert zu einer objektiven Strafbarkeitsbedingung.

Solange wir keine bessere dritte Theorie haben, ist deshalb mit der Rechtsprechung (jedenfalls tut sie das meist) und Teilen der Lehre der sog. Wahrscheinlichkeitstheorie zu folgen. Sie macht die Zurechnung des Erfolgs davon abhängig, dass er, hätte der Täter sorgfaltsgemäss gehandelt, «mit an Sicherheit grenzender» oder doch «mit einem hohen Grad der Wahrscheinlichkeit» ausgeblieben wäre (s. nur BGE 130 IV 7, 11; 135 IV 56, 65).

Im angeführten Beispiel des betrunkenen Autofahrers führt das – anders als nach der Risikoerhöhungstheorie – zu dessen Entlastung bzw. Freispruch: Denkt man sich nämlich des Fahrers Alkoholisierung weg, stellt ihn sich also nüchtern vor und kommt dann zum Schluss, dass er diesfalls wegen besserer Reaktionszeiten fähig gewesen wäre, durch früheres Abbremsen nur das «Risiko» des Unfalles zu vermindern, die tödlichen Verletzungen aber nicht sicher zu vermeiden, so wird schon alleine daraus deutlich, dass der fragliche Erfolg, dessen Verursachung die Strafbarkeit auslöst, jedenfalls in dubio gerade dennoch eintritt, von der in Frage stehenden Bedingung der Alkoholisierung also in seiner Existenz nicht berührt wird. Damit ist eine Verurteilung für ein Verletzungsdelikat ausgeschlossen.

Diese Überlegungen scheinen uns leicht nachvollziehbar. Doch weshalb wird die Risikoerhöhungstheorie dennoch von zahlreichen Stimmen in der Literatur vertreten? Der Grund für ihre Existenz und Beliebtheit ist letztlich nicht in

der Vorstellung über den Begriff der Erfolgsverursachung durch Pflichtwidrigkeit zu finden, sondern in kriminalpolitischen Erwägungen – man fürchtet zu viele Freisprüche, wenn der Nachweis gemäss der Wahrscheinlichkeitstheorie verlangt wird. Bei nicht ausräumbarer Unsicherheit oder eben Zweifeln will man offenbar dennoch wegen des Fahrlässigkeitsdelikts verurteilen können, weil man den Erfolgseintritt und die Sorgfaltspflichtverletzung skandalös findet, deren Relevanz für jenen aber nicht mit Sicherheit zu belegen vermag. Letztlich geht es also um ein als störend empfundenes Beweisproblem, dessen «Lösung» nicht offen als Ausnahme zum Grundsatz in dubio pro reo, sondern kaschiert im materiellen Strafrecht versucht wird. Die Risikoerhöhungstheorie entscheidet letztlich die Zweifel, was bei sorgfältigem Verhalten geschehen wäre, zu Lasten des Täters und macht ihn damit für einen Verletzungserfolg haftbar, obschon nicht die Verletzung als Folge einer unerlaubten Risikoschaffung, sondern nur die Schaffung dieses Risikos und damit eine Gefährdung nachgewiesen wird.

Die Vertreter der Risikoerhöhungstheorie widersprechen dem natürlich und führen an, es gehe nicht um die Klärung prinzipiell behebbarer Zweifel über das Vorhandensein oder

Fehlen einer Tatsache, sondern um ein Urteil über hypothetische Geschehensabläufe, was sich immer nur als Wahrscheinlichkeitsaussage formulieren lasse, die keiner Beweisführung zugänglich sei (vgl. BGE 116 IV 306, 311). Für sie reicht deshalb allein schon aus, dass die sorgfaltswidrige Handlung das Risiko signifikant gesteigert hat. Im Falle des alkoholisierten Autofahrers genügt danach, dass er – im Vergleich zum nüchternen – möglicherweise später gebremst und dadurch die Chancen des Opfers, den Unfall zu überleben, vermindert hat. Erst wenn sich Zweifel ergeben, ob der Täter das Risiko effektiv gesteigert bzw. die Chancen des Opfers tatsächlich verschlechtert hat, werden sie ihm zugutegehalten und eine Haftung ausgeschlossen (z.B. **Stratenwerth**, Schweizerisches Strafrecht, Allgemeiner Teil I: Die Straftat, 4. Aufl., Bern 2011, § 9 N 42). Doch auch hier wird deutlich: Es geht dann nicht um Zweifel an der Relevanz der Sorgfaltspflichtverletzung hinsichtlich Erfolgsverursachung, sondern nur hinsichtlich der Begründung oder Erhöhung des Risikos für das Angriffsobjekt, also ob der Unvorsichtige überhaupt ein Risiko schafft bzw. erhöht. Sobald diese Risikoschaffung oder -erhöhung bejaht wird, werden alle weiteren Unsicherheiten zulasten des Beschuldigten entschieden. Das ist schlicht abzulehnen.

Politik und Wahrheit

Dimitrios Karathanassis

Fake News und Alternative Fakten. Diese Begriffe geistern seit Donald Trumps Amtsantritt durch die Medien. Der Begriff der Fake News mag seit über hundert Jahren existieren, aber erst durch die sozialen Medien gelangte er zu einer gewissen Prominenz. Zudem benutzt ihn Donald Trump regelmässig, um aus seiner Sicht falsche Berichterstattung zu diskreditieren. Der Begriff der «Alternativen Fakten» hingegen ist eine Wortgestaltung von Kellyanne Conway, Beraterin von Donald Trump, welche damit offensichtlich falsche Aussagen des damaligen Pressesprechers des Weissen Hauses, Sean Spicer, zur Anzahl der Besucher bei Donald Trumps Amtseinführung vor dem Kapitol zu rechtfertigen versuchte. «Alternativen Fakten» wurde in Deutschland und Österreich zum «Unwort des Jahres 2017» gewählt.

Beide Begriffe, vor allem im Hinblick auf Donald Trump, haben in intellektuellen Kreisen eine enorme Empörung ausgelöst. Kritische Stimmen erheben sich und warnen, dass diese Begriffe eine Gefahr für die demokratische Ordnung bedeuten würden und es werden Vergleiche zu Orwells 1984 gezogen. Flankierend führen diverse Medien ständig aktualisierte Listen mit den angeblichen Lügen von Donald Trump und werden nicht müde zu betonen, wie oft und wie intensiv er lüge.

Der Kern der Empörung, von Stammtischen bis hin zu Feuilletons, ist dabei folgender: Der Präsident der Vereinigten Staaten lügt und versucht seine Politik durch Fakten zu rechtfertigen, die nicht der Wahrheit entsprechen. Es wird moniert, dass sich die Politik (konkret: Donald Trump) nicht mehr an die Wahrheit

gebunden fühlt, sondern durch Lügen versuche, das Volk zu verführen. Ein Rattenfänger, der nicht die Flöte spielt, sondern die Alternativen Fakten bemüht. Und weil die Wahrheit ein so hehrer Wert ist, fühlen sich fast alle aufgerufen, diesem Kreuzzug zur Verteidigung der Wahrheit beizutreten. Von den Kanzeln der Medienhäuser wird der Kampf zur Verteidigung der Wahrheit ausgerufen und ausgerüstet mit Fakten und investigativem Journalismus wird ins Feld gezogen.

Man mag diesem Treiben zustimmen, man mag es sogar befürworten (wer liebt die Wahrheit denn nicht?), aber man muss dabei auch die grosse Gefahr erkennen. Ohne jegliche Begründung wird Politik dem Anspruch ausgesetzt, sich an Wahrheit orientieren zu müssen. Wahrheit aber, das wird schlicht verkannt, ist kein Konzept für Politik. Wahrheit ist ein philosophisches, religiöses und teils metaphysisches Konzept. Politik, als Kampf um Herrschaft verstanden, hat mit Wahrheit hingegen nichts zu tun. Die Idee, dass Politik sich an Wahrheit zu orientieren hätte, ist freilich nicht neu. In Platons Politeia wird dies klar propagiert, aber Platon macht nicht den Fehler, das Konzept der Wahrheit in der Politik durch Politiker oder durch eine demokratische Ordnung erfüllen zu wollen. In seinem der Wahrheit untergeordneten und ihr verpflichteten politischem Idealstaat liegt die Herrschaft bei Philosophen. Sie alleine, welche die Wahrheit erkannt haben, dürfen regieren und den Regierten einen, nämlich ihren, Idealstaat aufdrängen. Nicht zu Unrecht ist dieses Konzept Platons, auch wenn es philosophisch ansprechend sein mag, als faschistoid bezeichnet

worden. Denn die Wahrheit eines Einen muss nicht das Konzept sein, nach dem sich ein Anderer in seiner Lebensführung richten muss. Das gilt auch, so sehr sie sich dagegen auch sträuben, für die Naturwissenschaften mit ihren epistemischen und falsifizierbaren/verifizierbaren Methoden. Wahrheit ist nur dann absolut, wenn sie als solche akzeptiert und anerkannt wird.

Wenn nun propagiert wird, dass Politik durch Wahrheit geleitet werden sollte, so wird dabei verkannt, dass dies historisch nie der Fall gewesen ist. Politik ist der Kampf um Herrschaft und beim Kampf um Herrschaft werden immer alle Mittel angewendet. Und wenn Politik nicht mit den Mitteln des Stärkeren, sondern mit demokratischen Mitteln betrieben wird, dann ist Politik auch immer der Versuch, die Mehrheit zu überzeugen. Dass dies anhand von Wahrheit geschehen sollte, ist vielleicht ein frommer Wunsch, aber sicherlich nicht die Realität und auch kein realistisches Unterfangen. Überzeugung ist immer ein Akt, bei dem versucht wird, Subjektivität zur Objektivität zu erklären. Inwiefern dies mit Wahrheit kompatibel sein soll, leuchtet nicht ein.

Der Missbrauch von Mitteln zwecks Herrschaft und Erlangung von Herrschaft wird nicht dadurch verhindert, dass die Politiker (die Herrschaftsstrebenden) sich an die Wahrheit halten, sondern dass deren Herrschaftsstreben durch Gesetze Grenzen auferlegt werden. Es sind das Recht und die rechtlich definierten und legitimierte Institutionen, welche den Missbrauch von Macht verhindern, nicht ein schmallippiges Bekenntnis, dass Herrschaft an Wahrheit gekoppelt würde. Das musste Donald Trump beim diesjährigen Shut Down selbst erfahren. Der Mangel an Gesetzen und rechtlich definierten und legitimierte Institutionen kann sehr wohl dazu führen, dass Regierende ihre Wahrheit als wahr darstellen und darauf aufbauend handeln. Man erinnere sich nur an den bemerkenswerten Auftritt von Colin Powell im UN-Sicherheitsrat im Februar 2003, einige Wochen vor dem Irakkrieg und den Mangel

einer Ordnung, dieser Farce Grenzen zu setzen und die darauf aufbauende Invasion des Iraks zu verhindern.

Das Recht und seine Institutionen alleine reichen aber nicht aus. Es braucht zusätzlich mündige Bürger, welche bereit sind, sich selbst ein Bild von den Fakten und den Ereignissen zu machen und damit zu einer Wahrheit zu gelangen. Es bedarf dieser mündigen Bürger, welche kritisch und unentwegt die Versprechen der Politik und der Politiker hinterfragen, welche Fake News und Alternative Fakten als das behandeln, was sie sind: Meinungen und Interpretationen von Ereignissen.

Der Versuch, Politik und Politiker an die Leine der Wahrheit zu legen, mag noch so hehr und erhaben wirken, aber es ist im Ergebnis die Delegation von Verantwortung, weg von den Regierten hin zu den Regierenden. Das Volk, der ursprüngliche Souverän, gibt die Verantwortung, die Wahrheit selbst zu bestimmen, an die Regierenden ab und ermächtigt sie damit, die Stellung als Souverän einzunehmen. Dies mag sehr bequem sein, dies mag sehr entlastend sein und die Hoffnung auf einen guten, fairen und der Wahrheit verpflichteten Herrscher darf gerne gelebt werden. Aber es ist gleichzeitig nicht nur die Aufgabe der (teils als lästig empfundenen) individuellen Verantwortung eines Jeden, sondern eben auch die Aufgabe der Souveränität und die freiwillige Unterordnung unter ein Wahrheitskonzept, das, selbst wenn im Idealfall auf naturwissenschaftliche Fakten abgestützt, ein aufgezwungenes Wahrheitskonzept ist. Und im Ergebnis führt ein aufgezwungenes Wahrheitskonzept vielleicht zur Ruhe und Entlastung, aber eben auch zur Einschränkung der Freiheit und früher oder später zu einem faschistoiden Gebilde, in dem Wahrheit und ihre Definition zur Aufgabe des Staates mutiert und dem Individuum entzogen wird.

Man mag nun einwenden, dass die Medien durch ihren Aufschrei gegen Donald Trumps angebliche Lügen zumindest bewirken, dass jeder Einzelne sensibler für Wahrheit und für Fakten

wird. Das aber würde bedingen, dass die Medien in der Tat primär ihre Rolle als vierte (Kontroll-)Gewalt ausüben würden. Und in der Tat, jedes journalistische «auf die Finger der Politik Schauen» ist hilfreich, aber die krasse Divergenz zwischen der Auflistung von vermeintlichen Lügen von Donald Trump im Vergleich zu denen anderer Politiker lässt darauf schliessen, dass es weniger darum geht, einen notorischen Lügner zwecks Rettung der Demokratie zu überführen (denn solche Lügner sind in allen politischen Lagern vorhanden), sondern um die Steigerung des Absatzes der verkauften Zeitungen und Onlineabonnements. Trump polarisiert und Angriffe gegen Trump sind eben verkaufsfördernd. Die Wahrheit wird, in anderen Worten, nicht verteidigt, weil sie die Wahrheit ist, sondern weil ihre Verteidigung ökonomisch wertvoll ist. Und so sehr sich die altehrwürdigen Medienhäuser bemühen, sich als Gralshüter der Wahrheit darzustellen, desto mehr wird deutlich, dass auch sie die Wahrheitssuche ihren ökonomischen und machtpolitischen Interessen unterordnen. Vor allem aber ist die Kontrollfunktion der Medien nicht gleichzusetzen mit dem Ruf, dass Politik sich an Wahrheit zu orientieren hat. Erstere vermag gewisse Verfehlungen der Politik und der Politiker aufzudecken, wo hingegen letzterer nicht nur ein ideologisches Unterfangen darstellt, sondern auch implizit andeutet, dass die Medien die Wahrheit beherrschen und diese ohne Abwägung von Interessen stets verteidigen. Dass dies nicht immer zutrifft, zeigen diverse Beispiele (Stichwort Claas Relotius).

Soll Wahrheit in einem politischen Kontext verstanden werden, so kann damit nur die Wahrheitssuche eines Einzelnen als sein Schutzmechanismus gegen die Herrschaft und gegen das Kollektiv gemeint sein. Der Versuch, Wahrheit in die Politik und in die Verantwortlichkeiten der Herrschenden zu tragen, ist nicht nur absurd, sondern auch gefährlich, weil dabei dieses individuelle Konzept zu einem Konzept umgestaltet wird, das herrschaftslegitimierend sein kann. Das ist in Ordnung beispielsweise für Religionen und ihre Insti-

tutionen, denn diese beziehen aus dieser selbstdefinierten Wahrheit nicht nur ihre Legitimation, sondern auch ihre Lehre und ihr Weltbild. Die Herrschaft solcher Institutionen wie der Kirchen, mit dem Anspruch, Wahrheit sprechen und Wahrheit definieren zu können, hat Europa mehrere Jahrhunderte erlebt. Es bedurfte der Aufklärung und der Idee, dass Wahrheit eben nicht durch Dritte, welche im schlimmsten Falle auch noch Herrschaft ausüben, vorgegeben und vorbestimmt werden darf, sondern dass die Definition von Wahrheit eine individuelle Angelegenheit sein muss, als Verantwortung des Mündigen, die Aussagen Anderer zu qualifizieren und dagegen vorzugehen (oder ihnen auch zuzustimmen). Es verwundert daher nicht, dass jedes diktatorische Regime, jede faschistoide Ordnung früher oder später eine allgemein gültige Wahrheit etabliert, der zu widersprechen dem Individuum nicht gestattet ist (Orwell lässt grüssen).

Das Gerede von und die Aufregung über Fake News und Alternative Fakten zielt sicherlich nicht direkt auf die Schaffung einer solchen Ordnung. Indem aber der Anspruch formuliert wird, Politik an Wahrheit zu binden, wird der Nährboden geschaffen für die Möglichkeit einer Politik und von Politikern, die sich eben der vermeintlichen Wahrheit bedienen, um Herrschaft zu erlangen und Herrschaft zu legitimieren. Was auf den ersten Blick noch ansprechend wirken kann, ist im Endeffekt die schleichende Entwicklung, Wahrheit zu entindividualisieren, um sie massentauglich zu machen und um damit ein Herrschaftskonzept zu kreieren (Stichwort Platon).

Der Anspruch, dass Politik sich an Wahrheit orientieren muss, ist nur wenig vom Zugeständnis entfernt, dass Politik die Definition von Wahrheit vornehmen darf. Von Ersterem zu Letzterem bedarf es nur weniger Massnahmen; die Geschichte zeugt von vielen Beispielen. Passiert dies und erhält (oder erlangt) eine Herrschaft das Privileg, Wahrheit zu definieren, dann wird damit auch der Untergang von

Freiheit eingeleitet. Freiheit, wie immer man sie definieren mag, fängt immer damit an, sich seine Umwelt und die Ereignisse darin definieren und einordnen zu können. Freiheit ohne das Recht, seine eigene Wahrheit zu leben, ist eben keine Freiheit. Die Restriktionen, welche der Freiheit in einem Rechtsstaat auferlegt werden, sind ein Kompromiss, der auf die Einhaltung allgemeingültiger Regeln zwecks friedlichen Zusammenlebens fusst, nicht aber auf der Absicht, Denk- und Wahrheitskonzepte vorzuschreiben. Die Gedanken sind frei. Und sie müssen es bleiben.

Verlangt man von der Politik, dass sie wahr sein soll und sich an der Wahrheit zu orientieren hat, so gibt man Verantwortung ab. Erwartet man hingegen von der Politik keine Wahrheit, so bleibt man geschärft und kritisch gegenüber allen Aussagen der Regierenden oder solchen, die Regierende werden wollen. Vielmehr noch zwingt eine solche geschärfte und kritische Einstellung den Einzelnen, sich mit der Politik auseinanderzusetzen, sich aktiv einzubringen und nicht in Erwartung eines guten Herrschers, Verantwortung und damit Freiheit abzugeben. Der Einzelne wird damit zum «Zoon Politikon» und zum freien Menschen.



Gesinnungsstrafrecht & Terrorreisen

Mit der **Botschaft zur Genehmigung und zur Umsetzung des Übereinkommens des Europarats zur Verhütung des Terrorismus mit dem dazugehörigen Zusatzprotokoll sowie zur Verstärkung des strafrechtlichen Instrumentariums gegen Terrorismus und organisierte Kriminalität** vom 14. September 2018 (BBl 2018 6427) schlägt der Bundesrat einen neuen **Art. 260^{sexies} Strafgesetzbuch** vor, der u.a. folgenden Passus enthalten soll:

¹ Mit Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren oder Geldstrafe wird bestraft, wer im Hinblick auf die Verübung eines Gewaltverbrechens, mit dem die Bevölkerung eingeschüchtert oder ein Staat oder eine internationale Organisation zu einem Tun oder Unterlassen genötigt werden soll:

c. eine grenzüberschreitende Reise unternimmt in der Absicht, eine solche Straftat zu begehen, sich daran zu beteiligen oder sich dafür ausbilden zu lassen.

Man fragt sich schon, ob der Bundesrat weiss, was er tut. Das ist eine vollständige Subjektivierung der Strafbarkeit, also ein vollständiges Abstellen auf bloss subjektive Elemente, wie wir es seit den Zeiten vor der Aufklärung nicht mehr kannten. Es handelt sich dabei nämlich nicht um eine blosser Vorverlagerung der Strafbarkeit. Das würde zutreffen etwa bei konkreter Gefährdung im Verhältnis zu Verletzung, oder bei abstrakter Gefährdung im Verhältnis zu einer konkreten Gefährdung. In diesen Fällen wird nicht auf eine konkrete Aussenwirkung einer Handlung abgestellt, sondern auf die Handlung selbst. Dabei ist aber das subjektive Ziel desjenigen der handelt, gleichgültig. Ob ich mit guter oder böser Absicht viel zu schnell fahre, ändert an der Erfüllung des Tatbestandes nichts. Die Strafbarkeit entfernt sich also von der Schädigung.

Ganz anders hier: Nicht nur entfernt sich die Strafbarkeit weitestmöglich von einem Schaden, indem ein (objektiv beobachtbares) Verhalten mit Strafe bedroht wird, bei welchem ein Schaden nicht auszumachen ist, denn die rein *abstrakte* Möglichkeit kann definitionsgemäss selbst keinen Schaden darstellen, sie ist ja abstrakt, d.h. losgelöst von den konkreten

Medienmitteilung des Bundesrates: «Terrorismusbekämpfung: Bundesrat passt Strafrecht gezielt an»

Umständen, kann also auch nicht die Möglichkeit einer Schädigung darstellen (wie die konkrete Gefahr), sondern bloss die Möglichkeit der Möglichkeit einer Schädigung. Grundsätzlich aber enthält alles Vorstellbare die Möglichkeit der Möglichkeit einer Schädigung. Es handelt sich also vorliegend nicht (nur) um die Entfernung der Strafbarkeit (bzw. des strafbaren Verhaltens) von einer Schädigung, also nicht um eine blosser Vorverlagerung der Strafbarkeit (wie zweifelhaft das auch immer sein möge), sondern um eine eigentliche Subjektivierung der Strafbarkeit selbst, d.h. um das Abstellen alleine auf das Subjektive. Nicht das Unternehmen einer Reise soll strafbar werden, sondern dies zu tun mit einem bestimmten Ziel, einer bestimmten Absicht. Ohne diese Absicht bleibt das Reisen völlig legal. Bestraft wird also schlicht die Absicht, oder

eben die Gesinnung. Vorgeschlagen wird also ein Gesinnungsstrafrecht.

Kommt noch folgende Merkwürdigkeit hinzu: Nach dem deutlichen Gesetzestext soll Reisen (auch mit terroristischer Absicht) nur dann strafbar sein, wenn es grenzüberschreitend erfolgt. Das irritiert doch einigermaßen. Ginge es – selbst im weitest möglichen vorstellbaren Sinn – um den abstrakten Schutz von Menschen vor einer möglichen Schädigung, so wäre das Kriterium des Grenzüberttritts doch völlig fehl am Platz und überhaupt nicht zu begründen. Wenn nach der Norm strafbar wird, wer von Bern nach Konstanz reist, nicht aber, wer von Bern nur nach Basel reist, obwohl er in beiden Fällen dieselbe Absicht hegt, nament-

lich ein Gewaltverbrechen zu begehen, so kann die Gefährdung oder Schädigung von Menschen nicht den Strafgrund bilden. Die Gefährdung oder Verletzung von Menschen kann doch im Ausland nicht strafwürdiger erscheinen als im Inland. Wenn schon eine Unterscheidung getroffen werden wollte, so doch sicherlich die Gegenteilige, nämlich dass für das Schweizer Strafrecht Leben und Gesundheit der Bevölkerung auf dem eigenen Staatsgebiet bedeutsamer sind als im Ausland. Ganz simpel: Wenn schon Terroristen, dann bitte solche, die ausreisen, nicht solche, die hier bleiben. Die vorgeschlagene Strafbestimmung aber zielt auf das genaue Gegenteil.

Marcel Alexander Niggli



Constatation implicite des faits

En justice, on ne débat pas du droit mais des faits. Cela peut paraître banal, il n'en demeure pas moins que le premier combat à mener devant les tribunaux est celui de l'état de fait. Gagner cette première bataille signifie bien souvent gagner la guerre. « *Da mihi factum, dabo tibi ius* » (donne-moi le fait, je te donnerai le droit) disaient les romains. Même si une telle vision de la justice est inexacte car trop réductrice, elle dénote le rôle central que joue la constatation des faits en procédure. Ce combat est d'autant plus important que le Tribunal fédéral se fonde sur les faits établis par l'instance précédente (art. 105 al. 1 LTF). Une critique des faits étant en principe irrecevable devant le Tribunal fédéral (cf. art. 97 al. 1 LTF), les plaideurs seront bien avisés de saisir l'occasion d'un appel civil ou pénal pour émettre tous leurs griefs factuels.

Trop souvent, les juges se contentent, dans la partie « En fait », de résumer les positions et déclarations, plutôt que de décrire l'état de fait retenu.

Bien que la constatation des faits cristallise l'attention des tribunaux de première et de deuxième instance, cela ne se reflète que rare-

ment dans leurs jugements. Trop souvent, les juges se contentent, dans la partie « En fait », de résumer la position des parties, leurs déclarations et celles des témoins aux audiences, plutôt que de décrire l'état de fait retenu et les raisons qui ont conduit à une telle constatation des faits. Résumé de la procédure en lieu et place de la fixation des faits déterminants pour la cause. Il appartient alors à la partie succombante de reconstituer, à partir des développements de la partie « En droit », l'état de fait tel que l'a *probablement* constaté le tribunal. Inutile de préciser que cet exercice relève de la devinette si ce n'est de la haute voltige. Il prêterait même à sourire s'il ne relevait pas également du jeu de dupes, en rendant illusoire toute critique de la constatation des faits à l'occasion d'un appel mais également tout contrôle de l'application du droit par l'instance supérieure. Comment attaquer l'application du droit lorsque l'état de fait n'est pas clairement établi ? Comment contester un état de fait qui, de par son caractère implicite, se soustrait sans cesse à toute critique ? Questions rhétoriques.

Dans un arrêt récent, le Tribunal fédéral a enfin sanctionné une telle pratique, la jugeant incompatible avec le droit d'être entendu et les exigences de l'art. 112 al. 1 LTF :

« Après un long exposé, dans la partie < en fait > de l'arrêt attaqué, des versions des protagonistes de l'affaire, ressortant des différents procès-verbaux d'audition et des courriers échangés par ceux-ci dans le cadre de la procédure, la cour cantonale a estimé, dans la partie < en droit > de l'arrêt, qu'aucune infraction ne pouvait être reprochée à l'intimé. Or les versions des protagonistes ne sont pas concordantes sur de nombreux points. La cour cantonale ne procède toutefois pas à une appréciation expresse des éléments de preuves énumérés, de laquelle elle

déduirait les faits qu'elle estime comme clairement établis. Ainsi, elle n'expose pas quels faits sont retenus. Tout au plus, peut-on déduire de la subsomption en droit quelques éléments de fait (cf. supra consid. 3.7). Cette manière de procéder n'est pas conforme aux exigences jurisprudentielles déduites du droit d'être entendu telles que décrites supra (consid. 3.1) ni à celles de l'art. 112 al. 1 let b LTF. En outre, elle ne permet pas un contrôle par le Tribunal fédéral de l'application du droit. Déjà pour ce motif, l'arrêt attaqué doit être annulé. » (TF 6B_819/2018 du 25 janvier 2019, consid. 3.8)

Il ne reste qu'à espérer que cette sanction mette fin à la tendance largement critiquable des tribunaux de constater les faits de manière implicite, de verser dans le « *Do tibi ius, dabis tibi facta* » (je te donne le droit, donne-toi le fait). Il en va de la possibilité même d'un appel et d'un contrôle de la décision par une instance supérieure, éléments centraux de notre conception d'une décision de justice (cf. Niggli/Husmann, Jungleland, à paraître).

Louis Frédéric Muskens



Internationaler Strafgerichtshof & Gerechtigkeit

Marcel Alexander Niggli

I. Der ICC und die USA

In jüngerer Zeit wurde in den Medien wiederholt sehr aufgebracht und negativ über kritische Äusserungen von US-Präsident Donald Trump und seiner Regierung zum Internationalen Strafgerichtshof (International Criminal Court, ICC) berichtet. Leicht konnte dabei der Eindruck entstehen, Anlass dieser Proteste sei eine weitere Eskapade des unberechenbaren Präsidenten. Dem ist nicht so. Nicht im Entferntesten. Aber vielleicht helfen ja ein oder zwei Informationen zum Verständnis.

Die Schaffung eines Internationalen Strafgerichtshofes wurde durch das Römer Statut beschlossen (SR 0.312.1). Dieser Vertrag wurde 1998 abgeschlossen und trat am 1. Juli 2002 in Kraft. Damit war auch der Strafgerichtshof geschaffen. Der ICC hat nach diesem Vertrag die Kompetenz, Völkermord, Verbrechen gegen die Menschlichkeit, Kriegsverbrechen und das Verbrechen der Aggression zu beurteilen, was den Eingeweihten stark an die Kompetenz des Internationalen Strafgerichtshof in Nürnberg erinnern wird, der durch das Londoner Statut 1945 geschaffen wurde.

Der Gerichtsbarkeit des ICC unterstehen Staaten, die das Römer Statut unterzeichnet haben. Sind mehrere Staaten involviert, ist der ICC zuständig, wenn einer davon Vertragsstaat des Römer Statutes ist oder die beschuldigten Personen die Staatsangehörigkeit eines Vertragsstaates besitzen. Der Gerichtshof ist auch zuständig, wenn ein Vertragsstaat eine Meldung macht oder der Ankläger selbst Ermittlungen eingeleitet hat sowie dann, wenn der Sicher-

heitsrat der UNO tätig wird. D.h. auch wenn ein Staat das Römer Statut nicht unterzeichnet hat, untersteht er dessen Gerichtsbarkeit trotzdem, wenn bei einem der Verbrechen, die seiner Gerichtsbarkeit unterstehen, ein Vertragsstaat dies verlangt, der Sicherheitsrat der UNO aktiv wird oder der Ankläger des ICC aus eigener Initiative ermittelt.

Obwohl die USA das Römer Statut nicht unterzeichnet haben, besteht also die Möglichkeit, dass sie selbst oder ihre Bürger vor den ICC gezogen werden. Um das zu verhindern, haben sie im August 2002 (also unter der Präsidentschaft von George W. Bush) den «**American Service-Members' Protection Act**» erlassen. Danach wird u.a. den US-Behörden und Gerichten untersagt, mit dem ICC zusammenzuarbeiten oder ihn zu unterstützen. Der Präsident wird ermächtigt, alle notwendigen Mittel (auch militärische) einzusetzen, um Personen zu befreien, die vom ICC oder für ihn gefangen gehalten werden. Dabei handelt es sich um Mitglieder des Militärs oder der Regierung der USA, Mitglieder des Militärs oder der Regierung eines mit den USA alliierten Staates, sowie Personen, die für die USA offiziell tätig waren.

Die ablehnende, ja feindliche Haltung der US-amerikanischen Regierung ist also keineswegs eine neuere Entwicklung, die auf den gegenwärtigen Präsidenten zurückzuführen wäre. Sie hat vielmehr eine 20jährige Tradition, die auch von zwei Amtszeiten des Friedensnobelpreisträgers Barack Obama nicht gebrochen oder gemindert wurde.

II. Strafgerichtshof, Gerechtigkeit und Macht

Viel interessanter ist, dass das Römer Statut für 123 der 191 Mitgliedstaaten der UNO in Kraft ist. 31 Staaten haben es unterzeichnet, aber nicht ratifiziert, 41 haben nicht unterzeichnet, darunter China, Indien, Indonesien, Malaysia und die Türkei. 4 Unterzeichnerstaaten (Israel, Russland, Sudan und die USA) haben ihre Unterschrift zurückgezogen. 4 Staaten haben ihren Wiederaustritt angekündigt und 2 (Burundi, Philippinen) sind bereits ausgetreten.

Dass gemessen an der Zahl der Bevölkerung der Vertragsstaaten das Römer Statut nur von rund der Hälfte (3.6 Mia.) der Weltbevölkerung anerkannt wird, ist vielleicht weniger erstaunlich, als dass die Mehrheit der 5 ständigen Mitglieder des UNO-Sicherheitsrates – immerhin 3 von 5 –, nämlich China, Russland und die USA, das Römer Statut nicht unterzeichnet bzw. ihre Unterschrift zurückgezogen haben. Das ergibt eine durch und durch asymmetrische Struktur: Ausgerechnet diejenigen Staaten, die einseitig andere Staaten der Gerichtsbarkeit des Internationalen Strafgerichtshofes unterstellen können, unterstehen ihm selbst nicht und anerkennen ihn auch nicht. Der UNO-Sicherheitsrat nämlich kann das Römer Statut auch auf Staaten zur Anwendung bringen, die es nicht unterzeichnet haben. Umgekehrt haben die ständigen Mitglieder ein Vetorecht, können also einen entsprechenden Beschluss des Sicherheitsrates, der sie selbst betrifft, blockieren.

Was immer auch Gerechtigkeit sei, wir werden uns darauf einigen können, dass Gleichheit ihren Kern bildet. Die ganz offensichtliche und krasse Ungleichheit, die den ICC kennzeichnet, springt auch dem ins Auge, der kein einziges Verfahren vor diesem Gericht kennt. Staaten, die der Gerichtsbarkeit des ICC nicht unterstehen und sie auch nicht anerkennen, können andere Staaten, für die ganz genau dasselbe gilt, vor dieses Gericht bringen. Umgekehrt gilt das genaue Gegenteil: Nur wer die Gerichtsbar-

keit des ICC anerkennt, kann dem Gerichtshof einen Fall unterbreiten, sofern nicht der Sicherheitsrat oder der Ankläger dies tun. Das lässt sich wohl einseitig nennen.

Ist die Einseitigkeit eines Entscheidemechanismus mit Händen zu greifen, schwächt das notwendig seine Akzeptanz.

Der Eindruck der Unausgeglichenheit & Einseitigkeit verstärkt sich noch deutlich, wenn man die Homepage des ICC besucht. Zwar werden dort 10 «**Preliminary Examinations**» aus den unterschiedlichsten Gegenden der Welt als hängig aufgeführt (Afghanistan, Kolumbien, Guinea, Irak/UK, Nigeria, Palästina, Bangladesch/Myanmar, Philippinen und Ukraine), aber von den 11 «**Situations under investigation**» betreffen 10 Afrika. Die einzige Ausnahme bildet hier Georgien, das selbst um eine Untersuchung gebeten hatte. Das dient dem Gerichtshof seither als willkommener Beleg dafür, dass er nicht nur Vorkommnisse in Afrika verfolgt. Von den unter der Rubrik «**Cases**» aufgeführten 26 Fällen schliesslich betreffen alle (!) Afrika. Vergleicht man die Photos dieser Personen mit denjenigen, die über sie zu Gericht sitzen, fällt schon sehr deutlich auf, dass die Richter grossmehrheitlich eine deutlich hellere Hautfarbe aufweisen als die Angeklagten. Dass also in Teilen der Welt der Gerichtshof auf erhebliche Vorbehalte trifft, kann nicht wirklich verwundern. Ist es denn wirklich vorstellbar, dass ein amtierender

Regierungschef eines europäischen Landes in Den Haag angeklagt würde? Wohl kaum.

Ist die Einseitigkeit eines Entscheidemechanismus mit Händen zu greifen, schwächt das notwendig seine Akzeptanz. Der Entscheidung eines anderen unterwirft sich nicht gerne, wer ihn nicht als unabhängig und neutral empfindet. Kann sich aber die Legitimation einer Entscheidung nicht von der Gerechtigkeit herleiten, so bleibt als Ersatz nur Macht. Wenn Kinder im Sandkasten miteinander streiten, so lässt sich die Auseinandersetzung wohl durch ihre Eltern beenden. Stets aber ist dabei klar, dass den Kindern nicht das gleiche Recht zusteht, sollten die Eltern miteinander in Streit geraten.

III. Addendum: Auslieferung und Überstellung

In diesem Zusammenhang ist vielleicht die Feststellung interessant, dass nach Art. 25 unserer Verfassung *«Schweizerinnen und Schweizer [...] nicht aus der Schweiz ausgewiesen werden [dürfen]; sie dürfen nur mit ihrem Einverständnis an eine ausländische Behörde ausgeliefert werden.»* Nachdem Vertragsstaaten des Römer Statuts (wie eben die Schweiz) nicht nur bei Ermittlung und Verfolgung uneingeschränkt mit dem ICC zusammenarbeiten müssen (Art. 86 Römer Statut), sondern eben auch «Ersuchen um Festnahme und Überstellung in Übereinstimmung mit diesem Teil und den in ihrem innerstaatlichen Recht vorgesehenen Verfahren Folge» leisten müssen (Art. 89 Ziff. 1 Römer Statut), scheint da immerhin ein – vorsichtig formuliert – milder Widerspruch zu bestehen. Sprachlos macht, dass die Mehrheit der Nationalratskommission in diesen Pflichten keinen

Widerspruch zu und keine Verletzung von Art. 25 BV sah. Achten Sie darauf, nichts im Mund zu haben, bevor Sie weiterlesen: Begründet wurde das damit, dass es sich um eine «Überstellung» und nicht um eine «Auslieferung» handle, der Schutz der Verfassung beziehe sich nur auf die «Auslieferung» an Staaten, und nicht auf die «Überstellung» an internationale Gremien, was nicht nur eine ausserordentlich kreative, sondern auch eine durch und durch internationalistische Auslegung der Verfassung darstellt, denn was sollte der Schutz der Schweizer Nationalität nützen, wenn er nur gegen andere Nationen gilt, nicht aber gegen Vereinigungen derselben Nationen. Dass es sich hier um eine Verfassungsänderung handelt, ist vernünftigerweise wohl nicht zu bezweifeln, obwohl der Bundesrat genau dies tat. Aussenminister Joseph Deiss nämlich betonte, jeder und jede Schweizer Staatsangehörige habe das Recht, einen Prozess in der Schweiz zu verlangen. Eine Verfassungsänderung sei ebenso wenig nötig wie ein obligatorisches Referendum. Entsprechend hat man das Römer Statut nur dem fakultativen Referendum unterstellt. Offenbar stellt in dieser Sichtweise «fakultativ» nur eine geringfügig andere Form von «obligatorisch» dar, weshalb – wenn man nicht – wie diese unangenehmen Juristen – dauernd am Buchstaben der Verfassung klebt – Art. 140 BV ja eigentlich erfüllt wurde: Denn natürlich steht es den Schweizer Bürgern frei, zwar nicht an andere Staaten «ausgeliefert» werden zu wollen, sehr wohl aber an internationale Organisation «überstellt» werden zu müssen wollen oder wollen müssen.

Der monströse Sexualtäter

Giulietta Mottini

Welches sind unsere grössten Ängste?

Wörter verraten uns. Mehr als wir denken mögen. Wörter verraten unsere Ängste, unsere Tabus, unsere Werte.

Mir ist letztens aufgefallen, wie oft der Begriff *Monster* für Straftäter in den Medien verwendet wird. Interessant ist in diesem Zusammenhang zu beobachten, dass diese Eigenschaft besonders den Sexualtätern, in erster Linie wegen Sexualdelikten an Kindern verurteilten Straftätern, zugeschrieben wird. Letztere werden heutzutage von der Gesellschaft als besonders gefährlich wahrgenommen, wie dies an verschiedenen angenommenen Volksinitiativen festgestellt werden kann. Beispielsweise hatte die sog. Verwahrungsinitiative von 2004 zum Ziel, die als nicht therapierbar erachteten Sexual- und Gewalttäter lebenslang und ohne Überprüfungen und Vollzugslockerungen zu verwahren. 2014 wurde dann die sog. Pädophilen-Initiative angenommen, die ein breites Tätigkeitsverbot für Personen einführt, welche verurteilt werden, weil sie die sexuelle Unversehrtheit eines Kindes beeinträchtigt haben. Im Rahmen von Strafverfahren wird ausserdem die Frage der Gefährlichkeitsprognose – welche für die Anordnung einer therapeutischen Maßnahme oder einer Verwahrung massgebend ist – heute, anders als vor zwanzig Jahren, bei einem Sexualtäter in den meisten Fällen untersucht (Gorderbauer, Behandlungsnotwendigkeit und Behandlungsvoraussetzungen bei Sexualstraftätern, in: Rudolf Egg (Hrsg.), Fachtagung der Kriminologischen Zentralstelle e.V. 2000, 111 ff., 111).

Dass bestimmte Menschen als besonders gefährlich angesehen und dazu noch als Monster bezeichnet werden, sollte unsere Aufmerksamkeit erregen. Menschliche Monster gelten nämlich nicht mehr als Menschen, sie stellen vielmehr das Zusammentreffen des Unnatürlichen und des Unerlaubten dar (Foucault, *Les anormaux – Cour au Collège de France 1974–1975*, Paris 1999, 51 und 76).

Heutzutage bezieht sich die schwerwiegendste Monsterfigur spezifisch auf den Pädophilen (Renneville, *La criminologie face au monstre, entre délit du corps et invisible différence*, in: Anna Caiozzo et al. (Hrsg.), *Monstre et imaginaire social – Approches historiques*, Paris 2008, 321 ff. [nachstehend: *La criminologie face au monstre*], 328 ff.; Salas, *La volonté de punir – Essai sur le populisme pénal*, Paris 2005, 186 f.; Champion-Vincent, *Elites maléfiques et « complot pédophile » : paniques morales autour des enfants*, in: Schweizerisches Archiv für Volkskunde, Band 102 (2006) Heft 1, 49 ff., 63; Giudicelli-Delage, *Conclusion. Un monde (simplement) habitable...*, in: Geneviève Giudicelli-Delage et al. (Hrsg.), *La dangerosité saisie par le droit pénal*, Paris 2011, 281 ff., 292). Als Pädophiler wird üblicherweise ein Mensch, regelmäßig ein Mann, bezeichnet, welcher aufgrund seiner Sexualneigung Kinder missbraucht. Es soll hier aber betont werden, dass der Ausdruck Pädophiler eigentlich nur auf eine Sexualneigung verweist, die Pädophilie, welche von der Psychiatrie als eine Sexualdevianz bzw. eine psychische Störung gesehen

wird. Der Begriff Pädophiler ist somit ein psychiatrisches Konzept und kein juristisches. Eine solche Diagnose impliziert keine vergangene oder zukünftige strafbare Handlung an Kindern (**Fromberger**, Pädophilie – Ätiologie, Diagnostik und Therapie, in: *Der Nervenarzt*, Band 84 (2013), 1123 ff., 1124 f.). Die Pädophilie ist also nicht mit der strafbaren sexuellen Handlung mit Kindern nach Art. 187 StGB gleichzusetzen, welche andersrum keine psychische Störung voraussetzt und auch nicht nur von diagnostizierten Pädophilen begangen wird. Die zwei Aspekte – Kriminalität und psychische Störung – bedingen sich demnach nicht, obwohl sie von der Gesellschaft regelmäßig nicht getrennt werden. Anders gesagt ist die verwendete Bezeichnung des Pädophilen mit der Realität, welche zu beschreiben versucht wird, nicht gleichzusetzen. Sie ist vielmehr Ausdruck eines Mythos.

Interessanterweise besteht die Monsterfigur des Pädophilen nur im Zusammentreffen von diesen beiden Aspekten: die psychische Störung und die Kriminalität. Dies kann möglicherweise damit erklärt werden, dass im 19. und frühen 20. Jahrhundert die immer bedeutendere Frage der psychiatrischen Störung von Kriminellen auftauchte, die Tendenz sich entwickelte, Kriminalität mit Monstrosität in Verbindung zu setzen (**Foucault**, a.a.O., 76). In der Psychiatrie entwickelte sich nämlich zu dieser Zeit ein wachsendes Interesse an forensisch-psychiatrischen Fragestellungen. Neue Deutungsmuster kriminellen Verhaltens – wie «Charakteranomalien» oder «Charakterdefekte» der Delinquenten – vermochten plausible Erklärungen für das problematisierte Phänomen der Rückfälligkeit anzubieten. Der berühmte Wegbereiter der Kriminologie, **Lombroso**, bezeichnete beispielweise geborene Kriminelle als Monster (**Renneville**, *La criminologie face au monstre*, 321). Der psychisch kranke Straftäter bildete also damals die typische Monsterfigur (**Renneville**, *Le délit du corps en criminologie : du «type criminel» au «type» criminel*, in: Brägger Benjamin F. et al. (Hrsg.), *Kriminologische – Wissenschaftliche und praktische Entwicklungen :*

gestern, heute, morgen, Chur/Zürich 2004, SAK Band 22, 71 ff. [nachstehend: *Le délit du corps*], 83). Die aktuelle Monsterfigur hat also die zwei Hauptcharakteristika der Monsterfigur des 19. Jahrhunderts beibehalten: die psychische Störung und die Kriminalität.

Weil die Monsterfigur Werte und Ängste der jeweiligen Epoche spiegelt, wandelt sich selbstverständlich in mehr oder weniger bedeutsamer Weise ihr Erscheinungsbild (**Demartini**, *Le crime, le monstre et l'imaginaire social – L'affaire Lacenaire*, in: Anna Caiozzo et al. (Hrsg.), *Monstre et imaginaire social – Approches historiques*, Paris 2008, 307 ff., 310 f.). Der Pädophile beängstigt und ekelt heute vor allem, weil er in die sexuelle Entwicklung von Kindern eingreift, während die Gesellschaft heute besonders Wert auf das Kindeswohl legt (**Neuilly/Zgoba**, *La panique pédophile aux Etats-Unis et en France*, in: *Champ pénal/ Penal field* 2008, <<http://journals.openedition.org/champ-penal/340>>, Stand 14. September 2005, besucht am 6. Februar 2018, N 28). Zudem erscheint er monströs, weil der Pädophile oft nichts anderes als eine sozial gut integrierte Person ist und die Gesellschaft von der Feststellung erschreckt, dass man ihm seine Monstrosität nicht ansieht, weil er erstaunlicherweise (!) keine anatomische Eigenartigkeit aufweist. Er beängstigt also auch, weil das Gefühl herrscht, er könnte überall und zu jedem Zeitpunkt auftauchen (**Salas**, a.a.O., 186.). Weil er nicht im Voraus erkannt werden kann und wir dieses Risiko nicht ertragen können, erscheint es uns legitim alle möglichen Mittel einzusetzen – wie unbefristete therapeutische Maßnahmen in Hochsicherheitsgefängnisse, unüberprüfbare lebenslange Verwahrungen oder lebenslange Berufsverbote mit Minderjährigen –, um das Auftauchen der Monstrosität zu vermeiden. Die Einführung solcher Maßnahmen könnte auf verschiedene Weise erklärt werden. Sie kann wahrscheinlich auch auf die Sicherheitspolitik zurückgeführt werden und der daraus folgenden Null-Risiko Haltung. Die von der Vernunft unabhängige Überzeugungskraft von Mythen, was Monster sind, sollte aber nicht unterschätzt werden.

Diese ermöglichen und legitimieren das Ergreifen von unreflektierten und disproportionalen Maßnahmen.

Einen Menschen als Monster zu bezeichnen, erlaubt ablehnende Reaktionen und minderwertige Behandlung. Außerdem kann auf jegliche rationale Erklärung verzichtet werden, weil ihm das Menschsein abgesprochen wird und er als krank, gefährlich und besonders schädlich gilt. Obwohl die Idee eines typischen Kriminellen wissenschaftlich immer wieder widerlegt wurde, ist sie im kollektiven Bewusst-

sein noch tief verwurzelt (siehe auch **Rennville**, *Le délit du corps*, 84). Monster stellen die Anderen dar, mit denen man sich nicht identifizieren kann und die zur gemeinsamen Feindfigur werden, vor der die Guten geschützt werden sollen (siehe auch **Asma**, *Monsters on the Brain: An evolutionary epistemology of Horror*, in: *Social research* 2014, Band 81, Heft 4, 941ff., 956). Die Verwendung des Worts «Monster» auf so bezeichnete Pädophile ist wie die Spitze eines Eisbergs: Von Weitem eher unbedeutend, aber wenn man auf einen trifft, hat es schwerwiegende Konsequenzen.



Trouvaillen aus Asylentscheiden

Robert Fees

Bei der Durchsicht von asylrechtlichen Entscheidungen entdeckt man bisweilen kuriose Ansichten der zuständigen Behörden. Nachfolgend eine kleine Auswahl:

Im Sommer 2018 sorgte ein Entscheid des Bundesamtes für Fremdenrecht und Asyl in Österreich zur Homosexualität eines Asylsuchenden für Empörung. Der verantwortliche Beamte befand die geltend gemachte Homosexualität als nicht glaubhaft und führte zur Begründung diverse Klischees auf, welche der Asylsuchende angeblich nicht erfüllte. Weder dessen Gang, Gehabe oder Bekleidung hätten auch nur annähernd darauf hingedeutet, dass er homosexuell sein könnte. Zudem habe er in der Asylunterkunft mit anderen Männern Streit gehabt. Es sei bei ihm ein Aggressionspotenzial vorhanden, welches bei einem Homosexuellen nicht zu erwarten wäre. Der junge Mann sei ausserdem nicht gesellig und ein Einzelgänger, was auf Homosexuelle eher weniger zutrefte (Wiener Zeitung vom 15.08.2018, «Sie sind nicht homosexuell»).

Doch auch bei uns bekunden die zuständigen Beamten Probleme bei der Prüfung der Glaubhaftigkeit von Aussagen:

Für die Prüfung, ob eine Aussage glaubhaft ist oder nicht, kann das Staatssekretariat für Migration (SEM) meist einzig auf die Ausführungen der Gesuchsteller selbst abstellen, da oft keine objektiven Beweismittel zur Stützung ihrer Darlegungen vorhanden sind oder aber nicht beschafft werden können. Für die Beurteilung der Glaubhaftigkeit von Aussagen werden –

wie im Strafrecht auch – aus der Aussagepsychologie gewonnene Erkenntnisse herangezogen. Das SEM prüft, ob Realkennzeichen oder Lügensignale den Aussagen zu entnehmen sind und wägt sie gegeneinander ab. Vielfach weicht es jedoch von dieser Methode ab und argumentiert mit Plausibilität (spricht in diesem Zusammenhang jedoch oft fälschlicherweise von Logik) und allgemeiner Lebenserfahrung.

Aus einem Urteil des Bundesverwaltungsgerichts geht hervor, dass es das SEM als der «allgemeinen Logik» widersprechend erachtet hat, dass der Beschwerdeführer, ein Afghane, von den Taliban mit dem Tod bedroht worden sei, da er durch die Drohung vorgewarnt worden sei (Urteil des BVGer E-5906/2017 vom 1. Dezember 2017 E. 5.1). Dem SEM scheint das Konzept der Drohung nicht ganz geläufig zu sein.

Auch für die Liebe hat das SEM wenig Verständnis. So führte es als Argument für die fehlende Glaubhaftigkeit der Asylvorbringen eines afghanischen Ehepaars unter anderem an, es erscheine «fiktiv», dass der Mann nach einem ersten erfolglosen Heiratsantrag sich vom Misserfolg und von den ethnischen Unterschieden nicht abschrecken liess und ein zweites Mal um die Hand der Frau, die er liebte, anhielt (Urteil des BVGer E-4587/2018 vom 19. Dezember 2018 E. 5.1 und E. 6.1).

Wenn wir von allgemeiner Lebenserfahrung – von der unser Verständnis von Plausibilität geprägt ist – sprechen, bewegen wir uns definitionsgemäss in einem Referenzrahmen, der

nicht nur auf der Makroebene von unserer Kultur, sondern auch auf der Mikroebene von persönlichen Erlebnissen definiert wird. Entsprechend wird die «allgemeine Lebenserfahrung» einer in der Schweiz sozialisierten Person, die nie einen grösseren Konflikt (als höchstes der Gefühle müssten wohl der Konflikt um den Berner Jura oder die Abspaltung der BDP von der SVP genannt werden) in ihrem Land geschweige denn einen Krieg erlebt hat, kaum die gleiche sein, wie diejenige eines Bewohners von Kabul, der das Regime der Taliban und mehrere Kriege erleben muss(te) und für den Anschläge, Tod und Verlust nichts Aussergewöhnliches darstellen. Selbst wenn wir in unserem sogenannten «Kulturkreis» (was auch immer das genau sein mag) bleiben, sehen wir, dass die allgemeine Lebenserfahrung und das Verständnis von Plausibilität unterschiedlich ausfallen müssen: ein Deutscher, der in der DDR aufgewachsen ist und dem die Todeschüsse an der innerdeutschen Grenze noch präsent sind, oder ein Neapolitaner, der mit den Praktiken der Camorra konfrontiert ist, beurteilen aufgrund ihrer Erfahrung gewisse Ereignisse als plausibel, die ein Appenzeller oder ein Zürcher als fiktiv und abwegig erachten würden. Wie hätte das SEM wohl die

Offenbar wird zuweilen vergessen (oder aus politischen Gründen verdrängt), dass im Asylrecht über menschliche Schicksale entschieden wird.

Plausibilität beurteilt, wenn ihm eine Gesuchstellerin erzählt hätte, ihr zukünftiger Ehemann sei beim Besuch eines Konsulats in der Türkei getötet und in Einzelteile zerlegt in Koffern rausgetragen worden?

Vom Bundesverwaltungsgericht wird das SEM zu Recht regelmässig für sein Abstützen auf das Kriterium der Plausibilität zur Beurteilung der Glaubhaftigkeit kritisiert (vgl. bspw. Urteile des BVGer D-2124/2014 und D-4194/2015 vom 15. Januar 2016 E. 7.3 m.w.H.; D-7912/2016 vom 12. Februar 2018 E. 5.1). Allerdings verfällt das Gericht diesem Vorgehen leider allzu oft selbst (vgl. bspw. Urteile des BVGer D-3513/2016 vom 11. April 2017 E. 6.1 und D-5785/2018 vom 8. November 2018 E. 6.2, wo es explizit festhält, Vorbringen seien dann glaubhaft, wenn sie plausibel seien; sie dürften nicht der inneren Logik entbehren und nicht der allgemeinen Erfahrung widersprechen).

Aber auch wenn es nicht um die Prüfung der Glaubhaftigkeit einer Aussage geht, erstaunen die Begründungen der Asylbehörden bisweilen:

So befand es das SEM in einem Entscheid für zumutbar, einen unbegleiteten minderjährigen Asylbewerber in seinen Heimat- bzw. Herkunftsort zurückzuschicken. Der Vollzug der Wegweisung sei unter anderem deshalb zumutbar, weil der Gesuchsteller bereits über mehrere Monate Arbeitserfahrung in verschiedenen Berufszweigen verfüge. Dass diese Arbeitserfahrung zufolge Kinderarbeit zustande kam, berücksichtigte das SEM nicht weiter und es setzte sich auch nicht konkret mit dem Kindeswohl gemäss dem Übereinkommen über die Rechte des Kindes vom 20. November 1989 (KRK; SR 0.107) auseinander (Urteil des BVGer D-568/2017 vom 8. Februar 2017). In einem ähnlichen Fall konnte der minderjährige eritreische Gesuchsteller ab der sechsten Klasse nicht mehr jeden Tag zur Schule gehen, da er seine Familie mit einer Arbeitstätigkeit unterstützen musste. Auch diese Kinderarbeit stellte für das SEM Arbeitserfahrung dar, auf die es sich bei der Begründung der Zumutbar-

keit des Wegweisungsvollzugs stützte (Urteil des BVGer D-1372/2017 vom 31. März 2017).

In beiden Entscheiden wies das Bundesverwaltungsgericht das SEM ausdrücklich darauf hin, dass Kinderarbeit nicht als berufliche Erfahrung gewertet werden darf.

In einem anderen Fall reiste ein sri-lankischer Staatsangehöriger von Colombo via Singapur nach Zürich und ersuchte in der Schweiz um Asyl. Das SEM trat auf das Asylgesuch mit einer abenteuerlichen Argumentation nicht ein: Es stellte sich auf den Standpunkt, der Gesuchsteller könne ein solches in Indonesien stellen. Sri-lankische Staatsangehörige könnten visumsfrei nach Indonesien einreisen und der Gesuchsteller könne von dort aus problemlos enge Kontakte zu seiner Familie in Sri Lanka pflegen; seine Angehörigen könnten ihn jederzeit innert weniger Stunden in Indonesien besuchen. Eine solche Beziehungspflege sei bei einem weiteren Aufenthalt in der Schweiz aus geographischen und visumsbedingten Gründen nicht möglich. Insgesamt sei deshalb ein näherer Bezug zu Indonesien als zur Schweiz anzunehmen. Zudem sei Indonesien als Nachbarland von Sri Lanka diesem historisch und religiös gesehen näher als die Schweiz. Dass der Gesuchsteller jedoch noch nie in Indonesien war und über keinerlei Beziehungen zu diesem Land verfügte, hielt das SEM nicht von seinem Entscheid ab. Nach Logik der Behörde wäre jedes Land für die Prüfung eines Asylgesuchs zuständig, das dem Gesuchsteller eine visumsbefreite Einreise ermöglicht. Das SEM hätte also genauso gut würfeln können und irgendein anderes Land für zuständig erklären können, für das ein sri-lankischer Staatsangehöriger kein Visum zur Einreise benötigt. Das Bundesverwaltungsgericht hiess die Beschwerde des Gesuchstellers gegen den Entscheid des SEM gut, hob die vorinstanzliche Verfügung auf und wies die Sache zur neuen Entscheidung an das SEM zurück (Urteil des BVGer E-4371/2018 vom 6. August 2018).

In einem weiteren Fall begründete eine aus dem Irak stammende Gesuchstellerin ihr Asylgesuch damit, dass ihr Ehemann entführt und seine Leiche einige Zeit später mit abgetrenntem Kopf aufgefunden worden sei. Während der Trauerfeier für ihren Mann sei ihr Haus in Brand gesetzt worden. In der Folge sei auch ihr minderjähriger Sohn bedroht worden, weshalb sie sich zur Ausreise mit ihm entschieden habe. Das SEM befand die Asylvorbringen der Gesuchstellerin als nicht glaubhaft, fügte jedoch an, selbst wenn ihr geglaubt werden könnte, so seien ihren Ausführungen keine konkreten Anhaltspunkte zu entnehmen, dass sie und ihr Sohn jemals persönlich belangt worden seien. Es sei festzustellen, dass sie persönlich nie unter asylrelevanten Nachteilen zu leiden gehabt hätte. Aufgrund mangelnder Intensität (!) komme den Asylvorbringen keine Asylrelevanz zu. Was die geltend gemachten Nachteile, wie die mangelnde Sicherheit und der fehlende staatliche Schutz, anbelange, handle es sich um bedauerliche Ereignisse im Kontext der bewaffneten Auseinandersetzung im Irak.

Es drängt sich bei diesem Sachverhalt die Frage auf, wann nach Ansicht des SEM die Schwelle zu einer genügend grossen Verfolgungsgefahr und -intensität wohl erreicht gewesen wäre. Die Entführung und Enthauptung des Ehemannes, die Inbrandsetzung des Zuhauses der Gesuchstellerin sowie die Drohungen, ihren Sohn zu entführen und umzubringen, genügten offenbar nicht. Das Bundesverwaltungsgericht befand die Asylvorbringen entgegen der Ansicht des SEM als glaubhaft und ging von einer massiven Verfolgungsgefahr von hoher Intensität aus, weshalb es die Flüchtlingseigenschaft der Gesuchstellerin und ihres Sohnes feststellte und ihnen Asyl gewährte (Urteil des BVGer E-5782/2017 vom 6. November 2018).

Zu den oftmals schwer nachvollziehbaren Begründungen des SEM kommt die teilweise widersprüchliche Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts. Auch wenn jedes Beschwerdeverfahren als Einzelfall anzusehen

ist, gibt es doch Konstellationen, die derart gleichgelagert sind, dass nur eine einheitliche Beurteilung durch das Bundesverwaltungsgericht zu erwarten wäre, zumal dieses in asylrechtlichen Verfahren als einzige und letzte (!) gerichtliche Instanz entscheidet. Dies ist jedoch nicht immer der Fall.

Mediale Präsenz erhielt bspw. das Schicksal einer Gruppe von Kurden, die während mehrerer Wochen am Flughafen Zürich festsassen. Einige gelangten über Brasilien in den Transitbereich des Flughafens Kloten und stellten dort Asylgesuche. Das SEM verweigerte ihnen die Einreise in die Schweiz und wies ihnen den Transitbereich des Flughafens zu (was für einen Zeitraum von maximal 60 Tagen möglich ist). Auf die Asylgesuche trat es nicht ein und ordnete die Wegweisung nach Brasilien an. Zur Begründung führte es an, die Gesuchsteller hätten sich zuvor in Brasilien aufgehalten und könnten dorthin zurückkehren. Gemäss dem Übereinkommen über die internationale Zivilluftfahrt vom 7. Dezember 1944 (nachfolgend Chicago-Übereinkommen; SR 0.748.0) könnten Personen, denen nach Erreichen eines internationalen Flughafens die Einreise in den Zielstaat verweigert werde, an den Ausgangspunkt ihrer Flugreise zurückkehren, unbesehen davon, mit welchen Papieren sie ihre Reise absolviert hätten. Im Fall von zwei Gesuchstellern, die mit Beschwerde ans Bundesverwaltungsgericht gelangten, vollbrachte dieses Erstaunliches: A und B, beide türkische Staatsangehörige, beide vertreten vom gleichen Anwalt, reichten mit einem Tag Unterschied ihre Asylgesuche ein. Beide verbrachten vor ihrem Flug nach Zürich fünf Tage in Rio de Janeiro, beide hatten zum Zeitpunkt des Asylverfahrens in der Schweiz keinen Pass. Vergleichbarer Sachverhalt, vergleichbares Ergebnis? Weit gefehlt. Die Beschwerde von A wurde gutgeheissen, diejenige von B abgewiesen.

Weshalb? Im Fall von B schloss sich das Bundesverwaltungsgericht der Argumentation des SEM an und hielt fest, es würden keine Hinweise dafür bestehen, dass Brasilien seinen Verpflichtungen aus dem Chicago-Übereinkommen nicht nachkommen werde. Eine formelle Zusicherung des Drittstaates gegenüber den Schweizer Behörden zur Rückübernahme von Asylsuchenden stelle keine Voraussetzung für das Fällen eines Nichteintretensentscheides dar (Urteil des BVGer D-6057/2018 vom 1. November 2018 E. 5.1.2). Im selben Monat hielt das Bundesverwaltungsgericht im Urteil bezüglich des Beschwerdeführers A hingegen fest: *«Soweit das SEM vorbringt, der Beschwerdeführer könne aufgrund des Chicago-Übereinkommens an den Ausgangspunkt seiner Reise zurückkehren und deshalb eine formelle Rückübernahmezusicherung nicht notwendig sei, ist dem entgegenzuhalten, dass damit zwar der Rückflug, jedoch nicht die Einreise in den Ausgangsstaat garantiert ist. Das Chicago-Übereinkommen respektive dessen Anhang 9 begründet keine Verpflichtung des Ursprungslandes, die von der Fluggesellschaft rückbeförderte asylsuchende Person effektiv einreisen zu lassen. [...] Aufgrund der gegenwärtigen Aktenlage ist nicht mit genügender Sicherheit erstellt, dass der Beschwerdeführer tatsächlich in Brasilien einreisen kann. Das SEM ist somit verpflichtet, von den brasilianischen Behörden eine Rückübernahmezusicherung einzuholen»* (Urteil des BVGer E-6058/2018 vom 29. November 2018 E. 6.3). Wie hat der Rechtsanwalt seinen Klienten wohl diese Urteile erklärt?

Nach der Lektüre solcher Entscheide kann man sich des Eindrucks nicht erwehren, dass die Personen, die Asylgesuche beurteilen, sich der Tragweite ihrer Entscheidungen nicht bewusst sind. Offenbar wird zuweilen vergessen (oder aus politischen Gründen verdrängt), dass im Asylrecht über menschliche Schicksale entschieden wird.

Herr Korbes

Es war einmal ein Hühnchen und ein Hähnchen, die wollten zusammen eine Reise machen. Da baute das Hähnchen einen schönen Wagen, der vier rothe Räder hatte, und spannte vier Mäuschen davor. Das Hühnchen setzte sich mit dem Hähnchen auf und sie fuhren mit einander fort. Nicht lange, so begegnete ihnen eine Katze, die sprach «wo wollt ihr hin?» Hähnchen antwortete

«als hinaus
nach des Herrn Korbes seinem Haus.»

«Nehmt mich mit» sprach die Katze. Hähnchen antwortete «recht gerne, setz dich hinten auf, dass du vornen nicht herabfällst.

Nehmt euch wohl in acht
dass ihr meine rothen Räderchen nicht
schmutzig macht.
Ihr Räderchen, schweift,
ihr Mäuschen, pfeift,
als hinaus
nach des Herrn Korbes seinem Haus.»

Danach kam ein Mühlstein, dann ein Ei, dann eine Ente, dann eine Stecknadel, und zuletzt eine Nähadel, die setzten sich auch alle auf den Wagen und fuhren mit. Wie sie aber zu des Herrn Korbes Haus kamen, so war der Herr

Korbes nicht da. Die Mäuschen fuhren den Wagen in die Scheune, das Hühnchen flog mit dem Hähnchen auf eine Stange, die Katze setzte sich ins Kamin, die Ente in die Bornstange, das Ei wickelte sich ins Handtuch, die Stecknadel steckte sich ins Stuhlkissen, die Nähadel sprang aufs Bett mitten ins Kopfkissen, und der Mühlstein legte sich über die Thüre. Da kam der Herr Korbes nach Haus, gieng ans Kamin und wollte Feuer anmachen, da warf ihm die Katze das Gesicht voll Asche. Er lief geschwind in die Küche und wollte sich abwaschen, da sprützte ihm die Ente Wasser ins Gesicht. Er wollte sich an dem Handtuch abtrocknen, aber das Ei rollte ihm entgegen, zerbrach und klebte ihm die Augen zu. Er wollte sich ruhen, und setzte sich auf den Stuhl, da stach ihn die Stecknadel. Er gerieth in Zorn, und warf sich aufs Bett, wie er aber den Kopf aufs Kissen niederlegte, stach ihn die Nähadel, so dass er aufschrie und ganz wüthend in die weite Welt laufen wollte. Wie er aber an die Hausthür kam, sprang der Mühlstein herunter und schlug ihn todt. Der Herr Korbes muss ein recht böser Mann gewesen sein.

Jacob & Wilhelm Grimm

(Kinder- und Hausmärchen, Ausgabe letzter
Hand 1857, Nr. 41, Bd. 1, 214)

Unschuldsvermutung? Wieso Vermutung?

Marcel Alexander Niggli

«Im Übrigen gilt die Unschuldsvermutung», so lautet der klassische Abschluss jedes medialen Berichtes, der seitenlang für das genaue Gegenteil argumentiert hat. Das entspricht der Logik der Mediengesellschaft (vgl. Niggli, Was ist Mediengesellschaft? *ContraLegem* 2018/2, 13–25). Sinnlosigkeit und Verlogenheit der Aussage erstaunen uns daher nicht, oder sollten es zumindest nicht tun. Auch dass die Unschuldsvermutung unter Druck oder gar am Ende ist, kann uns nicht mehr wirklich irritieren. Wo die Sicherheit zentraler Orientierungspunkt eines Verfahrens ist, mutiert notwendig jeder Zweifel, jedes Zögern zu einem Hindernis auf dem Weg zum angestrebten Ziel. Im Strafverfahren werden deshalb – noch einmal sei es betont – logisch notwendig und unumgänglich Beschuldigtenrechte und Strafverteidigung zu eigentlichen Störfaktoren, die Effizienz und Effektivität des Verfahrens selbst mindern. Nicht dies aber soll uns vorliegend beschäftigen, sondern die Tatsache, dass diese Entwicklungen bereits in der Bezeichnung als «Unschuldsvermutung» angelegt sind. Was nämlich meint denn dieser Begriff genau?

Was damit bezeichnet wird, ist eigentlich ganz einfach, nämlich dass nicht die Unschuld, sondern die Schuld bewiesen werden muss. Und das wiederum ergibt sich nicht erst aus irgendwelchen ethischen Überlegungen, sondern unmittelbar aus zwei allgemeinen Verfahrensgrundsätzen, nämlich (1) aus der Tatsache, dass sich – anders als das Bestehen (also die Existenz) – die Absenz von Etwas (also sein

Nicht-Bestehen) kaum je empirisch beweisen lässt, denn etwas nicht zu finden, bedeutet eben gerade noch nicht, dass es nicht existiere. Lässt sich also etwas nicht finden, so kann das bedeuten, dass es nicht da ist, aber genauso gut daran dass Suche nicht gründlich oder vollständig genug war, was zum bekannten prozessualen Grundsatz «*negativa non sunt probanda*» führt. (2) Dass die Schuld bewiesen werden muss und nicht die Unschuld, folgt zum anderen aber auch aus dem allgemeinen Grundsatz, dass derjenige die Beweislast trägt, der etwas behauptet, nicht derjenige, der es bestreitet («*ei incumbit probatio qui dicit, non qui negat*») bzw. allgemeiner: diejenige Partei, die eine Tatsache behauptet, hat sie auch zu beweisen.

Nicht selten wird diese an sich einfache Ausgangslage verdunkelt, indem die Regelung der Beweislast (Unschuldsvermutung) mit den Prinzipien der Entscheidung selbst («*in dubio pro reo*») vermengt wird. Dieser sog. Zweifelssatz hängt zwar eng damit zusammen, aber beschlägt eben doch etwas anderes. Das Prinzip wurde von Friedrich Spee (1591–1631) im Rahmen seines Kampfes gegen die Hexenverfolgung in seiner 1631 erschienenen *Cautio criminalis* formuliert. Dieser sog. Zweifelssatz aber kommt erst dann zur Anwendung, wenn der Beweis der Schuld nicht erbracht wurde bzw. nicht so, dass keine vernünftigen Zweifel bleiben. Wird der Zweifelssatz angewandt («*in dubio pro reo*»), so bedeutet das nichts anderes, als dass der Beweis der Schuld gescheitert ist, dass also der Staatsanwaltschaft der Beweis ihrer Behauptung

tungen misslungen (oder jedenfalls nicht vollständig gelungen) ist. Wo ihr der Beweis ihrer Behauptungen gelingt, ist für *in dubio* schlicht kein Platz. Der Zweifelssatz regelt also nicht die Beweislast, sondern die Folgen eines misslungenen Beweises.

Daraus nun ergibt sich das Problem, das wir nachfolgend ansprechen wollen. Wie nämlich regelt denn das positive Recht die Beweislast bzw. die Folgen des Misslingens eines Beweises? Zwei Beispiele: Die Bundesverfassung formuliert unter dem Marginale «Strafverfahren» Art. 32 Abs. 1 BV: «Jede Person gilt bis zur rechtskräftigen Verurteilung als unschuldig.» (französisch: «Toute personne est présumée innocente jusqu'à ce qu'elle fasse l'objet d'une condamnation entrée en force.»). Ganz analog statuiert Art. 6 Ziff. 2 EMRK unter dem Marginale «Faires Verfahren»: «Jede Person, die einer Straftat angeklagt ist, gilt bis zum gesetzlichen Beweis ihrer Schuld als unschuldig.» (französisch: «Toute personne accusée d'une infraction est présumée innocente jusqu'à ce que sa culpabilité ait été légalement établie.»).

Das überaus Frappierende an diesen Formulierungen ist nun, dass sie alle der unglücklichen Formulierung von **Jean Lemoine** folgen, die immerhin bereits aus dem 13. Jahrhundert stammt, wonach jemand als unschuldig «gilt» bzw. seine Unschuld angenommen (*présumer*) oder unterstellt werde. Das aber entspricht in keiner Weise den Beweislastregeln, aus denen sich die Unschuldsvermutung ergibt und auf die sie sich bezieht (**negativa non sunt probanda; ei incumbit probatio qui dicit, non qui negat**). Obliegt nämlich einer Partei der Beweis ihrer Behauptungen, so *gilt* dieser Beweis nicht etwa als nicht erbracht, solange er nicht erbracht wurde. Er ist nicht erbracht. Behaupte ich in einem Prozess, jemand schulde mir einen bestimmten Geldbetrag, so *gilt* das nicht als unwahr, solange es nicht bewiesen ist; es ist nicht wahr. Es gibt nicht einerseits als unschuldig Geltende und andererseits Schuldige (wie die Dichotomie in Art. 32 BV vermuten lassen könnte). Auch eine Anklage ändert daran nichts. Denn es gibt natürlich nicht Unschuldige, An-

geklagte, die nur als unschuldig gelten, und schliesslich Schuldige. Gelingt demjenigen, der etwas behauptet, der Beweis seiner Behauptung nicht, so ist er eben gescheitert. Und auch die Tatsache, dass er die Behauptung überhaupt vorgebracht hat, vermag daran, dass sie nicht besteht, solange sie nicht bewiesen wurde, schlicht nichts zu ändern. Eine Forderung wird nicht schon deshalb glaubwürdiger, weil sie jemand erhebt. In einem Rechtsstaat ist es üblich, dass der Staat dazu berechtigt ist, Behauptungen tatsächlicher oder rechtlicher Natur zu erheben. Gegenstück dieser Berechtigung aber ist eben, dass er auch verpflichtet, seine Behauptung zu beweisen. An der Glaubwürdigkeit der Behauptung, es habe jemand eine Straftat begangen, ändert sich nichts dadurch, dass diese Behauptung erhoben wird, und zwar auch dort nicht, wo dies durch den Staat und seine Vertreter geschieht. Und die Schuld einer Person wird nicht dadurch wahrscheinlicher oder glaubwürdiger, dass der Staat sie anklagt, solange es nicht gelingt, diese Anklage zu beweisen. Wir alle sind daher nicht nur *vermutungsweise* unschuldig des Diebstahls, Mordes oder der Vergewaltigung. Wir gelten nicht bloss als unschuldig, wir *sind* es in jedem erdenklichen möglichen rechtlichen Sinne. Denn die Tatsache, dass uns jemand, und sei es auch der Staat oder seine Vertreter, eines Rechtsbruches verdächtigt oder uns deswegen anklagt, kann am Zustand umfassender und vollständiger Unschuld nach dem Recht schlicht nichts ändern. Unsere Unschuld wird also nicht vermutet. Sie besteht so klar, zweifelsfrei und uneingeschränkt, wie nur irgendetwas im Recht bestehen kann.

Wir sind nicht nur vermutungsweise unschuldig, sondern ganz im Gegenteil vor dem Recht ebenso zweifelsfrei unschuldig wie Sonne und Mond. Das ändert sich auch nicht, wenn wir angeklagt werden. Ist die Entscheidung über unsere Schuld einem Gericht übertragen, so besteht sie vor seinem Entscheid eben nicht, und zwar weder vermutungsweise noch tatsächlich. Denn logisch unumgänglich kann sie schlicht nicht bestehen. Dies ist denn auch der Grund, dass die Strafverteidigern nicht selten gestellte

Frage, wie sie bloss Diebe, Mörder und Vergewaltiger verteidigen könnten, völlig sinnlos ist, denn verteidigt werden eben gerade nicht Diebe, Mörder und Vergewaltiger, sondern Menschen, die des Diebstahls, Mordes oder der Vergewaltigung beschuldigt oder angeklagt werden. Und daran ändert sich selbst dann nichts, wenn die Mandanten den vorgeworfenen Sachverhalt eingestehen, denn warum sollte glaubwürdiger sein, wenn sie ihn gestehen, als wenn sie ihn bestreiten. In beiden Varianten fällt das Gericht die verbindliche Entscheidung, und gerade nicht der Angeklagte oder sein Ankläger.

Es handelt sich also gerade nicht um eine blosser Vermutung der Unschuld, nicht um eine blosser Annahme (presumption, presumption). Nur das Gericht entscheidet verbindlich und gültig. Und solange dies nicht geschehen ist, gibt es nichts zu vermuten oder anzunehmen, sondern hat der Staat schlicht seine Arbeit nicht getan, nämlich den überzeugenden Nachweis geführt, dass seine Behauptungen mehr als blosser Behauptungen sind. Wir haben nicht *vermutungsweise* keine Delikte begangen. In den Augen des Rechts haben wir bis zum Beweis des Gegenteils schlicht überhaupt keine Delikte begangen. Die blosser Möglichkeit oder gar Wahrscheinlichkeit einer Deliktsbegehung reicht eben nicht aus. Täte sie es, wir alle sässen wohl im Gefängnis. Wird dem Recht eine Sache zur Entscheidung übertragen, dann ist damit auch klar, (1) dass sie entschieden werden muss (Verweigerung der Entscheidung ist Rechtsverweigerung), und (2) dass vor dieser Entscheidung die Sache eben nicht entschieden ist. Vor dem Recht sind wir nicht *möglicherweise* Engel oder *höchstwahrscheinlich* tot; bis zur verbindlichen Entscheidung sind wir eben weder Engel noch tot.

Und wenn der Vorwurf, ein Delikt begangen zu haben, eine Bedeutung haben soll, dann ist Voraussetzung davon, dass ein klares Kriterium dafür existiert. Und wenn dieses Kriterium in der verbindlichen Entscheidung eines Gerichtes

Wir alle sind vor dem Recht bedingungslos unschuldig, solange der Staat seine Arbeit nicht getan hat, indem er ein Gericht vom Gegenteil überzeugt hat.

besteht, dann sind wir nicht *möglicherweise* unschuldig, wir *gelten* nicht als unschuldig, sondern wir sind es. Vollumfänglich und bedingungslos. Nicht unsere Unschuld wird also vermutet (denn sie besteht vor dem Recht grundsätzlich bis zum Beweis des Gegenteils). Statuiert wird vielmehr, dass der Staat solange seiner Beweisführungspflicht nicht nachgekommen ist, bis er ein Gericht von unserer Schuld überzeugt.

Unschuldsvermutung meint also nichts anderes, als dass ungenügende Beweise für die vorgebrachte Behauptung einer strafbaren Handlung bestehen bzw. dass der Schuldbeweis gescheitert oder jedenfalls (noch) nicht gelungen ist. Die eingangs zitierte ausgelutschte Floskel «im Übrigen gilt die Unschuldsvermutung» sagt also nichts anderes als: Für die vorgebrachten Beschuldigungen und Verdächtigungen bestehen zu diesem Zeitpunkt schlicht keine rechtsgenügenden Beweise oder Belege. Für diejenigen von einfachem Gemüt: Ich, Journalist, erzähle einfach eine Geschichte und spekuliere ein bisschen darüber, was sein könnte. Ich profitiere zwar von meiner Behauptung, es sei etwas Strafbares begangen worden, habe dafür aber keine Beweise.

Wahrung fremder Interessen, nicht eigener

Stephan Bernard

Der Anwalt hat fremde Interessen zu wahren. An seiner Patentierung weiss er juristisch viel über Vieles. Ins Berufsleben wird er aber ohne nennenswerte Kenntnis der strategischen, taktischen und psychosozialen Aspekte seiner Profession entlassen. Was es heissen könnte, fremde Interessen zu wahren, und nicht eigene, kognitiv und emotional, in der Erkenntnis und Akzeptanz von Interessen, die in jeder Hinsicht fremd zu den eigenen sind, hinsichtlich des Prestiges und der Selbstachtung, das hat er weder an der Universität noch der Anwaltsprüfung reflektieren müssen. Einige Schlagwörter der Rechtsprechung und der Dogmatik zum Anwaltsgesetz (BGFA) zu kennen, reichte als Auseinandersetzung mit dem Kern seines künftigen Berufsethos aus. Und im Übrigen schienen seinen Examinatoren dogmatische

Wahrung fremder Interessen, nicht der eigenen, stellt Anforderungen an den Anwalt, die sich nicht leicht umsetzen lassen und vielfach auch widersprüchlich sind.

Erörterungen vom ZGB übers SchKG bis hin zum kantonalen Verwaltungsrecht ohnehin wichtiger und waren damit prüfungsüberlebensnotwendiger. Der frisch patentierte Anwalt gleicht daher einem Musiker, der zwar vorzüglich Notenblätter liest, aber kein Instrument bespielt.

Weshalb die Anwaltsausbildung diesen beruflichen Zentralnerv mit einer geradezu augenfälligen Blindheit ausblendet, beschäftigt mich seit längerem immer wieder aufs Neue. Ich vermute den Hauptgrund darin, dass sich Juristen hier mit Zwiespältigem, Abgründigem, nicht einfach Justiziablem auseinandersetzen müssten. Dem wollen sie bei der Lösung menschlicher Probleme und Konflikte mit ihrer scheinengenauen Dogmatik gerade entkommen. Fremde Interessen zu wahren, lässt sich weder in konzisen Definitionen noch in solid vermessener Gesetzgebung oder Rechtsprechung einfangen. Es handelt sich letztlich um ein kognitives und emotionales Ringen zu einem gelebten Ethos, das sich zumindest an seinen Rändern einer exakten Konturierung entzieht. Dies ist wohl der Grund, warum sowohl die anwaltliche Ausbildung als auch in der Regel selbst die anwaltliche Fortbildung die Thematik meiden. Die fehlende Auseinandersetzung mit der Wahrung fremder Interessen, nicht der eigenen, bleibt damit ein im kollektiven beruflichen Unbewussten belassener anwaltlicher Schatten.

Bei der Verteidigung wegen Kapitalverbrechen kommt ein Prototyp des anwaltlichen Ethos zum Tragen. Nicht trotz, nein, gerade weil er

eines Schwerverbrechens verdächtigt wird, bedarf der Beschuldigte eines Verteidigers, der seine Interessen vertritt – und nur seine. Hier spürt der Anwalt am deutlichsten, was es heisst, fremde Interessen zu wahren, nicht seine eigenen. Schuld und Unschuld stehen erst nach dem Verfahren fest. Unabhängig davon, ob die Presse, die Öffentlichkeit, die Strafjustiz und sogar der Anwalt selbst den vermeintlichen Schwerebrecher schon vor dem Abschluss des Verfahrens für überführt halten, hat die Verteidigung für die Optimierung seiner Interessen einzustehen. Es fordert den Anwalt besonders, wenn er einen grossen Ekel von der vermeintlichen Tat spürt, diese moralisch grundsätzlich verurteilt oder die öffentliche Vorverurteilung immens ist. Dem kann er letztlich nur begegnen, indem er entweder das Mandat niederlegt oder von seinen eigenen Gefühlen und seinem Bedürfnis nach sozialer Zugehörigkeit zur Allgemeinheit abstrahiert, um den Zugang zu den konkreten Interessen seines Klienten zu finden. Dabei hat der Anwalt nicht ein Mann ohne Eigenschaften zu sein, sondern einen persönlichen Resonanzraum zu bieten. Dies ermöglicht dem Klienten im besten Fall seine Interessen in, neben und nach dem Verfahren (ansatzweise) zu erkennen und formulieren. Denn Klienteninteressen können weit komplexer sein, als «auf ein freisprechendes oder möglichst mildes Urteil hinzuwirken» (BGE 106 Ia 105). Manchen Klienten ist die Wahrung der persönlichen Haltung wichtiger als ein mildes Urteil, für andere erscheint ein faires Verfahren zentraler als das Resultat des Verfahrens und vielfach stehen verschiedene Klienteninteressen auch in sich im Widerspruch zueinander und lassen sich zumindest nicht gleichzeitig realisieren. Dem Anwalt obliegt es, sich eingehend mit dem Klienten und seinen konkreten Anliegen auseinanderzusetzen und nötigenfalls seine eigenen Vorstellungen einer optimalen Interessensvertretung zurückzustellen, wenn diese den tatsächlichen Interessen des Klienten widersprechen. Gerade das Vertrauen, die Verteidigung engagiere sich effektiv für Beschuldigten- und nicht Anwaltsinteressen, ist für viele Mandanten wichtiger als alles

andere; davon hängt jede zielführende, weitere Verteidigungshandlung ab.

Die klassische Thematik einer konsequenten Interessenvertretung bei der Verteidigung eines Schwerverbrechers zeigt sich in Miniatur bei sämtlichen Vertretungen analog. Auch hier bietet die Wahrung fremder Interessen und nicht der eigenen zahlreiche Stolpersteine. Bereits die Selbsterkenntnis der eigenen anwaltlichen Interessen und die Abstraktion von diesen ist ein hoher Anspruch. Das derzeitige kulturelle Leitbild sieht eine defizitär-narzisstische unternehmerische Selbstoptimierung vor, die wenig zu tun hat mit der Kultivierung eines ausgereiften und autonomen Selbst im Sinne eines Individuationsprozesses und schon gar nichts mit der Transzendenz des Selbst im Sinne der Mystik eines Meisters Eckhart oder des buddhistischen edlen achtfachen Pfades. Das Erkennen und Zurückstellen des eigenen Interesses und defizitär-narzisstischen Selbst stehen damit quer in der gesellschaftlichen Landschaft und weisen beinahe schon eine subversive, spirituelle Dimension auf. Ein weiterer, ganz profaner Stolperstein bildet die Wissensasymmetrie zwischen Anwalt und Klient. Der Anwalt darf sich weder dazu verleiten lassen, den eigenen Klienten zu übervorteilen, noch zu glauben, dass er die fremden Interessen besser kennt als dieser selbst. Die Goldene Regel, den anderen so zu behandeln, wie man selber behandelt werden möchte, mag für den Anwalt ein sinnvoller gedanklicher Ausgangspunkt sein. Sie reicht indessen nicht aus. Möglicherweise möchte der Klient gerade eine andere Behandlung als der Anwalt meint in dessen Situation erfahren zu möchten.

Doch selbst wenn es dem Anwalt gelänge, von den eigenen Interessen zu abstrahieren und die effektiven Interessen des Klienten zu erkennen, bleibt für die meisten die anwaltliche Berufsausübung immer noch zumindest auch wirtschaftsbürgerlicher Broterwerb und nicht ausschliesslich staatsbürgerliches Engagement; was zur Wahrung der Klienteninteressen in einem Spannungsverhältnis steht: Sofern der Klient gleichzeitig auch Zahlungsstelle ist, steht die wirtschaftliche Op-

timierung des Anwalts in einer prinzipiell antagonistischen Anlage zum finanziellen Interesse des Klienten. Wenn Dritte zahlen, wird die Sache wegen dem zusätzlich ins Spiel kommenden Drittinteresse auch nicht einfacher. Das Drittinteresse deckt sich vielfach weder mit den Klienten- noch dem Anwaltsinteresse. Der Anwalt droht zum Diener zweier Herren zu werden. Dies gilt unabhängig davon, ob die Entschädigung von Bekannten des Klienten, Rechtsschutzversicherungen oder dem Staat ausgerichtet wird. Entweder droht die anwaltliche Unabhängigkeit von explizit oder implizit vorgebrachten (ökonomischen) Drittinteressen beispielsweise von zahlenden Bekannten oder Rechtsschutzversicherungen unterlaufen zu werden; oder der anwaltliche Aktionsradius wird finanziell auf das «notwendige Minimum» begrenzt wie bei Pflichtverteidigungen und unentgeltlichen Rechtsverteidigungen. Akzentuiert wird dies bei der Vertretung gesellschaftlich marginalisierter wie Sozialhilfebeziehenden, Asylsuchenden oder Strafgefangenen, die einen besonderen anwaltlichen Einsatz erfordern. Die staatliche Entschädigungspraxis ist hier vielfach derart dürftig bzw. wird vielfach sogar ganz verweigert, dass die Anwaltsseelen als *bourgeois* einerseits und *citoyen* andererseits geradezu zwangsläufig in Widerstreit geraten müssen: Gerade dort wo Grundrechte besonders gefährdet sind und Betroffenen das Recht Rechte zu haben, fast abgesprochen wird, scheitert deren Wahrnehmung an den finanziellen Ressourcen ganz besonders regelmässig. Seiner rechtsstaatlichen Relevanz zum Trotz, lässt sich die Vertretung solcher fremden Interessen fast nicht anwaltsmarktförmig organisieren. Der Anwalt in seiner Rolle als Wirtschaftsbürger gefährdet damit immer wieder seinen staatsbürgerlichen Auftrag, sämtlichen Menschen unabhängig von deren Herkunft, sozialer Rolle und Finanzkraft, den Zugang zum Recht zu verschaffen.

Am Ende bleibt ein Paradoxon zurück: Die Abstraktion von eigenen Interessen und dem eigenem Selbst ist für die Einlösung des anwaltlichen Kernethos zentral. Aber ohne eigene

Antriebskräfte und Kultivierung eines umfassend ausgereiften Selbst fehlte es an dem nötigen persönlichen Resonanzraum für den eigenen Klienten; dieser wiederum ist Voraussetzung, dass der Klient in der Auseinandersetzung mit einem Gegenüber seine Interessen evaluieren kann und die Verteidigung die nötige Durchsetzungskraft bei der Vertretung seiner Interessen gegen aussen erlangt. Der Anwalt bedarf einer greifbaren, konturierten eigenen Persönlichkeit bei idealtypisch gleichzeitiger Abstraktion von bzw. zumindest Realisierung der unweigerlich vorhandenen persönlichen Interessen. Zwischen den eigenen und fremden Interessen finden zwangsläufig wechselseitige Beeinflussungen statt. Die Wahrung fremder Interessen heisst aber weder, sich fremde Interessen zu eigen(en) zu machen, noch seine eigenen auf fremde Interessen zu projizieren. Dem Anwalt obliegt es daher, sich immer wieder bewusst zu machen, wo die eigenen bzw. die fremden Interessen enden, wo sie beginnen und wie sie zusammenspielen.

Die Wahrung fremder Interessen, nicht der eigenen, stellt Anforderungen an den Anwalt, die sich nicht leicht umsetzen lassen und vielfach auch widersprüchlich sind. Und diese Widersprüche lassen sich zu einem grossen Teil letztlich gar nicht auflösen. Eine abschliessende Antwort, was dieser berufliche Kernethos bedeutet, scheidet bereits daran, dass sich verschiedene fremde Interessen der unterschiedlichen Klienten nur scheinbar gleichen. Darüber hinaus verändern sich im Verlauf eines Anwaltslebens auch die eigenen Interessen. Schliesslich stehen die eigenen und fremden Interessen in jeder Konstellation aufs Neue in einem sich verändernden Wechsel- und Zusammenspiel. Hinter einem scheinbar spröden, rationalen Juristenberuf verbirgt sich damit bei gewissenhafter Herangehensweise eine philosophische, fast schon spirituelle Praxis. An jeder beruflichen Wegmarke stellt sich die Grundschwierigkeit immer wieder aufs Neue: Der Anwalt wahrt fremde Interessen, nicht seine eigenen.

Aktienrechtsrevision zum Ersten

In der Botschaft zur Änderung des Obligationenrechts (Aktienrecht) vom 23. November 2016 (BBl 2017 399) und dem entsprechenden Entwurf (BBl 2017 683) schlägt der Bundesrat u.a. auch Änderungen des Strafgesetzbuches vor (BBl 2017 748 f.). Einige dieser Vorschläge stellen wir in dieser und den nächsten Ausgaben – als (Vor) Warnung – vor.

Es soll unter anderem Art. 34 Abs. 2 StGB eine Änderung erfahren, welche die heute geltende Obergrenze eines Tagessatzes Geldstrafe von CHF 3'000 aufhebt:

«(...) Das Gericht kann den Tagessatz ausnahmsweise bis auf 10 Franken senken, wenn die persönlichen und wirtschaftlichen Verhältnisse des Täters dies gebieten. **Es kann die maximale Höhe des Tagessatzes überschreiten, wenn das Gesetz dies vorsieht.** (...)»

Selbstverständlich sieht das Gesetz – konkret ein neuer Art. 154 StGB (Strafbarkeit der Mitglieder des Verwaltungsrats und der Geschäftsleitung von Gesellschaften, deren Aktien an einer Börse kotiert sind) in seinem Abs. 4 – eine solche Überschreitung vor:

«Für die Berechnung der Geldstrafe ist das Gericht nicht an die maximale Höhe des Tagessatzes (Art. 34 Abs. 2 erster Satz) gebunden; die Geldstrafe darf jedoch das **Sechsfache der Jahresvergütung, die im Zeitpunkt der Tat mit der betroffenen Gesellschaft vereinbart ist, nicht übersteigen.**»

Inspirationsquelle dieser Strafdrohung ist natürlich der mit der eidg. Volksinitiative «Gegen die Abzockerei» angenommene Art. 95 Abs. 3 lit d. BV (AS 2013 1303). Diese Bestimmung (und damit auch Art. 154 Abs. 4 E StGB) kollidiert jedoch mit einer anderen Norm von Verfassungsrang, dem Herzstück jedes aufgeklärten Strafrechts: dem Satz «keine Strafe ohne Gesetz». Daraus fliesst u.a. auch das Bestimmtheitsgebot, das bekanntlich nicht nur die Verhaltensnorm, sondern auch die zugehörige Sanktion beschlägt. Das bedeutet nun keineswegs, dass die exakte Sanktion schon im Vornherein feststehen müsste, aber ein gewisser Rahmen ist verlangt. Art. 154 Abs. 4 E StGB kennt nun schlechterdings keine Obergrenze; ist die Jahresvergütung CHF 50 Mio., kann die Geldstrafe bis zu CHF 300 Mio. betragen usw. Das ist mit Art. 1 StGB nicht vereinbar (wie im Übrigen auch die Strafdrohungen von Art. 175 DGB, Art. 56 StGH oder Art. 49a KG nicht). Und dass diese Geldstrafe womöglich auch gleich noch im Strafbefehlsverfahren ausgefällt wird, macht die Sache auch nicht wirklich besser.

Zwar ist das Schicksal der Aktienrechtsrevision und damit auch dieser StGB-Bestimmungen zurzeit unklar, doch sei daran erinnert, dass sich Art. 154 E StGB schon heute in fast identischer Form in Art. 24 VegüV, einer Verordnung (!), findet.

Marcel Alexander Niggli / Stefan Maeder

Gedanken zur Gutachtenspraxis im Strafverfahren

Markus J. Meier / Adrian Bigler

Die Begutachtung beschuldigter Personen oder möglicherweise inkriminierter Sachverhalte im Strafprozess ist regelmässig Anstoss zu Diskussionen und mitunter auch zu Kritik. Vorliegend sollen Fragen, welche bislang unter Kolleginnen und Kollegen rege diskutiert wurden, der interessierten Leserschaft zugänglich gemacht und mit einigen Gedanken der Autoren versehen werden. Die Autoren beschränken sich dabei auf drei hauptsächliche Fragen zur (vermeintlichen) Unabhängigkeit von Sachverständigen.

Frage 1: Warum haben nicht alle Gutachten den gleichen Stellenwert? Gemäss Art. 182 StPO werden Gutachten «zur Feststellung oder Beurteilung eines Sachverhalts» in Auftrag gegeben, wenn die auftraggebende Behörde nicht über die dazu notwendigen Kenntnisse und Fähigkeiten verfügt. Mit anderen Worten hilft die (nichtjuristische) Wissenschaft dem Juristen bei der Erstellung des Sachverhalts, sobald der Jurist «am Ende seines Lateins» ist. Man könnte den Gutachter somit auch als beauftragten Gehilfen des jeweiligen Juristen bezeichnen. Bei der Erstellung eines Gutachtens hält sich der Sachverständige – dies ist zumindest anzunehmen – an die Regeln und die aktuellsten Erkenntnisse der von ihm angewandten Wissenschaft. Doch selbst die nichtjuristische Wissenschaft dürfte nicht aller Fehler erhaben sein. Auch besteht stets Raum für abweichende Ergebnisse. Gutachterliche Analysen können etwa zu abweichenden Ergebnissen gelangen, je nachdem etwa, welche

Methode angewandt wird. Dies wiederum hätte nach den obigen Ausführungen einen nicht unwesentlichen Einfluss auf die Erstellung des entscheiderelevanten Sachverhalts.

Die beschuldigte Person muss an der Erstellung des Sachverhalts bekanntlich nicht mitwirken – sie kann aber. Dies könnte z.B. in der Form eines selbst in Auftrag gegebenen Gutachtens geschehen. Doch gerade in dieser Aussage liegt mit Bezug auf vorliegende Fragestellung «des Pudels Kern begraben». Denn: Gutachten, welche von der beschuldigten Person in Auftrag gegeben wurden, werden in der gerichtlichen Würdigung regelmässig als «Parteiaussagen» abgetan. Sie erfahren damit in der Beweiswürdigung geringere Beachtung als etwa «staatsanwaltschaftliche» Gutachten. Gedanke dahinter dürfte wohl sein, dass der «Parteigutachter» sich (zu sehr) den Interessen seines Auftraggebers verschrieben haben könnte, um noch neutral begutachten zu können (vgl. dazu aber auch die Fragen 2 und 3). Dies aber täte der Wissenschaft, welche auch hinter Parteigutachten steckt, Unrecht. Bei Lichte betrachtet hiesse dies nämlich, dass ein behördlich eingesetzter Wissenschaftler einzig nach den Regeln der Kunst, ein «Parteigutachter», aber auch einmal entgegen diesen Regeln und einzig im Interesse der auftraggebenden Partei begutachtet. Hält man sich die nachfolgenden Ausführungen vor Augen, könnte dieser Vorwurf aber durchwegs auch mit umgekehrten Vorzeichen erhoben werden. Zugegebenermassen hat das Parteigutachten

einen strukturellen Nachteil, weil es nicht parteiöffentlich erstellt wird. Mit anderen Worten kann die auftraggebende Partei somit wählen, ob sie das Parteigutachten zum Verfahrensgegenstand macht oder nicht. Abgesehen davon müsste unseres Erachtens aber ein wissenschaftlicher Gutachter stets der (wissenschaftlich bedingten) Neutralität und Sachlichkeit verpflichtet sein und nicht irgendwelchen Partikularinteressen. Die Wissenschaftlichkeit müsste mithin aus dem Gutachten hervorgehen. Bestünden zwei voneinander abweichende Gutachten zum selben Gegenstand, so wäre es Aufgabe des urteilenden Gerichts, deren Ergebnisse im Rahmen der Beweiswürdigung zu werten. Wird eines der Gutachten aber von vornherein als weniger «werthaltig» abgetan, umgeht das Gericht seine eigentliche Aufgabe, unabhängig alle Beweise frei zu würdigen.

Frage 2: Weshalb ist die einseitige Einsetzung von Gutachtern akzeptiert? Weil es so im Gesetz steht, könnte man antworten. Die StPO sieht in Art. 182 schliesslich vor, dass «Staatsanwaltschaft und Gerichte» Gutachter einsetzen. Eine derart verkürzte Antwort täte aber der (Rechts-)Wissenschaft wiederum Unrecht.

Während die Einsetzung eines Gutachters durch ein unabhängiges Gericht zwar noch unproblematisch scheint, verhält es sich bei der Einsetzung durch die verfahrensführende Staatsanwaltschaft wohl etwas komplizierter. Auch diese ist während des Vorverfahrens zwar – zumindest theoretisch – zur Objektivität verpflichtet. Sehenden Auges wird in der Praxis allerdings akzeptiert, dass die proklamierte Neutralität im Vorverfahren eine äusserst schwierig umzusetzende und bei Lichte betrachtet wohl nur eine vermeintliche ist. Bei der Vergabe von Gutachtensaufträgen durch die Staatsanwaltschaft könnte mithin ebenfalls von einer parteiischen Vergabe ausgegangen werden. Diese Annahme könnte zusätzlich damit untermauert werden, dass die Staatsanwaltschaft selbst entscheidet, welche Verfahrensakten dem Gutachter zur Verfügung

gestellt werden. Damit könnte sie das Gutachten wesentlich beeinflussen. Wohl nicht zu Unrecht plädieren **Bernard, Studer & Gfeller** deshalb in der NZZ vom 15.11.2017 «für eine faire Gutachtensvergabe».

Problematisch ist die parteiische Vergabe von möglicherweise verfahrensentcheidenden Gutachten nämlich insbesondere dann, wenn z.B. psychiatrische Gutachten in Auftrag gegeben werden. Bei der Psychiatrie handelte es sich bekanntlich nicht um eine exakte Wissenschaft. Die Wahl des Gutachters und die von diesem allenfalls bevorzugte Methode können mithin das Ergebnis einer Begutachtung und damit den zu beurteilenden Sachverhalt prägend beeinflussen. Dem könnte selbstredend entgegengehalten werden, dass die betroffenen Parteien stets Gelegenheit haben, zum von der Staatsanwaltschaft beauftragten Gutachter und zum Gutachtensauftrag selbst Stellung zu nehmen. Beachtet werden muss, dass es sich dabei aber eben um nichts anderes als eine Möglichkeit zur «Stellungnahme» handelt. Diese kann jeweils höchstens in der Ablehnung eines Gutachters, nicht aber in der Wahl eines anderen – oder eigenen – Gutachters resultieren. Ein entsprechendes Recht auf eigene Wahl des Gutachters besteht nicht. Das Recht zur Stellungnahme schafft somit nur einen vermeintlichen Ausgleich des Ungleichgewichts. Eine mögliche Lösung wäre auch hier eine neutrale Vergabestelle für Gutachteraufträge, wie sie etwa von den obgenannten Autoren proklamiert wird; eine andere Lösung die Akzeptanz der Gleichwertigkeit von durch die betroffene Person in Auftrag gegebenen Gutachten (vgl. dazu aber oben Frage 1).

Weniger problematisch – so scheint es zumindest auf den ersten Blick – könnte die Vergabe von Gutachten im Bereich der exakten Wissenschaften sein. Das Wort «exakt» möchte vermeintlich gerade darstellen, dass ein Gutachten im Rahmen der Analyse ein und derselben Ausgangslage stets zum selben Resultat gelangen sollte. Auch in der StPO scheint dieser Glaube an die Exaktheit grund-

sätzlich verankert zu sein. So kann gemäss Art. 184 Abs. 3 StPO von der Einholung einer Stellungnahme der Parteien abgesehen werden, wenn «lediglich» die Bestimmung der Blutalkoholkonzentration oder des Reinheitsgrads von Stoffen, der Nachweis von Betäubungsmitteln im Blut oder die Erstellung eines DNA-Profiles Gegenstand des Gutachtens ist. Die Annahme der Exaktheit dürfte aber wohl nur eine fadenscheinige sein. Aus der Sicht von Laien können auch exakte Wissenschaften nicht immer für absolute Exaktheit garantieren (Stichwort: Fehlertoleranzen). Nicht zuletzt beeinflussen im Bereich der exakten Wissenschaften auch die gewählte Untersuchungsmethodik oder deren Anwendung, das Resultat in wohl nicht unerheblicher Weise. Beispielhaft wurde in jüngster Vergangenheit etwa aufgedeckt, dass das vermeintliche «Wundermittel» der DNA-Analyse keineswegs stets eindeutige Resultate liefert. Auch im Bereich der exakten Wissenschaften bestünde also ein Bedürfnis nach Überprüfung gutachterlicher Feststellungen oder aber zumindest die Offenheit zu wissenschaftlichem Diskurs (vgl. auch Frage 3).

Ein derartiger Diskurs könnte etwa erzielt werden, indem «Parteigutachten» denselben Stellenwert wie ein «staatsanwaltschaftliches Gutachten» erhalten würden oder das Gutachten der Staatsanwaltschaft im gerichtlichen Verfahren eben auch bloss als «Parteigutachten» angesehen würde. Die Staatsanwaltschaft ist im Hauptverfahren letztlich ja nichts anderes als eine «Partei».

Einzig das Finden eines kompetenten Gutachters durch die beschuldigte Person würde dann wohl noch Schwierigkeiten bereiten. Gerade im Bereich der exakten Wissenschaften beschränkt sich diese Kompetenz auf – meist staatlich geführte – «Kompetenzstellen» (vgl. etwa FOR oder IRM).

Frage 3: Warum stehen FOR und IRM der breiten Öffentlichkeit nicht zur Verfügung? Gerät die beschuldigte (Privat-)Partei an eine

«Kompetenzstelle», wie das Forensische Institut (FOR) oder das Institut für Rechtsmedizin (IRM), stösst sie meist auf verschlossene Türen. Das IRM Zürich wirbt auf seiner Homepage etwa explizit damit, dass man Gutachten im Bereich der Verkehrsmedizin «im Auftrag von Strassenverkehrsämtern, Untersuchungs- und Justizvollzugsbehörden sowie Gerichten» anfertigt – ein allgemeines Angebot an Private wird nicht aufgeführt. Regelmässig werden konkrete Anfragen von Privaten – nicht nur beim IRM Zürich, dies zumindest zeigt sich in der Praxis der Autoren – mit Aussagen, man wolle nicht «Gutachten gegen Kollegen» erstellen oder «wir machen keine Privatgutachten», abgetan. Diese Aus-/Absagen zeigen dann aber zweierlei:

Einerseits ist darin ein Indiz zu sehen, dass man von den hauptsächlich auftraggebenden Behörden doch nicht ganz so unabhängig ist, wie man sich gerne darstellen würde. Dies würde dann auch das obige Dafürhalten für die Gleichwertigkeit von Privatgutachten unterstützen. Doch, was wäre denn das Problem, auch Privatgutachten zu machen? Hätten die entsprechenden Stellen zu fürchten, von den Behörden nicht mehr mit Aufträgen versorgt zu werden? Wir denken, nein – ein entsprechender Bedarf wird wohl immer bestehen, das Angebot an «Kompetenzstellen» wird aber wohl eingeschränkt bleiben. Und: Unabhängige Stellen hätten doch für jedermann offen zu sein. Das offene Angebot gegenüber allen würde die Unabhängigkeit der Institute und damit verbunden auch deren Glaubwürdigkeit stärken.

Andererseits ist darin ein Indiz für eine nicht ausschliessliche Verpflichtung zur Wissenschaftlichkeit zu sehen. Gerade mit Bezug auf die Einholung von Privatgutachten bei ausserkantonalen Stellen macht die Abweisung mit den obgenannten Gründen eigentlich wenig Sinn. So würde man nicht Gutachten «gegen Kollegen», sondern eigene Gutachten in der eigenen Anwendung wissenschaftlicher Methoden erstellen. Kämen diese zu einem anderen Resultat, so wäre darin gerade der Sinn der

Einholung eines Zweitgutachtens zu sehen. Der jeweilige Gutachter dürfte dann ohne Weiteres zu «seinem» abweichenden Resultat stehen und dieses verteidigen wollen. Dies zumindest geböte die Verpflichtung zur Wissenschaftlichkeit. Käme das Privatgutachten zum selben Resultat, wie das bereits bestehende Gutachten, so wäre

darin wiederum kein Problem zu sehen, müsste kein Diskurs stattfinden, sondern würde der Kollege in seinem Resultat bestärkt.

Es stellt sich somit insgesamt die Frage: Warum besteht eine derart ablehnende Haltung gegenüber Privatgutachten?



Terrorismus & juristisches Handwerk

Marcel Alexander Niggli

Der Bundesrat will – laut seiner Medienmitteilung vom 14. September 2018 – bei der Terrorismusbekämpfung «das Strafrecht gezielt anpassen». Grundsätzlich erfreulich ist dabei, dass es gezielt erfolgen soll, weil eine planlose und erratische Anpassung kaum erwünscht dürfte. Sonst hält sich die Freude aber in engen Grenzen. In der **Botschaft zur Genehmigung und zur Umsetzung des Übereinkommens des Europarats zur Verhütung des Terrorismus mit dem dazugehörigen Zusatzprotokoll sowie zur Verstärkung des strafrechtlichen Instrumentariums gegen Terrorismus und organisierte Kriminalität** vom 14. September 2018 (BBl 2018 6427) schlägt der Bundesrat nämlich u.a. eine Revision von Art. 260^{ter} StGB vor, der u.a. um die sog. «terroristische Vereinigung» (Art. 260^{ter} Abs. 2) erweitert werden soll.

Der bisherige Art. 260^{ter} StGB verlangt als zentrales Abgrenzungskriterium der kriminellen von der nicht-kriminellen Organisation u.a., dass sie «ihren Aufbau und ihre personelle Zusammensetzung» geheim hält. Dieses Kriterium mag nun mehr oder weniger gut die kriminelle Organisation beschreiben, es passt aber zweifellos schlecht auf «terroristische Vereinigungen». Terrorismus taucht zwar in Art. 260^{quinqüies} StGB auf, doch wird in dieser Norm eben die Terrorismusfinanzierung geregelt und terroristische Vereinigungen nicht explizit erwähnt.

Terrorismus, so scheint es, stärkt zwar die moralischen Gefühle, schwächt aber die Qualität der juristischen Arbeit. Zwei Beispiele: (1) In grotesker Verkennung der eigenen Kompe-

tenzen etwa hatte die damalige Eidgenössische Bankenkommision (EBK) in ihrer Verordnung (!) zum Geldwäschereigesetz ohne jede gesetzliche Grundlage schon 2003 bestimmt, dass terroristische Organisationen als kriminelle Organisationen im Sinne von Art. 260^{ter} StGB gelten sollten (Art. 1 GwV EBK; ebenso Art. 5 GwV EBK: «terroristische oder eine andere kriminelle Organisation»), doch kann das natürlich nicht als gesetzliche Grundlage zählen. (2) In einem jüngst erschienen Standardkommentar finden sich folgende Passagen: «Demnach hindert das Erfordernis der Geheimhaltung nicht daran, eine Organisation als kriminell zu qualifizieren, obschon sie bzw. ihre Mitglieder die Tatsache, dass die kriminelle Organisation existiert, offenbaren» (Pajarola/Oehen/Thommen, Art. 260^{ter} N 303, in: Ackermann (Hrsg.), *Kriminelles Vermögen, Kriminelle Organisation*, Zürich 2018). Zwei Randnoten weiter (N 305) heisst es dann: «Eng verstanden würde das Tatbestandsmerkmal der Geheimhaltung solche Organisationen von der Anwendbarkeit von Art. 260^{ter} StGB ausnehmen. Angesichts der unbestrittenen Gefährlichkeit auch dieser Organisationen wäre ein solches Ergebnis jedoch nicht mit der ratio legis vereinbar.» Anders ausgedrückt: Zulasten eines Täters darf man das Kriterium eng auslegen, zu seinen Gunsten hingegen nicht. Das erscheint als doch arg nonchalante Vorwegnahme der Streichung des Kriteriums de lege ferenda, die etwas später vorgeschlagen wird.

Interessant ist nun, wie der Gesetzgeber mit dem Problem umgeht: Die bisherige Norm (Art. 260^{ter} StGB) soll als Abs. 1 bestehen bleiben und

weiterhin die «kriminelle Organisation» erfassen. Neu soll ein Abs. 2 hinzukommen, der die terroristischen Vereinigungen erfasst. Trotzdem soll die Definition der kriminellen Organisation – da man ja schon dabei ist – erweitert werden, indem das Kriterium der Geheimhaltung, das eigentlich Anlass der Schwierigkeiten war, gestrichen werden. Gestrichen werden soll also das seit seiner Einführung im Jahre 1994 bestehende Kriterium, obwohl die Argumente dagegen sich primär auf terroristische Vereinigungen beziehen, die ja neu separat und zusätzlich erfasst sein sollen.

Und wie lautet wohl die Begründung für diese Merkwürdigkeit? Nun ganz einfach. Es gibt keine. Nach ein paar wenigen Zeilen (um genau zu sein: 7 Zeilen) mit Bemerkungen zur Norm und zum Kriterium der Geheimhaltung wird ausgeführt: *«Es ist indessen nicht zu bestreiten, dass dieses gesetzliche Erfordernis der Geheimhaltung in der Lehre und Praxis zuweilen als nicht praktikabel bezeichnet worden ist. Der Bundesrat schlägt daher vor, auf dieses im geltenden Recht statuierte und damit grundsätzlich zwingende Typisierungsmerkmal zu verzichten.»* Ach so. Na dann! Jetzt wird das verständlich: Zuweilen (!) ist das Kriterium als unpraktisch bezeichnet

Zuweilen sind Botschaften als nicht praktikabel bezeichnet worden. Wir schlagen deshalb vor, darauf zu verzichten.

worden (als Beleg dient genau eine Quelle), deshalb streichen wir es jetzt. Na, wenn das keine Handwerks- und Argumentationskunst ist, was denn?

Wenn der Bundesrat seine Vorschläge auf immerhin beinahe 100 Seiten schon nicht begründen will, warum verzichtet er dann nicht ehrlich auf eine Begründung, statt so zu tun, als gäbe er eine. Zuweilen sind Botschaften als nicht praktikabel bezeichnet worden. Wir schlagen deshalb vor, besser ganz darauf zu verzichten.



Logik der Halbgefängenschaft

In einem jüngeren Entscheid (BGer 6B_726/2018 vom 29. Januar 2019, publiziert unter BGE 145 IV 10) hat sich das Bundesgericht mit den Voraussetzungen der Halbgefängenschaft auseinandergesetzt.

Wird für die Gewährung der Halbgefängenschaft indirekt das Vorliegen einer Grenzgängerbewilligung als negative Voraussetzung postuliert, so wird genau das untersagt, was die Bewilligung erlauben soll.

Anlass dafür bot die Weigerung der Genfer Strafvollzugsbehörde (*Service d'application des peines et mesures – SAPEM*) einem französischen Staatsbürger den Vollzug einer Freiheitsstrafe in Halbgefängenschaft zu gewähren. Die Strafvollzugsbehörde stützte sich dabei auf das interkantonale Reglement über den Vollzug von Strafen in Halbgefängenschaft (*Règlement de la Conférence latine des autorités cantonales compétentes en matière d'exécution des peines et mesures sur l'exécution des peines sous la forme de la semi-détention*, RSD, RS/GE E 4 55.07). Dieses sieht

in Art. 5 lit. d als Voraussetzung für den Strafvollzug in Halbgefängenschaft eine Aufenthaltsbewilligung in der Schweiz vor. Der französische Staatsbürger verfügte aber nur über eine Grenzgängerbewilligung, was nach Ansicht der Strafvollzugsbehörde nicht genüge.

Im Strafgesetzbuch wird die Halbgefängenschaft durch Art. 77b StGB geregelt. Diese Bestimmung sieht in Abs. 1 neben einem Gesuch des Verurteilten und einer Beschränkung auf Freiheitsstrafen bis 12 Monate lediglich vor, dass (a.) nicht zu erwarten ist, dass der Verurteilte flieht oder weitere Straftaten begeht; und dass (b.) der Verurteilte einer geregelten Arbeit, Ausbildung oder Beschäftigung von mindestens 20 Stunden pro Woche nachgeht. Von einer Aufenthaltsbewilligung ist im Strafgesetzbuch keine Rede.

Im oben erwähnten Entscheid erklärte das Bundesgericht die Praxis der Genfer Strafvollzugsbehörde für bundesrechtswidrig. Diese Lösung basiert auf der derogatorischen Kraft des Bundesrechts gemäss Art. 49 Abs. 1 BV (E. 2.1) und der abschliessenden Regelung der Halbgefängenschaft in Art. 77b StGB (E. 2.3). Zum letztgenannten Punkt griff das Bundesgericht auf die geschichtliche Entwicklung der Halbgefängenschaft im Strafgesetzbuch zurück. Beabsichtigt wurde mit der Revision des AT von 2007 eine dauerhafte Einführung der Halbgefängenschaft auf nationaler Ebene als Grundsatz für Freiheitsstrafen bis zu einem Jahr. Dieses Ziel blieb mit der letzten Revision des Sanktionenrechts 2018 unverändert. Beabsichtigt mit der AT-Revision war unter anderem eine gewisse Vereinheitlichung des Strafvollzugs. Diese Zielsetzung hat mit Art. 372 Abs. 3 StGB explizit Eingang ins Strafgesetz gefunden. Es sei den Kantonen somit nicht gestattet zusätzliche Voraussetzungen für die Gewährung der Halbgefängenschaft vorzusehen (E. 2.3).

Dem Argument der Genfer Strafvollzugsbehörde, wonach die Voraussetzung der Aufenthaltsbewilligung lediglich als Konkretisierung der fehlenden Fluchtgefahr zu sehen sei, folgte das Bundesgericht nicht. Es führte aus, dass die fehlende Fluchtgefahr schon in Art. 5 lit. b des betroffenen Reglements erwähnt sei, aber vor allem, dass das Fehlen einer Aufenthaltsbewilligung zwar in der Einschätzung der Fluchtgefahr mit einbezogen werden, dass daraus aber nicht automatisch und *per se* auf eine Fluchtgefahr geschlossen werden dürfe (E. 2.3).

Dieser Entscheid des Bundesgerichts ist in seinem Ergebnis zu begrüßen. Noch deutlicher wird dies, wenn man bedenkt, dass mit dieser zusätzlichen Voraussetzung ein völlig widersprüchliches Gebilde geschaffen wurde. Die Grenzgängerbewilligung erlaubt einem Ausländer in der Schweiz erwerbstätig zu sein, unter der Bedingung einer wöchentlichen Rückkehr an den ausländischen Wohnort (vgl. Art. 25 Abs. 1 AIG). Die Halbgefängenschaft ihrerseits erlaubt dem Verurteilten seine Arbeit, Ausbildung oder Beschäftigung ausserhalb der

Anstalt fortzusetzen und die Ruhe- und Freizeit in der Anstalt zu verbringen (Art. 77b Abs. 2 StGB). Wird für die Gewährung der Halbgefängenschaft indirekt das Vorliegen einer Grenzgängerbewilligung als negative Voraussetzung postuliert, so wird genau das untersagt, was die Bewilligung erlauben soll. Erster Widerspruch. Weiter knüpft das Reglement formell an das Vorliegen einer Aufenthaltsbewilligung an. Die Ruhe- und Freizeit wird aber auch bei der Halbgefängenschaft zwingend im Gefängnis (d.h. in der Schweiz) zu verbringen sein. Eine Aufenthaltsbewilligung zu verlangen für den Vollzug einer Freiheitsstrafe in der Schweiz (d.h. für einen notwendigen, erzwungenen Aufenthalt in der Schweiz) stösst an die Grenzen der Logik. Zweiter Widerspruch.

Das Bundesgericht hat in seinem Entscheid einer bundesrechtswidrigen Praxis ein Ende gesetzt. Von einer Konkretisierung von Art. 77b StGB hätte nie die Rede sein dürfen, da diese Sinn und Zweck der Halbgefängenschaft zu tiefst entgegenstand.

Louis Frédéric Muskens

