

**Zeitschrift:** Zeitschrift für schweizerisches Recht = Revue de droit suisse = Rivista di diritto svizzero = Revista da dretg svizzer : Halbband II. Referate und Mitteilungen des SJV

**Herausgeber:** Schweizerischer Juristenverein

**Band:** 90 (1971)

**Artikel:** Verwaltungsrecht - Strafrecht : Verwaltungsstrafrecht

**Autor:** Pfund, W. Robert

**DOI:** <https://doi.org/10.5169/seals-896144>

### **Nutzungsbedingungen**

Die ETH-Bibliothek ist die Anbieterin der digitalisierten Zeitschriften auf E-Periodica. Sie besitzt keine Urheberrechte an den Zeitschriften und ist nicht verantwortlich für deren Inhalte. Die Rechte liegen in der Regel bei den Herausgebern beziehungsweise den externen Rechteinhabern. Das Veröffentlichen von Bildern in Print- und Online-Publikationen sowie auf Social Media-Kanälen oder Webseiten ist nur mit vorheriger Genehmigung der Rechteinhaber erlaubt. [Mehr erfahren](#)

### **Conditions d'utilisation**

L'ETH Library est le fournisseur des revues numérisées. Elle ne détient aucun droit d'auteur sur les revues et n'est pas responsable de leur contenu. En règle générale, les droits sont détenus par les éditeurs ou les détenteurs de droits externes. La reproduction d'images dans des publications imprimées ou en ligne ainsi que sur des canaux de médias sociaux ou des sites web n'est autorisée qu'avec l'accord préalable des détenteurs des droits. [En savoir plus](#)

### **Terms of use**

The ETH Library is the provider of the digitised journals. It does not own any copyrights to the journals and is not responsible for their content. The rights usually lie with the publishers or the external rights holders. Publishing images in print and online publications, as well as on social media channels or websites, is only permitted with the prior consent of the rights holders. [Find out more](#)

**Download PDF:** 09.01.2026

**ETH-Bibliothek Zürich, E-Periodica, <https://www.e-periodica.ch>**

# Verwaltungsrecht – Strafrecht (Verwaltungsstrafrecht)

Referat von Dr. W. ROBERT PFUND, Fürsprecher

Stellvertreter des Direktors  
der Eidgenössischen Steuerverwaltung \*

\* Dieses Referat gibt meine persönliche Auffassung wieder und bindet die Verwaltung in keiner Weise.



# Inhaltsübersicht

Abkürzungen . . . . .	111
Allgemeines Literaturverzeichnis . . . . .	113
<b>1. Einleitung . . . . .</b>	<b>115</b>
<b>2. Der Begriff «Verwaltungsstrafrecht» . . . . .</b>	<b>120</b>
2.1 Vorbemerkungen . . . . .	120
2.2 Überblick über die Lehrmeinungen und ihre Entwicklung . . . . .	122
2.2.1 Verwaltungsrechtslehre . . . . .	122
2.2.2 Strafrechtslehre . . . . .	129
2.3 Versuch einer Begriffsbestimmung . . . . .	132
2.4 Abgrenzungen . . . . .	135
<b>3. Standortbestimmung . . . . .</b>	<b>142</b>
3.1 Der moderne Sozial- und Wohlfahrtsstaat . . . . .	143
3.2 Wandlungen im Kreis der Normadressaten . . . . .	146
3.3 Was ist zu tun? . . . . .	147
<b>4. Neubewertung des Verwaltungsunrechts . . . . .</b>	<b>149</b>
4.1 Grundsätzliches . . . . .	149
4.2 Der Wertungswandel im Verwaltungsstrafrecht des Bundes . . . . .	154
4.2.1 Vorbereitung im Steuerstrafrecht . . . . .	155
4.2.2 Die Strafen der eidg. Getreidegesetzgebung . . . . .	157
4.2.3 Folgeerscheinungen . . . . .	162
<b>5. Verhältnis des Verwaltungsstrafrechts zum Strafgesetzbuch . . . . .</b>	<b>163</b>
5.1 Allgemeine Bestimmungen . . . . .	163
5.2 Altrechtliche Straftatbestände . . . . .	168
<b>6. Fragen der Gesetzeskonkurrenz . . . . .</b>	<b>171</b>
6.1 Allgemeine Regel . . . . .	171
6.2 Regel beim Fehlen einer Vorschrift im Verwaltungsgesetz . . . . .	172
6.3 Die ausdrücklichen Kollisionsnormen . . . . .	174
6.3.1 Kumulationsprinzip . . . . .	174

6.3.2	Prinzip der Subsidiarität des Verwaltungsstrafrechts . . . . .	175
6.3.3	Regeln über die Konkurrenz innerhalb des Verwaltungsstrafrechts . .	177
6.4	Würdigung und Lösung . . . . .	178
6.5	Gesetzestchnik . . . . .	180
6.5.1	Spezialitätsprinzip . . . . .	180
6.5.2	Subsidiarität . . . . .	181
<b>7.</b>	<b>Widerhandlungen in Geschäftsbetrieben . . . . .</b>	<b>183</b>
7.1	Bedeutung des Problems . . . . .	183
7.2	Das geltende Recht . . . . .	184
7.2.1	Gesetze ohne ausdrückliche Regel . . . . .	184
7.2.2	Regelung im Sinne von Art. 172 StGB . . . . .	185
7.2.3	Täterprinzip und Solidarhaftung des Geschäftsherrn usw. . . . .	186
7.2.4	Delikts- und Straffähigkeit der juristischen Person . . . . .	187
7.3	Die herrschende Lehre und die Praktiker . . . . .	188
7.4	Wege zu einer Lösung . . . . .	190
7.4.1	Neue Fragestellung . . . . .	190
7.4.2	Soziologische Gegebenheiten . . . . .	191
7.4.3	Psychologische Gegebenheiten . . . . .	192
7.5	Die neue Lösung . . . . .	194
7.5.1	Täterstrafrecht als Ausgangspunkt . . . . .	194
7.5.2	Ausdehnung der strafrechtlichen Verantwortung durch «Garantenhaf- tung» und «Neben- oder Nachtäterschaft» . . . . .	195
7.5.3	Einziehung des unrechtmäßigen Vorteils . . . . .	197
7.5.4	Kautio (Sicherungsgeld) . . . . .	199
7.5.5	Zugeständnis an die Praktikabilität (Bestrafung des Geschäftsbetriebes)	202
<b>8.</b>	<b>«Vielstraferei» und Rechtswirklichkeit . . . . .</b>	<b>205</b>
8.1	Problemstellung . . . . .	205
8.2	Lösungsmöglichkeiten . . . . .	210
8.2.1	Besonderes Sanktionenrecht? . . . . .	210
8.2.2	Verzicht auf überflüssige oder entbehrliche Verhaltensnormen . . . .	213
8.2.3	Rückbildung der Fahrlässigkeitsdelikte . . . . .	218
8.2.4	Nutzung des Verwaltungszwanges; im allgemeinen . . . . .	223
8.2.5	Ausbau des Ungehorsams-Blanketts . . . . .	225
8.2.5.1	Wesen des Blanketts . . . . .	225
8.2.5.2	Neubeurteilung des Blanketts im Lichte der ausgebauten Verwaltungs- rechtspflege . . . . .	228
8.2.5.3	Ausbau der Verwaltungsrechtspflege und Abbau der «Vielstraferei» .	229
8.2.6	Belebung der Ersatzvornahme . . . . .	232
8.2.6.1	Theorie und Praxis der Ersatzvornahme . . . . .	233
8.2.6.2	Probleme der Ersatzvornahme . . . . .	234
8.2.6.3	Ausblick . . . . .	239

## Abkürzungen

(Es sind nur die bei uns nicht oder weniger gebräuchlichen Abkürzungen aufgeführt.)

AE	Alternativ-Entwurf eines (deutschen) Strafgesetzbuches, Allgemeiner Teil 2. Aufl., Tübingen 1969, vorgelegt von JÜRGEN BAUMANN, PETER NOLL, HANS SCHULTZ, GÜNTER STRATENWERTH und anderen.
AFG	BG vom 1. Juli 1966 über die Anlagefonds, AS 1967, S. 115.
ALEO	Ausführungsverordnung vom 4. Januar 1940 zur Lohnersatzordnung, BS 5, S. 721.
AlkG	BG vom 21. Juni 1932 über die gebrannten Wasser (Alkoholgesetz), BS 6, S. 857.
ASA	Archiv für Schweizerisches Abgaberecht, Bern.
ASnF	Eidg. Gesetzessammlung, neue Folge (seit 1874).
BSpG	BG vom 8. November 1934 über die Banken und Sparkassen, BS 10 S. 337 und AS 1971, S. 808.
BStR	BG vom 4. Februar 1853 über das Bundesstrafrecht der Schweizerischen Eidgenossenschaft, AS 3, S. 404.
BVG	BG vom 20. Dezember 1968 über das Verwaltungsverfahren, AS 1969, S. 737.
B-VStR	Botschaft vom 21. April 1971 zum Entwurf eines BG über das Verwaltungsstrafrecht, BBl 1971 I 993.
D-	(mit Zusatz, z. B. D-StGB) Gesetz der Bundesrepublik Deutschland.
E-VStR	Entwurf eines BG über das Verwaltungsstrafrecht, vom 21. April 1971, BBl 1971 I 1027.
Expo-Festgabe	Das schweizerische Recht, Besinnung und Ausblick, Festschrift herausgegeben vom Schweizerischen Juristenverein zur Schweizerischen Landesausstellung Lausanne 1964, Basel 1964.
FStV	BG vom 30. Juni 1849 betreffend das Verfahren bei Übertretungen fiskalischer und polizeilicher Bundesgesetze, AS 1, S. 87 (vom BStrP außer Kraft gesetzt).
GG	BG vom 20. März 1959 über die Getreideversorgung des Landes (Getreidegesetz), AS 1959, S. 995.
KStB	BRB vom 17. Oktober 1944 über das kriegswirtschaftliche Strafrecht und die kriegswirtschaftliche Strafrechtspflege, BS 10, S. 850.
LWG	BG vom 3. Oktober 1951 über die Förderung der Landwirtschaft und die Erhaltung des Bauernstandes (Landwirtschaftsgesetz), AS 1953, S. 1073.
MBVR	Monatsschrift für bernisches Verwaltungsrecht und Notariatswesen, Bern.

MPG	BG vom 12. Juni 1959 über den Militärpflichtersatz, AS 1959, S. 2035.
OWiG	Deutsches Gesetz vom 24. Mai 1968 über Ordnungswidrigkeiten (BGBl I 481).
PVG	BG vom 2. Oktober 1924 betreffend den Postverkehr (Postverkehrsgesetz), BS 7, S. 754.
SA StenB-StGB	Sonderausgabe der stenographischen Verhandlungsberichte der Eidg. Kammern (1928–1937) zum Schweiz. Strafgesetzbuch. (NR = Nationalrat; StR = Ständerat.)
SJZ	Schweizerische Juristenzeitung, Zürich.
StGB	Strafgesetzbuch (ohne nähere Kennzeichnung: Schweizerisches Strafgesetzbuch vom 21. Dezember 1937, BS 3, S. 203).
StrRG	Deutsches Gesetz zur Reform des Strafrechts (1. StrRG vom 25. 6. 1969 = BGBl I 645; 2. StrRG vom 4. 7. 1969 = BGBl I 717).
TabStG	BG vom 21. März 1969 über die Tabakbesteuerung, AS 1969, S. 645.
TVG	BG vom 14. Oktober 1922 betr. den Telegraphen- und Telephonverkehr (Telegraphen- und Telephonverkehrsgesetz), BS 7, S. 867.
UWG	BG vom 30. September 1943 über den unlauteren Wettbewerb, BS 2, S. 951.
UZVO	Ursprungszeugnisverordnung vom 9. Dezember 1929, BS 10, S. 525.
VEO	Verdienstersatzordnung vom 14. Juni 1940, BS 5, S. 754.
VerwE	Verwaltungsentscheide der Bundesbehörden, Bern.
VStG	BG vom 13. Oktober 1965 über die Verrechnungssteuer, AS 1966, S. 371.
VStG	Österreichisches Verwaltungsstrafgesetz (gemäß Verlautbarung vom 23. Mai 1950), BGBl 1950 Nr. 172.
VStR	BG über das Verwaltungsstrafrecht, Entwurf vom 21. April 1971, BBl 1971 I 1027.
WiStG	(Deutsches) Wirtschaftsstrafgesetz vom 9. Juli 1954, Fassung vom 24. Mai 1968 (Beck-Texte dtv 5007, 8. Aufl. 1970).
WStB	BRB vom 9. Dezember 1940 über die Erhebung einer Wehrsteuer, BS 6, S. 350.
WUB	BRB vom 29. Juli 1941 über die Warenumsatzsteuer, BS 6, S. 173.
ZBJV	Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins, Bern.
ZBl	Schweiz. Zentralblatt für Staats- und Gemeindeverwaltung, Zürich.
ZG	BG vom 1. Oktober 1925 über das Zollwesen, BS 6, S. 465.
ZSR	Zeitschrift für Schweizerisches Recht, Basel.
ZStrR	Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht, Bern.

## Allgemeines Literaturverzeichnis

- BAUMANN, J. (Herausgeber). Mißlingt die Strafrechtsreform? Luchterhand Texte 12, Neuwied/Berlin 1969, mit Beiträgen der meisten Autoren des Alternativentwurfs zu einem Strafgesetzbuch.
- BENDEL, F. Rechtsfragen des Gewässerschutzes in der Schweiz. Grundbegriffe, Verwaltungszwang, Rechtsmittel, Bern 1970 (Abhandlungen zum Schweizerischen Recht Heft 396).
- BLUMENSTEIN, E. Das Recht der Verwaltungstätigkeit im Grundriß, Bern 1969 (posthum).
- BURCKHARDT, W. Aufsätze und Vorträge 1910–1938, Bern 1970.
- Einführung in die Rechtswissenschaft, Zürich 1939.
  - Methode und System des Rechts, Zürich 1936.
  - Die Organisation der Rechtsgemeinschaft, Basel 1927 (2. Auflage, posthum, Zürich 1944, von ARNOLD GYSIN nach Angaben des Sohnes des Verfassers aus dem Nachlaß herausgebracht).
- FLEINER, F. Institutionen des Deutschen Verwaltungsrechts, 8. Aufl. (1928) Neudruck für die Schweiz, Zürich 1939.
- FRIEDMANN, W. Recht und sozialer Wandel, Frankfurt am Main 1969.
- GERMANN, O. A. Das Verbrechen im neuen Strafrecht, Zürich 1942.
- Schweizerisches Strafgesetzbuch mit kurzen Erläuterungen, 8. Aufl. Zürich 1966 (zitiert: Taschenausgabe).
  - Kommentar zum Schweizerischen Strafgesetzbuch, Bd. I: Allgemeiner Teil (1. Lieferung, Zürich 1953).
  - Probleme und Methoden der Rechtsfindung, 2. Aufl. Bern 1967.
- GIACOMETTI, Z. Allgemeine Lehren des rechtsstaatlichen Verwaltungsrechts, Zürich 1960.
- GÖHLER, E. Ordnungswidrigkeitengesetz, Beck'sche Kurz-Kommentare, 2. Aufl. München 1970.
- GRISEL, A. Droit administratif suisse, Neuchâtel 1970.
- HAFTER, E. Lehrbuch des Schweizerischen Strafrechts, Allg. Teil (AT), 2. Aufl. Bern 1946, Besonderer Teil (BT), zwei Bände, Berlin 1937 und 1943.
- HELLBLING, E. C. Kommentar zu den Verwaltungsverfahrensgesetzen, I. Band, Wien 1953 (Verwaltungsverfahrensgesetz), II. Band, Wien 1954 (Verwaltungsstrafgesetz, Verwaltungsvollstreckungsgesetz).
- IMBODEN, M. Schweizerische Verwaltungsrechtsprechung, 3. Aufl. Basel 1968.
- KRONAUER, O. Kompendium des Bundes-Strafrechtes der Schweizerischen Eidgenossenschaft, nachgeführt auf das Jahr 1902, Zürich 1903 (2. Aufl. Zürich 1915).

- LANGE, R. Das Rätsel Kriminalität. Was wissen wir vom Verbrechen? Frankfurt am Main/Berlin 1970.
- MAYER, O. Deutsches Verwaltungsrecht, 1. Bd. 2. Aufl. München/Leipzig 1914.
- NOLL, P. Die neueren eidgenössischen Nebenstrafgesetze unter rechtsstaatlichen Gesichtspunkten, ZStrR 1957, S. 361 ff.
- Nebenstrafrecht und Rechtsgleichheit, ZStrR 1959, S. 29 ff.
  - Gewaltenteilung und Unabhängigkeit des Richters im Strafrecht, in «Mélanges O. A. Germann», ZStrR 1959, S. 294 ff.
  - Prinzipien der Gesetzgebungstechnik, in «Rechtsfindung», Festschrift für Germann, Bern 1969.
- PFUND, W. R. Das Steuerstrafrecht, Schweiz. Criminalistische Studien, Vol. 8, Basel 1954.
- Das Steuerdelikt, Schriften zum Schweizerischen Steuerrecht, Heft 4, Basel 1959.
- RUCK, E. Schweizerisches Verwaltungsrecht, 1. Bd. 3. Aufl. Zürich 1951.
- SCHMIDHÄUSER, E. Vom Sinn der Strafe, Kleine Vandenhoeck-Reihe 143/143a, Göttingen 1963.
- SCHULTZ, H. Übersicht über die Rechtsprechung zu den Nebenstrafgesetzen des Bundes seit dem 1. Januar 1942, ZStrR 1953, S. 450 ff.
- Kriminalpolitische Aspekte der Strafrechtsreform, Köln/Opladen 1970.
- SCHWANDER, V. Das Schweizerische Strafgesetzbuch, 2. Aufl. Zürich 1964.
- STRATENWERTH, G. Leitprinzipien der Strafrechtsreform, Köln/Opladen 1970.
- THORMANN/VON OVERBECK. Schweizerisches Strafgesetzbuch (Kommentar), Zürich 1940.
- WOLFF, H. J. Verwaltungsrecht I, 6. Aufl. München/Berlin 1965; Verwaltungsrecht III, 2. Aufl. München/Berlin 1967.

# 1. Einleitung

1.1 Verwaltungsrecht und Strafrecht – beide Rechtsgebiete verursachen dem Juristen von heute ein gewisses Unbehagen.

Im *Verwaltungsrecht* sind – uns allen offenkundig und bewußt – eingelebte Regelungen und größere Normbestände zunehmend in Frage gestellt, von einem sozialen Umbruch mehr oder weniger entwurzelt, und sie werden von der durch ungenügendes individuelles Verantwortungsbewußtsein des Einzelnen ungebändigten Technik überspielt<sup>1</sup>. In den ersten Sätzen seiner «Richtpunkte einer Verfassungsrevision» spricht K. EICHENBERGER<sup>2</sup> von den Erschütterungen des 20. Jahrhunderts, die den liberalistisch-bürgerlichen Staat des 19. Jahrhunderts abgebaut und in neue Dimensionen transformiert haben, «die mit den Stichworten des Sozial- und Verwaltungsstaats, des Wirtschaftsinterventionismus, der internationalen Verflechtungen und der Nuklearbedrohung angedeutet werden können». Diese Entwicklung führte nicht bloß zur «Verfassung in der Anfechtung», sondern stellte die staatlichen Verwaltungen des Abendlandes, das Verwaltungsrecht und die Verwaltungsrechtswissenschaft vor eine Fülle von Problemen, die noch bei weitem nicht bewältigt sind. Zu ihnen gehört das Verwaltungsstrafrecht, das ohnehin ein Stiefkinddasein fristet.

Das *Strafrecht* ist in seinen hergebrachten Grundlagen nicht weniger erschüttert und befindet sich bei uns und in zahlreichen andern Staaten in einer tiefgreifenden und beinahe permanenten Reform, von der niemand weiß, wo und wann sie enden wird<sup>3</sup>. Freilich ist es vor allem das (gemeine)

<sup>1</sup> Vgl. die aufrüttelnde Abschiedsvorlesung HANS HUBERS, Betrachtungen über die Gesamtsituation des Rechts, ZBJV 1970, S.393ff., bes. 394f.

<sup>2</sup> ZSR 1968 I, S.439.

<sup>3</sup> Die jüngste Revision *unseres* StGB begann offiziell mit der im Jahre 1954 eingesetzten Expertenkommission und ist – obgleich ihr Umfang in der Folge beträchtlich eingeschränkt und auf die Vorschriften über Strafen und Maßnahmen, die Behandlung der Minderjährigen sowie der jungen Erwachsenen, das Strafregister und den Straf-

Kriminalstrafrecht, das bisher von der Reformwelle betroffen wurde<sup>4</sup>. Aber wer näher hinschaut, der wird recht erhebliche Wechselwirkungen zwischen dem gemeinen Strafrecht und dem sogenannten Verwaltungsstrafrecht feststellen, und zwar vor allem vom Verwaltungsstrafrecht hin-

vollzug beschränkt wurde – nun durch das BG vom 18. März 1971 endlich abgeschlossen worden. Der Bundesrat bemerkte in seinem Geschäftsbericht 1970 vom 15. März 1971 dazu (S. 89): «Die Strafrechtsreform wurde – wiederum nicht bloß in der Schweiz – dadurch sehr erschwert, daß die Meinungen nicht nur in der Öffentlichkeit und bei den Politikern, sondern auch bei den Wissenschaftlern sehr geteilt sind.» Vgl. die StGB-Novelle in AS 1971, S. 777, die Kritik der Zwischenergebnisse der parlamentarischen Beratung durch A. MOPPERT, SJZ 1969, S. 165 ff., mit der Erwiderung G. STRATENWERTHS, SJZ 1969, S. 306 ff., ferner H. SCHULTZ, Die zweite Teilrevision des StGB, ZBJV 1970, S. 1 ff., und über die Vorarbeiten der in drei selbständige Gruppen aufgeteilten Expertenkommission die Botschaft vom 1. 3. 1965 über eine Teilrevision des StGB, BBl 1965 I 561 ff. In der *Bundesrepublik Deutschland* ist seit 1952 eine *umfassende* Reform im Gange, von der gewisse Teile durch Strafrechts-Reformgesetze (StrRG) schon verwirklicht sind, nämlich durch ein Gesetz vom 4. 7. 1969, BGBl I 717, der Allgemeine Teil des Strafrechts, der am 1. 10. 1973 in Kraft treten wird, und durch das schon in Kraft getretene Gesetz vom 25. 6. 1969, BGBl I 645, das sich mit den Strafen (Einheitsstrafe, Geldstrafe, Strafaussetzung zur Bewährung) und dem sog. Sexualstrafrecht befaßt und den als dringend angesehenen neuen Tatbestand der Fälschung von technischen Aufzeichnungen (z. B. von Computern) aufgestellt hat; auf die beiden StrRG und das vom Gesetz vom 4. 7. 1969 stark berührte OWiG wird verschiedentlich zurückzukommen sein. Über die Lage in den *Niederlanden* s. BINSBERGEN/KUITENBROUVER, Neue Entwicklungen im holländischen Strafrecht seit dem zweiten Weltkrieg, ZStrR 1969, S. 1 ff. mit zahlreichen Hinweisen. Auch an der Reform des (immerhin durch einige Novellen modernisierten) *österreichischen* Strafgesetzbuches von 1852 wird noch immer gearbeitet. Nicht zuletzt ist in den *USA* eine intensive und umfassende Strafrechtsreform im Gange; es sei u. a. verwiesen auf den «Final Report of the National Commission on Reform of Federal Criminal Laws (Established by Congress in Public Law 89–801)» zum beigefügten «A Proposed New Federal Criminal Code (Title 18, United States Code)» Washington, D.C.: 1971.

<sup>4</sup> Das einschlägige Schrifttum befaßt sich vor allem mit der *deutschen* Strafrechtsreform, wobei sich auch Schweizer Strafrechtler maßgebend an der Diskussion beteiligten; es seien etwa genannt: der AE; die Sammelbändchen «Programm für ein neues Strafgesetzbuch», Fischer Bücherei, Informationen zur Zeit, Nr. 952, Frankfurt a. M. 1968, und «Mißlingt die Strafrechtsreform?», Luchterhand Texte Kritik und Information, Darmstadt 1969, mit Beiträgen u. a. von P. NOLL, H. SCHULTZ, G. STRATENWERTH; G. HEINEMANN (damals deutscher Bundes-Justizminister), Grundgesetz und Strafrechtsreform, im Sammelbändchen «Plädoyer für den Rechtsstaat», S. 37 ff., Karlsruhe 1969; die vorläufig abschließende Würdigung des 1. und des 2. StrRG durch P. NOLL, Neue Wege und alte Widerstände in der deutschen Strafrechtsreform, ZStrR 1970, S. 1 ff., wo auf S. 10 ff. auch die Entstehungsgeschichte und das Schicksal des AE dargestellt sind.

über ins gemeine Strafrecht. Er wird ferner bemerken, daß sich gleichfalls das Verwaltungsstrafrecht in einem Umbruch befindet, allerdings anderer Art als im gemeinen Strafrecht.

Das Thema «Verwaltungsrecht und Strafrecht» deutet darauf hin, daß wir uns in einem *Grenzbezirk zwischen Disziplinen* und damit, um ein Wort R. DAHRENDORFS zu übernehmen<sup>5</sup>, in einem gefährlichen Gelände bewegen. In der Tat scheint es als gewagt, vielleicht sogar als wenig fruchtbar, über den Zusammenhang und das Zusammenwirken von Verwaltungsrecht und Strafrecht etwas aussagen zu wollen, solange beide Disziplinen der Rechtswissenschaft sich im Umbruch befinden und manche befürchten, niemand wisse, wohin der Weg uns führe. Indessen meine ich, daß es eben in diesem Grenzbezirk «Verwaltungsstrafrecht» Fragen gibt, die heute sehr wohl einer Klärung zugänglich sind oder zumindest nähergebracht werden können. «Wissenschaft entsteht im Gespräch» sagt W. HEISENBERG<sup>6</sup>. Die nachfolgenden Ausführungen möchten ein Beitrag zum eben erst in Gang gekommenen Gespräch über diesen Zweig der Rechtswissenschaft sein, der einzelne Teilprobleme (bei weitem nicht alle) ausbreitet und zur Diskussion stellt, in der Hoffnung, daß wir auf dem Weg über diese Teile uns dem Ganzen nähern werden. Es fehlte hier bisher weitgehend an der unerläßlichen interdisziplinären wissenschaftlichen Zusammenarbeit. Darin haben viele, ja die meisten der bestehenden Unzulänglichkeiten des Verwaltungsstrafrechts ihre Ursache. Und dieses Fehlen ist zu einem guten Teil auch dafür verantwortlich, daß die nachfolgenden Ausführungen in mancherlei Hinsicht nicht mehr als Bruchstücke sind<sup>7</sup>.

1.2 Wer auf *die Verwaltungsrechts- und die Strafrechts-Lehre* der ersten Hälfte unseres Jahrhunderts zurückgreift<sup>8</sup>, der kann sich des Eindrucks nicht erwehren, daß das Verwaltungsstrafrecht in der Regel als ein Mittel des Verwaltungszwanges charakterisiert wird, und daß diese Betrachtungsweise wesentlich – wenn auch möglicherweise unbewußt – von der Ordnung der Zuständigkeit her beeinflußt ist, indem die Gesetze die Ahndung der

<sup>5</sup> Vgl. seine Schrift «Die angewandte Aufklärung», Fischer Bücherei des Wissens Nr. 901, S. 157.

<sup>6</sup> Der Teil und das Ganze, München 1969, S. 9.

<sup>7</sup> Als erfreulich darf vermerkt werden, daß unlängst das *Nebenstrafrecht des Kantons Schwyz* eine systematische Darstellung erfahren hat, nämlich in der Freiburger Dissertation 1969 von W. FLEISCHMANN; es bleibt zu hoffen, daß Arbeiten über das Nebenstrafrecht anderer Kantone bald folgen werden.

<sup>8</sup> Vgl. hinten Ziff. 2.2.

ohnehin häufig bloß mit Buße bedrohten Verwaltungsrechtsverletzungen in die Hände der Verwaltungsbehörden gelegt hatten (was noch heute weitgehend der Fall ist)<sup>9</sup>. Wohl nicht von ungefähr erachtete es Z. GIACOMETTI, der hierin deutlich von der hergebrachten Linie abweicht, als angezeigt, zumindest in einer Fußnote besonders hervorzuheben, es sei «irrelevant ... für die Qualifikation der sogenannten Zwangsstrafe als echter Strafe..., daß die Bußverfügung an eine Verwaltungsbehörde und nicht an ein Gericht weiterziehbar ist»<sup>10</sup>.

Weil die Frage, wer für das Verhängen der Sanktion zuständig ist, in der Bundesrepublik Deutschland für die Qualifikation der Sanktion eine ausschlaggebende Rolle spielt, kann die *neuere deutsche Verwaltungsrechtslehre* für die Umschreibung des schweizerischen Verwaltungsstrafrechts nicht (oder höchstens nur sehr bedingt) herangezogen werden<sup>11</sup>. Gestützt auf Art. 92 des Bonner Grundgesetzes, wonach «die rechtsprechende Gewalt den Richtern anvertraut» ist, entschied das Bundesverfassungsgericht, die Strafkompetenz der Verwaltungsbehörden sei mit dem Grundgesetz unvereinbar<sup>12</sup>. Durch verschiedene Reformen der Straf- und Verwaltungsgesetze wurden in der Folge das Strafrecht (ohne Übertretungstatbestände!) und das Ordnungswidrigkeitenrecht vollständig voneinander getrennt. «Die Unterscheidung zwischen dem *Ordnungsunrecht* und dem *Kriminalunrecht* wird seitdem *rein formal* ... durchgeführt, nämlich danach, ob er (scil.: der Gesetzgeber) für eine bestimmte Verhaltensweise als Unrechtsfolge *Strafe* oder *Geldbuße* androht. Im letzten Falle liegt eine Ordnungswidrigkeit vor, deren Verfolgung und Ahndung jeweils der Verwaltungsbehörde obliegt...»<sup>13</sup> Entsprechend ist heute beispielsweise die vorsätzliche Steuerhinterziehung (§ 392 der Abgabenordnung), die mit Geldstrafe und Gefängnis bedroht ist, kriminelles Unrecht, wogegen die leichtfertige Steuerverkürzung (§ 404 der Abgabenordnung), die mit Geldstrafe bis zu 100 000 Mark zu ahnden ist, den Ordnungswidrigkeiten zugehört. Diese Rechtslage erlaubt es, die während langer Zeit heiß umstrittene Frage nach dem

<sup>9</sup> Vgl. hierüber für die Schweiz Z. GIACOMETTI, Allg. Lehren, S. 554 ff.

<sup>10</sup> Allg. Lehren, S. 537 N. 30.

<sup>11</sup> So beruht nach gewisser deutscher Auffassung der Unterschied zwischen Kriminal- und Verwaltungsstrafrecht lediglich darin, ob die Strafe durch den Richter oder eine Verwaltungsbehörde verhängt wird; vgl. Z. GIACOMETTI, Allg. Lehren, S. 551 N. 64 mit Hinweis auf MERKL, Allg. Verwaltungsrecht.

<sup>12</sup> Siehe O. BACHOF, Verfassungsrecht, Verwaltungsrecht, Verfahrensrecht, Bd. II Tübingen 1967, Nr. 148.

<sup>13</sup> E. GÖHLER, OWiG Einl. S. 4.

Unterschied zwischen dem Kriminalstrafrecht und dem Verwaltungsstrafrecht einfach und summarisch zu beantworten. Für H.J. WOLFF<sup>14</sup> ist die «Unterscheidung von Verwaltungsunrecht und kriminellem Unrecht ... zugleich eine solche zwischen Ahndung und Strafe, zwischen Verwaltung und Rechtsprechung». Für uns hierzulande ist es etwas schwierig, uns diese rein formale Unterscheidung zu eigen zu machen und sie zu verstehen; indessen: auch bei uns verwischen sich die Konturen immer mehr (vgl. hinten Ziff. 4).

Wer sich mit dem Verwaltungsstrafrecht befassen und sich insbesondere seinen Problemen zuwenden will, der braucht im allgemeinen auch nicht weit ausholende *rechtshistorische Nachforschungen* und Studien zu betreiben<sup>15</sup>. Freilich haben sich «im Laufe der geschichtlichen Entwicklung ... mit verschiedenen Staatstypen auch zahlreiche Typen öffentlicher Verwaltung ausgebildet», aber diese unterscheiden sich «nach Zielsetzung, organisatorischer Struktur, spezifischen Mitteln und dem Verhältnis zum Recht»<sup>16</sup>. Die *Anfänge* der Verwaltung und des Verwaltungsrechts im heute verstandenen Sinne liegen – wenn man von einigen hier unwesentlichen Ausnahmen absieht – *etwa in der Mitte des 19. Jahrhunderts*<sup>17</sup>. Abgesehen davon: «Wer die Fülle der Publikationen auf seinem Fachgebiet ganz ernst nimmt, wer sich mit wissenschaftlicher Akribie vornimmt, erst über einen Gegenstand zu schreiben, wenn er alles bereits darüber Veröffentlichte in sich aufgenommen hat, der wird sein Leben verlesen, ohne doch je das bereits Vorhandene zu erschöpfen, geschweige denn mit dem Neuhinzukommenden Schritt halten zu können, und er wird nie mehr eine Zeile schreiben»<sup>18</sup>.

<sup>14</sup> Verwaltungsrecht III, S. 272f.

<sup>15</sup> Die anglo-amerikanischen Juristen haben dem Verwaltungsstrafrecht, dem was sie «public welfare offences» nennen, eigentlich erst nach dem 2. Weltkrieg eine gewisse Aufmerksamkeit zu schenken begonnen; vgl. W. FRIEDMANN, *Recht und sozialer Wandel*, S. 206 bei Anm. 102.

<sup>16</sup> H.J. WOLFF, *Verwaltungsrecht I*, S. 27 ff.

<sup>17</sup> H.J. WOLFF, *op.cit.* § 9; s. sodann auch W. THIEME, *Verwaltungslehre*, Köln 1967, Ziff. 74 ff. und 86 ff., bes. 92 f. mit den Hinweisen auf die bedeutenden Werke von F.F. MAYER und das 1895 in 1. Auflage erschienene Werk von OTTO MAYER, dem Begründer der modernen Verwaltungsrechtswissenschaft.

<sup>18</sup> ARNTZ, Heft 56 der «Bertelsmann Briefe», zitiert nach «herausgegriffen», Bern, März 1970, S. 21.

## 2. Der Begriff «Verwaltungsstrafrecht»

### 2.1 Vorbemerkungen

Es erscheint für die nachfolgenden Erörterungen als entbehrlich, die *Begriffe des Verwaltungsrechts und des Strafrechts* näher zu umschreiben. Das Zusammenfügen der beiden Begriffe zu einem Paar läßt erkennen, daß unter Verwaltungsrecht das Recht der öffentlichen (hoheitlichen) Verwaltung und unter Strafrecht das staatliche Strafrecht gemeint sind<sup>19</sup>.

Aus dem Kreis unserer Betrachtungen wären im übrigen auszuschneiden alle Fragen betreffend *Bestimmungen des StGB, die mit dem Verwaltungsrecht mehr oder weniger ausdrückliche Berührung haben*. Es sollen also weder die rechtmäßige Handlung, die das Gesetz oder eine Amts- oder Berufspflicht gebietet (Art. 32), noch die Nebenstrafe der Amtsunfähigkeit (Art. 51; s. auch Art. 77), noch die Legaldefinitionen des Beamten oder der öffentlichen Urkunde (Art. 110 Ziff. 4 und Ziff. 5 Abs. 2) behandelt werden. Außer Betracht bleiben auch die Beamtendelikte, als da sind die Veruntreuung im Sinne von Art. 140 Ziff. 2 und die strafbaren Handlungen gegen die Amts- und Berufspflicht (Art. 312–320). Beiseite gelassen werden

<sup>19</sup> Diese Klarstellung ist deshalb nicht ganz überflüssig, weil zunehmend ein «*privates Strafrecht*» sich breit zu machen beginnt, das die Verletzung von Anordnungen im Bereiche der privatwirtschaftlichen Verwaltung ahnden soll. Vgl. dazu die Zürcher Dissertation 1969 von A. ROSER, «Die Betriebsstrafe», Eine Untersuchung über die Ermittlung und Bestrafung betrieblicher Ordnungsverstöße und Straftaten durch Betriebe der privaten Wirtschaft. Bei R. LANGE, Das Rätsel Kriminalität, S. 301, ist diese «gesellschaftliche Gerichtsbarkeit in Gestalt der Betriebsjustiz» kurz erwähnt, mit der Bemerkung, dahinter ständen «nur sehr lokale und vordergründige praktische Interessen und Bedürfnisse, die eher zu einer Art privater Disziplinargerichtsbarkeit geführt haben, wenn auch die Betriebsjustiz mit ihren Mitteln den Frieden und die Disziplin unter Ausschluß der Strafjustiz wieder herstellen will, während die staatliche Disziplinargerichtsbarkeit neben der Kriminalstrafe steht». Über die Aufgaben, die Bedeutung und die Methoden der Betriebskriminalologie s. H. FAEHNDRICH, Industrielle Organisation, 1963, S. 243 ff., mit reichen Literaturangaben.

ferner die besonderen Fälschungsdelikte, wie die Fälschung amtlicher Wertzeichen und amtlicher Zeichen (Art. 245 ff.), eines öffentlichen Registers oder einer öffentlichen Urkunde (Art. 251 Ziff. 2) oder von Ausweisen (Art. 252), das Erschleichen einer falschen Beurkundung (Art. 253), die Beseitigung von Vermessungs- und Wasserstandszeichen (Art. 257), die Wahlfälschung (Art. 282). Nicht behandelt werden endlich vor allem auch die strafbaren Handlungen gegen die öffentliche Gewalt (Art. 285 bis 293) sowie die Verbrechen und Vergehen gegen die Verwaltungs-Rechtspflege (Art. 309). Man mag – mit E. BLUMENSTEIN<sup>20</sup> – diese Tatbestände des StGB dahingehend charakterisieren, daß sie *zusammen mit dem Verwaltungsstrafrecht dem Strafrechtsschutz der Verwaltungstätigkeit dienen*.

Der Begriff «Verwaltungsstrafrecht» gehört nicht zum althergebrachten Vokabularium des Verwaltungsrechtlers oder des Strafrechtlers. Er ist zwar zu Beginn unseres Jahrhunderts durch das Buch von JAMES GOLDSCHMIDT mit dem Titel «Das Verwaltungsstrafrecht» (Berlin 1902) in die deutsche Juristensprache eingeführt, aber hier bis vor einigen Jahren nicht recht heimisch geworden. Das hat verschiedene Gründe, denen nicht näher nachgegangen werden soll<sup>21</sup>. Dem Buch ist wohl vor allem *die Wirkung* zuzuschreiben, daß es mit Hilfe der sogenannten Verwaltungsrechtstheorie das damals deutlich im Vordergrund stehende Steuer- oder Finanzstrafrecht, weil es dessen Sondernatur bejahte, in eine Isolierung brachte, die noch heute nicht allerorten überwunden ist<sup>22</sup>. Das Verwaltungsstrafrecht wurde während langer Zeit weder von der Verwaltungsrechts- noch von der Strafrechtslehre «adoptiert» und fristete gewissermaßen das bedauernswerte Dasein einer Doppelwaise. Der Ausdruck «Verwaltungsstrafrecht» findet sich freilich im Randtitel zu Art. 335 unseres StGB von 1937, wurde aber gleichwohl bloß gelegentlich und eher nur beiläufig in der Literatur verwendet.

Vertraut ist uns der Begriff des *Nebenstrafrechts*. Zweifellos wird man das Verwaltungsstrafrecht dem Nebenstrafrecht zuordnen dürfen; aber

<sup>20</sup> Verwaltungstätigkeit, S. 133 ff., bes. 135.

<sup>21</sup> Die tiefgründige Arbeit J. GOLDSCHMIDTS wird heute noch häufig zumindest mit dem Titel zitiert. Sie war seinerzeit heftig umstritten, und die von GOLDSCHMIDT verfochtene These, daß «ein besonderes Verwaltungsstrafrecht juristisch Raum und Berechtigung habe», lehnte die «herrschende Meinung sowohl im Strafrecht als auch im Verwaltungsrecht» ab; vgl. E. BLUMENSTEIN, Verwaltungstätigkeit, S. 137 f., mit weiteren Hinweisen.

<sup>22</sup> Vgl. immerhin die differenzierende Kritik dieser Theorie durch E. BLUMENSTEIN, a.a.O.

das Verwaltungsstrafrecht und das Nebenstrafrecht sind *nicht identisch*. Nebenstrafrecht ist als Oberbegriff anzusehen, und zu ihm gehören (in der Schweiz) beispielsweise, neben dem *Verwaltungsstrafrecht*, das *Verkehrsstrafrecht* (vor allem die Strafbestimmungen des BG über den Straßenverkehr, dann aber auch die meisten Tatbestände der Art. 88 ff. des BG über die Luftfahrt und einzelne Widerhandlungen gegen das Postverkehrsgesetz oder das Telegraphen- und Telephonverkehrsgesetz). Das Verkehrsstrafrecht wie auch die Strafbestimmungen des BG über Jagd und Vogelschutz, des Lotteriegesetzes, des BG über die Spielbanken, des BG über die Nationalbank, des Wappenschutzgesetzes und vor allem des BG über den *unlauteren Wettbewerb* darf man nicht ohne weiteres dem Verwaltungsstrafrecht zuordnen<sup>23</sup>. Was insbesondere die *Widerhandlungen im Straßenverkehr* anbelangt, so zeichnet sich immer deutlicher ab, daß sie – obgleich sie zur Hauptaufgabe im Alltag des Strafrichters geworden sind – unter verschiedenen Gesichtspunkten von den gewöhnlichen Straftaten und von den Verwaltungsstraftaten sich unterscheiden<sup>24</sup>. Immerhin wird man in Anlehnung an P. NOLL<sup>25</sup> sagen dürfen, die Nebengesetze und damit das Nebenstrafrecht sei *im allgemeinen* verwaltungsrechtlicher Natur.

## 2.2 Überblick über die Lehrmeinungen und ihre Entwicklung

Ein (zwangsläufig) sehr summarischer Überblick über die Lehrmeinungen und ihre Entwicklung vermittelt uns etwa folgendes Bild:

### 2.2.1 Verwaltungsrechtslehre

OTTO MAYER behandelt die Materie, die wir heute als Verwaltungsstrafrecht bezeichnen, im Abschnitt Polizeigewalt unter dem Titel *Polizeistrafe* und im Abschnitt Finanzgewalt unter dem Titel *Finanzstrafe*<sup>26</sup>. (Das Zwiespahn Polizeistrafe und Finanzstrafe erinnert uns an eines der ersten Bundesgesetze, nämlich an dasjenige vom 30. Juni 1849 betr. das Verfahren bei Übertretungen fiskalischer und polizeilicher Bundesgesetze; AS Bd. 1, S. 87.) In den Ausführungen über die *Polizeistrafe* finden sich die folgenden

<sup>23</sup> Der Bundesrat ordnete in seiner Botschaft vom 14. Mai 1969 zum Entwurf eines BG über Ordnungsbußen im Straßenverkehr, BBl 1969 I 1090, Ziff. V, die Straßenverkehrsvorschriften dem Verwaltungsrecht zu.

<sup>24</sup> Vgl. H. SCHULTZ, Kriminalpolitische Aspekte, S. 50, mit Hinweis auf andere Autoren.

<sup>25</sup> Gewaltenteilung, ZStrR 75/1959, S. 300.

<sup>26</sup> Verwaltungsrecht 1. Band, S. 211 ff., bes. 268 ff. sowie S. 375 ff.

Sätze<sup>27</sup>: «Unter Strafe verstehen wir hier nur die öffentliche Strafe; das ist ein Übel, welches von der öffentlichen Gewalt gesetzt ist auf ein mißbilligtes Verhalten des Untertanen. Sie dient der Verwaltung in mancherlei Weise, um ihre Zwecke zu erreichen. (Hier fügt O. MAYER folgende Fußnote ein: «Das läßt sich alles unter dem Namen <Verwaltungsstrafrecht> zusammenfassen; nur muss man sich davon nicht allzuviel versprechen».) ... Polizeistrafe ist die auf eine Polizeiwidrigkeit gesetzte Strafe... Die Polizeiwidrigkeit kann auch bekämpft werden durch eine Strafe, die im Einzelfall durch Verwaltungsakt angedroht wird, um den Gehorsam gegen die polizeiliche Verfügung durchzusetzen, als Exekutivstrafe, Zwangsstrafe. Im Gegensatz zu dieser verstehen wir unter Polizeistrafe lediglich die durch Rechtssatz angedrohte Strafe, die auf Polizeiwidrigkeit gesetzt ist, um einzuschärfen, daß sie nicht sein soll.» Und hier schließen in einer Fußnote folgende für uns wichtige Sätze an<sup>28</sup>: «Eine Polizeiwidrigkeit bedeutet auch die Straftat des ordentlichen Strafrechts. Bei diesem kommt aber zugleich noch etwas mehr, ein ethisches Element, in Betracht, das im Polizeistrafrecht wegfällt. Dieses Verhältnis kommt zum Ausdruck in der oft gebrauchten Formel, die das Wesen des Polizeideliktes stellt auf den <bloßen Ungehorsam gegen die staatlichen Vorschriften>.» O. MAYER weist sodann noch besonders darauf hin, die Polizeistrafe habe «im heutigen Recht den Anschluß an das gemeine Strafrecht gefunden, indem sie den Grundsatz annahm: *nulla poena sine lege*»; in der Folge vertritt er aber doch grundlegende Unterschiede des Polizeistrafrechts gegenüber dem gemeinen Strafrecht (Sondernatur)<sup>29</sup>. Mit der *Finanzstrafe* wird nach O. MAYER ein Verhalten bedroht, das man als nachteilig für die Staatseinnahmen mißbilligt; «Finanzstrafdrohungen verbinden sich mit direkten und indirekten Steuern, mit Gebühren, Monopolen und Vergütungen, überhaupt mit allen Beziehungen des Staatsvermögens, für welche der Staat seine Finanzgewalt auch in Form des Befehls

<sup>27</sup> Die Verknüpfung der Strafe mit der Mißbilligung mutet direkt modern an, wie überhaupt das Buch O. MAYERS sehr verdienen würde, vermehrt hervorgeholt zu werden. Über die moderne Auffassung zur kriminalpolitischen Bedeutung der Strafe s. etwa P. NOLL, Die ethische Begründung der Strafe, Tübingen 1962, S. 17: «Als Repression ist Strafe ausdrückliche und öffentliche *Mißbilligung* des Rechtsbruches und des Rechtsbrechers und damit *Manifestation des Rechts*». Vgl. auch im von J. BAUMANN herausgegebenen <Mißlingt die Strafrechtsreform?> die Äußerungen von G. STRATEN-WERTH, S. 41 ff. und P. NOLL, S. 52 f.

<sup>28</sup> Op. cit. S. 268 N. 2 mit Hinweis auf das Strafrechts-Lehrbuch von ADOLF MERKEL.

<sup>29</sup> Als Beispiel möge die Lehrmeinung über das Fahrlässigkeitsdelikt genannt sein; vgl. hinten Anm. 336.

einsetzt». Für die Finanzstrafe bejaht O. MAYER die enge Verwandtschaft mit der Polizeistrafe und mit dem gemeinen Strafrecht, er sieht aber doch – teilweise gegenüber beiden – gewisse Besonderheiten: Formaldelikt; Rechtsvermutungen; Haftung für die Straftat anderer («nach Grundsätzen, die mehr dem bürgerlichen Recht entlehnt sind als dem gemeinen Strafrecht»); die selbständige Strafe auf das Nichtverhindern der Tat eines anderen; Geldstrafe nicht bloß als ein dem Straffälligen zugefügtes Übel, «sondern zugleich und noch mehr als ein *Vermögensanspruch* des Staates, bestimmt, diesem *einen Vorteil zu gewähren*», und damit «wird eine innere Verwandtschaft mit zivilrechtlichen *Schadenersatzansprüchen* nahe gelegt» (im Original hervorgehoben).

FRITZ FLEINER behandelte die uns bewegende Frage in seinen Institutionen des deutschen Verwaltungsrechts<sup>30</sup> in den Ausführungen über den *Verwaltungszwang*<sup>31</sup>. In der «Herrschermacht», mit dem ein Befehl an den «Untertan» erlassen werde, sei «die Befugnis enthalten, den Untertan zur Befolgung des Befehls zu zwingen. Zwei Wege stehen offen zur Erreichung dieses Ziels: die Verhängung öffentlicher Strafe wegen Nichtbefolgung des Befehls, und die Vollstreckung des Befehls mit besonderen öffentlich-rechtlichen Zwangsmitteln». Und dann prägte er – im Hinblick auf J. GOLDSCHMIDT – die m. E. nicht sonderlich klaren Sätze: «Es gibt kein besonderes, auf die Bedürfnisse der Verwaltung zugeschnittenes Verwaltungsstrafrecht. Zwang und Strafe gehen ihre eigenen Wege, und es ist vom gesetzgebungspolitischen Standpunkt aus verfehlt, die Verletzung sekundärer Verwaltungsinteressen zu Delikten zu stempeln und zur Strafe zu greifen dort, wo der einfache Zwang ausreicht. Zwang, nicht Strafe muß die Losung des Verwaltungsrechtes sein.» Die «Ungehorsams- (Exekutiv-, Vollstreckungs-, Zwangs-) strafe» stelle aber «keine Strafe im Rechtssinn dar»<sup>32</sup>.

<sup>30</sup> Z. GIACOMETTI bezeichnete dieses Werk seinerzeit im Vorwort zum Neudruck 1939 für die Schweiz als «das beste deutschsprachige Lehrbuch der allgemeinen Lehren des liberalen Verwaltungsrechtes»; es hat die schweizerische Lehre und Praxis zum Verwaltungsrecht während vieler Jahre nachhaltig bestimmt und wirkt auch heute noch da und dort nach.

<sup>31</sup> Op.cit. S.214ff.

<sup>32</sup> Immerhin verweist F. FLEINER im Abschnitt über die *Quellen des Verwaltungsrechts* auf den Abschnitt «Übertretungen» des Reichsstrafgesetzbuches und auf die Polizeistrafgesetzbücher der deutschen Einzelstaaten, und er bemerkt dazu (S.69): «In den darin erlassenen Strafrechtsnormen ist die Strafandrohung sehr häufig das Mittel zur Erzwingung des Gehorsams gegenüber verwaltungsrechtlichen Geboten und Verboten, d.h. Befehlen, die die Bürger zu bestimmten Handlungen oder Unter-

ERWIN RUCK<sup>33</sup> bleibt im wesentlichen auf der von F. FLEINER vorgezeichneten Linie. Er hält fest, der Verwaltung könne eine theoretische Befehlsgewalt nicht genügen, und daher trete zur Befehlsgewalt die Zwangsgewalt. Als Zwangsmittel stünde ihr u. a. die Buße (Ordnungsbuße, Strafzahlung u. a.) zur Verfügung. Diese sei nicht Strafe im Rechtssinne, und daher fänden auf sie Strafrecht und Strafprozeßrecht grundsätzlich keine Anwendung, schlossen sich aber Buße und Strafe gegenseitig nicht aus; es könne «vielmehr unter Umständen wegen des gleichen Verhaltens von der Verwaltungsbehörde gebüßt und vom Gericht bestraft werden». E. RUCK sieht immerhin nicht an der Rechtswirklichkeit vorbei und anerkennt (S. 130), daß «die *Strafe auch in der Richtung des Verwaltungszwanges ... wirken*» könne (Hervorhebung von mir), wobei die Strafe in den beiden Arten der Polizeistrafe und Kriminalstrafe in Betracht falle. Die *Polizeistrafe* als die mildere Straform werde verhängt auf Grund der im Polizeistrafrecht, insbesondere in den eidgenössischen und kantonalen Polizeistrafgesetzen, geregelten Deliktstatbestände. Schwerer wiege die auf Grund der Strafgesetze von den Strafgerichten verhängte *Kriminalstrafe*; sie sei für die Verwaltung *mittelbar* insofern von Bedeutung, als die strafrichterliche Ahndung von Verbrechen und Vergehen gegen die der Verwaltung anvertrauten Rechtsgüter der öffentlichen Ruhe, Ordnung, Sicherheit, Sittlichkeit und Gesundheit auch für die Wahrung des verwaltungsrechtsgemäßen Zustandes wirke.

In den Jahren 1947–1949 arbeitete ERNST BLUMENSTEIN an einem grundlegenden Werk über Verwaltungsrecht<sup>34</sup>. Man verspürt an diesem Werk und namentlich an den Ausführungen über das Verwaltungsstrafrecht sowohl die Schwelle, die das Verwaltungsrecht Ende der dreißiger Jahre (Dringlichkeitsrecht) und während der Zeit des zweiten Weltkrieges (Notrecht) überschritten hat, als auch die Tatsache, daß sich E. BLUMENSTEIN seit Jahren intensiv mit dem Strafrecht der Steuergesetze, des Zollgesetzes

lassungen verpflichten. Auf diese Weise ist die Strafgesetzgebung Quelle für zahlreiche Verwaltungsnormen geworden.» In einer Fußnote (7) dazu findet sich der Satz: «Die *neuen Verwaltungsgesetze, welche Strafandrohungen enthalten, trennen folgerichtig den Verwaltungsrechtssatz von der Strafsatzung*» (Hervorhebung von mir).

<sup>33</sup> Schweizerisches Verwaltungsrecht, § 17 <Verwaltungszwang>, S. 127 ff. Die 1. Auflage dieses in der Konzeption stets gleichgebliebenen Buches war 1934 erschienen.

<sup>34</sup> I. und M. BLUMENSTEIN veröffentlichten dieses leider Fragment gebliebene Werk unter dem Titel <Das Recht der Verwaltungstätigkeit im Grundriß> zunächst in Leitartikeln der MBVR, Jg. 66 und 67, und gaben es 1969 als Separatdruck heraus, wofür ihnen die Wissenschaft und die Praxis nur dankbar sein können.

und weiterer Nebengesetze befaßt hatte. Die Neuorientierung gegenüber der früheren Verwaltungsrechtslehre zeigt sich schon darin, daß unter den Vollzugsmitteln als indirektes Vollzugsmittel die *verwaltungsmäßige Strafandrohung* eher beiläufig behandelt wird (Art. 292 StGB; vgl. S. 122f.), daß aber unter den Sicherungsmitteln der Verwaltung das nun ausdrücklich so benannte *Verwaltungsstrafrecht* eine verhältnismäßig einläßliche Behandlung erfährt (S. 132 ff., bes. 137 ff.). Nach E. BLUMENSTEIN kann eine wesentliche Gefährdung der Verwaltungstätigkeit vor allem in einem ausgesprochen rechtswidrigen Verhalten von Personen liegen, die mit ihr in Berührung kommen; die einzelnen Äußerungen würden durch die allgemeine Strafrechtsordnung als besondere Deliktstatbestände unter Strafe gestellt, wobei man geradezu von einem *Strafrechtsschutz der Verwaltungstätigkeit* sprechen könne<sup>35</sup>. Die Sicherheit der Verwaltung werde «aber nicht nur durch Handlungen mit ausgesprochen deliktischem Charakter in Frage gestellt». Es wäre zu umständlich, häufig geradezu unmöglich, alle diese Vorkommnisse dem Strafrecht einzugliedern, und zum Teil handle es sich um Verfehlungen geringfügiger Natur, die ein strafrechtliches Verfahren weder rechtfertigen noch auch lohnen würden. Das Verwaltungsrecht greife hier selbst ein und knüpfe an bestimmte Widerhandlungen «*nachteilige Rechtsfolgen, die mit einer Strafe im Rechtssinne Ähnlichkeit haben* und die man deshalb auch etwa als Verwaltungsstrafen bezeichnet. Die Voraussetzungen und das Verfahren ihrer Verhängung sind aber von denjenigen des Strafrechts verschieden, so daß hier *lediglich ein rein äußerlicher Berührungspunkt* besteht. Mit Rücksicht auf ihn und zur Hervorhebung des *sachlichen und funktionellen Unterschiedes zum eigentlichen Strafrecht* läßt sich von einem *besondern Verwaltungsstrafrecht* sprechen» (Hervorhebungen z. T. von mir).

Zu einem entscheidenden Umbruch und einer Abkehr von der früheren (doch eher gekünstelten und zwiespältigen) Betrachtungsweise kommt es bei Z. GIACOMETTI<sup>36</sup>. Er hält zunächst fest, Verstöße des Bürgers gegen Verwaltungsrechtssätze oder Verwaltungsakte zögen, gleich jeder anderen Rechtsverletzung durch Individuen, Sanktionen nach sich. Verwaltungsrechtliche Unrechtsfolgen seien entweder der Verwaltungszwang *oder* die Verwaltungsstrafe<sup>37</sup>. Im Gegensatz zur Vollstreckungsfunktion, die der

<sup>35</sup> E. BLUMENSTEIN hat hier u. a. die strafbaren Handlungen gegen die öffentliche Gewalt im Sinne der Art. 285 ff. StGB im Auge; vgl. dazu vorn Ziff. 2.1 bei Anm. 20.

<sup>36</sup> Allg. Lehren, S. 531 ff.

<sup>37</sup> Die Verwaltungsstrafe wäre also nach Z. GIACOMETTI *nicht mehr ein Institut des Verwaltungszwanges*, wie noch bei O. MAYER und besonders bei F. FLEINER.

Verwaltungszwang besitze und daher insoweit Vollstreckungszwang genannt werden müsse, «hat die *Verwaltungsstrafe* als Verwaltungsunrechtsfolge Straffunktion; denn sie ist *eine echte Strafe wie die Kriminalstrafe*. Die Verwaltungsstrafe verfolgt wie diese grundsätzlich Strafzwecke»<sup>38</sup> (Hervorhebungen von mir). Die Verwaltungsstrafe unterscheidet sich von der Kriminalstrafe grundsätzlich nur in der Weise, daß die durch jene zu ahndenden Rechtsverletzungen Übertretungen von Verwaltungsrechtsätzen sind, während die Kriminalstrafe die Reaktion gegen Verletzungen des Kriminalstrafrechts bildet. *Differenzierungsmerkmal* sei zugleich das *Schutzobjekt der beiden* Strafen: «das mit der Verwaltungsstrafe angeandrohte Verwaltungsdelikt bedeutet nämlich eine Verletzung der vom Verwaltungsrecht geschützten Rechtsgüter, d.h. primär der öffentlichen Ordnung, während das mit einer Kriminalstrafe sanktionierte Kriminaldelikt ein vom Kriminalstrafrecht geschütztes Rechtsgut, d.h. aber primär in erster Linie individuelle Rechtsgüter beeinträchtigt»<sup>39</sup>. Immerhin verfolgen Vollstreckungszwang und Verwaltungsstrafe «insofern denselben Zweck, als auch die Verwaltungsstrafe neben ihrer primären Straffunktion ... eine ... Vollstreckungsfunktion erfüllt, indem der Strafandrohung ein psychologischer Zwang innewohnt, so daß die Verwaltungsstrafe ebenfalls Zwangsmittel ist». Nach Z. GIACOMETTI (S. 550 ff.) weist das in den einzelnen Strafbestimmungen der Verwaltungsgesetze niedergelegte Verwaltungsstrafrecht noch in anderer Hinsicht gegenüber dem im Strafgesetzbuch kodifizierten Kriminalstrafrecht *gewisse Besonderheiten* auf<sup>40</sup>. Z. GIACOMETTI schließt seine Darlegungen über das Verwaltungsstrafrecht mit dem Satz (S. 554): «Im übrigen gehört die nähere Darstellung des materiellen Verwaltungsstrafrechts der Strafrechtslehre an.»

<sup>38</sup> Die noch von E. BLUMENSTEIN vertretene Auffassung von der *Sondernatur* der Verwaltungsstrafe wird damit verlassen.

<sup>39</sup> Ob dieser Unterscheidung heute noch in allen Teilen zugestimmt werden darf und kann, wird in Ziff. 4, besonders 4.1 hienach untersucht werden.

<sup>40</sup> Es würde zu weit führen, diese im geltenden Recht bestehenden, aber in ihrer Begründetheit heute weitgehend fragwürdigen und in der neuern Gesetzgebung des Bundes immer mehr verschwindenden Besonderheiten als Auszug aus dem Werk Z. GIACOMETTIS wiederzugeben. Stichwortweise seien genannt: die grundsätzliche Anerkennung der *Fahrlässigkeit* als strafbegründende Schuldform (vgl. dazu hinten Ziff. 8.2.3); die verbreitete Geltung des *Opportunitätsprinzips* (vgl. dazu hinten Ziff. 8.1); die gelegentlich vorkommende *Schuldvermutung* (die wenigen noch bestehenden Schuldvermutungen, die dem Art. 6 Abs. 2 der Europäischen Konvention über Menschenrechte widersprechen, sollen durch das VStR beseitigt werden); die *Haftung für fremdes Verschulden* (vgl. dazu hinten Ziff. 7.2.3) und der namentlich im Steuerstrafrecht mit der Strafe verfolgte *fiskalische Zweck* (Schadenersatzfunktion).

Leider kann nicht gesagt werden, daß sich die Auffassung Z. GIACOMETTIS über das Wesen des Verwaltungsstrafrechts hierzulande durchgesetzt hat und daß sie heute zum gesicherten Bestand unserer Rechtslehre gehört.

MAX IMBODEN<sup>41</sup> bringt unter dem Titel «Verwaltungsrechtliche Sanktionen» Entscheide und Bemerkungen zum Verwaltungszwang (Schuldbetreibung, Ersatzvornahme, sog. unmittelbarer Zwang, Ordnungsbuße). Dieser wirke *exekutorisch* (die Ordnungsbuße habe mitunter eine andere Wirkung; hierüber einläßlicher die Bemerkungen zu Nr. 365) und diene dazu, eine Verfügung zwangsweise durchzusetzen. Neben dem Verwaltungszwang ständen die *repressiv* wirkenden Sanktionen, die primär nicht Vollstreckungscharakter hätten, sondern begangenes Unrecht sühnen sollten; repressiv wirke vor allem die *eigentliche Strafe*. *Administrative Rechtsnachteile*, die – wie z. B. der Entzug einer Bewilligung – nicht exekutorischen Charakter hätten, dürften nur auf Grund einer besonderen gesetzlichen Vorschrift verhängt werden und hätten durch ihre «erzieherische Wirkung» eine gewisse Verwandtschaft mit der Strafe<sup>42</sup>. Das Werk «Verwaltungsrechtsprechung» ist aus einer bloßen Registrierung der Praxis herausgewachsen und enthält seit der 2. Auflage vermehrte kritische Bemerkungen. Diese und die Auswahl der Entscheide (und der zitierten Literatur) scheinen darauf hinzudeuten, daß M. IMBODEN in den Fragen des Verwaltungsstrafrechts nicht Gefolgsmann Z. GIACOMETTIS war.

Nach ANDRÉ GRISEL<sup>43</sup> verfügt die Verwaltung über folgende Mittel, um die Erfüllung der öffentlich-rechtlichen Pflichten zu erlangen: Die Schuldbetreibung; die Ersatzvornahme; die Verwaltungssanktion; die Weigerung zu handeln; den unmittelbaren Zwang. Unter der *Verwaltungssanktion* versteht er «une peine prononcée contre un administré en raison de la violation d'une obligation de droit public». Sie *unterscheide sich* in verschiedener Hinsicht *von den im Strafrecht angedrohten Sanktionen*, seien es diejenigen nach StGB, seien es diejenigen nach den Strafbestimmungen der Spezialgesetze. So bedrohe beispielsweise das Zollgesetz die Zollwiderhandlungen mit Strafsanktionen (Art. 73 ff. ZG) und die Ordnungsverletzungen mit Verwaltungssanktionen (Art. 104 ff. ZG); die Landwirtschaftsgesetzgebung drohe auf Widerhandlungen Geldstrafen und Verwaltungs-

<sup>41</sup> Schweizerische Verwaltungsrechtsprechung, Bd. 1, S. 288 ff.

<sup>42</sup> Nr. 361 Ziff. VI. Unter den hier gemeinten Rechtsnachteilen sind wohl die «Pseudo-Strafen» zu verstehen oder, wie sie Z. GIACOMETTI nennt, die spiegelnden Strafen.

<sup>43</sup> Droit administratif suisse, S. 332 ff.

bußen an. Strafrechtliche und verwaltungsrechtliche Sanktionen *unterschieden* sich zunächst durch den *Zweck*: Die ersteren würden den Angriffen auf die gesellschaftliche Ordnung Einhalt gebieten und so die wichtigsten Güter schützen: das Leben; die körperliche Unversehrtheit; die Ehre; das Eigentum; die öffentliche Ordnung<sup>44</sup>. Die letzteren hätten ihren Grund in der Verletzung eher untergeordneter Vorschriften, seien aber bei weitem nicht ein bloßes Beugemittel, sondern könnten auch noch verhängt werden, wenn der Widerstand des Bürgers aufgehört habe. A. GRISEL hebt sodann verschiedene *Besonderheiten der Verwaltungssanktionen gegenüber den strafrechtlichen Sanktionen* hervor: Strafbarkeit der Teilnehmer; Konkurrenz; Bußenumwandlung; Strafzumessung; Fragen des Verschuldens (Fahrlässigkeit, Formaldelikt, Schuldvermutung); Verfahren (Zuständigkeit, Opportunitätsprinzip, Gesamtstrafenbildung u. a. m.).

Wenn ich die (leider sehr knapp gehaltenen) Darlegungen A. GRISELS richtig verstehe, namentlich das mit dem Hinweis auf das ZG gegebene Beispiel richtig deute, so unterscheidet er – ähnlich wie gewisse ausländische Gesetzgebungen<sup>45</sup> und besonders das heutige Recht der Bundesrepublik Deutschland<sup>46</sup> – zwischen kriminellem Unrecht und Verwaltungs-Ordnungsverletzungen, wobei zum kriminellen Unrecht auch die schwereren Widerhandlungen gegen Verwaltungsgesetze zu rechnen wären.

### 2.2.2 Strafrechtslehre

Halten wir im Sinne der Auffassung Z. GIACOMETTIS (vorn S. 127), die nähere Darstellung des materiellen Verwaltungsstrafrechts gehöre der Strafrechtslehre an, in dieser Rechtsdisziplin Umschau, inwieweit sie den ihr zugespielten Ball aufnahm, so stoßen wir auf ein dürftiges Ergebnis. Es fehlt nicht nur ein «System» oder ein Lehrbuch des schweizerischen Verwaltungsstrafrechts, sondern wir suchen auch vergeblich nach geschlossenen Darstellungen in den Lehrbüchern des Strafrechts oder nach umfassenden Monographien über Teilgebiete<sup>47</sup> oder auch bloß nach einer

<sup>44</sup> Ähnlich Z. GIACOMETTI, Allg. Lehren, S. 550.

<sup>45</sup> Vgl. die Darstellung des Steuerstrafrechts in Frankreich, Großbritannien, Italien und Deutschland bei DAVITER/KÖNKE/SCHWERIN, Steuernorm und Steuerwirklichkeit, Bd. 1, S. 267 ff., Köln/Opladen 1969.

<sup>46</sup> Vgl. Ziff. 1.2 hievon und besonders hinten Ziff. 8.2.1.

<sup>47</sup> Eine Ausnahme bildet die in Anm. 7 erwähnte Arbeit von W. FLEISCHMANN über das Nebenstrafrecht des Kantons Schwyz. Die verschiedenen *steuerstrafrechtlichen* Mono-

Zusammenstellung des Bundes-Strafrechts, des Nebenstrafrechts des Bundes<sup>48</sup> oder desjenigen eines Kantons. Die Gründe für diese Lücke dürften wesentlich in der großen Rechtszersplitterung mit den 26 verschiedenen Verwaltungsrechtsordnungen zu suchen sein.

ERNST HAFTER verzichtet in seinem Lehrbuch des schweizerischen Strafrechts auf eine zusammenfassende Darstellung des Neben- und insbesondere des Verwaltungsstrafrechts. Die Nebenstrafgesetze des Bundes werden jedoch, «wo es sich als notwendig ergibt, bei der Erörterung der einzelnen Lehren im Allgemeinen und im Besondern Teil berücksichtigt» (AT, S. 23). Man darf sagen, daß dies ausgiebig geschieht und – für die Zeit des Erscheinens des grundlegend gebliebenen Werkes – wertvolle Erkenntnisse und Anregungen vermittelt<sup>49</sup>.

O. A. GERMANN berücksichtigt in seiner Taschenausgabe des StGB das Nebenstrafrecht des Bundes mit bewunderungswürdiger Akribie<sup>50</sup>. Es handelt sich hierbei jedoch, durchaus dem Zweck der Taschenausgabe gemäß, weniger um ein Darstellen, als vielmehr um ein Hinweisen mit «dem Zweck, nichts Wesentliches zu übersehen»<sup>51</sup>. Nach den Worten O. A. GERMANNs im Vorwort zum StGB-Kommentar (S. 4) wird sich dieser

graphien dürfen wir schwerlich samt und sonders der Strafrechtsliteratur zuweisen, denn sie sind meistens steuer- und somit verwaltungsrechtlicher Natur; strafrechtlicher Natur sind: E. KLAUS, *Der Steuerbetrug im Zürcherischen Recht*, Zürich 1939, MEIN *Steuerstrafrecht* (mit dem Untertitel «Ein Beitrag zu seiner Fortbildung auf strafrechtlicher Grundlage») und (weitgehend) A. VON ALBERTINI, *Der Steuerbetrug im System der Steuerstrafnormen*, Bern 1967.

<sup>48</sup> Zu Beginn unseres Jahrhunderts hatte der damalige Bundesanwalt O. KRONAUER ein Kompendium des Bundes-Strafrechts herausgegeben (die auf das Jahr 1902 nachgeführte Ausgabe enthielt in einem I. Teil neben dem BStR, dem ElG und den Verfahrensgesetzen in einem II. Teil vier «Fiskalgesetze» und 24 «Strafpolizeigesetze» – welch idyllische Zeit!). Der von M. WAIBLINGER vor etwa 30 Jahren unternommene Anlauf, ein ähnliches Werk herauszugeben, mußte mangels Nachfrage preisgegeben werden.

<sup>49</sup> Ein besonderer § 9 ist dem durch Art. 333 StGB geordneten Verhältnis des StGB zur Nebenstrafgesetzgebung gewidmet. Hier hält E. HAFTER u. a. fest, das StGB habe Unsicherheiten, die vor seinem Inkrafttreten unter der Herrschaft des BStR von 1853 bestanden, beseitigt. Das ist freilich nicht zu bestreiten. Aber das StGB hat dafür andere und nicht minder schwerwiegende Unsicherheiten gebracht, stehenlassen oder sogar (unbeabsichtigt) gefördert; vgl. Ziff. 5 hienach.

<sup>50</sup> Vgl. das Verzeichnis der Abkürzungen, S. XX ff., und die Hinweise auf die jeweils verwandten Nebenstrafrechtstatbestände und auf die einschlägige Judikatur, z. B. bei Art. 68, 117, 144, 148, 153 und 154, Vorbem. vor Art. 160, 179, 230, Vorbem. vor Art. 231 sowie Art. 231 ff., 237 ff., 245, 251, 253, 289, 292.

<sup>51</sup> Vgl. op. cit., S. VII und XII f.

«ausschließlich mit dem im schweizerischen Strafgesetzbuch verankerten Bundesrecht» befassen; die Strafbestimmungen der anderen Bundesgesetze seien in der Taschenausgabe «hineinverarbeitet ... in die Systematik des Strafgesetzbuches». Indessen blieb O.A. GERMANN – glücklicherweise – dem im Vorwort verkündeten Programm nicht ganz treu: Schon in den Erläuterungen zu Art. 1 StGB finden sich Ausführungen, die für das Verwaltungsstrafrecht *de lege lata* und *de lege ferenda* von erheblicher Bedeutung sind, nämlich über die Problematik der *Blankettstraftatbestände* (N 2.12), der *Strafvorschriften in Verordnungen* (N 3–5), der *Ermessensentscheide* (N 15).

VITAL SCHWANDER bemerkte im Vorwort zur 1. Auflage (Zürich 1952) seiner systematischen Darstellung des Schweizerischen Strafgesetzbuches, das ergänzende Strafrecht von Bund und Kantonen habe lediglich durch zahlreiche Verweisungen berücksichtigt werden können. Im Vorwort zur 2. Auflage (Zürich 1964) findet sich der Satz, die Hinweise aufs Nebenstrafrecht des Bundes seien vermehrt worden. Unter Nr. 10 werden nach der Systematik der BS die bundesrechtlichen Erlasse mit Normen von straf- und strafprozessualer Bedeutung aufgezählt. Sodann finden sich gelegentlich kurze registrierende Feststellungen von Besonderheiten des Nebenstrafrechts, beispielsweise der *Blankettgesetze* (Nr. 21), der *Unterscheidung des Kriminal- vom Polizeistrafrecht* (Nr. 23), der *Anwendbarkeit der allgemeinen Bestimmungen des StGB auf das Nebenstrafrecht* (Nr. 54), die *Umwandlung von Bußen* (Nr. 375 Ziff. 3). In Nr. 35 «Abgrenzung» wird gesagt (Ziff. 4): «Ordnungs-, Disziplinar- und Steuerstrafen sind echte Strafen. Doch folgen sie nicht allen Regeln des Kriminalstrafrechts»<sup>52</sup>. Von Verwaltungsstrafrecht spricht V. SCHWANDER bloß in Zusammenhang mit dem «Anwendungsbereich des kantonalen Strafrechts» (Nr. 91 ff.), d. h. bei der Erläuterung des Art. 335 StGB. Daraus sind die im Kern wohl richtigen und auch auf das Nebenstrafrecht des Bundes zutreffenden Sätze hervorzuheben: «Die allgemeine Tendenz dürfte ... dahin gehen, Strafnormen der Nebengesetzgebung, wenn sie sich bewährt haben, ins klassische Strafrecht einzureihen»<sup>53</sup>. ... Der Strafgesetzgeber (wäre) meistens gar nicht in der Lage, den besonderen Bedürfnissen von rechtlichen Spezialgebieten gerecht zu werden. Diese Strafsätze haben ihren engen organi-

<sup>52</sup> Vgl. auch Nr. 575: «Der Steuerbetrug untersteht der Steuergesetzgebung. Art. 64 und 66 KUVG betreffen den sogenannten Prämien- und Lohnlistenbetrug.»

<sup>53</sup> Vgl. dazu bei Anm. 13 sowie hinten Anm. 229 und Ziff. 8.2.1, mit dem Hinweis auf die Entwicklung des bundesdeutschen Strafrechts.

schen Zusammenhang mit den zu schützenden Normen beibehalten». Endlich werden da und dort *Beispiele aus dem Nebenstrafrecht* herangezogen<sup>54</sup>.

Es käme einer groben Unterlassungssünde gleich, wenn hier die für die Fortbildung von Einzelfragen unseres Verwaltungsstrafrechts wohl bedeutendsten Aufsätze verschwiegen würden, nämlich diejenigen von H. SCHULTZ, Übersicht über die Rechtsprechung zu den Nebenstrafgesetzen des Bundes seit dem 1. Januar 1942 (ZStrR 1953, S. 450 ff.), und von P. NOLL, Die neueren eidgenössischen Nebenstrafgesetze unter rechtsstaatlichen Gesichtspunkten (ZStrR 1957, S. 361 ff.) und Nebenstrafrecht und Rechtsgleichheit (ZStrR 1959, S. 29 ff.).

### 2.3 Versuch einer Begriffsbestimmung

Mit gutem Grund wurden den Teilnehmern am Juristentag 1970 die «Aufsätze und Vorträge 1910–1938» WALTHER BURCKHARDTS überreicht und damit stillschweigend die Anregung verbunden, sich wieder vermehrt in die Werke dieses großen Rechtslehrers und Forschers zu vertiefen<sup>55</sup>. W. BURCKHARDTS «Strafrechtstheorie» dürfte der Schlüssel zum Begriff und zur Funktion des Verwaltungsstrafrechts sein, und nach allem Anschein haben sich dieser Theorie auch Z. GIACOMETTI und noch viele andere angeschlossen. Sie bringt uns jedenfalls dem Ziel sehr nahe; ihr fehlt – bedingt durch die Zeit, in der sie entstand – die neben die logische Begründung tretende moderne ethische Wertung des Verwaltungsstrafrechts<sup>56</sup>.

«Strafen und Maßregeln dienen dem Schutz der Rechtsgüter und der Wiedereingliederung des Täters in die Rechtsgemeinschaft.» So umschreibt

<sup>54</sup> Solche Hinweise finden sich etwa für die abstrakten Gefährdungsdelikte (Nr. 150), die Schuldvermutung (Nr. 178 a), die Frage der Konkurrenz im Rahmen der Betrugsdelikte (Nr. 569 a Ziff. 4), die Lebensmittelfälschung (Nr. 574 ff.), für die Verbrechen und Vergehen gegen den öffentlichen Verkehr (Nr. 681 aff. betr. das SVG) und für die Fälschungsdelikte (Nr. 701 c).

<sup>55</sup> In Deutschland scheint, nach HANS HUBERS Einführung in den Sammelband, S. 9, W. BURCKHARDT erst «im Kommen» zu sein. Vgl. auch das Vorwort von K. TIEDEMANN zu seinem Buch «Tatbestandsfunktionen im Nebenstrafrecht», Tübingen 1969, wo es heißt: «Hingewiesen sei neben den hier vorausgesetzten Kategorien der allgemeinen Rechtssatzlehre besonders auf die elementare Unterscheidung von Form und Technik des Rechts – ein Problem, zu dem sich im gängigen Schrifttum klarstellende Äußerungen leider nur in BURCKHARDTS schöner Methodenlehre finden.»

<sup>56</sup> Vgl. dazu Ziff. 4.1 hienach.

§ 2 Abs. 1 des sogenannten Alternativ-Entwurfs für ein (deutsches) Strafgesetzbuch den Zweck der Strafe und Maßregel. Und in der Begründung finden sich die Sätze<sup>57</sup>: «Absatz 1 macht deutlich, daß das Strafrecht als Sanktionsrecht der Bewahrung der dem Menschen notwendigen Friedensordnung des Rechts dient. Strafe zu verhängen ist kein metaphysischer Vorgang, sondern eine bittere Notwendigkeit in einer Gemeinschaft unvollkommener Wesen, wie sie die Menschen nun einmal sind»<sup>58</sup>. Die «Unverbrüchlichkeit» der Rechtsordnung kann, was heute grundsätzlich unbestritten ist, nur dadurch sichergestellt werden, daß bei jedem Fall der Verletzung von Rechtsnormen eine strafrechtliche Reaktion erfolgt<sup>59</sup>. Den *inneren Zusammenhang von Norm und Sanktion* betonen sehr deutlich und eindrücklich auch G. STRATENWERTH und H. SCHULTZ in ihren Vorträgen über «Leitprinzipien der Strafrechtsreform» und «Kriminalpolitische Aspekte der Strafrechtsreform»<sup>60</sup>. STRATENWERTH hält, ohne damit Neues sagen zu wollen, fest (S. 15f.), soziales menschliches Leben sei ohne Regeln, die es ordnen, schlechterdings undenkbar, jedenfalls außerhalb der allerengsten Beziehungen, und elementar sei die Verknüpfung zwischen der Norm und der Sanktion; «wo (scil.: bei normwidrigem Verhalten) die Sanktion, zumindest in Gestalt entsprechender Verurteilung, ausbleibt, verliert die Verhaltensregel ihren normativen Charakter». Und nach

<sup>57</sup> Auch abgedruckt bei P. NOLL in ZStrR 1970, S. 15.

<sup>58</sup> Ähnlich schon A.V. LUNDSTEDT, Die Unwissenschaftlichkeit der Rechtswissenschaft, 2. Bd. I. Teil, Berlin 1936, Inhaltsverzeichnis und S. 56; I. KANT sprach im 4. Satz seiner «Idee zu einer allgemeinen Geschichte in weltbürgerlicher Absicht», Ausgabe Deutsche Bibliothek, Berlin 1914, S. 327, von der «ungeselligen Geselligkeit der Menschen, d.i. den Hang derselben, in Gesellschaft zu treten, der doch mit einem durchgängigen Widerstande, welcher diese Gesellschaft beständig zu trennen droht, verbunden ist. Hierzu liegt die Anlage offenbar in der menschlichen Natur». Wer diesen Satz I. KANTS als richtig anerkennt, der bejaht wohl auch – mit R. LANGE (Das Rätsel Kriminalität, S. 70) –, daß «im Sein des Menschen von vornherein ein Sollen angelegt» ist, daß also der Satz von GROTIUS, den GRAMATICA u.a. seiner Auffassung von Staat und Recht und damit der «neuen Défense sociale» zugrunde legt, kaum stimmen kann, der Satz, der lautet: «homo ad societatem non natura sed disciplina factus est».

<sup>59</sup> Vgl. die im Sammelband «Mißlingt die Strafrechtsreform?» dargelegten Lehrmeinungen insbesondere von J. BAUMANN, S. 123f. und 134f., G. STRATENWERTH, S. 41ff., P. NOLL, S. 52, TH. LENCKNER, S. 72ff. u.a.m.

<sup>60</sup> Die Vorträge wurden am 26. November 1969 in Düsseldorf im Rahmen der Arbeitsgemeinschaft für Forschung des Landes Nordrhein-Westfalen, Geisteswissenschaften, gehalten und sind samt den Diskussionsvoten in den von dieser Arbeitsgemeinschaft herausgegebenen Schriften als Heft 162, Köln und Opladen 1970, veröffentlicht.

SCHULTZ (S. 52) «wird es immer erforderlich sein, daß die staatlich organisierte Gemeinschaft den Urhebern bestimmter Verhaltensweisen gegenüber Zwangsmaßnahmen anordnet. Sie mögen einmal, in fernerer Zeiten, jede Beziehung zur Vergeltung verloren haben und nur auf Besserung des Täters zielen, als Zwangsanordnung, als Zwang zum Guten, werden sie stets repressiv wirken».

Die Frage der Verbindung von Norm und Sanktion und über die Funktion der Strafe und des Strafrechts ist nicht neu<sup>61</sup>. W. BURCKHARDT hat sich mit der – wie er sagt<sup>62</sup> – «alten Streitfrage», ob zu dem Begriff des Rechts der Zwang gehöre, wiederholt beschäftigt; er gelangte *stets* zum Ergebnis, der *Schlußpunkt des Verfahrens, in dem das Recht sich verwirklicht, sei der Zwang*<sup>63</sup>. Und er hielt fest, die *Strafe* sei «*das notwendige Korrelat des Zwanges*: was unbedingt, zwingend vorgeschrieben wird, muß auch unbedingt, von Amtes wegen erzwungen werden, und wenn die Einhaltung der Vorschrift tatsächlich nicht erzwungen werden kann, muß die Übertretung bestraft werden. *Die Strafe ist die notwendige Folge der Übertretung öffentlich-rechtlicher Normen*»<sup>64</sup>. Und weiter: «Das Gesetz ist kein Gesetz im Rechtssinne, das Verbot kein Rechtsverbot, wenn es unbestraft (und ungehindert) verletzt werden kann»<sup>65</sup>. W. BURCKHARDT hält es für unrichtig zu sagen, die Strafe sei ein Mittel, ein (fertiges) Verbot oder Gebot zu schützen; die Strafe gehört vielmehr zu einem vollständigen Verbot oder Gebot<sup>66</sup>. Nun ist freilich die Strafe, soweit man in ihr ein

<sup>61</sup> Wir finden die Antwort weitgehend vorgebildet im berühmten Art. 104 der *Carolina*, wo unter der Überschrift «eyn vorrede wie man missthatt peinlich straffen soll» u. a. die Regel aufgestellt ist, der verständige Richter habe «die straff nach gelegenheit und ergernuss der übelthatt, auss lieb der gerechtigkeit, und *umb gemeynes nutz willen* zu ordnen und zu machen»; zitiert nach der 8. KOCH'schen Ausgabe, Marburg 1824, S. 53 des Textes; Hervorhebung von mir.

<sup>62</sup> Vgl. seine Abhandlung «Vom Rechtszwang» in «Aufsätze und Vorträge 1910–1938», S. 52.

<sup>63</sup> Op. cit. S. 55, 57 und 63; Organisation, Aufl. 1944, S. 270 ff.

<sup>64</sup> Organisation, Aufl. 1944, S. 275 f. und 279; Hervorhebung von mir. W. BURCKHARDT sagt aber nicht, was im Hinblick auf die Darlegungen unter Ziff. 8.2.5 hienach besonders betont sei, es müsse jede *einzelne* öffentlich-rechtliche Norm mit einer *besonderen* Sanktion versehen sein (vgl. «Vom Rechtszwang», S. 56).

<sup>65</sup> W. BURCKHARDT, Das Geld, ZBJV 1935, S. 6 ff., bes. S. 30, Anm. 1.

<sup>66</sup> W. BURCKHARDT, Methode, S. 104; vgl. auch die Botschaft vom 17. Februar 1971 zu einem neuen Arbeitszeitgesetz, BBl 1971 I 440 ff., bes. 456, wo ausgeführt wird, das betreffende Gesetz sei «nötigenfalls mit Hilfe von Zwangsmitteln zu vollziehen», und es seien «aus diesem Grunde ... im Entwurf Strafbestimmungen aufgenommen worden».

Exekutionssurrogat für eine nicht in natura erzwingbare Pflicht erblickt, ein «nicht vollwertiger und nicht unbedenklicher Ersatz des Zwanges»<sup>67</sup>.

Die Lehrmeinung W.BURCKHARDTS, die nach O.A.GERMANN<sup>68</sup>, «das gesamte Strafrecht gewissermaßen zu einem Spezialgebiet der Zwangsvollstreckung herabwürdigt», ist unbestrittenermaßen für das uns hier allein interessierende Verwaltungsrecht durchaus tauglich; denn im Verwaltungsrecht ist «die Strafsanktion in der Tat nur sekundär», und daher umfaßt «die Befugnis zum Erlaß solcher Vorschriften ohne weiteres auch die Kompetenz zum Erlaß der zugehörigen Polizeistrafbestimmungen»<sup>69</sup>.

Auf Grund der vorstehenden Ausführungen dürfte es uns möglich sein, den *Begriff des Verwaltungsstrafrechts* – zumindest in groben Zügen – zu umschreiben und es vom (gemeinen) Kriminalstrafrecht abzugrenzen. Wir könnten banal sagen, Verwaltungsstrafrecht sei das Strafrecht der Verwaltungsgesetze, d.h. das Strafrecht, das die Normen in Verwaltungsgesetzen, die dem Bürger Pflichten auferlegen, zu einem vollständigen Verbot oder Gebot machen. Wir werden noch sehen, daß diese Abgrenzung des Verwaltungsstrafrechts vom Kriminalstrafrecht ins Wanken geraten ist und kaum auf die Dauer Bestand haben wird<sup>70</sup>.

## 2.4 Abgrenzungen

2.4.1 *Nicht* zum Verwaltungsstrafrecht gehört m.E. das sogenannte *Disziplinarstrafrecht*. Dieses ist nach O.A.GERMANN<sup>71</sup> «nur auf einen bestimmten, zu besonderer Treue verpflichteten Personenkreis anwendbar». Dieser Charakteristik ist für das *beamtenrechtliche* Disziplinarstrafrecht zuzustimmen<sup>72</sup>, und in diesem Bereich gehörte es in einem weiteren Sinne

<sup>67</sup> W.BURCKHARDT, Einführung, S.176.

<sup>68</sup> Das Verbrechen im neuen Strafrecht, Zürich 1942, S.116 Anm.153.

<sup>69</sup> O.A.GERMANN, a.a.O., mit Hinweis auf BGE 1915 I 501, 1931 I 276 und 1937 I 15/16. Das «ohne weiteres» im Zitat aus O.A.GERMANN und das Alter der angerufenen Urteile wird unsere skeptische Generation freilich nicht mehr unbesehen hinnehmen und vorbehaltlos bejahen; vgl. auch die Anm.64 hievor.

<sup>70</sup> Vgl. hinten Ziff.4. Unrichtig ist m.E. die Begriffsbildung F.BENDELS, Rechtsfragen des Gewässerschutzes, S.49f., der einen Tatbestand unbesehen dem Verwaltungsstrafrecht zuzuordnen scheint, wenn die Strafverfolgung einer Verwaltungsbehörde übertragen ist, und Vergehenstatbestände «eindeutig dem Bereich des Verwaltungsstrafrechts entzogen» erklärt.

<sup>71</sup> Kommentar, Vb zu 1–100, N.3, mit Hinweisen auf Lehre und Rechtsprechung.

<sup>72</sup> Vgl. z.B. die Art.30ff. des BG vom 30.Juni 1927 über das Dienstverhältnis der Bundesbeamten, BS 1, S.489.

zum Verwaltungsstrafrecht<sup>73</sup>. Das gilt wohl weitgehend auch für das Disziplinarrecht der *freien Berufe*<sup>74</sup>. Zweifel an der Richtigkeit der üblichen Definition des Disziplinarstrafrechts und an seiner üblichen Zuordnung bestehen aber bezüglich des Disziplinarstrafrechts gemäß *Militärstrafgesetz*, im besonderen bezüglich des sog. «*leichten Falles*» eines Verbrechens oder Vergehens, der auch gegenüber den dem MStG unterstehenden Zivilpersonen mit disziplinarischer Bestrafung geahndet wird<sup>75</sup>. H. ARND ordnet das Disziplinarstrafrecht dem «Strafrecht im weiteren Sinne» zu, «weil es an ein mißbilligtes Verhalten ein hoheitlich verhängtes Übel knüpft»<sup>76</sup>.

2.4.2 Gelegentlich stößt man auf den Begriff des *Polizeistrafrechts*. Beispielsweise bezeichnet W. BIRCHMEIER das Filmgesetz als «administratives oder polizeiliches Bundesgesetz»<sup>77</sup>. Eine ähnliche Gleichsetzung von Verwaltungs- und Polizeirecht findet sich im «Elektrizitätsrecht» von E. RUCK<sup>78</sup>, der im Hinblick auf die zahlreichen verwaltungsrechtlichen Vorschriften des Elektrizitätsrechts erklärt, hier gehe es «allgemein um die Wahrung des <öffentlichen Interesses> und die Förderung der <allgemeinen Wohlfahrt>, im besonderen um die polizeirechtliche Sicherung der Menschen und Sachen gegen ihre Gefährdung durch elektrische Energie». Der Begriff des Polizeistrafrechts wie derjenige des Polizeirechts ist indessen *veraltet* oder hat jedenfalls einen Wandel erfahren. Polizeirecht umfaßte *früher* einen Teil des Rechtsgebietes, den wir heute als Verwaltungsrecht bezeichnen<sup>79</sup>. Noch W. BURCKHARDT lehrte<sup>80</sup>, das öffentliche

<sup>73</sup> Nach Z. GIACOMETTI, Allg. Lehren, S. 535, heißt «die Verwaltungsstrafe als Strafsanktion zwecks Ahndung von Dienstpflichtverletzungen der Beamten ... Disziplinarstrafe oder Ordnungsstrafe».

<sup>74</sup> Vgl. dazu vor allem WERNER DUBACH in ZSR 1951, S. 6ff.

<sup>75</sup> Vgl. Art. 160a der Militärstrafgerichtsordnung, BS 3, S. 456; im Militärstrafrecht, das zwar die Haftstrafe und die Buße, nicht aber Übertretungen im Sinne des StGB kennt, hat eben die Disziplinarstrafe teilweise die Funktion der Übertretungsstrafe. In dieser Hinsicht dürfte auch V. SCHWANDERS Begriffsumschreibung des Disziplinarstrafrechts in Nr. 25 seines Lehrbuches nicht ganz zutreffen.

<sup>76</sup> Grundriß des Wehrstrafrechts, München/Berlin 1958, S. 32. Von einem hoheitlich verhängten Übel kann selbstverständlich im Falle der in Anm. 19 erwähnten Betriebsstrafe keine Rede sein.

<sup>77</sup> Kommentar zum Eidg. Filmgesetz, Zürich 1964.

<sup>78</sup> Schweizerisches Elektrizitätsrecht, Zürich 1964, S. 27.

<sup>79</sup> Ebenso für das deutsche Recht E. GÖHLER, OWiG, S. 2; anläßlich der Beratung des StGB führte der Berichterstatter SEILER im Nationalrat u. a. aus (SA StenB-StGB NR, S. 551): Die sogenannte Nebenstrafgesetzgebung des Bundes «zerfällt in Bundesstraf-

Interesse, dem der zwingende Rechtssatz dient, könne dreierlei Art sein: das der Erhaltung vorhandener Güter im *Polizeirecht*; das der Schaffung kultureller oder wirtschaftlicher Güter im *Anstaltsrecht* und das der Beschaffung der nötigen Hilfsmittel im *Finanzrecht*. Im Gegensatz zur *gerichtlichen* oder *Sicherheitspolizei* und zur *politischen* nenne man die hier umschriebene auch etwa die *Verwaltungspolizei*; sie umfasse die mannigfaltigsten Vorschriften über die Gesundheits-, Feuer-, Sitten-, Verkehrs-, Handels- und Gewerbepolizei<sup>81</sup>. Der Begriff des Polizeistrafrechts ist heute – zumindest im Recht des Bundes – überholt<sup>82</sup>. Im BStP findet sich der Begriff der polizeilichen Bundesgesetze nicht mehr, auch nicht in den Art. 279 ff., die das BG vom 30. Juni 1849 über das Verfahren bei Übertretung fiskalischer und polizeilicher Bundesgesetze ablösten. Der Randtitel zu Art. 335 StGB lautet «Polizei- und Verwaltungsstrafrecht, Steuerstrafrecht» und erweckt den Anschein, daß es drei verschiedene Arten von Nebenstrafrecht gäbe; indessen gehören – wie gezeigt – das Polizei- und das Steuerstrafrecht zusammen unter den Oberbegriff Verwaltungsstrafrecht<sup>83</sup>,

recht im engeren Sinn und in Strafbestimmungen in Bundespolizeigesetzen und die letzteren wiederum zerfallen in Fiskalgesetze und Strafpolizeigesetze». SEILER bezog sich dabei auf O. KRONAUERS Kompendium (vgl. vorn Anm. 48).

<sup>80</sup> Einführung, S. 167 ff.

<sup>81</sup> Vgl. über den *Ursprung des Begriffes der Polizeiübertretung* und seine damalige Verbreitung vor allem auch FEUERBACH/MITTERMAIER, Lehrbuch des peinlichen Rechts, § 22, 13. Ausgabe, Gießen 1840, S. 46 ff. und 610 ff., mit dem noch heute beherzigenswerten Satz MITTERMAIERS auf S. 48: «Sehr leicht kann die Polizeistrafgesetzgebung mißbraucht werden, um alle menschliche Freiheit in Fesseln zu schlagen, und aus dem Bürger eine lebende chinesische Puppe zu machen, die kein noch so unschuldiges Schrittlchen thun kann, ohne in Strafe zu fallen.» Ebenfalls R. FRANK, Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich, 18. Aufl. Tübingen 1931, S. 787 ff. unterscheidet nur *kriminelles* und *polizeiliches* Unrecht; nach einer Erörterung der Frage des Unterschiedes und nach einer Aufzählung der Polizeidelikte erklärt er, der von J. GOLDSCHMIDT gegebenen allgemeinen *Charakteristik der Verwaltungsdelikte als Zusammenfassung der Polizeiübertretungen mit den Finanzdelikten* und als Zuwiderhandlungen gegen das Verwaltungsinteresse des Staates könne man sich anschließen, aber nicht der Abgrenzung zu der J. GOLDSCHMIDT gelange, noch auch allen Folgerungen.

<sup>82</sup> Wohl gleicher Meinung V. SCHWANDER, Nr. 23; über Wandel und heutige Bedeutung des Begriffs s. auch das Stichwort «Polizei» in Herders Staatslexikon, Freiburg i. Br. 1961.

<sup>83</sup> Nach H. PETERS, Lehrbuch der Verwaltung, Berlin/Göttingen/Heidelberg 1949, S. 187, hat das Verwaltungsstrafrecht die fünf folgenden *Hauptanwendungsgebiete*: Polizeistrafrecht, Steuerstrafrecht, Poststrafrecht, Eisenbahnstrafrecht und Wirtschaftsordnungsstrafrecht.

ausgenommen selbstverständlich das Recht der gerichtlichen, der politischen und der Sicherheitspolizei. An diesem Beispiel erweist sich beiläufig erneut, wie schwierig, unbefriedigend und problematisch weit getriebene Unterteilungen und Begriffsbildungen sind; es ist vor allem oft auch fragwürdig, ob sie einen tieferen Sinn und eine praktische Bedeutung haben.

G. ROOS verzichtet, wenn ich richtig sehe, auf den Begriff des Polizeirechts. Er faßt in seinen alljährlichen Übersichten über die schweizerische Gesetzgebung<sup>84</sup> die Erlasse im Gebiete des Beamtenrechts, Militärwesens, Finanzrechts, Verkehrs, Transports, der PTT, Öffentlichen Werke, Wasserkräfte, Atomenergie, des Erdöls, der Kultur- und Gesundheitspflege unter den *Oberbegriff des Verwaltungsrechts* zusammen und unterscheidet dieses vom *Wirtschafts- und Sozialrecht* mit den Erlassen über Landesversorgung und Kosten der Lebenshaltung, Handel, Industrie und Gewerbe, Land- und Forstwirtschaft, Arbeitsrecht, Sozialversicherung. Auch diese Einteilung vermag indessen nicht zu befriedigen; was ROOS dem Wirtschafts- und Sozialrecht zuordnet, gehört doch wohl auf weite Strecken zum Verwaltungsrecht<sup>85</sup>.

2.4.3 In der Nachkriegszeit tauchten die Begriffe «Wirtschaftskriminalität» und «*Wirtschaftsstrafrecht*» auf<sup>86</sup>. Das sogenannte Wirtschaftsdelikt kann ein *gemeinrechtliches* Delikt sein, z. B. ein Betrug im Sinne von Art. 148 StGB, aber auch ein *verwaltungsstrafrechtliches* Delikt, z. B. ein Bannbruch im Sinne von Art. 76 ZG, oder ein Delikt des *sonstigen Nebenstrafrechts*, z. B. unlauterer Wettbewerb im Sinne von Art. 13 UWG. Schon diese drei Beispiele machen klar, daß das Wirtschaftsstrafrecht bei uns nicht eine dem gemeinen Strafrecht oder dem Verwaltungsstrafrecht vergleichbare Kategorie darstellt, sondern auf einer andersgearteten Betrachtungsweise des in Rede stehenden deliktischen Verhaltens und auf einer dieser Sicht entsprechenden Begriffsbildung beruht<sup>87</sup>.

<sup>84</sup> Siehe etwa ZSR 1969 I, S. 525 ff.; 1970 I, S. 465 ff.

<sup>85</sup> Vgl. dazu die Aufzählung des Verwaltungsrechts mit Strafbestimmungen bei Z. GIACOMETTI, S. 544 f. Anm. 15, 17, 20 und 22 oder bei V. SCHWANDER, Nr. 10, sowie die anschließende Ziff. 2.4.3 dieses Berichts.

<sup>86</sup> Die Bundesrepublik Deutschland kennt seit Jahren ein Wirtschaftsstrafgesetz; heute steht das Gesetz vom 9. Juli 1954, mit verschiedenen Änderungen, in Kraft, vgl. BGBl 1954 I, S. 175 und 1968 I, S. 503.

<sup>87</sup> H. KNECHT, Erfahrungen bei der Untersuchung von Wirtschaftsdelikten (ZStrR 1969, S. 352 ff.), verweist auf die deutschen Bemühungen um eine Definition und bezeichnet zutreffend die Aufstellung von ZIRPIN (Kriminalistik 1967, S. 576) als illustrativ. Diese Aufstellung lautet: Betrug; Treubruchdelikte wie Veruntreuung, Untreue und Bestechung, Korruption von Trägern einer amtlichen oder im amtlichen Auftrag

Immerhin gehören natürlich die Straftatbestände des sog. *Wirtschaftsverwaltungsrechtes* zum Verwaltungsstrafrecht. Der Ausdruck Wirtschaftsverwaltungsrecht ist der modernen Lehre zwar geläufig<sup>88</sup>, aber – zumindest für das schweizerische Recht – noch nicht umschrieben<sup>89</sup>. Zu den Wirtschaftsverwaltungsgesetzen wird man vor allem die sogenannten Interventionsgesetze zu rechnen haben, d. h. «die Rechtsvorschriften, erlassen mit dem Zweck, den Ablauf der Wirtschaft nach gewissen Richtungen zu leiten»<sup>90</sup>, also die *wirtschaftspolitischen* Normen. Dazu gehören die Gesetzgebungen über: die Landwirtschaft; die Getreideversorgung; die Einfuhr, Durchfuhr und Ausfuhr von Waren; den Zahlungsverkehr mit dem Ausland; die Preiskontrolle; die Kriegs- und Krisenvorsorge; die gebrannten Wasser; die Kartelle u. a. m. Sodann werden gewisse Subventionserlasse (sozialer Wohnungsbau, Arbeitsbeschaffung, Exportförderung, Hotelgewerbe, Stickereiindustrie, Bahnen) hieher zu rechnen sein, desgleichen Erlasse über die Verbilligung der Lebenshaltung. Nun ist nicht zu verkennen, daß gewisse Gesetzgebungen einen *gemischten Charakter* aufweisen, wie z. B. das Zollgesetz (Bannbruchtatbestand) oder die Gesetzgebungen über die Betäubungsmittel, über die Anlagefonds (im Ingreß des AFG wird u. a. Art. 31<sup>bis</sup> BV angerufen) u. a. m.

Die Kategorie des sog. Wirtschaftsstrafrechts ist im vorliegenden Rahmen vor allem *deshalb von Interesse*, weil in diesem Gebiet das Problem der *Widerhandlungen in Geschäftsbetrieben* (vgl. UWG Art. 14) und die *Einziehung des unrechtmäßigen Vermögensvorteils* (vgl. KStB Art. 9 ff., D-WiStG §§ 7 ff. u. a. m.) entwickelt und erprobt wurden, Regelungen, die heute über den engen und verschwommenen Kreis<sup>91</sup> des Wirtschaftsstrafrechts hinaus Bedeutung erlangt und in umfassendere Kodifikationen<sup>92</sup>

ausgeübten Funktion; Wettbewerbsdelikte; Steuer- und Zolldelikte; Insolvenzdelikte; sonstige Delikte wie Wucher, Hehlerei, Delikte im Verkehr mit Lebens-, Genuß- und Heilmitteln... Mit gutem Grund referierte W. SCHMIDLIN nicht über Wirtschaftsdelikte, sondern – einschränkend – über Typische Wirtschaftsdelikte auf dem Gebiet des Aktienrechts (ZStrR 1969, S. 370 ff.).

<sup>88</sup> Vgl. E. R. HUBER, Wirtschaftsverwaltungsrecht, 2. Aufl., Tübingen 1953/54; Z. GIACOMETTI, Allg. Lehren, S. 66.

<sup>89</sup> Vgl. W. HUG und O. K. KAUFMANN im Handbuch der schweiz. Volkswirtschaft, Ausgabe 1955, Stichwort Wirtschaftsrecht.

<sup>90</sup> Vgl. RENGGLI in der 1. Auflage des genannten Handbuches.

<sup>91</sup> Wie schwierig und unklar die Grenzziehungen sind, erweist sich m. E. auch an den Ausführungen W. FRIEDMANNs über das Wirtschaftsdelikt und über den Vollzug des Sherman Act von 1890; vgl. sein <Recht und sozialer Wandel>, S. 195 ff.

<sup>92</sup> Vgl. E-VStR Art. 5 und 6 und 13–15 und den Allgemeinen Teil des deutschen StGB gemäß 2. StrRG, insbes. die neuen §§ 14 und 73 ff.

Eingang gefunden haben. Auch hier macht sich das allmähliche Hineinwachsen des Verwaltungsstrafrechts ins gemeine Strafrecht bemerkbar.

2.4.4 Ähnlich wie mit dem Begriff des Wirtschaftsdeliktes verhält es sich mit demjenigen der *Ordnungswidrigkeit*. Über ihren Begriff, ihre Natur und ihren Charakter herrschen bei uns Unklarheiten<sup>93</sup>, nicht zuletzt infolge unserer Blicke über unsere Nordgrenze. So ließ O. A. GERMANN in der 1. Lieferung seines StGB-Kommentars (Vb zu 1–100, N. 1.2 und 2) «die vom ZGB in Art. 44, 447 und 957, vom OR in Art. 943, auch von verschiedenen verwaltungsrechtlichen Gesetzen vorgesehenen *Ordnungsstrafen* (Ordnungsbuße, Verweis)» außer Betracht fallen und ordnet sie insbesondere nicht den Übertretungen zu, die «nach der formalen Definition von Art. 101 ... nur mit Haft oder Buße bedroht, sog. Polizeistrafen...» sind. Der Kommentator hebt hervor, die Ordnungsstraftaten würden von unserem geltenden Recht anders behandelt als die Verbrechen, Vergehen und Übertretungen, und die neuere deutsche Doktrin und Gesetzgebung sei bestrebt, den Typus der «Ordnungswidrigkeiten» und deren Eigenart klar herauszuarbeiten<sup>94</sup>.

Klar und eindeutig umschrieb der Bundesrat die «Ordnungsbußen im Straßenverkehr» in der diesbezüglichen Botschaft vom 14. Mai 1969 (BBl

<sup>93</sup> Ebenso A. PFISTER, Ordnungsbußen auf der Straße (ZStrR 1967, S. 294ff., bes. 297): «Mit den Begriffen <Ordnungsbuße> und <Ordnungswidrigkeit> wird eine Klassifizierung und Charakterisierung von Sanktionen und Tatbeständen angedeutet, die alles andere als eindeutig ist.»

<sup>94</sup> Diese Bemühungen sind bis heute fruchtlos geblieben; das kriminelle Unrecht und die Ordnungswidrigkeit werden in Deutschland bloß nach dem formellen Kriterium der angedrohten Sanktion unterschieden, die auf einer vom Gesetzgeber getroffenen *Wertung* des Unrechts beruht und nicht eine Angelegenheit logischer Deduktion ist (vgl. auch hinten Ziff. 8.2.1). Ich halte den in MEINEM Steuerstrafrecht, S. 160ff. mit Hinweisen auf die damaligen Lehrmeinungen, vertretenen Standpunkt noch immer aufrecht. Vgl. nun auch J. GRAVEN, La classification des infractions du Code pénal et ses effets, ZStrR 1958, S. 3ff., der einen qualitativen Unterschied bejaht. Für V. SCHWANDER, N. 35, sind «Ordnungs-, Disziplinar- und Steuerstrafen ... echte Strafen», obgleich sie nicht allen Regeln des Kriminalstrafrechts folgen. Die problematische Unterscheidung zwischen Ordnungswidrigkeit und Kriminalstrafe erweist sich am Bemühen in VerwE 1962/63, S. 287f., den Charakter der beiden Sanktionen in den Erlassen über die Milchwirtschaft zu ergründen. F. BENDEL, Rechtsfragen des Gewässerschutzes, S. 24, unterscheidet (mit der neuern deutschen Verwaltungsrechtslehre) zwischen der «echten oder kriminellen Strafe», die «begangenes Unrecht sühnen», und der «Beugestrafe» (Ungehorsamsstrafe), die «zusätzlich den gesetzmäßigen Zustand für die Zukunft herbeiführen» will; diese Theorie erscheint mir unter verschiedenen Gesichtspunkten als überholt und fragwürdig (vgl. auch Anm. 146 hienach).

1969 I, S. 1090, Ziff. V) wie folgt: Sie «dienen der Durchsetzung der zum Verwaltungsrecht zu zählenden Verkehrsvorschriften; aber sie sind keine besondere verwaltungsrechtliche Rechtsfolge, sondern ... eine echte Strafe». Ähnlich äußerte sich Nationalrat SCHÜRMANN (StenB 1969 NR, S. 760): Diese «Ordnungsbuße ist durchaus eine Buße im Sinne des Strafsystems unseres Strafgesetzbuches». Die Ordnungsbußen, die O. A. GERMANN im Auge hat, sind ein Problem für sich (sie stehen den Disziplinarstrafen zumindest sehr nahe) und können hier außer Betracht bleiben. Wichtig ist es aber, schon hier klarzustellen, daß die «deutschen» Ordnungswidrigkeiten nicht etwa *neben* die Übertretungen, sondern *an ihre Stelle* treten sollen; vom Inkrafttreten des 2. StrRG, d. h. vom 1. Oktober 1973 an wird es in Deutschland keine Übertretungen mehr geben<sup>95</sup>. W. FRIEDMANN<sup>96</sup> scheint – beiläufig bemerkt – unter Ordnungs- und Verwaltungsstraftaten synonym dasselbe zu verstehen.

<sup>95</sup> Die §§ 350 ff. D-StGB betr. die Übertretungen werden durch Art. 1 Ziff. 30 des 2. StrRG aufgehoben, und das D-StGB wird bloß noch Verbrechen und Vergehen kennen (neuer § 12). Neben das StGB tritt das OWiG.

<sup>96</sup> Recht und sozialer Wandel, S. 201.

### 3. Standortbestimmung

Wer die Standardwerke des schweizerischen Verwaltungs- oder Strafrechts zur Hand nimmt oder in den Verwaltungsgesetzen des Bundes oder der Kantone etwas Umschau hält, der fühlt sich bezüglich des Verwaltungs- bzw. Polizeistrafrechts in die Jahre zwischen den beiden Weltkriegen zurückversetzt und gewinnt den Eindruck, als ob die Zeit weitgehend stillgestanden sei. Das gilt insbesondere auch für die Strafbestimmungen der meisten «modernen» Verwaltungsgesetze<sup>97</sup>.

<sup>97</sup> Von den derzeit in Kraft stehenden *Nebenstrafgesetzen* des *Bundes* sind rund 50 vor dem Jahre 1948 erlassen worden, davon rund 15 vor dem Jahre 1914 (das älteste dieser Gesetze, nämlich dasjenige über das Pulverregal, stammt aus dem Jahre 1849), und ebenfalls rund 50 Gesetze nach 1948; einige der älteren Gesetze wurden nach 1948 in Teilrevision gezogen, aber zumeist ohne Einbezug der Strafbestimmungen, und viele neuere Gesetze lehnen sich in den Strafbestimmungen mehr oder weniger an das Hergebrachte an (gewisse Neuerungen traten mit dem Fortschreiten der Arbeiten am VStR auf). Es ist nicht wahrscheinlich, daß das kantonale Nebenstrafrecht verhältnismäßig besser dastehe und moderner wäre; eine summarische Durchsicht der Arbeit W. FLEISCHMANNs über das Nebenstrafrecht des Kantons Schwyz, Zürich 1969, läßt erkennen, daß die Strafbestimmungen von vor 1948 deutlich überwiegen und daß rund zehn der entsprechenden Gesetze oder Verordnungen aus der Zeit vor 1914 stammen. Die offensichtliche Überalterung des Nebenstrafrechts ist – beiläufig bemerkt – ein untrügliches Indiz dafür, daß es weitgehend toter Buchstabe bleibt; vgl. dazu Ziff. 8.1 hienach. Der «tote Buchstabe» kann freilich seinen Grund auch darin haben, daß die Strafbestimmung zu hart geworden ist: H. AEBI stellt in seiner Berner Rektoratsrede 1970 «Der Mensch im technischen Zeitalter und seine Umwelt» folgendes fest (S. 22): In der Lebensmittelverordnung vom Jahre 1936 findet sich die lapidare Feststellung: «Lebensmittel dürfen gesundheitsschädliche Stoffe nicht enthalten». Seither seien von der analytischen Forschung Methoden entwickelt worden, welche bis tausendmal empfindlicher sind als die damaligen. Die Fiktion einer «Nulltoleranz» habe sich daher nicht länger aufrechterhalten lassen, und durch den BRB vom 3. März 1969 sei nun dieser Entwicklung Rechnung getragen worden (noch bis zum Inkrafttreten dieser Neuerung drohte also bei Verletzung der Nulltoleranz eine Buße, freilich – und das ist ein Zeichen der Überalterung in «umgekehrter» Richtung –, sofern nicht eine Strafe nach StGB oder Art. 38 des Lebensmittelgesetzes verwirkt war, von höchstens 500 Franken; s. Art. 41 des Lebensmittelgesetzes vom 8. Dezember 1905, BS 4, S. 459).

### 3.1 Der moderne Sozial- und Wohlfahrtsstaat

Im vergangenen Vierteljahrhundert nahm – vom Strafrecht so gut wie unbeachtet – das Verwaltungsrecht die (noch nicht absehbare) Entwicklung, die man als Gesetzesinflation zu bezeichnen pflegt. Wir stehen vor der kaum rückgängig zu machenden Tatsache, daß die Kantone und besonders der Bund ununterbrochen mit neuen Aufgaben betraut wurden<sup>98</sup>, die von Natur aus verwaltungsmäßig besorgt und entsprechend durch Verwaltungsrecht normiert werden müssen. Das Gemeinwesen regelt und gestaltet demzufolge unmittelbar oder mittelbar mit seinen Verwaltungsgesetzen immer mehr Lebensbereiche und Betätigungen des Einzelnen<sup>99</sup>, wobei neben der mit der Zunahme der Aufgaben wachsenden Zahl der Gesetze namentlich auch die öfters übertrieben einläßliche Reglementierung beunruhigt<sup>100</sup>. Der Staat greift mit seinem «*Wirtschaftsrecht*»<sup>101</sup> interventionistisch in die Wirtschaft ein, treibt sogenannte *Daseinsvorsorge* und bedarf zur Erfüllung der ihm übertragenen Aufgaben immer *vermehrter finanzieller Mittel*<sup>102</sup>. Heute ist die Verwaltung für zahlreiche soziale Bereiche zum Ordnungsgaranten, Leistungsträger und zur riesigen Pumpmaschine für Kaufkraftübertragung geworden<sup>103</sup>.

Wir haben uns – wie die meisten Staaten – zu einem ausgeprägten Verwaltungsstaat gewandelt. Die Vielzahl der von jedem von uns zu befolgen-

<sup>98</sup> Vgl. den Bericht des Bundesrates betr. den Ausbau der Verwaltungskontrolle, BBl 1965 II, S.1026, 1037.

<sup>99</sup> «Rares sont les domaines où l'Etat s'abstient de pénétrer», schrieb A. GRISEL in seiner Abhandlung «L'administration et la loi» für die Expo-Festgabe, S.44.

<sup>100</sup> Ob und inwieweit dieses Wachstum seine Ursache im Mißtrauen des Gesetzgebers gegenüber der Verwaltung, im Bestreben der Verwaltung nach Rückendeckung oder in der schwindenden Vertrautheit der mit der Gesetzgebung befaßten Behörden mit den allgemeingültigen Rechtsgrundsätzen hat, darf hier offengelassen werden. Vgl. dazu M. BAUMGARTNER, Zwischen Gesetzhypertrophie und Rechtsstaatlichkeit, Auf der Suche nach einem Ausweg, ASA 34, S.129ff.

<sup>101</sup> Vgl. Ziff. 2.4.3 hievor. Treffend C.M. in der NZZ Nr.176 vom 18. April 1971 unter der Überschrift «Fragwürdige Zukunft der Marktwirtschaft»: «Das Instrument, das als Remedur gegen die tatsächlichen oder bloß vermeintlichen Härten und Ungerechtigkeiten des Marktes ausersehen ist, ist bekanntlich der *Staat*, der nach dem Parallelogramm der Kräfte zu intervenieren aufgerufen wird.»

<sup>102</sup> W. FRIEDMANN, Recht und sozialer Wandel, beschreibt für die heutige Situation fünf verschiedene Arten staatlicher Funktion (S.438ff.): Beschützer, Gewährer von Fürsorgeleistungen, Industriemanager, Wirtschaftskontrolleur, Schiedsrichter.

<sup>103</sup> Vgl. W. RÖPKE, Jenseits von Angebot und Nachfrage, 2. Aufl., Erlenbach-Zürich 1958, S.226f.

den Vorschriften ist ein Bestandteil des Preises, den wir dafür zu entrichten haben, daß die Schweiz zum modernen *Sozial- oder Wohlfahrtsstaat* geworden ist. W. FRIEDMANN hält eindrücklich fest, «daß der Staat heute über den einzelnen eine Kontrolle ausübt, die die jeder früheren Epoche an Umfang und Intensität weit übertrifft»<sup>104</sup>. Dazu gehört – offenbar schicksalhaft –, daß die Verwaltungsvorschriften nicht mehr eine im großen und ganzen doch geschlossene, homogene Einheit bilden, sondern von sehr unterschiedlichem ethischem Gewicht sind, weitgehend sogar als Kompromisse für Gruppenansprüche angesehen werden und häufig auch solche Kompromisse sind<sup>105</sup>. Daß es dem Bürger schwerfällt, solche Ge-

<sup>104</sup> Recht und sozialer Wandel, S. 429. Die Berechtigung des Wohlfahrtsstaates heutiger Ausgestaltung und damit seine Schutzwürdigkeit und Durchsetzung durch die Mittel des «Verwaltungszwanges» sind allerdings in Frage gestellt, z.B. durch H. MARCUSE (Aggressivität in der gegenwärtigen Industriegesellschaft, ed. suhrkamp Nr. 282, 2. Aufl., Frankfurt a.M. 1969, S. 7 ff.); auf eine Auseinandersetzung mit dieser Lehre soll und muß hier aus naheliegenden Gründen verzichtet werden, um so mehr als dies trefflich geschehen ist durch E. EUCKEN-ERDSIEK (Die Macht der Minderheit, Herder-Bücherei Nr. 372). Abgesehen davon sind «Verwaltungsrecht» und «Verwaltungszwang» in jeder organisierten Rechtsgemeinschaft unentbehrlich (ähnlich wohl HANS HUBER in ZBJV 1970, S. 398). Nach W. FRIEDMANN «reguliert ein komplizierter Überwachungsapparat die Bedingungen eines ordentlichen Wirtschaftsverkehrs durch eine Vielzahl von Gesetzesvorschriften und institutionellen Kontrollen», und «in gewisser Hinsicht erfüllt das Strafrecht mit Hilfe des Tatbestandes der Verwaltungsstraftaten ähnliche Funktionen» (op.cit. S. 430). Er macht aber zu Recht darauf aufmerksam, in der unerbittlichen Auseinandersetzung der sozialen Kräfte, von der unsere Zukunft abhängt, sei das Recht nur einer von vielen gestaltenden Faktoren; es gebe noch beherrschende Machtgruppen anderer Art, der die Mehrzahl der Menschen ausgeliefert sei, z.B. dem Arbeitgeber und der Kollektivorganisation, wie dem Fachverband usw. (a.a.O. und S. 431 ff.).

<sup>105</sup> Diese Situation sah und beklagte schon W. BURCKHARDT in seinem Vortrag vom 9. Januar 1936 über «Staatliche Autorität und geistige Freiheit», in «Aufsätze und Vorträge 1910–1938», S. 64 ff., bes. 70 f.: «Wenn unseren Behörden die Abwendung vom Geiste vorgeworfen werden kann, so ist es nicht, weil sie sich mit wirtschaftlichen Fragen beschäftigen, sondern weil und sofern sie diese Fragen nicht im Bewußtsein ihrer grundsätzlichen Bedeutung, im Geiste der Gerechtigkeit behandeln und lösen, sondern unter sich, wie Interessenten verhandeln in einem Geiste egoistischen Marktens und grundsatzlosen Paktierens. *Die gerechte Verteilung von Arbeit und Ertrag, von Mühe und Lust, ist eine ethische Angelegenheit* und wäre es, auch wenn damit nur der Anteil an Erzeugung und Verzehrung des Bedarfes des täglichen Lebens gegeben wäre.» Daß diese Standortbestimmung und Mahnung noch immer aktuell sind, offenbart sich u.a. am Schicksal der Versuche des Bundes zur Konjunkturpolitik und findet sich bestätigt bei HANS HUBER, Staat und Verbände, Tübingen 1958, und neuestens bei THOMAS FLEINER, Die Verbände in unserer Demokratie, ZSR 1969 I, S. 77 ff., und den dort rezensierten Abhandlungen.

setze anzuerkennen und zu befolgen, und daß die Verwaltung und die Gerichte oft Mühe haben, Strafverfahren wegen Verletzung solcher Erlasse einzuleiten und durchzuführen, kann nicht verwundern. Dazu kommt noch ein Weiteres: Mit dem Anwachsen der Zahl der Gesetze wächst die Zahl der Bestimmungen, deren Innehaltung bloß mittels Strafe erzwungen werden kann, wo man sich aber fragen muß, ob sie überhaupt einer derart einschneidenden Erzwingung bedeutungsmäßig wert sind. Und da wird nun das Dilemma höchst aktuell, daß die Strafe «als nicht unbedenklicher Ersatz des Zwanges»<sup>106</sup> noch bedenklicher wird. Wie ist diesem Dilemma zu entinnen?

Nach E. HAFTER<sup>107</sup> muß sich «der Strafgesetzgeber bei jedem Schritt, den er unternimmt, dessen bewußt sein, daß die Kriminalisierung eines menschliche Interessen verletzenden Verhaltens nur als letztes Mittel in Betracht zu ziehen ist, daß vorerst alle anderen Mittel rechtlicher Hilfe erschöpft werden müssen»; und O. A. GERMANN führte im Jahre 1948 aus<sup>108</sup>: «Es kann überhaupt fraglich erscheinen, ob es nötig ist, als Sanktion für verwaltungsrechtliche Vorschriften überall Strafen vorzusehen; das mag für den Gesetzgeber bequem sein, aber erweckt bei den Betroffenen leicht den Eindruck eines Polizeistaates... Würde nicht in manchen Fällen ein anderer Rechtsnachteil oder Verwaltungszwang genügen...?»

Diesen Fragen der anderen rechtlichen Mittel, anderer Rechtsnachteile und insbesondere des Verwaltungszwanges werden wir uns noch zuzuwenden haben<sup>109</sup>. Dabei werden wir uns aber stets und wohl immer intensiver das vor Augen halten müssen, was der rheinische Zisterzienser CAESARIUS VON HEISTERBACH schon zu Beginn des 13. Jahrhunderts wie ein «tragisches Gesetz» formuliert hat und was sich in unserer Zeit an der Kriminalität der Wohlstandsgesellschaft<sup>110</sup> bestätigt: Zucht erzeugt Reichtum, und der Reichtum zerstört die Zucht<sup>111</sup>.

<sup>106</sup> W. BURCKHARDT, Einführung, S. 176; vgl. vorn bei Anm. 67.

<sup>107</sup> AT, S. 8f. C. J. A. MITTERMAIER schrieb dasselbe schon in § 20b als Herausgeber des A. VON FEUERBACHschen Lehrbuches des peinlichen Rechts (13. Ausgabe, Gießen 1840, S. 43): «Das Gerechtigkeitsprinzip bezeichnet aber dem Staate den Grundsatz, daß er nur strafen darf, wo die Strafe nothwendig ist, und nur so weit, als die Grösse der Verschuldung des verübten Verbrechens die Strafanwendung rechtfertigt.»

<sup>108</sup> Schutz der persönlichen Freiheit im Strafrecht, in «Die Freiheit des Bürgers im schweizerischen Recht», Zürich 1948, S. 257ff., bes. 268.

<sup>109</sup> Hinten Ziff. 8.2.4 ff.

<sup>110</sup> Vgl. hierüber etwa R. LANGE, Das Rätsel Kriminalität, bes. das 1. Kapitel «Unbequeme Tatsachen», und J. M. FREY, Die Kriminalität des Wohlstandes, Zürich 1968.

<sup>111</sup> Zitiert nach J. PIEPER (Hinführung zu Thomas von Aquin, 2. Aufl., München 1963, S. 42), der seinerseits nach J. BERNHART, Sinn der Geschichte, Freiburg i. Br. 1931, S. 53, zitiert.

### 3.2 Wandlungen im Kreis der Normadressaten

Neben und mit der sich ausbreitenden Gesetzgebung hat sich der Kreis der Normadressaten des Verwaltungsrechts tiefgreifend gewandelt. Die Ursache dieser Erscheinung ist freilich nicht bloß darin zu suchen, daß die Verwaltungsgesetze immer mehr Lebens- und Geschäftsbereiche ergreifen, sondern liegt zudem an der Wandlung sowohl der Wirtschaftsträger als auch der von ihnen übernommenen Aufgaben, die zu bewältigen der Einzelne oft nicht mehr imstande ist<sup>112</sup>. An der Stelle des Baumeisters, der seinen Betrieb unter einer Einzelfirma führte und ihn voll zu überblicken und in allen Belangen zu leiten vermochte, finden wir heute das Baukonsortium<sup>113</sup> oder einen Großbetrieb in der Rechtsform der AG<sup>114</sup>.

Normadressaten der Verwaltungsgesetze sind neben den natürlichen Personen auch oder, je nach dem Sachgebiet, überwiegend *juristische Personen* (AG, GmbH, Genossenschaften, Vereine, Stiftungen), *Kollektiv- und Kommanditgesellschaften* und – allerdings in beschränktem Umfange – *öffentlich-rechtliche Körperschaften und Anstalten*<sup>115</sup>. Auch diese Erscheinung stellt die modernen Rechtsordnungen, das Zivilrecht wie das Ver-

<sup>112</sup> W. FRIEDMANN, *Recht und sozialer Wandel*, S. 195, nennt «*drei Hauptfaktoren*, die jeder für sich allein und durch ihr Zusammenwirken dem modernen Strafrecht das Gepräge verleihen: Erstens die Notwendigkeit, öffentliche Wirtschaftsinteressen ... gegen Ausbeutung durch einzelne ... zu schützen. Zweitens die Zunahme der juristischen Personen – die als Träger von Rechten und Pflichten ... häufig an die Stelle des Individuums treten. Drittens die ständig wachsenden Wohlfahrtsfunktionen des modernen Staates...». Vgl. daselbst auch S. 201 ff., wo «das Problem der strafrechtlichen Verantwortlichkeit der juristischen Person unter verschiedenen Aspekten» beleuchtet wird.

<sup>113</sup> In der Rechtsform der einfachen Gesellschaft im Sinne von Art. 530 ff. OR, der zwar die Rechtspersönlichkeit mangelt, die aber z.B. für die Warenumsatzsteuer als «steuerfähig» angesehen und behandelt wird; vgl. W. WELLAUER, *Warenumsatzsteuer*, Basel 1959, N. 75 ff. mit Hinweis auf das Urteil des Bundesgerichts in ASA 14, S. 160.

<sup>114</sup> Über die Entwicklung des schweizerischen Unternehmertums vom Kleinbetrieb des Einzelnen hin zu den Aktiengesellschaften mit Belegschaften von mehreren tausend Beschäftigten orientieren nicht nur die nackten Zahlen der Statistik, sondern vor allem auch die fesselnde Darstellung von LORENZ STUCKI, *Das heimliche Imperium*, Bern/München/Wien 1968.

<sup>115</sup> Zu ihrer Warenumsatzsteuerpflicht s. Art. 8 Abs. 3 WUB; zu den in Aussicht genommenen Pflichten der Gemeinden zum Schutz der Gewässer gegen Verunreinigung vgl. den Entwurf vom 26. August 1970 für ein Gewässerschutzgesetz, BBl 1970 II, S. 478.

waltungsrecht, und vor allem auch das Strafrecht<sup>115a</sup> vor eine veränderte Situation. In seinem Referat über den Persönlichkeitsschutz wies P. JÄGGI treffend darauf hin (ZSR 1960 II, S. 258 ff.), der Unternehmer hergebrachter Prägung, der alle Entscheidungen selber trifft, den ganzen Geschäftsbetrieb vollständig überblickt und überwacht, sei immer mehr im Verschwinden. Eine beiläufige, aber gleichwohl instruktive Schilderung des modernen *arbeitsteiligen Unternehmens* in Form der AG vermittelt M. STAEHELIN (Gedanken zur Dissoziierung von Aktienrechten, ZSR 1960 I, S. 323 ff., bes. 337 f.): Verwaltungsrat, Ausschuß, Delegation des Verwaltungsrates, Direktionsmitglieder. Dieser Schilderung wäre beizufügen, daß auch die einzelnen Direktionen selbst wieder weitgehend arbeitsteilig organisiert, z. B. in Departemente, Abteilungen u. a. m. gegliedert sein können<sup>116</sup>. Nun ist wie im Zivilrecht, so auch, bzw. noch verstärkt, im Verwaltungsrecht bedeutsam «die Undelegierbarkeit der drei Aufsichtsfunktionen» (Auswahl, Instruktion, Aufsicht), wobei R. BÄR (a. a. O.) mit Recht hervorhebt, kennzeichnend für die neuere Tendenz sei «die starke Betonung der dritten Funktion: der Überwachung (vgl. OR Art. 722 II Ziff. 3)». Diese sogenannte *Garantenstellung und -haftung* spielt auch im Verwaltungsstrafrecht eine bedeutende Rolle<sup>117</sup>.

### 3.3 Was ist zu tun?

Das offenkundige Stagnieren der Lehre und Gesetzgebung über das Verwaltungsstrafrecht, die Anforderungen des modernen Sozial- und Wohlfahrtsstaates an Gesetzgeber und an die vollziehende Verwaltung und der Wandel im Kreis der Normadressaten, vor allem aber das Postulat nach «gerechter Verteilung von Arbeit und Ertrag, von Mühe und Lust»<sup>118</sup> verlangen *dringend* nach einer *Reform des Verwaltungsstrafrechts*<sup>119</sup>. Die

<sup>115a</sup> Vgl. hinten Ziff. 7.4.

<sup>116</sup> Über die *zivilrechtlichen Probleme der Delegation* bzw. Delegierbarkeit sowie die neueren Strömungen der Lehre s. H. REICHWEIN, Über die Solidarhaftung der Verwaltungsräte..., SJZ 1968, S. 129 ff., bes. 132 f., und nun R. BÄR, Verantwortlichkeit des Verwaltungsrates der AG, ZBJV 1970, S. 457 ff., bes. 485 ff., mit weiteren Hinweisen.

<sup>117</sup> Vgl. hinten Ziff. 7.5.2.

<sup>118</sup> Vgl. W. BURCKHARDT am in Anm. 105 genannten Orte.

<sup>119</sup> Die nachfolgenden Darlegungen werden noch weitere bisher nicht genannte Mängel unseres Verwaltungsstrafrechts berühren, wobei kein Anspruch auf Vollständigkeit der Mängelliste erhoben werden kann.

Worte ADOLF PORTMANNs sind keineswegs übertrieben, wenn er schreibt<sup>120</sup>: «Der Ausblick in die Zukunft, welchen die gegenwärtige Technik der Machtmittel, des Verkehrs, der Nachrichten, der Beeinflussung der Massen unserer heranwachsenden Generation vermittelt – das alles ist etwas Neues und läßt sich mit keinem noch so mächtigen Umbruch der Vergangenheit vergleichen. Es wächst eine Generation heran, die vor der Bedrohung unseres täglichen Atemraumes steht, die um die Gefährdung der Wasserversorgung unserer Städte und der Reinheit der Gewässer weiß. Diese Generation erlebt wachen Sinnes die Ohnmacht derer, welche diese Situation haben entstehen lassen...». Und an die ältere Generation richtet EDITH EUCKEN-ERDSIEK<sup>121</sup> die nur zu wahren Worte: «Die Lage der älteren Generation ist schwierig... Wie keine Generation vor ihr ist sie ... von dem ununterbrochenen Wandel aller Lebensbedingungen betroffen. Ihre Kräfte sind dadurch ebenso überfordert, wie ihr die Maßstäbe abhanden gekommen sind.»

Die vordringendsten Aufgaben, die sich uns im Verwaltungsstrafrecht stellen, sind wohl die folgenden: Zu überprüfen sind die Wertungen der Straftatbestände (Ziff. 4) und das Verhältnis des Verwaltungsstrafrechts zum StGB, und zwar sowohl zum allgemeinen Teil (Ziff. 5) als auch bezüglich der Gesetzeskonkurrenz (Ziff. 6). Die Ahndung der in Geschäftsbetrieben, durch Vertreter und durch Beauftragte verübten Widerhandlung bedarf einer Lösung (Ziff. 7). Und endlich werden wir uns mit dem Problem der sogenannten Vielstraferei auseinanderzusetzen haben (Ziff. 8).

<sup>120</sup> Manipulation des Menschen als Schicksal und Bedrohung, Arche Nova, Zürich 1969, S. 24f.

<sup>121</sup> Die Macht der Minderheit, Herder-Bücherei Bd. 372, Freiburg i. Br. 1970, S. 13.

## 4. Neubewertung des Verwaltungsunrechts

### 4.1 Grundsätzliches

Weil der moderne Wohlfahrtsstaat immer neue und vielfältigere Aufgaben überbunden erhält, indem die zunehmend kompliziertere und differenzierende Industriegesellschaft stets größere Anforderungen an die ordnende, eingreifende und verteilende Rechtsgemeinschaft und daher auch an ihre Organisation stellt, nimmt die Zahl der Gesetze, die dem Gemeinwesen jeder Stufe (Bund, Kanton, Gemeinde) neue Zuständigkeiten übertragen, ständig zu, und entsprechend die Zahl der Behörden und der Ämter und Beamten<sup>122</sup>. Und damit werden auch die Reibungsflächen zwischen Bürger und Verwaltung – zumindest potentiell – immer größer und «rauer». Die Reibungen sind mehr oder weniger intensiv und ihre wahrnehmbaren Äußerungen bewegen sich auf einem breiten Band: Vom stillen Seufzer am häuslichen Herd über den saftigen Fluch am Stammtisch, vom parlamentarischen Vorstoß bis zur heimlichen oder offenen Auflehnung kennen wir zahlreiche Varianten. Je mehr Gesetze, um so mehr Möglichkeiten gesetzliche Pflichten zu mißachten; je mehr behördliche Verfügungen, um so mehr Gelegenheiten, dem Hute des Vogtes die Ehrerbietung zu verweigern und ungehorsam zu sein. Das Verwaltungsstrafrecht hat mit der Entwicklung des materiellen Verwaltungsrechts und seiner Bedeutung einigermaßen Schritt zu halten, sonst entsteht eine Bedenken erweckende verzerrte Rechtsordnung, die Gefahr läuft, aus den Fugen zu geraten. Es wäre sinnlos, ja für den Bestand unseres Rechtsstaates gefährlich, daran vorbeizusehen, daß vertraute Auffassungen, wie z. B. das Recht sei wesensmäßig auf Dauer angelegt, möglicherweise etwas korrigiert wer-

<sup>122</sup> Vgl. zur Allgegenwart der Gesetze, zu den Klagen über die «Gesetzesflut» und darüber, daß «der undifferenzierte Ruf nach weniger Gesetzen ... keine mögliche Alternative verrät»: H. R. KLECATSKY, Die Funktion des Gesetzes im modernen demokratischen Rechtsstaat, ZBJV 1970, S. 169 ff., bes. 180 ff.

den müssen, vielleicht so – um bei unserem Beispiel zu bleiben –, daß die Dauer zu verkürzen ist<sup>123</sup>.

Der soziale Wohlfahrtsstaat kann zwangsläufig nicht mehr der Auffassung verhaftet bleiben, daß jeder Ungehorsam gegenüber den Verwaltungsgesetzen bloße Ordnungsverletzung sei, die lediglich den guten Gang der Verwaltung störe. Immer mehr begann sich denn auch in den letzten Jahren die Einsicht durchzusetzen, daß ein erheblicher Teil der Widerhandlungen gegen Verwaltungsvorschriften neben den Rechtsgütern des Gemeinwesens auch solche des einzelnen Bürgers (der «gemeinsamen Wohlfahrt», Art. 2 BV) verletzt, der in die vom modernen Verwaltungsrecht normierte Ordnung als Empfänger von Sozialleistungen (AHV, IV usw.), Beiträgen (Subventionen) und Bewilligungen, als Steuerzahler u. a. m. eingegliedert ist oder von ihr als «Wettbewerber» betroffen wird. Der Satz Z. GIACOMETTIS<sup>124</sup>, die Verwaltungsdelikte bildeten «keine Verletzungen oder Gefährdungen der Rechtsgüter des Einzelnen und der Kulturgüter...», dürfte schon bei seiner Niederschrift überholt gewesen sein<sup>125</sup>. Die zahlreichen staatlichen Gebote und Verbote sind – wie H. WELZEL hervorgehoben hat<sup>126</sup> – aufgestellt, «um einen rechtlich wertvollen Zustand oder Vorgang (einen Sachverhaltenswert) herbeizuführen oder einen Sachverhaltensunwert zu verhindern». Freilich ist weder zu verkennen noch zu bestreiten, daß zahlreiche Vorschriften des modernen Verwaltungsrechts rein technisch oder organisatorisch bedingt sind. Aber alle diese Gebote und Verbote, die den Bürger des modernen Wohlfahrtsstaates dauernd und zunehmend überfluten, beruhen weit mehr auf dem Recht, das den ethischen Geboten der Gerechtigkeit und Ordnung unterworfen ist, als wir das bei der oberflächlichen Betrachtungsweise einsehen oder wahrhaben möchten. Natürlich ist es im Lichte des Rechts völlig gleichgültig, ethisch wertneutral, ob auf den öffentlichen Straßen der Rechts- oder der Linksverkehr gelten soll<sup>127</sup>. Aber daß sich der Gesetzgeber wegen

<sup>123</sup> Das muß nicht zwangsläufig zu Rechtsunsicherheit führen. Im übrigen sorgt unser Gesetzgebungsverfahren – gelegentlich freilich beängstigend – schon dafür, daß unser Recht nicht zu dynamisch werde.

<sup>124</sup> Alg. Lehren, S. 551.

<sup>125</sup> Vgl. dazu auch R. LANGE, Der Strafgesetzgeber und die Schuldlehre, (deutsche) Juristenzeitung 1956, S. 73 ff., bes. 78.

<sup>126</sup> Der Verbotsirrtum im Nebenstrafrecht, (deutsche) Juristenzeitung 1956, S. 238 ff., bes. 240.

<sup>127</sup> J. WACKERNAGEL, Die Wirklichkeit des Naturrechts, ZSR 1966 I, S. 1 ff., bes. S. 23 f., qualifiziert derartige Vorschriften als gerechtigkeitsneutral; er denkt dabei auch an die zahlreichen technischen Bestimmungen in Baugesetzen, die «in weitem Umfange

den Verhältnissen auf unseren Straßen und den daherigen sehr aktiven Gefahren für Leib und Leben und andere Rechtsgüter für diese *oder jene* Lösung *unausweichlich entscheiden muß* und daß der getroffene Entscheid nötigenfalls von der Polizei und mittels Strafe durchzusetzen, zu *verwirklichen* ist, das beides ist sozialetisch und rechtlich nicht mehr irrelevant<sup>128</sup> und bildet insofern Gegenstand nicht bloß der beschreibenden Verwaltungslehre, sondern des Verwaltungsrechts als einer Normwissenschaft<sup>129</sup>. Nach H.-H. JESCHECK<sup>130</sup> hat das Wirtschaftsstrafrecht<sup>131</sup> vor allem zur Aufgabe darüber zu wachen, daß «wirtschaftliche Freiheit nicht in Zügellosigkeit umschlägt». Wenn noch in den dreißiger Jahren Gesetzgebung, Doktrin und Praxis das Verwaltungsunrecht eher als Nebensächlichkeit, als Bagatellunrecht ansahen, dem man im allgemeinen teilnahmslos gegenüberstand, und wenn damals insbesondere die Sanktionen des in seinem sachlichen Umfang noch wenig ausgedehnten Verwaltungsrechts nicht als strafrechtliche Kategorie anerkannt waren<sup>132</sup>, so ist seither ein radikaler Wandel in der rechtlichen und soziologischen Beurteilung eingetreten<sup>133</sup>. Die Meinung, die Verstöße gegen Verwaltungsnormen vermöchten weder einen individual- noch einen sozialetischen Vorwurf zu begründen<sup>134</sup>,

durch technische Notwendigkeiten, namentlich auch durch die Gesetze der Statik vorbestimmt» und daher von der Gerechtigkeitsidee aus gesehen indifferent sind.

<sup>128</sup> Ebenso wohl auch SALVADOR DE MADARIAGA, Zwang und Freiheit (NZZ Nr. 3274 vom 31. Juli 1966): «Freiheit ist aufs engste mit Ordnung verknüpft, und das eine kann nicht ohne das andere bestehen. Es entspricht durchaus dem Doppelgespann <Verkehr> und <Verkehrszeichen>; ohne Rot und Grün – keine Ordnung und keine Freiheit.»

<sup>129</sup> Insofern vermag ich Z. GIACOMETTI nicht zu folgen, wenn er sagt (Allg. Lehren, S. 45), eine «Darstellung der Staatszwecke, die durch die materielle Verwaltung als Rechtsanwendung verwirklicht werden», könne «nicht Gegenstand einer juristischen Disziplin, die ja Normwissenschaft ist, sein, sondern gehört der Verwaltungslehre an». Die Verwirklichung der Zwecke des modernen Wohlfahrtsstaates darf man nicht als Gegenstand bloß der Verwaltungslehre ansehen. Auch hier beginnen sich die überlieferten Grenzen zu verwischen.

<sup>130</sup> Das deutsche Wirtschaftsstrafrecht, (deutsche) Juristenzeitung 1959, S. 458.

<sup>131</sup> Über seine «Zuordnung» zum Verwaltungsstrafrecht s. vorn Ziff. 2.4.3.

<sup>132</sup> Das Strafrecht befaßte sich nach damaliger Auffassung grundsätzlich nur mit dem Schutz der Rechtsgüter des Individuums und mit dem Staatsschutz; vgl. zur damaligen Einstellung F. FLEINER und E. RUCK, vorn bei Anm. 30 und 33.

<sup>133</sup> Vgl. R. LANGE und H.-H. JESCHECK, je a.a.O., sowie E. BLUMENSTEIN und Z. GIACOMETTI, vorn bei Anm. 34 und 36.

<sup>134</sup> K. TIEDEMANN, Tatbestandsfunktionen im Nebenstrafrecht, S. 130f., macht mit Grund darauf aufmerksam, daß es sich bei «Sozialetik» nicht schon um einen gesicherten Begriffsinhalt handelt. Nach ihm hat G. JELLINEK «gezeigt, daß die

die auf Grund eines Verwaltungsgesetzes verhängte Strafe sei auch nie mit einer sozialetischen Mißbilligung verbunden und daher bloß «Zwangssurrogat»<sup>135</sup>, es mangle den Verstößen an materialem Unrecht und sie seien daher rundweg aus dem Strafrecht zu verweisen, kann heutzutage bloß noch auf ungenügendem Einblick in die betreffenden Lebens- oder Verwaltungsbereiche und auf fehlender Einsicht in den durch das Verwaltungsstrafrecht unmittelbar oder mittelbar bewirkten Schutz allgemeiner *und* persönlicher Rechtsgüter<sup>136</sup> oder auf Eigennutz-Denken beruhen<sup>137</sup>. H. SCHULTZ vertritt dieselbe Auffassung mit den folgenden Worten<sup>137a</sup>: «Mag es früher allgemeiner Ansicht oder wenigstens der Auffassung der maßgebenden und zugleich betroffenen Kreise entsprochen haben, daß Schädigung des Staates durch Hinterziehung öffentlicher Abgaben ein Kavaliersdelikt sei, welches, selbst wenn es mit Hilfe sonst streng

Erhaltung und Förderung der Gesellschaft geradezu *die* Grundformel der Sozialethik ist». Und TIEDEMANN schließt richtig an: «Erst die Angewiesenheit des Wirtschaftsstaates auf die Mitarbeit des Bürgers hat hier in vollem Umfange deutlich gemacht, wie sehr die generationenlange Erziehung zu liberaler Denkweise und die Einbeziehung der Verletzung von Gemeinwohlpflichten in den Begriff des Bagatellunrechts die sozialetische Verantwortung des Einzelnen gegenüber dem Staat aus dem Rechtsbewußtsein der Einzelnen verdrängt haben.»

<sup>135</sup> Vgl. vorn bei Anm. 56 und 68.

<sup>136</sup> K. TIEDEMANN, Tatbestandsfunktionen im Nebenstrafrecht, S. 118, rügt – wenn ich ihn recht verstehe – die noch häufig anzutreffende Meinung, das Gemeinwohl als bloßes «Nebenprodukt der Privatwohle» oder allenfalls als «Summe der Privatwohle» und folglich nur als einen unselbständigen Mittelwert und als Mittel für einen weiteren Zweck zu begreifen, und damit als Rechtsgüter letztlich nur die menschlichen Individualgüter gelten zu lassen.

<sup>137</sup> Im gleichen Sinne auch P. NOLL, Neuere eidg. Nebenstrafgesetze, ZStrR 1957, S. 374f. und ZStrR 1959, S. 48ff.; H. SCHULTZ, Rezension einer Abhandlung von J. GRAVEN, ZBJV 1959, S. 79, mit Literaturangaben, und Expo-Festgabe S. 305ff., bes. 322f.; H.-H. JESCHECK, a.a.O. Zur Wertung insbesondere des Steuerdelikts vgl. MEIN Steuerdelikt, mit weiteren Hinweisen; R. VOGLER, Die Steuergerechtigkeit im Blickfeld Jugendlicher, Steuer Revue 1960, S. 44; G. SCHMÖLDERS, Das Irrationale in der öffentlichen Finanzwirtschaft, Hamburg 1960, bes. S. 107f. W. RÖPKE, Jenseits von Angebot und Nachfrage, 2. Aufl., Erlenbach 1958, S. 226, brandmarkte die Gewohnheit vieler Bürger, «im Staate eine Art von vierter Dimension zu sehen, ohne sich Gedanken darüber zu machen, daß es die Steuerzahler in ihrer Gesamtheit sind, die die Kassen des Staates füllen müssen». In diesen Zusammenhang möchte ich den folgenden Satz P. SALADINS, Ziele der staatlichen Forschungsförderung, NZZ Nr. 665 vom 8. November 1969, stellen: «Es muß denn auch heute nicht so sehr der Mensch als ego, sondern vielmehr der *Mensch als <Nächster>* zum Zielpunkt staatlichen Bemühens werden.»

<sup>137a</sup> Expo-Festgabe S. 322f.

verpönter Mittel, wie Urkundenfälschung, bewerkstelligt wurde, höchstens mit mehrfacher Nachsteuer oder einer Geldstrafe zu ahnden ist, so erscheint diese *Auffassung heute völlig unhaltbar*» (Hervorhebung von mir). Es ist bezeichnend, daß bezüglich der (Verwaltungs-)Gesetzgebung über den Umweltschutz keine Stimmen laut werden, die wirksame Strafsanktionen ablehnen; jedermann fühlt sich heute von der Gewässerverschmutzung, der Luftverpestung und den Lärmimmissionen betroffen und bedroht, hat die auf persönlicher Erfahrung beruhende Einsicht, daß dieser Schutz dringend vonnöten ist, und ist daher ohne weiteres bereit, der Verwaltung die gebotenen Abwehrmittel zur Verfügung zu stellen und z. B. die mit dem Entwurf vom 26. August 1970 zu einem neuen Gewässerschutzgesetz<sup>138</sup> vorgeschlagene Verschärfung der Strafbestimmungen zu akzeptieren<sup>139</sup>. Von dieser erst werdenden Gesetzgebung wird schwerlich gesagt werden können, was für andere Materien des Verwaltungsrechts noch gilt, ihr ethischer Gehalt, ihr Sollenscharakter und ihre Lenkungs-kraft sprächen das Gewissen nicht an<sup>140</sup>. Dem Wesen des heutigen Sozial- und Wohlfahrtsstaates entspricht ein *vollwertiges und allseits ernstgenommenes Verwaltungsstrafrecht*, das an die Seite des Kriminalstrafrechts tritt<sup>141</sup> und sich deutlich von den bloßen Ordnungssanktionen der früheren Verwaltungsrechtslehre unterscheidet<sup>142</sup>.

<sup>138</sup> BBl 1970 II, S. 425.

<sup>139</sup> Vgl. auch den Satz im Geschäftsbericht 1969 des Bundesrates, vom 16. März 1970, S. 216: «Mißbrauch einer gegebenen Freiheit durch wenige Rücksichtslose ruft Einschränkungen zu Lasten auch der vielen Vernünftigen und erzeugt Bestimmungen, die nur dem Uneinsichtigen nicht selbstverständlich sind.»

<sup>140</sup> Vgl. HANS HUBER, Staat und Verbände, Tübingen 1958, S. 24.

<sup>141</sup> Wir können sogar da und dort beobachten, wie das Verwaltungsstrafrecht ins Kriminalstrafrecht hineinzuwachsen beginnt, sowohl in den allgemeinen Bestimmungen, als auch bezüglich der Straftatbestände. Ein Beispiel aus dem Bereich der allgemeinen Bestimmungen bilden § 14 über «Handeln für einen andern» und die §§ 73 ff. über «Verfall und Einziehung» des deutschen StGB gemäß Art. 1 Ziff. 1 des 2. StrRG, welche Bestimmungen ihren Ursprung weitgehend im Nebenstrafrecht haben; vgl. E 1962 § 14 und §§ 109 ff., AE § 13 und §§ 83 ff., je mit einläßlicher Begründung und zahlreichen Hinweisen. Beispiele für Straftatbestände bringt Anm. 229.

<sup>142</sup> Ebenso R. LANGE und H.-H. JESCHECK, je a.a.O. Wichtig ist vor allem auch ein *Verfahrensrecht*, das nicht nur den Grundsätzen des Rechtsstaates entspricht, sondern auch den Strafverfolgungsorganen eine erfolgversprechende Waffe im schwierigen Kampf gegen die häufig intellektuellen Rechtsbrüche in die Hand gibt; denn die an sich primitive Angst eines jeden Übeltäters vor Entdeckung ist erwiesenermaßen wirksamer als die Strafandrohung, und diese Angst wird um so kräftiger den Willen zu gesetzesgetreuem Verhalten beeinflussen, je besser die Strafrechtspflege ausgerüstet ist (vgl. auch Anm. 324).

Ein weiterer, meistens vernachlässigter, aber überaus wesentlicher Gesichtspunkt gehört in diesen Zusammenhang: FRITZ MARBACH sprach schon im Jahre 1950 in seiner noch immer aktuellen Studie ›Zur Frage der wirtschaftlichen Staatsintervention‹ vom Übergang vom reinen Rechtsstaat zum Rechts- und Wohlfahrtsstaat (vgl. S. 99), welche Entwicklung nicht mehr rückgängig gemacht werden könne. Eindringlich wies er darauf hin, daß noch am Ende des 19. Jahrhunderts «eine auch das profane Leben ... durchflutende *Religiosität*» bestanden habe, ohne deren Vorhandensein der wirtschaftliche Liberalismus zu einem vorzeitigen gesellschaftlichen Versager hätte werden müssen<sup>143</sup>, daß aber heute, da die Gesellschaft wirtschaftlich und politisch ganz besonders des tief verankerten Verantwortungsbewußtseins der Einzelnen bedürfe, wenn ein einigermaßen gerechtes und die geistige Freiheit schützendes Gleichgewicht gesichert werden solle, die Dinge gerade umgekehrt lägen und sich «breite Gesellschaftsschichten ... einer die Welt zusammenhaltenden religiös-autoritativen Wertung ihres Handelns» entzögen (S. 66 ff.). In unserer Zeit, da sich weder eine Aktiengesellschaft noch eine Genossenschaft Gott oder der Kirche gegenüber verantwortlich fühle, müsse daher der *Staat* als letzte, wenn auch profane Autorität für die Einhaltung der Sozialordnung eintreten (vgl. auch S. 102 f.).

#### 4.2 Der Wertungswandel im Verwaltungsstrafrecht des Bundes

Es ist möglich, den Zeitpunkt, in dem für das Verwaltungsunrecht des Bundes der augenfällige und nachhaltige Wertungswandel eingetreten ist, ziemlich genau zu bestimmen. Er vollzog sich anlässlich der Beratung des BG vom 20. März 1959 über die Getreideversorgung des Landes<sup>144</sup> und des BG vom 12. Juni 1959 über den Militärpflichtersatz<sup>145</sup>. Die Strafbestimmungen dieser beiden Bundesgesetze und eines Großteils von späteren

<sup>143</sup> Man denke etwa an die schönen Worte von JESAIA 32, 17: «Und das Werk der Gerechtigkeit wird Friede sein, und die Frucht des Rechts Sicherheit auf ewig.» Vgl. auch HANS HUBER (ZBJV 1970, S. 401): «Übrigens büßen auch die bloß tatsächlichen, nicht normativen, Sitten und Bräuche an Kraft ein, und das Recht kann sich nicht mehr wie früher auf sie abstützen; haufenweise verschwinden herkömmliche Sitten im Volk, in den Berufen, in der Verwandtschaft, in der Kirche, an den Festen usw., ohne daß neue sich bilden.»

<sup>144</sup> AS 1959, S. 995.

<sup>145</sup> AS 1959, S. 2035.

Gesetzen unterscheiden sich deutlich vom bloßen Verwaltungszwang und sind Teil des Strafrechts<sup>146</sup>.

#### 4.2.1 Vorbereitung im Steuerstrafrecht

Es ist anzunehmen, daß die Neubesinnung in der Wertung des Verwaltungsunrechts und die neue Denkungsart beim Steuerstrafrecht anfangen. Dieses bildet sowohl in der Lehre als auch in der Rechtswirklichkeit das *wichtigste Gebiet des Verwaltungsstrafrechts*<sup>147</sup> und beeinflusste es nachhaltig, im Guten wie im weniger Guten<sup>148</sup>.

Beim Rückblick auf die neuere Entwicklung des Steuerstrafrechts stoßen

<sup>146</sup> Vgl. auch Z. GIACOMETTI, Allg. Lehren, S. 554; für Deutschland A. KAUFMANN in Herders Staatslexikon, Bd. 8 Freiburg i. Br. 1963, Stichwort «Verwaltungsstrafrecht», sowie G. MATTERN, der schon vor Jahren in Steuer und Wirtschaft, München 1950, S. 367, sehr bestimmt erklärte, das Steuerstrafrecht stelle «echtes kriminelles Strafrecht» dar; dieser Auffassung in der Schweiz zum Durchbruch zu verhelfen, war die mit MEINEM Steuerstrafrecht verfolgte Absicht, die sich bisher freilich noch nicht ganz verwirklicht hat.

<sup>147</sup> S. auch E. BLUMENSTEIN, Recht der Verwaltungstätigkeit, S. 139.

<sup>148</sup> Freilich denkt, wer jene Gesetzgebung erlebt hat, auch an das *kriegswirtschaftliche Strafrecht*, insbesondere an seine zusammenfassende Kodifikation im KStB vom 17. Oktober 1944. Indessen dürfte der KStB für die Wertung der Widerhandlungen gegen die *nicht* kriegswirtschaftlichen Verwaltungsgesetze kaum bestimmenden Einfluß gehabt haben. Die *Kriegswirtschaft* und die Widerhandlungen in ihrem Bereich unterlagen einer besonderen, ihrer Aufgabe und Bedeutung gemäßen Wertung (kuriositätshalber mag erwähnt sein, daß 1914/18 bestimmte kriegswirtschaftliche Widerhandlungen, insbes. diejenigen gegen Ausfuhrverbote [Bannbruch], zeitweise von den Militärgerichten zu verfolgen und zu beurteilen waren; vgl. W. BURCKHARDT, Schweiz. Bundesrecht Nr. 805 Ziff. II, VIII und IX), und in heutiger Sicht erscheint die damalige Strafdrohung von Art. 7 KStB, wonach «kriegswirtschaftliche Widerhandlungen ... mit Gefängnis bis zu 3 Jahren oder mit Buße bis zu Fr. 30000 bestraft» wurden, eher als milde. Aus den gleichen Gründen kann wohl auch die Strafdrohung «Gefängnis oder Buße» in Art. 36 des BG vom 30. September 1955 über die wirtschaftliche Kriegsvorsorge (AS 1956, S. 85) noch nicht als Ausfluß eines Wertungswandels bezüglich des Verwaltungsrechts angesehen werden, das um so weniger, als Art. 38 Abs. 1 dieses Gesetzes die Strafverfolgung auf Grund der besondern Bestimmungen des StGB vorbehält. Auf den problematischen Vorbehalt, der gleich oder ähnlich in den meisten Gesetzen aus dem Geschäftsbereich des Eidg. Volkswirtschaftsdepartements anzutreffen ist (vgl. beispielsweise Art. 8 Abs. 4 des BB vom 28. September 1956 über wirtschaftliche Maßnahmen gegenüber dem Ausland, AS 1956, S. 1553, oder Art. 112 Abs. 1 des Landwirtschaftsgesetzes vom 3. Oktober 1951, AS 1953, S. 1073), wird noch zurückzukommen sein; vgl. dazu H. SCHULTZ, Übersicht über die Rechtsprechung zu den Nebenstrafgesetzen, ZStrR 1953, S. 464f., und hinten Ziff. 6.3.2.

wir auf eine interessante Tatsache, die uns beiläufig auch bestätigt, wie sehr – zumindest im Bund – das Strafrecht und das Verwaltungsrecht isoliert nebeneinander herliefen<sup>149</sup>. Nach Art. 335 Ziff. 2 StGB sind die Kantone «befugt, *Strafbestimmungen zum Schutze des kantonalen Steuerrechts* aufzustellen». Es ist der Sinn und Zweck dieser Regel, daß die Kantone, denen sonst nur ein Teil des Übertretungsstrafrechts vorbehalten ist (Art. 335 Ziff. 1 StGB), im Steuerstrafrecht auch Gefängnis vorsehen können. Diese Ordnung erklärt sich u. a. aus dem Stand einiger kantonaler Steuergesetze, die schon damals Gefängnis androhten und deren Strafbestimmungen mit dem Inkrafttreten des StGB nicht aufgehoben werden sollten (vgl. Art. 400 Abs. 2 StGB). Bedeutsam sind in diesem Zusammenhange die folgenden Sätze des Berichterstatters der Mehrheit, SEILER in der Sitzung des Nationalrats vom 3. März 1930 (!): «Einverstanden erklären kann ich mich speziell damit, daß das kantonale Steuerrecht Gefängnis soll vorsehen können... *Es gibt Fälle von Steuerbetrug, welche an die Betrugsfälle des Strafgesetzbuchs heranreichen*»<sup>150</sup>. Die Steuergesetzgebung des Bundes nahm von dieser Beurteilung vorderhand nicht Notiz: Der BRB vom 19. Januar 1934 über die eidg. Krisenabgabe<sup>151</sup> drohte in Art. 154 für die Steuerhinterziehung unter erschwerenden Umständen (d. h. mittels «Vorlage gefälschter Beweismittel») eine «Strafabgabe im vollen vierfachen Betrage der hinterzogenen Abgabe» und überdies (nach Ermessen) eine «Übertretungsbuße im Betrage von Fr. 50 bis Fr. 30000» an<sup>152</sup>.

Vom Jahre 1944 an begann sich die *Doktrin* mit der angemessenen Strafe für das Fiskaldelikt kritisch zu befassen: E. HAFTER erachtete in seinem dem Eidg. Finanz- und Zolldepartement am 30. November 1944 erstatteten (nicht veröffentlichten) Gutachten über «Die Reform des Steuerstrafrechts» die bestehenden Sanktionen mit dem Vorherrschen bloßer Bußenstrafen als unzureichend; er hielt im Hinblick auf die bisherige

<sup>149</sup> Einer wichtigen Ursache dieses Zustandes werden wir sogleich begegnen (vgl. Ziff. 5.1 hienach). Es bestand und besteht allerdings auch etwas die Tendenz des Bundes, im Steuerwesen eher sich den «gemäßigten» kantonalen Gesetzgebungen anzuschließen.

<sup>150</sup> SA StenB-StGB NR, S. 553, Hervorhebung von mir; ähnlich das Votum des Berichterstatters BAUMANN im Ständerat, op. cit. StR, S. 238.

<sup>151</sup> ASnF 50, S. 49.

<sup>152</sup> Art. 158 des BRB vom 16. Dezember 1938 über die Erhebung der eidg. Krisenabgabe der Jahre 1939 bis 1941 (ASnF 54, S. 865) behielt diese Strafbestimmung bei, obgleich inzwischen das StGB und damit auch dessen Art. 335 in der Volksabstimmung vom 3. Juli 1938 angenommen worden war.

Rechtsgestaltung und aus psychologischen Gründen «vorläufig» für den qualifizierten Steuerbetrug die Androhung von Gefängnis bis zu 6 Monaten und Buße als ausreichend, für die einfache Hinterziehung Buße und Haft.

Radikaler äußerten sich die Steuer- und Verwaltungspraktiker: J. PLATTNER<sup>153</sup> postulierte für den Steuerbetrug die Annäherung an den Betrugsstatbestand des StGB und als Nebenstrafen die Einstellung in der bürgerlichen Ehrenfähigkeit und die Urteils publikation. O. BOSSHARDT<sup>154</sup> hielt es damals *de lege ferenda* für richtig, die Strafandrohung der Urkundenfälschung gemäß Art. 251 StGB auch für den Steuerbetrug gelten zu lassen. Aus noch darzulegenden Gründen<sup>155</sup> erachtete ich diese Strafen in MEINEM Steuerstrafrecht als zu scharf; es schienen mir für die einfache Hinterziehung Buße, in schweren Fällen zusätzlich Haft, für die qualifizierte Hinterziehung (Urkundenfälschung) Gefängnis bis zu 3 Jahren, in leichten Fällen Haft oder Buße, als ausreichend und angemessen. Milder war auch W. RIGOLETH<sup>156</sup>, der sich bezüglich des Steuerbetruges für Gefängnis aussprach, sich aber sonst entschieden gegen übertriebene Strafandrohung, z. B. nach Art. 148 oder 251 StGB wandte; der Steuerbetrug sei gegenüber den gemeinrechtlichen Tatbeständen zu privilegieren.

Das war der Stand der Lehrmeinungen über die Wertung des Steuerdelikts, als das Getreidegesetz beraten wurde.

#### 4.2.2 Die Strafen der eidg. Getreidegesetzgebung

In der Strafvorschrift von Art. 33 Abs. 1 des BG vom 7. Juli 1932 über die Getreideversorgung des Landes<sup>157</sup> fanden sich verschiedenartige Tatbestände, u. a. solche zur Sicherung der Getreideversorgung des Landes und zur Wahrung der fiskalischen Interessen des Bundes (Mahlprämien, Beiträge); die Strafdrohung lautete auf Buße von 100 bis zu 20 000 Franken mit der Ergänzung, in schweren Fällen könne zugleich auf Gefängnis bis zu drei Jahren erkannt werden. Die während des Krieges eingeführten Änderungen und Ergänzungen des Gesetzes wurden im wesentlichen nach Kriegsende weitergeführt. Widerhandlungen gegen die kriegswirtschaftsrechtlichen Ergänzungen wurden auf Grund des KStB verfolgt und be-

<sup>153</sup> Grundsätzliche Gesichtspunkte für die Fortentwicklung des Steuerrechts in Bund und Kantonen, ZSR 1945, S. 95 ff., bes. 176 ff. und 416 a.

<sup>154</sup> Zur Reform der Strafe wegen Steuerhinterziehung, ZBl 1946, S. 1 ff., bes. 6.

<sup>155</sup> Vgl. hinten Ziff. 4.2.2.2.

<sup>156</sup> Steuerstrafrecht, ZBl 1958, S. 377 ff., bes. 405 ff.

<sup>157</sup> BS 9, S. 439.

urteilt. Diese Ergänzungen wurden gestützt auf einen Verfassungszusatz<sup>158</sup> weitergeführt; dessen Art. 29 umschrieb in einem Blankett<sup>159</sup> die Widerhandlungen, wobei die Strafandrohung aus Art. 7 KStB übernommen worden war<sup>160</sup>. Der Entwurf vom 16. Juni 1958 zu einem neuen Getreidegesetz<sup>161</sup> behielt im (wiederum reich gegliederten und ähnliche Tatbestände wie das alte Getreidegesetz enthaltenden) Vergehenstatbestand des Art. 46 die bisherige Strafandrohung bei. Die Botschaft führte dazu u. a. aus (S. 207): «Die Mehrzahl dieser Straftatbestände setzt beim Täter eine Bereicherungsabsicht oder wenigstens den Willen voraus, sich durch die Widerhandlung einen unrechtmäßigen Vorteil zu verschaffen. Es handelt sich hier zum Teil um Vermögensdelikte, die unter Umständen auch nach dem gemeinen Strafrecht geahndet werden könnten, deren Strafbarkeit aber doch zweckmäßiger im Spezialgesetz geregelt wird, weil sie in engem Zusammenhang mit technischen Vorgängen der Getreideversorgung stehen.»

4.2.2.1 In der Kommission des Ständerates (er behandelte die Vorlage als zweiter Rat) übte ein als namhafter Jurist bekanntes Mitglied an den vorgeschlagenen Strafbestimmungen heftige *Kritik*. Er vertrat die Auffassung, die in Art. 46 vorgeschlagene Ordnung führe zu einer *Privilegierung* des Täters, indem Vergehen, die den *Tatbestand des Betruges, der Urkundenfälschung und der Veruntreuung erfüllten*, nur mit einer Buße und vielleicht in schweren Fällen mit Gefängnis geahndet würden; der Kritiker empfahl zu prüfen, durch eine neue Bestimmung die Anwendung des besonderen Teils des StGB in den Fällen vorzubehalten, in denen offensichtlich die Tatbestände der erwähnten gemeinrechtlichen Delikte erfüllt sind<sup>162</sup>. Der Antrag und seine Begründung erklären sich in gewisser Hin-

<sup>158</sup> BB vom 19. Juni 1958 über die Brotgetreideversorgung des Landes; AS 1953, S. 1245.

<sup>159</sup> und in weiteren über das wechselseitige Verhältnis des Art. 29 zu den Zollvergehen und zu den besonderen Bestimmungen des StGB erlassenen recht sonderbaren Vorschriften.

<sup>160</sup> genauer: aus dem BRB vom 30. Dezember 1952 über Strafbestimmungen auf dem Gebiete der Brotgetreideversorgung (AS 1952, S. 1122), der sich an Art. 7 KStB angelehnt hatte. Das *damalige* Strafrecht der Getreidegesetzgebung war ein richtiger *Irrgarten* bezüglich der Gesetzeskonkurrenz, der *lex mitior* u. a. m.; vgl. dazu BGE 76 IV 81, 77 IV 39, 80 IV 37.

<sup>161</sup> BBl 1958 II, S. 166.

<sup>162</sup> Mit diesem Antrag wurden *eigentlich zwei Fragen* aufgeworfen, diejenige der *Wertung* des Verwaltungsunrechts, die hier anschließend behandelt werden soll, und diejenige der *Gesetzeskonkurrenz* von Nebenstrafrecht und StGB, mit der wir uns später noch befassen wollen.

sicht damit, daß bei uns seit dem Abbau der Kriegswirtschaft den heiklen und brennenden Problemen der Verwaltungs- und hier insbesondere der Wirtschaftskriminalität sozusagen keine Beachtung mehr geschenkt worden war; es fehlte weitgehend an der erforderlichen Vorbereitung der neuen Gesetze durch die Doktrin<sup>162a</sup> (das Steuerstrafrecht machte eine Ausnahme – vgl. vorn Ziff. 4.2.1 –, wurde aber noch in der Regel unter dem Gesichtspunkt seiner «Sondernatur» betrachtet). Das *Ausland* war in dieser Hinsicht rühriger<sup>163</sup>.

4.2.2.2 Der Meinung, Art. 46 des Entwurfs führe in bestimmten Fällen zu einer Privilegierung des Delinquenten, waren (und sind im Hinblick auf die heute geltende, in der Strafandrohung mit dem Entwurf übereinstimmenden Ordnung) die folgenden *Überlegungen und Einwände entgegenzuhalten*:

Zweifellos ist die während langer Zeit herrschende Auffassung, die *Schädigung des Fiskus sei viel weniger strafwürdig* als ein widerrechtlicher Eingriff in das Vermögen eines Privaten, so daß als einzige Sanktion auf die Widerhandlung gegen Verwaltungsgesetze bloß eine Geldstrafe in Betracht fallen dürfe, überholt<sup>164</sup>. Das will aber nicht heißen, daß auf Verwaltungsdelikte, insbesondere die Betrugs- oder Fälschungsdelikte (z. B. Buchdelikte) im Bereiche des Steuer- oder Wirtschaftsrechts, die Strafen des gemeinrechtlichen Betrugs- oder Fälschungstatbestandes (Art. 148 oder 251 StGB) anzudrohen und zu verhängen seien<sup>165</sup>.

<sup>162a</sup> Noch heute läßt leider – in zahlreichen Belangen – «die Rechtswissenschaft die erste Gewalt im Staate fast ohne jede Hilfe, obwohl die Zustände und auch die mit der Gesetzgebung befaßten Politiker immer dringender nach dieser verlangen» (P. NOLL, Gesetzgebungstechnik, S. 174).

<sup>163</sup> An Beispielen aus jener Zeit seien etwa genannt: der VI. Internationale Strafrechtskongreß 1953 in Rom, III. Sektion Wirtschaftsstrafrecht (hierüber *Revue internationale de droit pénal*, Bd. 24, Paris 1953, sowie *ZStrR* 1954, S. 221 f.); der IV. Kongreß der nordischen Kriminalisten 1957 in Oslo über «Steuerhinterziehung als kriminalpolitisches Problem» (hierüber *Nordisk Kriminalistik Arsbok* 1957, S. 73 ff., sowie O. A. GERMANN in *ZStrR* 1959, S. 247); CH. PINOTEAU, *Législation pénale en matière économique et financière*, Paris 1959; die Tagungen der deutschen Bundesfinanzakademie über Aktuelle Fragen des Steuerstrafrechts und des Bundeskriminalamtes Wiesbaden über Wirtschaftskriminalität, u. a. m.

<sup>164</sup> Vgl. die vorn Ziff. 4.2.1 zitierten Autoren zum Steuerstrafrecht; sodann P. NOLL, Nebenstrafrecht und Rechtsgleichheit, *ZStrR* 1959, S. 29 ff., bes. 48 f.; F. GYGI, Interventionsrecht und Interventionsverwaltung, Bern 1958, S. 97 ff., bes. 101, und – mutmaßlich – auch schon BGE 77 IV 46.

<sup>165</sup> In diesem Sinne auch H. SCHULTZ in der Expo-Festgabe, S. 322 f.

Eine *differenzierende Betrachtung* drängt sich auf, schon deshalb, weil der Täter in einem verwaltungsrechtlichen Unterordnungsverhältnis zum «Geschädigten» steht: Zum einen handelt der Täter häufig in einer *besonderen Pflichtlage*, namentlich im Bereiche der sog. Eingriffsverwaltung; der Bürger hat beispielsweise mit seiner Steuererklärung selber die Grundlagen für die Bemessung der von ihm zu bezahlenden Steuer zu liefern, und in diesem Zwangsverhältnis bedarf es einer mehr oder weniger großen Anstrengung, damit die Gesetzestreue und Gewissenhaftigkeit nicht dem Eigennutz erliege. Zum andern verfügen die Behörden in der Regel über *besondere verwaltungsrechtliche Aufsichts- und Kontrollkompetenzen*; bevor sie ihren Entscheid über eine angebehrte Subvention oder Bewilligung treffen oder die vom Bürger zu entrichtende Steuer veranlagen, haben sie den Sachverhalt abzuklären, und sie verfügen zu diesem Behuf über Kontrollmittel und Untersuchungskompetenzen, die einem Privaten nicht zustehen<sup>166</sup>.

Sodann wird in der Doktrin und vom Bundesgericht mit überzeugender Begründung die Auffassung vertreten, nach allgemeinem Rechtsbewußtsein sei «das betrügerische *Erlangen einer staatlichen Leistung* strafwürdiger als die betrügerische *Verletzung einer Leistungspflicht*»<sup>167</sup>.

Das Postulat, strafbare Handlungen gegen das Vermögen (insbes. Betrug und Veruntreuung) und Fälschungsdelikte seien, auch wenn gegenüber dem Gemeinwesen begangen, nach Art. 140, 148 oder 251 StGB zu ahnden, kann sich zwar auf vom Bundesgesetzgeber verschiedentlich (mehr oder weniger ausdrücklich) getroffene Regelungen stützen<sup>168</sup>, aber mit diesen *widerspricht es der Auffassung des Strafgesetzgebers* selber. Durchwegs untersteht nach StGB die Verwendung von *Falschurkunden gegenüber Behörden oder im verwaltungsrechtlichen Bereich* einer milderen Strafandrohung als derjenigen von Art. 251 StGB (Zuchthaus bis zu 5 Jahren oder Gefängnis): So sehen Art. 245 für die Fälschung amtlicher Wertzeichen (Post-, Stempel- und Gebührenmarken), Art. 246 für die Fälschung amtlicher Zeichen (Marken der Zollverwaltung, Punzen der Edelmetallkontrolle, Stempel der Fleischschauer usw.), Art. 252 für die Fälschung

<sup>166</sup> Vgl. für die Kompetenzen der Bundesverwaltung z.B. die Art. 12ff. des BVG, diejenigen der Steuerverwaltungen bei Veranlagung der Wehrsteuer die Art. 88ff. WStB.

<sup>167</sup> Nicht veröffentlichtes Urteil des Bundesgerichts vom 20. Juni 1958 i.S. G. betr. Widerhandlung gegen das Getreidegesetz; P. NOLL, Neuere eidg. Nebenstrafgesetze, ZStrR 1957, S. 361 ff., bes. 383f.; vgl. nun auch Art. 16 E-VStR, der diese Differenzierung kennt.

<sup>168</sup> Vgl. Ziff. 6 hienach.

von Ausweisen (Führerausweis, Diplom), Art. 282 für die Wahlfälschung, Art. 318 für das falsche ärztliche Zeugnis zuhanden einer Behörde, Art. 170 für die Erschleichung eines gerichtlichen Nachlaßvertrages durch gefälschte Bücher als *Höchststrafe durchwegs nur Gefängnis bis zu 3 Jahren* vor<sup>169</sup>. Ähnlich verhält es sich mit den *Eigentumsdelikten*: Das Erschleichen einer Fahrt auf der Eisenbahn oder mit der Post (Art. 151), die Verfügung über behördlich gepfändete, mit Arrest belegte oder amtlich aufgezeichnete Sachen (Art. 169) und der Bruch amtlicher Beschlagnahme (Art. 289) sind durchwegs Vergehen mit der Höchststrafe von 3 Jahren Gefängnis, wogegen Art. 140 die Veruntreuung mit Gefängnis bis zu 5 Jahren und Art. 148 den Betrug mit Zuchthaus bis zu 5 Jahren oder Gefängnis bedrohen. In Ansehung dieser Wertungen des StGB wird man in den Nebenstrafgesetzen in der Regel für die Fälschungs- und Betrugsdelikte kaum die Strafandrohungen der Art. 148 und 251 StGB als Richtlinie übernehmen dürfen.

Es ist schließlich zu bedenken, daß eine Strafandrohung nur wirksam ist, wenn sie ernst genommen wird. Bei harten Strafandrohungen, die nicht vom *Rechtsbewußtsein* getragen sind, wird sich die richterliche Strafzumessung immer in den «tiefern Regionen» bewegen, und gerät die Verwaltung, soweit *sie* die Strafverfolgung in Gang zu bringen hat, nur allzu leicht in Versuchung, das harte Strafgesetz mit Hilfe des Opportunitätsprinzips zu mildern<sup>170</sup>. Nur unter der Voraussetzung der *angemessenen* Strafandrohung vermag das Verwaltungsstrafrecht die von ihm nicht zu vernachlässigende Aufgabe zu erfüllen, nämlich «développer les facultés morales des individus qui lui sont soumis»<sup>171</sup>.

<sup>169</sup> Vgl. auch Art. 78 des Militärstrafgesetzes betr. Fälschung dienstlicher Aktenstücke sowie Art. 96 desselben Gesetzes betr. Dienstpflichtbetrug.

<sup>170</sup> Über die Rolle und die Problematik des Opportunitätsprinzips im Verwaltungsstrafrecht s. hinten Ziff. 8.1.

<sup>171</sup> S. GLASER, *Elément moral des infractions de commission par omission*, ZStrR 1958, S. 282 ff. Gleichfalls E. SCHMIDHÄUSER, *Vom Sinn der Strafe*, S. 63, vertrat die Auffassung, es könne «die Bildung neuen sittlichen Urteils durch Strafe entschieden gefördert werden». Zum schon früher betonten Zusammenhang von Strafandrohung und Schärfung des Rechtsbewußtseins vgl. auch die in MEINEM *Steuerstrafrecht*, S. 163 f. zitierten Lehrmeinungen. Auf die Wichtigkeit der Strafbestimmungen des Verwaltungsrechts, Handlungs- und Abwehrmotive beim Untätigen zu wecken, wird noch einläßlich einzutreten sein, vgl. hinten Ziff. 7.

Die *Kommission des Ständerates* schloß sich dieser Auffassung an, und so blieb es – bezüglich der Strafdrohungen und der Nichtaufnahme eines Vorbehalts des StGB – bei den Vorschlägen des Bundesrates<sup>172</sup>.

Gleichfalls dem *E-VStR* liegen diese Überlegungen zugrunde<sup>173</sup>.

#### 4.2.3 Folgeerscheinungen

In der gleichen Linie wie die Strafvorschriften des GG liegen nun Art. 51 des BG vom 23. März 1962 über Investitionskredite und Betriebshilfe in der Landwirtschaft<sup>174</sup> und – im Bereiche des Fiskalstrafrechts – Art. 40 des BG vom 12. Juni 1959 über den Militärpflichtersatz<sup>175</sup>, Art. 61 Abs. 2 des BG vom 13. Oktober 1965 über die Verrechnungssteuer<sup>176</sup> sowie die Art. 35 Abs. 2 und 38 Abs. 3 des BG vom 21. März 1969 über die Tabakbesteuerung<sup>177</sup>.

<sup>172</sup> Vgl. StenB 1958 StR, S. 324ff., bes. die Ausführungen des Berichterstatters K. SCHÖCH: «Die Strafbestimmungen in den verschiedenen Bundesgesetzen werden vom Gesetzgeber hie und da etwas als Stiefkinder behandelt. Für die Behörden, die diese Bestimmungen anzuwenden haben, und ebenso für die Richter sind diese Bestimmungen nicht allzu selten Sorgenkinder, da sie meist uneinheitlich und oft nicht genügend klar sind.»

<sup>173</sup> Vgl. die Art. 16ff. des E-VStR, die Entwürfe für die Anpassung der Einzelgesetze und BBl 1971 I, S. 998 ff.

<sup>174</sup> AS 1962, S. 1273.

<sup>175</sup> AS 1959, S. 2035.

<sup>176</sup> AS 1966, S. 371.

<sup>177</sup> AS 1969, S. 645.

## 5. Verhältnis des Verwaltungsstrafrechts zum Strafgesetzbuch

### 5.1 Allgemeine Bestimmungen

Nach E. HAFTER<sup>178</sup> hat das StGB die Unsicherheiten, die über das Verhältnis der allgemeinen Bestimmungen des BStR von 1853 zu der bundesrechtlichen Nebenstrafgesetzgebung bestanden, beseitigt. Das StGB hat dafür, wie wir heute bemerken, aus verschiedenen Gründen, vor allem, weil die Probleme der großen Kodifikation natürlich anderswo lagen und seinerzeit das Verwaltungsstrafrecht in Doktrin und Praxis noch ein abseitiges und recht kümmerliches Dasein fristete, andere und nicht minder schwerwiegende Unsicherheiten gebracht, stehenlassen oder sogar gefördert.

*Bis zum Inkrafttreten des StGB* am 1. Januar 1942 regelten die Verwaltungsgesetze des Bundes, jedes für sich, ihr Strafrecht weitgehend selbständig. Zur Ergänzung der meistens sehr unvollständigen Vorschriften wurde (ausgenommen im Fiskalstrafrecht, das man als Sonderstrafrecht qualifizierte, worauf das BStR nicht anwendbar sein könne)<sup>179</sup> auf die allgemeinen Bestimmungen des BStR sowie auf die gerade herrschenden allgemeinen Lehren und Grundsätze des gemeinen Strafrechts zurückgegriffen. Praxis und Gesetzgebung blieben unsicher und schwankten. Es kam zu einer oft zufallsbedingten Rechtszersplitterung, die einem gefestigten Rechtsbewußtsein und der sachgerechten Rechtsfortbildung hindernd im Wege stand. Daran wurde deshalb nicht sonderlich Anstoß genommen, weil man den Ungehorsam gegenüber den Verwaltungsgesetzen – wie bemerkt – ohnehin als Bagatellunrecht, Kavaliersdelikt u. dgl. ansah.

<sup>178</sup> AT, S. 37; vgl. auch Anm. 49.

<sup>179</sup> Vgl. etwa P. AMSTUTZ/E. WYSS, Das eidg. Stempelsteuerrecht, Zürich 1930, N. 1 a.E. zu Art. 52 StG, mit Hinweis auf StenB 1917 NR 379: «Anstifter, Begünstiger und Gehilfen des Hinterziehers bleiben straflos; die Art. 18ff., wie auch die übrigen allgemeinen Bestimmungen (Art. 1–35) des BStR, finden auf die eigentlichen Steuerdelikte ... der Stempelgesetze keine Anwendung».

Seit dem Inkrafttreten des StGB stellt sich die Rechtslage anders dar. Während die *Kantone nach wie vor weitgehend frei* sind zu bestimmen, wie sie ihr Verwaltungs- und Steuerstrafrecht ausgestalten wollen (ausgenommen im Steuerstrafrecht können sie freilich bloß Übertretungsstrafen androhen), und die allgemeinen Bestimmungen des StGB – als kantonales Recht – nur gelten, wenn es das kantonale Recht ausdrücklich bestimmt<sup>180</sup>, läßt Art. 333 StGB auf Taten, die *in andern Bundesgesetzen* mit Strafe bedroht sind, die allgemeinen Bestimmungen des StGB Anwendung finden, insoweit als die andern Bundesgesetze nicht selbst Bestimmungen aufstellen.

Die an sich klar scheinende Generalklausel von Art. 333 StGB hat die mit ihr verknüpften Erwartungen auf Rechtseinheit im Bundesstrafrecht leider nicht vollständig erfüllt und zahlreiche Unsicherheiten bestehen lassen<sup>181</sup>. Oft ist zweifelhaft, ob eine dem StGB vorgehende Sondernorm des Spezialgesetzes bestehe. Das gilt gleichermaßen für die *vor*, wie für die *nach* dem Inkrafttreten des StGB erlassenen Spezialgesetze und dürfte vor allem auf die folgenden beiden Ursachen zurückzuführen sein:

Zum *einen* beruht das *ältere* Nebenstrafrecht noch vielfach auf der Konzeption des Verwaltungszwanges, insbesondere des Verwaltungsunrechts als eines Formaldeliktes<sup>182</sup>, und es weist Anomalien auf, die seine Unterordnung unter das StGB als fragwürdig oder sogar unmöglich erscheinen lassen (Beispiele sind etwa die Fixstrafen, die Solidarhaft für die Buße, gewisse Nebenstrafen)<sup>183</sup>. Die Praxis – vor allem diejenige der mit der Straf-

<sup>180</sup> Vgl. Art. 335 StGB; BGE 69 IV 211, 71 IV 51, 72 IV 144, 76 I 32; die Referate von A. PANCHAUD und E. HAFTER über das eidg. Strafrecht und die Vorbehalte zugunsten der Kantone im Sinne des Art. 335 StGB, ZSR 1939, S. 1 aff.; CH. CORNU, Du partage de la législation entre la Confédération et les Cantons en matière de droit pénal, Genf 1943; L. PYTHON, La répression des infractions aux lois cantonales et le Code pénal suisse, Journal des Tribunaux 93 IV 130.

<sup>181</sup> Vgl. z. B. für das Fiskalstrafrecht, das noch immer weitgehend als mit Sondernatur ausgestattet gilt: VerwE 1942/43 Nr. 14 und 1944/45 Nr. 34; BGE 72 IV 188; 74 IV 25; 77 IV 109; 78 IV 71 u. a. m. Die allgemeinen Bestimmungen des StGB wurden immerhin im Verlaufe der Jahre von der Praxis mit zunehmendem Gewicht berücksichtigt und gewannen auch stetig mehr Einfluß auf die Gesetzgebung im Nebenstrafrecht.

<sup>182</sup> Es scheint, daß *im amerikanischen Recht* bei Verwaltungsstraftaten noch heute das Schwergewicht auf der objektiven Rechtsverletzung liegt, daß sich das «Gebiet der Haftung ohne Verschulden ... weitgehend ... deckt mit dem der Verwaltungsstraftaten». Siehe W. FRIEDMANN, Recht und sozialer Wandel, S. 202 und 206 ff., der demzufolge auch eine wesensgemäße Verschiedenheit zwischen dem Kriminal- und dem Verwaltungsstrafrecht bejaht.

<sup>183</sup> Im Rahmen, der vom E-VStR für die Revision des Nebenstrafrechts gezogen wird, sollen diese «erratischen Blöcke» nun beseitigt werden.

verfolgung betrauten Verwaltungsbehörden (vgl. Art. 279 ff. und 321 ff. BStP) – blieb der hergebrachten Betrachtungsweise weitgehend verhaftet, ohne diese kritisch zu überprüfen. Dazu bestand um so weniger Anreiz, als auch neuere Gesetze die alten Lösungen mehr oder weniger unbesehen als Vorbild übernahmen und damit den Anschein erweckten, «es müsse so sein»<sup>183a</sup>.

Die Herübernahme alter Regeln in neue Gesetze war allerdings vom Strafgesetzgeber nicht ganz unverschuldet, und das führt uns zur zweiten Ursache des in der Tradition verankerten Sonderdaseins zahlreicher Nebenstrafgesetze: Die *allgemeinen Bestimmungen des StGB betreffend die Übertretungen* (Art. 101–109) sind *zu einseitig bloß auf die Übertretungen des StGB zugeschnitten* und tragen den Bedürfnissen des Nebenstrafrechts zu wenig Rechnung<sup>184</sup>. Diesen Mangel, der die Tendenz und in gewisser Hinsicht auch die Notwendigkeit zur Verselbständigung und zu einem Eigenleben des Nebenstrafrechts verstärkte, stellten O. A. GERMANN<sup>185</sup> und J. GRAVEN<sup>186</sup> schon vor Jahren fest.

Indessen ergibt eine unvoreingenommene kritische Würdigung des Verhältnisses der allgemeinen Bestimmungen des StGB zum Nebenstrafrecht und vor allem zum *Verwaltungsstrafrecht*, daß dieses und namentlich das Fiskalstrafrecht *nicht aus innerer Notwendigkeit als Sonderrecht ausgestaltet oder beibehalten werden muß*. Die Auffassung von der Sondernatur des Fiskalstrafrechts, die vor Jahrzehnten durchaus begründet und berechtigt war, beruht heute weit mehr, als angenommen wird, auf reiner Überlieferung<sup>187</sup>. Die allgemeinen Bestimmungen des StGB können grundsätz-

<sup>183a</sup> Über die unkritische Tradition in der Gesetzgebung, die allzulange andauerte, und ihre Folgen s. auch P. NOLL, Prinzipien der Gesetzgebungstechnik, in <Rechtsfindung>, Festschrift für Germann, Bern 1969, S. 160f.

<sup>184</sup> Vgl. auch B-VStR Ziff. 2.2, Abs. 1 a. E.

<sup>185</sup> Verbrechen, S. 96 ff.

<sup>186</sup> La classification des infractions du Code pénal et ses effets, ZStrR 1958, S. 3 ff., bes. 28 ff.

<sup>187</sup> Die Auffassung, das Steuerstrafrecht weise gegenüber dem gemeinen Strafrecht Besonderheiten auf, die nicht zu übersehen sind und nicht übersehen werden dürften (vgl. etwa F. BANDERET in <Der Schweizer Treuhänder>, 1968, S. 424), ist häufig *de lege lata*, beispielsweise für das Wehrsteuerstrafrecht, nicht zu bestreiten. Man hat sich aber doch wohl die Frage vorzulegen, ob diese Sonderordnung (wie etwa die Haftung der Erben für die Buße für die vom Erblasser verübte Hinterziehung oder die Strafbarkeit der juristischen Person usw.) aus innerer Notwendigkeit bestehen und auf Zeit und Ewigkeit beibehalten werden muß, oder ob nicht durch gewisse neue Institute oder Regelungen des Steuerstrafrechts sein Eingliedern ins (allge-

lich im ganzen Verwaltungsstrafrecht Geltung beanspruchen. Wenn wir nämlich genau hinsehen, so erkennen wir folgendes: Ein erheblicher Teil der verwaltungsstrafrechtlichen Sondernormen betrifft die Regeln über den Versuch, die Teilnahme (und Begünstigung), den Rückfall, die Verjährung und die Strafmaxima, vor allem aber Vorschriften über die Ahndung der in Geschäftsbetrieben oder von Beauftragten u. dgl. verübten Widerhandlungen sowie über Maßnahmen (Einziehung u. dgl.). Bezüglich des Versuchs, der Teilnahme, des Rückfalls, der Verjährung und der Strafmaxima für Bußen übernimmt das Verwaltungsstrafrecht, und ganz ausgeprägt das Fiskalstrafrecht tendenziell *durchwegs*, d. h. *auch für die Übertretungen die nach StGB für die Vergehen maßgebende Ordnung*; häufig werden Versuch und Helferschaft als strafbar erklärt, die Bußenmaxima wesentlich über 2000 Franken angesetzt, der Rückfall (im Fiskalstrafrecht freilich bloß in Form des Spezialrückfalls) noch nach mehr als einem Jahr berücksichtigt und die Verjährungsfristen gegenüber Art. 109 StGB verlängert. Was die Ahndung der Widerhandlungen in Geschäftsbetrieben, durch Vertreter und Beauftragte und was die Einziehung des durch eine Widerhandlung erzielten unrechtmäßigen Vermögensvorteils anbelangt, so hat unsere ganze Strafgesetzgebung (einschließlich das StGB) – abgesehen von einigen wenigen Ausnahmen – mit der Entwicklung nicht schrittgehalten (vgl. dazu Ziff. 7.1 und 7.5.3 hienach). Für einen erheblichen Teil des Verwaltungsstrafrechts des Bundes können die gebotenen Abweichungen von den allgemeinen Bestimmungen des StGB (bes. von den Art. 101–109) und die gebotenen Ergänzungen *einheitlich* geordnet werden, so daß die Tage der Rechtszersplitterung innerhalb des Verwaltungsstrafrechts (die erforderliche Zeit, den guten Willen der Beteiligten und insbesondere die starke Hand der mit der Vorprüfung der Verwaltungsentwürfe betrauten Bundesstellen vorausgesetzt) doch gezählt sein dürften<sup>188</sup>.

Der Satz, die allgemeinen Bestimmungen des StGB könnten grundsätzlich im ganzen Verwaltungsstrafrecht Geltung beanspruchen, gilt insbesondere auch dann, wenn wir nach dem *Zweck und dem Ziel der Strafe* fragen. Selbst unter diesem Gesichtspunkt wird man heute *schwerlich einen Unterschied zwischen dem gemeinen Strafrecht und dem Verwaltungsstrafrecht* finden können. Nach § 2 Ziff. 1 AE, wo der Zweck und die Grenze von Strafe und Maßregel im Sinne der heute maßgebenden Lehre umschrieben

meine) Strafrecht durchaus möglich wäre. Ich bejahe diese Frage und bin überzeugt, daß durch eine solche Umstellung das Steuerstrafrecht erst noch wirksamer würde als es heute ist.

<sup>188</sup> Vgl. dazu die Art. 2–15 des E-VStR sowie B-VStR Ziff. 2.2.

werden, dienen «Strafen und Maßregeln ... dem Schutz der Rechtsgüter und der Wiedereingliederung des Täters in die Rechtsgemeinschaft». Diese moderne Umschreibung ist ohne Einschränkung auch für das Verwaltungsstrafrecht als richtig zu übernehmen. Das mag vielleicht nicht ohne weiteres einleuchten, namentlich im Hinblick darauf, daß im Verwaltungsstrafrecht die *Buße die Regel* bildet. Wie kann, so drängt sich die Frage auf, die Geldstrafe der Wiedereingliederung des Täters in die Rechtsgemeinschaft förderlich sein? Nach den Verfassern des AE (Begründung zu § 2) wird «die Rechtsordnung ... am besten gesichert, wenn der Rechtsbrecher dahin geführt wird, nicht wieder gegen das Recht zu verstoßen». Muß aber der Rechtsbrecher einzig um des Bestandes der Rechtsordnung willen mit der Verhängung und dem Vollzug der Buße einen staatlichen Eingriff in seine Rechtsgüter (in sein Vermögen und damit in die Möglichkeit, seine Wünsche nach irgendwelchen Gütern zu befriedigen) auf sich nehmen, so wird er bestrebt sein, inskünftig solche Eingriffe zu vermeiden, und zweifelsohne bald einmal einsehen, daß er dies am einfachsten und sichersten dadurch erreicht, daß er sich in die Rechtsgemeinschaft eingliedert, indem er ihre Regeln befolgt. Das gilt ganz besonders dann, wenn die Geldstrafe, entsprechend den Vorschlägen von J. BAUMANN und – ihm folgend des AE –, «als empfindliche Eingriffe ermöglichende, den Lebensstandard beschränkende Strafe ausgestaltet wird, die in den wirtschaftlichen Verhältnissen des Täters entsprechendem Tages-, Wochen- oder Monatssatz mit einer bestimmten, bis zu zwei Jahren reichenden Laufzeit auszusprechen ist. Dann würde das <Geld als geronnene Freiheit> zum vorzüglichen Strafmittel unserer Zeit»<sup>189</sup>. Auch die Geldstrafe kann also, sofern sie nach modernen Gesichtspunkten zugemessen wird, der «Sozialisation» des Rechtsbrechers dienstbar gemacht und dazu benützt werden, daß dieser lernt und sich anstrengt, sich den Normen und Standards des Rechts und des sozialen Lebens anzupassen<sup>189a</sup>.

Das Postulat der neueren Lehre und Praxis, das Nebenstrafrecht des Bundes sei zumindest in den allgemeinen Bestimmungen zu revidieren und

<sup>189</sup> H. SCHULTZ, Kriminalpolitische Aspekte, S. 47; nach § 40 des D-StGB, gemäß Art. 1 Ziff. 1 2. StrRG, wird die Geldstrafe in Tagessätzen bis zu 1000 DM zu verhängen sein für längstens 360 Tage. Unsere StGB-Revision vom 18. März 1971 hat eine derartige Lösung leider nicht übernommen.

<sup>189a</sup> Über diese mangelnde Anpassung, «das Versagen im Prozeß der Sozialisation», die das Bild des heutigen Verbrechertums ausmachen, s. T. WÜRTENBERGER, Die Reform des deutschen Strafvollzuges im Geiste des sozialen Rechtsstaates, in der Festschrift für Germann zum 80. Geburtstag, Bern 1969, S. 309ff., bes. 313.

zu vereinheitlichen<sup>190</sup>, ist somit keinesfalls weltfremd und utopisch, sondern durchaus wirklichkeitsnah; das einzige wirkliche Problem ist eigentlich, *wer* Zeit findet, sich dieser Aufgabe zu widmen.

## 5.2 Altrechtliche Straftatbestände

Auch mit Art. 398 StGB, nach dessen Abs. 1 «mit dem Inkrafttreten dieses Gesetzes ... die damit in Widerspruch stehenden strafrechtlichen Bestimmungen des Bundes aufgehoben» sind, und dessen Abs. 2 eine Liste der «insbesondere» aufgehobenen Bestimmungen aufstellt, hatte der Gesetzgeber nicht eine durchwegs glückliche Hand. Das mag teils auf «Übermüdung» der Beteiligten zurückzuführen sein, teils darauf, daß schon damals dem Strafgesetzgeber die erforderliche Vertrautheit mit den Nebenstrafatbeständen fehlte – vielleicht auch auf die lange Dauer des Gesetzgebungsverfahrens, in dessen Verlauf ständig neue Verwaltungsgesetze geschaffen wurden. Es kann sich selbstverständlich nicht darum handeln, hier *alle* durch Art. 398 StGB entstandenen (und wohl noch nicht einmal durchwegs bekannten) Fragen zu erörtern<sup>191</sup>; es soll mit einigen (sehr) wenigen Beispielen sein Bewenden haben:

Ein eindruckliches Beispiel bildet wohl das *Elektrizitätsgesetz*<sup>192</sup>. Dieses enthält in seiner durch Art. 398 Abs. 2 lit. e StGB geänderten Fassung als *einzige* Strafbestimmung nur noch den *Ungehorsamstatbestand* von Art. 60 mit einem Strafmaximum von 1000 Franken Buße. Die übrigen in der ursprünglichen Fassung (ASnF 19, S. 259) enthaltenen Strafbestimmungen der Art. 55–58, die – in Verbindung mit dem BStR von 1853 – in bestimmten Fällen Zuchthaus bis zu 30 (!) Jahren androhten, wurden mit Rücksicht auf Art. 146, 228 und 239 StGB aufgehoben. Diese Ordnung reichte jedoch schon im Jahre 1937 nicht aus, um die Elektrizitätsgesetzgebung durch-

<sup>190</sup> Vgl. H. SCHULTZ, Übersicht über die Rechtsprechung zu den Nebenstrafgesetzen des Bundes seit dem 1. Januar 1942, ZStrR 1953, S. 451; P. NOLL, Die neueren eidg. Nebenstrafgesetze, ZStrR 1957 S. 379 ff., und Nebenstrafrecht und Rechtsgleichheit, ZStrR 1959, S. 29 ff., bes. S. 34; BGE 78 IV 71.

<sup>191</sup> Unter dem Gesichtspunkt der Gesetzeskonkurrenz werden sie uns in der anschließenden Ziff. 6 wieder begegnen. Schon damals galt, was HANS HUBER (ZBJV 1970, S. 393 ff., bes. 397) über das Wesen des Rechts sagt: «Es stellt heute mit den Erfahrungen von gestern Verhaltensregeln für morgen auf...».

<sup>192</sup> BG vom 24. Juni 1902 betreffend die elektrischen Schwach- und Starkstromanlagen = ElG; BS 4, S. 766.

zusetzen, beispielsweise die Vorschriften vom 14. August 1914 betreffend Vorlagen für elektrische Starkstromanlagen (ersetzt durch die entsprechende VO vom 26. Mai 1939, BS 4, S. 885) und besonders die VO vom 7. Juli 1933 über die Erstellung, den Betrieb und den Unterhalt von elektrischen Starkstromanlagen (BS 4, S. 798). Die Verletzung zahlreicher der hier aufgestellten Verhaltensvorschriften erfüllt keinen Tatbestand des StGB, wiegt aber eindeutig wesentlich schwerer als eine bloße Ordnungswidrigkeit im Sinne von Art. 60 ElG. Im Hinblick auf die technische Entwicklung, die stetig zunehmende Verwendung der sehr erhebliche Gefahren für Mensch, Tiere und Sachen in sich schließenden elektrischen Energie und die darauf zurückzuführenden zahlreichen neuen Gesetzesvorschriften, legte der Bundesrat im Bericht über seine Geschäftsführung im Jahre 1961 dar (S. 378), der in verschiedener Hinsicht veraltete Art. 60 ElG solle anlässlich der Anpassung des ElG an das in Aussicht genommene VStR modernisiert werden<sup>193</sup>. Der E-VStR unternimmt einen ersten Schritt in dieser Richtung (vgl. Art. 106 Ziff. X); voraussichtlich werden aber überdies bei einer Revision des StGB auch dort einige Tatbestände zu ergänzen oder neu zu umschreiben sein (z. B. über das unbefugte Anbringen eines Sicherheitszeichens an Materialien oder Apparaten).

Ähnlich wie den Strafbestimmungen des Elektrizitätsgesetzes erging es denjenigen des *Postverkehrsgesetzes*: Durch Art. 398 Abs. 2 lit. k StGB wurde wohl zu unbesehen der Tatbestand der Wiederverwendung schon benützter Postwertzeichen (Art. 62 Ziff. 1 Abs. 4 PVG) aufgehoben. Es gibt strafwürdige Fälle, die nicht nach Art. 151 oder 245 StGB geahndet werden können. Auch hier – wie beim Elektrizitätsgesetz – dreht der E-VStR (vgl. Art. 106 Ziff. XV) das Rad wieder etwas zurück.

Bei den Arbeiten am StGB, besonders an dessen Art. 398 und 399, wurden – wie es scheint – die Strafbestimmungen des sogenannten *Edelmetallgesetzes*<sup>194</sup> vollständig vergessen. Es ist nicht zu verkennen, daß die Tat-

<sup>193</sup> Vgl. über die technische Entwicklung und ihre Gefahren vor allem die Beiträge von K. OFTINGER und F. SCHWARZ in der Festschrift zum Zentenarium des Schweiz. Juristenvereins *«Die Rechtsordnung im technischen Zeitalter»*, Zürich 1961, bes. S. 6, 212f. und 234f.; s. auch R. KÖNIG, *Der Einfluß der technischen Entwicklung auf Gesellschaft und Beruf*, und, über die einläßliche Regelung im Ausland, H. STEPHANY, *Wechselwirkungen zwischen Rechtsordnung und technischer Entwicklung*, beide in *«Technik und Gesellschaft»*, Herder-Bücherei Bd. 306, Freiburg i. Br. 1968, S. 135 und 145.

<sup>194</sup> BG vom 20. Juni 1933 über die Kontrolle des Verkehrs mit Edelmetallen und Edelmetallwaren; BS 10, S. 130.

bestände der Art. 44 ff. dieses Gesetzes teils durch das StGB überholt worden sind und hätten aufgehoben werden sollen, teils zu Tatbeständen des StGB in einem kaum lösbaren Verhältnis der Gesetzeskonkurrenz stehen. Inwieweit hat beispielsweise Art. 44 des Edelmetallgesetzes neben Art. 153 ff. StGB (Warenfälschung usw.) noch Bestand? Mit vollem Recht wirft sodann O. A. GERMANN<sup>195</sup> die Frage auf, ob Art. 246 StGB betr. die Fälschung amtlicher Zeichen, wo die «Stempel der Gold- und Silberkontrolle» als Beispiel ausdrücklich genannt sind, den Art. 45 Abs. 1 und 2 des Edelmetallgesetzes nicht «implicite ersetzt» habe<sup>196</sup>.

<sup>195</sup> Taschenausgabe, Anm. zu Art. 246 StGB.

<sup>196</sup> Die Frage, ob und wie die Art. 44–54 des Edelmetallgesetzes revidiert werden sollten, war für den E-VStR nicht zu prüfen, da diese Vorschriften nicht von Verwaltungsbehörden des Bundes, sondern von den kantonalen Strafverfolgungsbehörden anzuwenden sind; vgl. Art. 1 des E-VStR und die Erläuterungen der Botschaft zu Art. 1.

## 6. Fragen der Gesetzeskonkurrenz

### 6.1 Allgemeine Regel

In der Praxis zum geltenden Verwaltungsstrafrecht gehört die Behandlung zusammentreffender strafbarer Handlungen oder Strafbestimmungen zu den leidigsten und schwierigsten Fragen<sup>197</sup>. Maßgebend sind an sich Art. 68 StGB und die (nicht ganz einfache) Lehre über die strafrechtliche Gesetzeskonkurrenz. Sie gelten grundsätzlich im Verhältnis des gemeinen Strafrechts zum Verwaltungsstrafrecht und im Verhältnis der einzelnen Verwaltungsgesetze untereinander, das jedoch nur insoweit, als die einzelnen Verwaltungsgesetze nicht abweichende, ausdrückliche oder erst durch Auslegung zu gewinnende, Bestimmungen aufstellen<sup>198</sup>. So einfach diese Regel sich niederschreiben und anhören läßt, so schwierig ist es, sie auf den Einzelfall anzuwenden und für ihn die richtige Lösung zu finden. Beispielsweise nahm das Bundesgericht früher bei Urkundenfälschung in Steuer-sachen Spezialität des Steuerstrafrechts an, sofern das Steuergesetz das Erstellen und den Gebrauch unwahrer Urkunden *ausdrücklich* als Tatbestandselement nannte (BGE 81 IV 169); nach BGE 92 IV 44 gilt nun die Spezialität *selbst dann*, wenn sich das Steuergesetz über die Fälschung von Urkunden *ausschweigt* (wie Art. 36 Abs. 2 lit. b WUB).

<sup>197</sup> Vgl. dazu M. WAIBLINGER, Die Verfolgung und Beurteilung zusammentreffender strafbarer Handlungen, ZStrR 1944, S. 208 ff.; H. SCHULTZ, Übersicht über die Rechtsprechung zu den Nebenstrafgesetzen, ZStrR 1953, S. 463 ff.; P. NOLL, Die neuern eidg. Nebenstrafgesetze, ZStrR 1957, S. 379 ff., sowie Nebenstrafrecht und Rechtsgleichheit, ZStrR 1959, S. 29 ff., bes. 37 ff.

<sup>198</sup> Vgl. Art. 333 Abs. 1 StGB; BGE 72 IV 190, 74 IV 26, 81 IV 188.

## 6.2 Regel beim Fehlen einer Vorschrift im Verwaltungsgesetz

Enthält ein Verwaltungsgesetz keine besondere Bestimmung über die Gesetzeskonkurrenz, so nehmen die herrschende Doktrin und Praxis als Regel an, das Verwaltungsdelikt stehe zu einem allfällig konkurrierenden gemeinrechtlichen Delikt im Verhältnis der *Spezialität*, so daß *nur der Verwaltungsstraftatbestand anzuwenden ist*<sup>199</sup>. Spezialität wurde beispielsweise angenommen:

- gegenüber dem *Ungehorsamstatbestand* von Art. 292 StGB für die besonderen Ungehorsamstrafen nach Art. 18 ALEO und Art. 34 VEO (Buße bis 500 Franken) in BGE 73 IV 129, sowie für die Ordnungsverletzung im Sinne von Art. 104 ZG (Ordnungsbuße bis 300 Franken) in BGE 78 I 178;
- gegenüber dem Tatbestand der *Urkundenfälschung* von Art. 251 StGB für den Fälschungstatbestand von Art. 13 UZVO (Gefängnis und Buße bis 10000 Franken) in BGE 79 I 39f.; für die Herstellung falscher Affidavits oder entsprechender Bankenkunden im gebundenen Zahlungsverkehr in BGE 76 IV 92f.; für die Urkundenfälschung in Steuersachen, insbesondere das Ausstellen eines inhaltlich unwahren Lohnausweises betr. die Einkommenssteuerveranlagung, d.h. das Herstellen und den Gebrauch unwahrer oder unechter Urkunden im Sinne von Art. 129 Abs. 2, evtl. 131 Abs. 2 WStB (Buße von 20 bis zu 20000 Franken) in BGE 81 IV 168f.; für den Fälschungstatbestand des (alten) BG vom 7. Juli 1932 über die Getreideversorgung des Landes, insbesondere nach Art. 33 Abs. 2 dieses Gesetzes (Buße von 20 bis 10000 Franken) in BGE 83 IV 129, wo das Gericht am Ende der betreffenden Erwägung immerhin deutlich durchblicken ließ, daß das Resultat «n'est pas entièrement satisfaisant...».

Anderseits *verneinten* BGE 77 IV 45ff. und 80 IV 39f. für bestimmte Fälle von *Fälschung* bei Zollübertretung, Bannbruch und Hinterziehung der Warenumsatzsteuer auf der Wareneinfuhr eine unechte Gesetzeskonkurrenz zur Urkundenfälschung durch Beamte (Art. 317 StGB). Ebenso stellte BGE 82 IV 140ff. fest, wenn ein Arbeitgeber der SUVA ungenaue Angaben über die Zahl der Arbeitnehmer und über deren Löhne sowie unwahre Lohnlisten einreiche, liege nicht nur eine Übertretung des Blankettatbestandes von Art. 66 KUVG, sondern zudem ein *Betrug* (Art. 148 StGB) und eine Urkundenfälschung (Art. 251 StGB) vor.

Mit BGE 83 IV 121, Erw. 2 a. E., ist festzuhalten, daß bei Annahme unechter Konkurrenz und Spezialität des Verwaltungsstraftatbestandes das

<sup>199</sup> Vgl. die Darstellung der Praxis bei H. SCHULTZ, Übersicht, ZStrR 1953, S. 463ff.

*Ergebnis nicht immer befriedigt.* Diese im Rechtsbewußtsein gründende Beurteilung und der Umstand, daß die Gesetzesauslegung in Konkurrenzfragen vor eine sehr schwierige Aufgabe gestellt ist – mit den formalen Auslegungsregeln der *lex specialis* oder der *lex posterior* ist meistens nichts zu gewinnen<sup>200</sup> –, erklären wohl auch die *schwankende oder zumindest nicht immer verständliche Praxis* unserer Gerichte<sup>201</sup>.

Immerhin dürften nun BGE 91 IV 188 und 92 IV 44 eine gewisse *Klärung* und Beruhigung gebracht haben<sup>202</sup>.

In BGE 91 IV 188 ging das Gericht davon aus, daß gemäß ständiger Praxis die gesetzlich vorgeschriebene kaufmännische Buchhaltung und ihre Bestandteile Urkunden im Sinne von Art. 110 Ziff. 5 StGB sind. Das Urteil stellte nun in dieser Hinsicht die *«freiwillige» Buchhaltung eines nicht buchführungspflichtigen Geschäftes* der durch Art. 957 ff. OR vorgeschriebenen Buchhaltung gleich. Sodann hielt das Gericht fest, die *Geschäftsbücher, Belege und Jahresrechnungen* seien Urkunden *unabhängig* davon, in welchem *Zeitpunkt* und zu welchem *Zwecke* sie der Geschäftsinhaber als Beweismittel verwenden wolle. Daher falle auch *die (nur) zum Zwecke der Steuerhinterziehung vorgenommene Fälschung einer Buchhaltung unter Art. 251 StGB*, es sei denn, es handle sich um eine *vollständige nur für Steuerzwecke erstellte Buchhaltung*, und neben ihr werde noch eine andere Buchhaltung geführt, die bestimmt ist, z. B. kreditgebenden Banken Aufschluß über die wahre Vermögenslage des Geschäftes zu geben.

Grundlegend und wohl auf lange Sicht wegleitend zur *Abgrenzung des Steuerdelikts gegenüber der gemeinrechtlichen Urkundenfälschung* dürfte

<sup>200</sup> Über die Fragwürdigkeit der formalen Auslegungsregeln s. statt vieler O.A. GER-MANN, Probleme und Methoden der Rechtsfindung, S. 60 ff. mit zahlreichen Hinweisen.

<sup>201</sup> Ebenso wohl H. ARDINAY, Der Betrug nach schweizerischem StGB, ZStrR 1970, S. 225 ff., bes. 272 f.: Soweit sich jedoch die Sondertatbestände des Nebenstrafrechts «gegen das Vermögen richten, kann an ihre Stelle der allgemeine Betrugstatbestand treten, wenn ... sich die *schärfere Strafe* wegen der vorliegenden Arglist *rechtfertigt*» (Hervorhebung von mir). Nach Z. GIACOMETTI (Allg. Lehren, S. 535, Hervorhebung von mir) können «*ganz schwere Verstöße gegen Verwaltungsnormen ... zugleich den Tatbestand von Kriminaldelikten erfüllen und damit nach Maßgabe des Kriminalstrafrechts bestraft werden, wie z. B. vielfach der Steuerbetrug*». Vgl. in diesem Zusammenhange die kritischen Bemerkungen von A. HAEFLIGER, Urkundendelikte des StGB und kantonales Steuerstrafrecht, ZStrR 1956, S. 65 ff., sowie besonders diejenigen von P. NOLL, Nebenstrafrecht und Rechtsgleichheit, ZStrR 1959, S. 44 ff.

<sup>202</sup> Ob die Lösung von 92 IV 44 mit der Abkehr von der Spezialität in allen Teilen zu befriedigen vermag, wird noch zu erörtern sein; vgl. Anm. 227.

BGE 92 IV 44 sein. Nach diesem Urteil ist derjenige, der eine falsche Urkunde herstellt oder zur Täuschung gebraucht, um Steuern zu hinterziehen, für die Urkundenfälschung *nicht* nach dem StGB, sondern ausschließlich nach dem Steuerstrafrecht zu beurteilen, vorausgesetzt, daß die Urkunde ihrer Natur nach *nur für die Steuerbehörden bestimmt* ist, wie z. B. der Lohnausweis (Art. 90 Abs. 4 WStB) oder eine Steuerabzugsbescheinigung (Art. 14 Abs. 2 VStG) oder – wie im dem Urteil zugrundeliegenden Sachverhalt – eine zwecks Umgehung der Warenumsatzsteuer unwahr verfaßte Quittung über den Weiterverkauf eines Occasionsautos, und *nicht zugleich andern als steuerlichen Zwecken dient*, wie z. B. der Vertrag über den Kauf eines Grundstückes oder (vor allem) die ordentliche Geschäftsbuchhaltung und ihre Bestandteile<sup>203</sup>.

Wird also ein Steuerbetrug mit Hilfe einer gefälschten (kaufmännischen oder privaten, nicht nur für Steuerzwecke erstellten) Buchhaltung begangen, so gilt nicht mehr der Grundsatz der Spezialität, sondern es besteht *echte Gesetzeskonkurrenz* (Art. 68 StGB), und der Täter ist sowohl nach Steuergesetz als auch nach Art. 251 StGB strafbar (BGE 91 IV 188).

## 6.3 Die ausdrücklichen Kollisionsnormen

### 6.3.1 Kumulationsprinzip

Verschiedene Verwaltungsgesetze enthalten eine besondere Vorschrift über die *Idealkonkurrenz* und schließen insoweit die unechte Gesetzeskonkurrenz aus. So statuiert beispielsweise Art. 85 Abs. 2 ZG folgendes: «Erfüllt eine Handlung gleichzeitig den Tatbestand eines Zollvergehens und denjenigen einer durch die Strafgesetzgebung des Bundes oder der Kantone vorgesehenen strafbaren Handlung, so finden die Strafbestimmungen des vorliegenden Gesetzes *neben* denjenigen der Strafgesetzgebung des Bundes oder der Kantone Anwendung»<sup>204</sup>.

Eine solche Vorschrift ordnet in Fällen von Gesetzeskonkurrenz an, es seien die nach dem einen Gesetz neben der nach dem andern Gesetz verwirkten Strafe, unabhängig voneinander zu verhängen (sog. Kumulationsprinzip). Die Strafen-Kumulation ist in den angeführten Gesetzgebungen insofern verständlich, als für die Untersuchung und Beurteilung des Ver-

<sup>203</sup> Vgl. die Besprechung dieses Urteils durch H. SCHULTZ in ZBJV 1967, S. 464ff., mit Hinweisen auf frühere Urteile.

<sup>204</sup> Ebenso Art. 63 Abs. 2 der Getränkesteuer-VVO, BS 6, S. 283, und ähnlich Art. 57 Abs. 2 AlkG.

waltungsdelikts grundsätzlich nicht der ordentliche Strafrichter, sondern nach Art. 279 ff. BStP die beteiligte Verwaltung *zuständig* ist, und als über die *Verwendung der Bußen* recht unterschiedliche Vorschriften bestehen<sup>205</sup>. Aber es bleibt zumindest ein Unbehagen<sup>206</sup>. Das gilt insbesondere für die Kumulation der Strafen bei Zollhehlerei (Art. 78 ZG) oder «Hehlerei» im Sinne von Art. 52 Abs. 1 Lemma 4 AlkG (Konkurrenz mit Art. 144 StGB) oder – um ein weiteres Beispiel zu nehmen – bei Begünstigung im Sinne von Art. 81 ZG oder Art. 56 Abs. 1 AlkG (Konkurrenz mit Art. 305 StGB). Freilich hat das Bundesgericht den Art. 85 Abs. 2 ZG «dahin ausgelegt, daß jedenfalls dann die Bestimmung des Fiskalrechtes die Anwendung des gemeinen Strafrechts nicht ausschließe, wenn sie nach ihrem Sinn und Wortlaut die Tat nicht nach allen Seiten abgelte, also nicht ein Fall unechter Gesetzeskonkurrenz vorliege» (BGE 80 IV 39 mit Hinweis auf 77 IV 45 ff.). Ist aber mit dieser Auslegung, so darf man sich fragen, viel gewonnen, oder führt auch sie unter Umständen zu einem Ergebnis, das «n'est pas entièrement satisfaisant...» (BGE 83 IV 129 Erw. 2 a. E.)? Gilt beispielsweise die zollrechtliche *Begünstigung* nach Sinn und Wortlaut diejenige im Sinne von Art. 305 StGB nach allen Seiten ab, wenn man berücksichtigt, daß die Begünstigung nach ZG eine Form der *Teilnahme*, diejenige nach StGB jedoch ein *Vergehen gegen die Rechtspflege* ist? Die Frage soll hier nicht näher behandelt werden, weil sie – wie zu hoffen ist – *bald nicht mehr aktuell* werden kann. Nach dem E-VStG soll nämlich die Konkurrenz-Regel von Art. 85 Abs. 2 ZG verschwinden und ist ein besonderer verwaltungsstrafrechtlicher Begünstigungstatbestand in Aussicht genommen, der demjenigen von Art. 305 StGB vorgeht (Spezialität). Dasselbe gilt bezüglich der Hehlerei, die im ZG und AlkG tatbestandsmäßig nun so umschrieben werden soll, daß die Frage der Gesetzeskonkurrenz als eindeutig gelöst erscheint<sup>207</sup>.

### 6.3.2 Prinzip der Subsidiarität des Verwaltungsstrafrechts

Nach Art. 38 Abs. 1 des Kriegsvorsorgegesetzes<sup>208</sup> bleibt «die Strafverfolgung auf Grund der besondern Bestimmungen des Schweizerischen

<sup>205</sup> Über die auf Grund des StGB verhängten Bußen verfügen nach Art. 381 Abs. 1 die Kantone, wogegen die Zollbußen nach Art. 103 ZG verschiedenen Berechtigten zufallen.

<sup>206</sup> Vgl. die an dieser Ordnung geübte Kritik P. NOLLS, Nebenstrafrecht und Rechtsgleichheit, ZStrR 1959, S. 39 f.

<sup>207</sup> Vgl. Art. 106 Ziff. V und IX des E-VStR.

<sup>208</sup> BG vom 30. September 1955 über die wirtschaftliche Kriegsvorsorge, AS 1956, S. 85.

Strafgesetzbuches ... vorbehalten». Eine im wesentlichen gleichlautende Bestimmung fand sich in Art. 29 Abs. 5 des BB vom 19. Juni 1953 über die Brotgetreideversorgung des Landes<sup>209</sup>. In der Botschaft vom 10. Februar 1953 zu diesem BB wird über die Konkurrenznorm ausgeführt<sup>210</sup>: Es müßte «als stoßend empfunden werden, wenn sich der Täter der schwereren Strafe des Strafgesetzbuches ... mit der Begründung entziehen könnte, man habe im BB über die Brotgetreideversorgung des Landes die Strafsanktionen abschließend geregelt und keinen Vorbehalt angebracht. Die Aufnahme eines Hinweises auf das StGB ... ist daher nötig». Daraus ließe sich folgern, daß die Spezialität des Verwaltungsstraftatbestandes ausgeschlossen und das Absorptionsprinzip angeordnet werden wollte (vielleicht schwebte dem Verfasser der Botschaft vor, es solle das Kumulationsprinzip gelten). Indessen ist fraglich, ob Art. 29 diese (oder jene) Auslegung zuläßt – man beachte die doch sehr massive Strafandrohung im Blanketttatbestand des Abs. 1: «Buße bis zu 30000 Franken oder ... Gefängnis bis zu drei Jahren». Die angedrohte Strafe führt m. E. zur Annahme des Spezialitätsprinzips.

Ausdrückliche Vorschriften darüber, daß die Ordnung des Spezialgesetzes nicht abschließend sei, enthalten u. a. Art. 63 PVG, Art. 38 Abs. 3 TVG<sup>211</sup> und Art. 12 Abs. 2 UZVO. Über die Gesetzeskonkurrenz und ihre Lösung sagen diese Vorschriften eigentlich nichts aus. Sie sind gegenteils geeignet, Verwirrung zu schaffen.

Klarer sind Regeln wie diejenige von Art. 112 Abs. 1 Ingreß LWG, Art. 47 des Pfandbriefgesetzes<sup>212</sup> u. a. m., die man wie folgt umschreiben könnte: «Erfüllt eine der in diesem Gesetz genannten Widerhandlungen einen Tatbestand, für den die eidgenössische oder kantonale Gesetzgebung eine *schwerere* Strafe vorsieht, so wird diese angewendet». Eine solche Vorschrift wurde schon öfters als mustergültig angesehen. Nach H. SCHULTZ<sup>213</sup> besitzen diese Regeln «eine doppelte Funktion: Für die Idealkonkurrenz mit schwereren Taten das Absorptionsprinzip zu begründen und für die unechte Gesetzeskonkurrenz die Spezialität des Nebenstrafgesetzes auszuschließen». SCHULTZ schließt sogleich die folgende sehr begründete Kritik an: «Ob die Privilegierung desjenigen, der in Idealkonkurrenz Straf-

<sup>209</sup> AS 1953, S. 1245.

<sup>210</sup> BBl 1953, I 348.

<sup>211</sup> «Für Tatbestände, die im gegenwärtigen Gesetz nicht aufgeführt sind, bleiben die einschlägigen Strafgesetze des Bundes vorbehalten.»

<sup>212</sup> BG vom 25. Juni 1930 über die Ausgabe von Pfandbriefen, BS 2, S. 747.

<sup>213</sup> Übersicht über die Rechtsprechung, ZStrR 1953, S. 464.

taten des Nebenstrafrechts und des StGB begeht, gegenüber dem Schärfsungsprinzip von StGB Art. 68 Ziff. 1 gerechtfertigt sei, ist eine andere Frage, welche zu verneinen ist»<sup>214</sup>. Im übrigen mag es nach SCHULTZ «für andere Nebenstrafgesetze ... angezeigt sein, sie ausdrücklich als subsidiär zu bezeichnen».

Für gewisse Nebenstrafgesetze mag in der Tat die Subsidiarität angezeigt und vertretbar sein. Als *allgemeingültige* Regel dürfte sie jedoch *nie* in Betracht gezogen werden. Das Verwaltungsstrafrecht sieht – wie schon dargelegt – für Betrugs- und Fälschungstatbestände unter Umständen mit guten Gründen mildere Strafen vor als das StGB<sup>215</sup>. Auch wenn in vielen Gesetzen nach der heute vorherrschenden Auffassung die Privilegierung zu weit geht, so wäre es nicht angängig, sie gewissermaßen über eine Hintertreppe, nämlich eine unauffällige Konkurrenznorm aufzuheben.

### 6.3.3 Regeln über die Konkurrenz innerhalb des Verwaltungsstrafrechts

Einzelne Verwaltungsgesetze enthalten (auch noch) besondere Vorschriften über das Verhältnis ihrer Strafbestimmungen zu denjenigen anderer Verwaltungsgesetze oder für den Fall, daß eine Handlung gleichzeitig verschiedene Tatbestände des betreffenden (einen) Verwaltungsgesetzes erfüllt.

Für den Fall von *Idealkonkurrenz im Verhältnis verschiedener Gesetze* begegnen wir zwei verschiedenen Systemen:

Erfüllt eine Handlung gleichzeitig den Tatbestand einer Hinterziehung der Umsatzsteuer auf der Wareneinfuhr und eines «Zollvergehens», so kommt nach Art. 52 Abs. 3 WUB die auf das schwerere «Vergehen» angedrohte Strafe zur Anwendung, wobei das Zusammentreffen als «erschwerender Umstand» gilt. Diese Lösung, die auch in Art. 42 TabStG getroffen wird, entspricht grundsätzlich derjenigen von Art. 68 StGB. Wir haben hier eine *Kombination von Absorptions- und Schärfsungsprinzip*. Sie gilt in der Regel auch dann, wenn die Handlung *gleichzeitig* verschiedene Tatbestände *des gleichen* Verwaltungsgesetzes erfüllt<sup>216</sup>; das gilt nach der Praxis des Bundesgerichts nicht nur für die Ideal-, sondern auch für die Realkonkurrenz (BGE 81 IV 188 ff.).

Das zweite System behandelt die Konkurrenz mit andern Verwaltungs-

<sup>214</sup> Vgl. auch P. NOLL, Nebenstrafrecht und Rechtsgleichheit, ZStrR 1959, S. 37 ff., wo weitere Gesetze dieser Gruppe genannt sind.

<sup>215</sup> Vgl. vorn Ziff. 4.2.2.2 über die Beratung des Getreidegesetzes.

<sup>216</sup> So Art. 85 Abs. 1 ZG, Art. 57 Abs. 1 AlkG und die Getränkesteuerverordnung.

gesetzt gleich wie diejenige mit dem gemeinen Strafrecht, steht also auf dem Boden der *Kumulation*<sup>217</sup>.

#### 6.4 Würdigung und Lösung

Die im Verwaltungsstrafrecht des Bundes für die Gesetzeskonkurrenz maßgebende Ordnung erscheint schon auf Grund der wenigen gegebenen Beispiele als unsystematische Unordnung. Es bestehen eine Rechtsungleichheit und eine Rechtsunsicherheit ohnegleichen, insbesondere im Bereich der verwaltungsstrafrechtlichen Betrugs- und Fälschungstatbestände. Diese Unordnung bereitet vor allem auch dem Richter große Not<sup>218</sup>. Es besteht oft ein eigentlicher *Spannungszustand* wegen der Diskrepanz zwischen «Rechtsgefühl» (moderner Wertung des Verwaltungsunrechts) und gesetzlicher Strafandrohung. Aus diesem Spannungszustand erklärt sich, so will mir scheinen, die in jüngerer Zeit zunehmend schwankende Gerichtspraxis in der Frage «echte oder unechte Gesetzeskonkurrenz».

In solchen Situationen erschallt jeweils der Ruf nach dem Gesetzgeber; von ihm wird eine gerechte, klare und eindeutige Anordnung erwartet<sup>219</sup>. Indessen lassen die vorstehenden Ausführungen unschwer erkennen, daß sich das Konkurrenzproblem nicht durch eine generell-abstrakte Regel lösen läßt<sup>220</sup>. Eine Lösung finden wir erst, wenn wir die Ursache des heu-

<sup>217</sup> Ausdrücklich Art. 63 Abs. 2 Getränkesteuer-VVO, BS 6, S. 283; im Ergebnis ebenso Art. 57 Abs. 2 AlkG und Art. 85 Abs. 2 ZG.

<sup>218</sup> Vgl. die einläßliche Kritik P. NOLLS, Nebenstrafrecht und Rechtsgleichheit, ZStrR 1959, S. 29ff., mit zahlreichen Beispielen aus Gesetzgebung und Praxis und mit konstruktiven Überlegungen zu einer Lösung.

<sup>219</sup> Vgl. P. NOLL, op. cit. S. 50: «Nur die *Gesetzgebung* könnte hier einen Zustand rechtsgleicher Behandlung herbeiführen. Dabei hätte sie nicht nur das Verhältnis der Nebengesetze zum Strafgesetzbuch, sondern auch das Verhältnis der Nebenstrafgesetze zueinander zu bedenken.»

<sup>220</sup> Auch der sonst sehr ins Detail gehende deutsche E-StGB vom 3. November 1960 überließ gemäß Begründung S. 181 «die Frage ... in Übereinstimmung mit dem geltenden Recht der Rechtsprechung»; ebenso der Entwurf 1962 mit Begründung vor § 67, S. 191 sowie der AE; vgl. nun die §§ 52ff. laut Art. 1 Ziff. 1 des 2. StrRG. Es bildet eben altbewährte Gesetzgebungstechnik, eine Regel nicht als Gesetz zu proklamieren, wenn man nicht sicher ist, daß sie richtig ausgedrückt werden kann; der fehlerhafte oder unvollkommene Ausdruck des Gesetzes führt zwangsläufig zu fehlerhafter Anwendung oder zumindest zu Unsicherheit; in diesem Sinne schon J. C. BLUNTSCHLI: «Ein *brauchbares* Gesetzbuch denkt entfernt nicht daran, alles regulieren zu wollen, sondern nur daran, was einer Regelung bedürftig ist, zu regu-

tigen Unbehagens erkannt haben. Dieses besteht nur da, wo die Strafandrohungen des Verwaltungsgesetzes mit der Entwicklung unserer Einstellung zum Verwaltungsdelikt nicht Schritt gehalten haben und den erwähnten Spannungszustand entstehen lassen. Wenn die von der Gerichtspraxis befolgte Spezialität z.B. des Steuerdelikts gegenüber dem Betrugs- oder Urkundenfälschungstatbestand des StGB nicht zu befriedigen vermag, so liegt das nicht daran, daß das Spezialitätsprinzip und seine Anwendung verfehlt wären, sondern daran, daß die Strafdrohung des Fiskalgesetzes den heutigen Anschauungen und der heutigen Wertung des Steuerbetrugs nicht mehr entspricht.

Wir dürfen das Problem nicht bloß im Lichte des Nebenstrafrechts betrachten. Häufig liegt das Hindernis für eine dem heutigen Rechtsbewußtsein entsprechende Strafe nicht an einer überholten oder verfehlten Bestimmung des Nebenstrafrechts. Die Ursache ist möglicherweise im StGB zu suchen, das entweder keinen zutreffenden Tatbestand kennt<sup>221</sup>, oder das an sich eine Bestrafung erlauben würde, die dann aber dem Rechtsempfinden auch nicht entspricht, sei es wegen der zu harten Strafandrohung<sup>222</sup>, sei es wegen der Tatbestandsumschreibung<sup>223</sup>. Die Feststellung, unser Verwaltungsstrafrecht sei veraltet, ist daher nicht allein dem Konto der Verwaltungsrechtslehre zu belasten<sup>224</sup>.

lieren, und auch dieses nur, wenn die Einsicht schon so reif und klar geworden ist, um eine gesetzliche Aussprache wagen zu dürfen ... lieber eine Regel (und mehr noch eine Ausnahme) nicht als Gesetz zu proklamieren, wenn man nicht sicher ist, daß sie nicht vollkommen richtig ausgedrückt werde; denn das Stillschweigen des Gesetzes kann durch die Wissenschaft jederzeit richtig ergänzt werden, aber der fehlerhafte Ausdruck des Gesetzes führt notwendig zu fehlerhaften Anwendungen» (zitiert nach I.KELLER, Rechtsethik und Rechtstechnik, Aarau 1947, S.232f., mit Quellenangabe).

<sup>221</sup> Man denke hier an die von V.SCHWANDER in ZStrR 1962, S.336 gerügte Tendenz der Praxis, den Vermögensbegriff des Betrugstatbestandes auf Güter ohne wirtschaftlichen Wert auszudehnen.

<sup>222</sup> Beispiel: der Tatbestand der Begünstigung nach Art.305 StGB. Art.19 E-VStR umschreibt einen verwaltungsstrafrechtlichen Begünstigungstatbestand, welcher Vorschlag in der Botschaft u.a. wie folgt begründet ist: «Er beruht auf der Überlegung, daß bei Verwaltungsdelikten der Begünstiger nicht der schweren Strafandrohung von Art.305 StGB unterstehen solle, sondern ... derjenigen, die auf den Begünstigten und die Teilnehmer anzuwenden ist.»

<sup>223</sup> Beispiel: die privatschriftliche Urkundenfälschung. Art.17 Ziff.1 Lemma 1 E-VStR, der sich an Art.251 StGB anlehnt, läßt die privatschriftliche Urkundenfälschung gewollt außer Betracht.

<sup>224</sup> H.SCHULTZ rief unlängst wieder einmal mit gutem Grund in Erinnerung, die Jahrzahl 1937 des StGB trüge; die Vorarbeiten des StGB gingen bis ins zweitletzte Jahr-

## 6.5 Gesetzestechnik

Die Frage der Gesetzeskonkurrenz ist in der Verwaltungsgesetzgebung nicht dadurch gelöst, daß man in den Verwaltungsgesetzen einfach höhere Strafen androht. Vielmehr bedarf es einer sorgfältigen und umsichtigen Würdigung und Formulierung eines jeden einzelnen verwaltungsstrafrechtlichen Tatbestandes im Hinblick auf eine mögliche Konkurrenz mit einem Tatbestand des StGB oder eines anderen Verwaltungsgesetzes.

### 6.5.1 Spezialitätsprinzip

Enthält das StGB (und neu: das VStR) keinen Tatbestand, der den Anforderungen des Verwaltungsgesetzes genügt (und dessen Strafandrohung als angemessen erscheint), sondern *bedarf es eines besonderen Tatbestandes im Verwaltungsgesetz*, so ist mit dieser Erkenntnis wohl auch der Entscheid zugunsten der Spezialität dieses Tatbestandes gegenüber dem StGB verbunden. Es darf gesagt werden, daß *in der Regel* das *Spezialitätsprinzip* zugunsten eines (namentlich auch in den Strafdrohungen) modernisierten Verwaltungsstrafrechts unter allen Gesichtspunkten, materiellrechtlich und prozessual<sup>225</sup>, die beste Lösung darstellen dürfte und jeder anderen Möglichkeit (Absorption, Asperation, Kumulation) vorzuziehen ist<sup>226</sup>.

Gesetzestechnisch ist in der Weise vorzugehen, daß der verwaltungsstrafrechtliche Tatbestand in der Formulierung sich so eng wie immer möglich an die Umschreibung des (auszuschließenden) gemeinrechtlichen Tatbestandes anschließt und daß eine angemessene Strafe angedroht wird, die in einem «vernünftigen» Verhältnis zu derjenigen des StGB steht<sup>227</sup>;

zehnt des vergangenen Jahrhunderts zurück; ZBJV 1970, S.1f. Auch die jüngste eben zu Ende gehende Revision des StGB hat den Rückstand gegenüber der Entwicklung der Strafrechtslehre bei weitem noch nicht aufgeholt.

<sup>225</sup> Die prozeßrechtliche Seite darf deshalb nicht außer Betracht bleiben, weil im Verwaltungsstrafrecht häufig nicht die ordentlichen Strafverfolgungsbehörden, sondern für die Untersuchung und evtl. auch für die Beurteilung (unter dem Vorbehalt des Rechtsweges an den Strafrichter) die beteiligte Verwaltung zuständig ist. Für das Verwaltungsstrafrecht des Bundes ist dieses Verfahren in der Regel da vorgesehen, wo der unmittelbare Vollzug der Gesetzgebung einer Verwaltungsbehörde des Bundes obliegt; hier gelten die Verwaltungsstrafverfahren nach Art.279ff. und 321ff. BStP, die durch den E-VStR vereinigt, reformiert und modernisiert werden sollen.

<sup>226</sup> Auch P.NOLL scheint seinerzeit zu diesem Ergebnis gelangt zu sein; vgl. op.cit. ZStrR 1959, S.29ff., bes. 46ff.

<sup>227</sup> Beispielsweise ist zu bezweifeln, daß eine Strafe «bis zum fünffachen Betrag der hinterzogenen Steuer» (Art.36 WUB) ausreichen würde, um mit Sicherheit auf den

unter dieser Voraussetzung wird die Praxis die vom Gesetzgeber gewollte Lösung ohne weiteres finden. Zwei Beispiele sollen das näher dartun:

Nach Art. 52 Abs. 1 Lemma 4 AlkG wird mit Buße von 20 bis 20000 Franken bestraft, «wer gebrannte Wasser, von denen er weiß oder annehmen muß, daß sie unbefugterweise hergestellt oder eingeführt worden sind, in Gewahrsam nimmt oder an Dritte abgibt». Wer eine derartige *Hehlerei* begeht, verübt zugleich eine Hehlerei im Sinne von Art. 144 StGB (und wäre gemäß der Konkurrenznorm von Art. 57 Abs. 2 AlkG nach beiden Strafgesetzen zu bestrafen). Der Entwurf zur Anpassung der Strafbestimmungen des AlkG an den E-VStR will diese Kumulation ausschließen und die Spezialität des AlkG statuieren; er faßt daher (in Art. 56) den Tatbestand unter Anlehnung an Art. 144 StGB wie folgt: «Wer gebrannte Wasser, von denen er weiß oder annehmen muß, daß ... ist, erwirbt, sich schenken läßt, zum Pfand oder sonstwie in Gewahrsam nimmt, verheimlicht, absetzen hilft oder in Verkehr bringt, wird nach der Strafandrohung, die auf den Täter Anwendung findet, bestraft» (Die Strafandrohung geht, je nach Widerhandlung des Täters, bis auf 3 Jahre Gefängnis). Bei der neuen Formulierung kann kein Zweifel über die Spezialität des verwaltungsstrafrechtlichen Tatbestandes bestehen.

Ebensowenig zweifelhaft ist die Rechtslage bezüglich des Verhältnisses des *Leistungs- und Abgabebetrugs* von Art. 16 E-VStR zum gemeinrechtlichen Betrug (Art. 148 StGB). Der verwaltungsstrafrechtliche Tatbestand lautet (nach Entwurf): «Wer die Verwaltung ... durch Vorspiegelung oder Unterdrückung von Tatsachen arglistig irreführt oder deren Irrtum arglistig benutzt, und so für sich oder einen andern unrechtmäßig ... einen Beitrag ... erschleicht ..., wird mit Gefängnis, Haft oder Buße bis zu 30000 Franken bestraft». In Ansehung dieser Formulierung wird kein Gericht mehr in Versuchung geraten, die Spezialität des verwaltungsstrafrechtlichen Tatbestandes zu verneinen und Idealkonkurrenz oder Absorption anzunehmen.

### 6.5.2 Subsidiarität

Hat ein verwaltungsstrafrechtlicher Tatbestand zurückzutreten, falls nach einem anderen Gesetz eine schwerere Strafe verwirkt ist, so bedarf es *einer ausdrücklichen Verweisung* ins andere Gesetz. Nur diese Lösung

Willen des Gesetzes schließen zu können, der betreffende Fiskalstraftatbestand stehe zu Art. 251 StGB (Zuchthaus bis zu fünf Jahren) im Verhältnis der Spezialität; vgl. dazu BGE 92 IV 44.

schaft die erforderliche Klarheit (und dient beiläufig auch als Gedächtnisstütze). Als Beispiel sei der Entwurf zur Anpassung des PVG an den E-VStR angeführt, dessen Art. 58 lautet: «Wer geltende Poststempel oder Postsiegel des Inlandes oder Auslandes fälscht oder verfälscht, um sie als echt oder unverfälscht zu verwenden, wer einen Postcheck fälscht oder verfälscht, um ihn zu verwenden ... wird, sofern nicht nach Art. 251 oder 317 StGB eine schwerere Strafe verwirkt ist, mit Gefängnis oder Buße bestraft.» Auch hier kann beim Richter über die Lösung der Konkurrenzfrage kein Zweifel mehr entstehen.

## 7. Widerhandlungen in Geschäftsbetrieben

### 7.1 Bedeutung des Problems

Als Normadressaten von Verwaltungsgesetzen kommen, wie bemerkt<sup>228</sup>, stetig zunehmend Geschäftsbetriebe in der Rechtsform einer juristischen Person, einer Personengesellschaft usw. und Unternehmen großen und größten Umfanges in Betracht. In der Steuerpraxis mehren sich die Fälle der vertraglichen (nicht organschaftlichen) Vertretung des Steuerpflichtigen, z. B. durch einen Steuerberater, vor allem auch zum Ausfüllen der Steuererklärungen oder -abrechnungen. Die in Geschäftsbetrieben, von Personenverbänden, Anstalten, Beauftragten usw. verübten Delikte spielen daher durchaus naturgemäß eine wachsende Rolle. Man darf nun freilich nicht dem Irrtum verfallen, es handle sich um eine Erscheinung bloß des Verwaltungs- oder sonstigen Nebenstrafrechts. Wenn wir an die unter das StGB fallende Wirtschaftskriminalität denken (z. B. Betrug, Warenfälschung usw.) oder daran, daß die Tatbestände des bisherigen Nebenstrafrechts immer mehr gewissermaßen ins Kriminalstrafrecht hineinwachsen<sup>229</sup>, so erkennen wir unschwer, welche weittragende Bedeutung dieses Problem allmählich erlangt. Nicht von ungefähr stand es seinerzeit auf der Traktandenliste der Expertenkommission für die Teilrevision des StGB. Und der deutsche Strafgesetzgeber hat es als unerläßlich angesehen, durch das 2.StrRG in den Allgemeinen Teil des neuen StGB einen § 14

<sup>228</sup> Vgl. vorn Ziff. 3.2.

<sup>229</sup> Beispiele für die Annäherung an die gemeingefährlichen Verbrechen und Vergehen im Sinne von Art. 221 ff. StGB bilden etwa die folgenden Strafbestimmungen: Art. 29 ff. des BG vom 23. Dezember 1959 über die friedliche Verwendung der Atomenergie und den Strahlenschutz, AS 1960, S. 541; Art. 44 des Rohrleitungsgesetzes vom 4. Oktober 1963, AS 1964, S. 99; Art. 35 ff. des Entwurfs zum Gewässerschutzgesetz, BBl 1970 II, S. 478. Vgl. sodann den Tatbestand des Leistungsbetrugs gemäß Art. 16 Abs. 1 E-VStR, der demjenigen des Erschleichens einer Leistung von Art. 151 StGB durchaus vergleichbar ist.

über das «Handeln für einen andern» aufzunehmen<sup>230</sup>. Freilich enthält das Konkursstrafrecht unseres StGB (Art. 172 und 326) eine Regel über die Anwendung der Strafbestimmungen auf juristische Personen und Handelsgesellschaften; aber diese Regel ist veraltet und war von allem Anfang an mißglückt<sup>231</sup>.

## 7.2 Das geltende Recht

Das geltende Recht leidet auch in der Frage, wie die bei Ausübung geschäftlicher Verrichtungen oder durch Beauftragte begangenen Widerhandlungen zu ahnden sind, unter Rechtszersplitterung und entsprechender Rechtsunsicherheit. Oft macht es den Anschein, als ob der Zufall Gesetzgeber gespielt habe. Da und dort wird man den Verdacht nicht los, der Redaktor des Gesetzesentwurfs habe ein Steckenpferd geritten. Und häufig ist wohl – was in helvetischen Landen vorkommen soll – mehr oder weniger gedankenlos abgeschrieben worden.

Halten wir in der Bundesgesetzgebung etwas Umschau, so können wir in grober Einteilung die folgenden *Gruppen von Lösungen* bilden<sup>232</sup>.

### 7.2.1 Gesetze ohne ausdrückliche Regel

Eine Reihe von Bundesgesetzen enthalten keine besondere Vorschrift über die Ahndung von Widerhandlungen in Geschäftsbetrieben u. dgl. Es sind dies zumeist ältere oder an ältere Gesetzgebungen anschließende Erlasse, die man nach der früheren Theorie und Terminologie den Polizeigesetzen zuordnete. *Offen* bleibt für diese Gesetze, *ob bei Ordnungsverletzungen* gemäß der in Doktrin und Praxis zu Zeiten vertretenen Auffassung

<sup>230</sup> Vgl. vorn Anm. 141 mit einläßlicheren Angaben sowie OWiG § 33.

<sup>231</sup> Vgl. die an Art. 172 StGB geübte Kritik in MEINEM Steuerstrafrecht, S. 111 f. H. SCHULTZ, Täterschaft und Teilnahme, ZStrR 1956, S. 249, nennt die Regel von Art. 172 StGB «keine Perle des Gesetzes». Nach V. SCHWANDER, ZSR 1965 I, S. 210, enthält Art. 172 StGB «eine allgemeine Regel der Teilnahmelehre», was es als nicht ausgeschlossen erscheinen lasse, «schon heute die Organe anstelle der nicht strafbaren juristischen Person zu bestrafen»; m. E. ist diese Folgerung zu allgemein und geht zu weit.

<sup>232</sup> Außer Betracht bleiben hier die Gesetze, die unter dem Einfluß der Arbeiten am VStR entstanden sind, wie das VStG, das AFG und das TabStG und andere neuere Erlasse, insbesondere auch die mit der Botschaft über die Änderung des Milchbeschlusses (BBl 1970 II 1401 ff., bes. 1469) vorgeschlagenen neuen Strafbestimmungen.

die *juristische Person bestraft* werden kann<sup>233</sup>. An Beispielen für diese Gruppe wären zu erwähnen: das ehrwürdige BG vom 30. April 1849 über das Pulverregal<sup>234</sup>; das Elektrizitätsgesetz von 1902; das Telegraphen- und Telephonverkehrsgesetz von 1922 und das Postverkehrsgesetz von 1924 (gemäß PVG kann nach dem Wortlaut von Art. 61 eine konzessionierte Unternehmung wegen Ordnungswidrigkeit bestraft werden); das BG vom 6. März 1920 betr. die Arbeitszeit beim Betrieb der Eisenbahnen<sup>235</sup>.

Art. 11 Abs. 1 des BG vom 25. Juni 1885 betr. Beaufsichtigung von Privatunternehmungen im Gebiete des Versicherungswesens<sup>236</sup> erklärt als mögliche Täter «Personen, welche in der Schweiz unbefugt Versicherungsunternehmungen betreiben oder dazu behilflich sind», sowie «die verantwortlichen Leiter, Generalbevollmächtigten und Agenten...»; Ordnungsbußen können nach Art. 10 dieses Gesetzes «gegen Unternehmungen oder deren Vertreter» ausgesprochen werden. Eine *ähnliche* Regelung enthält das BG vom 4. Februar 1919 über die Kautionen der Versicherungsgesellschaften<sup>237</sup>; nach dessen Art. 19 können Ordnungsbußen über «Gesellschaften oder deren Organe, Vertreter und Hilfspersonen» verhängt werden, nach Art. 20 jedoch sind strafbar die «Organe, Vertreter und Hilfspersonen einer Gesellschaft». Die gleiche Lösung wie im Kautionsgesetz findet sich in Art. 31 ff. des BG vom 25. Juni 1930 über die Sicherstellung von Ansprüchen aus Lebensversicherung<sup>238</sup>.

### 7.2.2 Regelung im Sinne von Art. 172 StGB

Einige wenige Verwaltungsgesetze enthalten eine ähnliche Regel, wie sie Art. 172 StGB aufstellt: Nach Art. 55 des BG vom 4. Oktober 1917 über die Stempelabgaben<sup>239</sup> finden bei Widerhandlungen im Geschäftsbetriebe

<sup>233</sup> Vgl. BGE 1897/23 II S. 1336, 82 IV 45 mit Hinweis auf 64 I 53; siehe dazu die an BGE 82 IV 45 von M. WAIBLINGER in ZBJV 1958, S. 218 geübte Kritik: Wenn die strafrechtliche Deliktsfähigkeit der juristischen Personen im Verwaltungsstrafrecht vielleicht vor dem Inkrafttreten des StGB noch vertretbar gewesen sei, so sei sie es heute wohl nicht mehr, und das Gericht habe diese Lösung «etwas leichthin aus der zivilistischen Praxis in Bausch und Bogen übernommen». In BGE 85 IV 95, Erw. 2 führte das Gericht dann freilich aus, daß «der Bundesgesetzgeber, entsprechend der überwiegenden Lehrmeinung, eher dazu neigt, die Delikts- und Straffähigkeit der juristischen Person auch für das Gebiet des Polizei- und Verwaltungsstrafrechts zu verneinen».

<sup>234</sup> BS 5, S. 686.

<sup>235</sup> BS 8, S. 154.

<sup>236</sup> BS 10, S. 289.

<sup>237</sup> BS 10, S. 296.

<sup>238</sup> BS 10, S. 303.

<sup>239</sup> BS 6, S. 101.

einer juristischen Person «die Strafbestimmungen auf die Personen Anwendung, welche als Organe oder als Beauftragte gehandelt haben oder hätten handeln sollen, jedoch unter solidarischer Haftbarkeit der juristischen Person. Werden diese Handlungen oder Unterlassungen im Geschäftsbetriebe einer Kollektiv- oder Kommanditgesellschaft begangen, so finden die Strafbestimmungen auf die schuldigen Gesellschafter Anwendung». Hier schließt Art. 55 StG einen singulären dritten Satz mit folgendem Wortlaut an: «Es wird nur *eine* Strafe verhängt; die Schuldigen haften aber für deren Entrichtung solidarisch.»

### 7.2.3 Täterprinzip und Solidarhaftung des Geschäftsherrn usw.

Die meisten Verwaltungsgesetze sehen vor, daß zwar nach den allgemeinen strafrechtlichen Grundsätzen der *Täter und die Teilnehmer* zu bestrafen sind, daß dann aber der *Geschäftsherr*, vereinzelt das *Familienhaupt* (ZG und AlkG), für die Bußen und Kosten *solidarisch haftbar* ist. Nach einigen Gesetzgebungen besteht die Solidarhaft des Geschäftsherrn nur, «sofern er nicht nachweist, daß er alle erforderliche Sorgfalt angewendet hat, um die Einhaltung der Vorschriften ... zu bewirken»<sup>240</sup>. Der *Exkulpationsbeweis* des Geschäftsherrn ist *nicht zugelassen* – oder zumindest nicht ausdrücklich vorgesehen – in Art. 66 Abs. 2 KUVG (BS 8, S. 281), Art. 89 AHVG<sup>241</sup>, Art. 51 des Edelmetallgesetzes, Art. 94 des Luftfahrtgesetzes (AS 1950, S. 471), Art. 115 des Landwirtschaftsgesetzes, dessen Abs. 2 noch die weitere Regel aufstellt, «eine Nebenstrafe» (d. h. Beschränkung oder Entzug einer Bewilligung oder eines Kontingents) treffe die juristische Person oder Gesellschaft, usw.

Die vorstehende Aufzählung ist, sowenig wie diejenige an andern Orten, nicht vollständig; sie ist hier aber etwas umfangreicher, weil dargetan werden soll, daß die Solidarhaft des Geschäftsherrn für die dem Täter auferlegten Bußen und Kosten sich nicht etwa auf einen bestimmten Typus von Bundesgesetzen und auch nicht auf die Gesetzgebung einer bestimmten Epoche beschränkt. Die Solidarhaft des *Familienhauptes* erscheint in der Bundesgesetzgebung schon in Art. 24 FStV, diejenige des *Geschäftsherrn* (mit Exkulpationsmöglichkeit) – wenn ich richtig sehe – erstmals in Art. 27

<sup>240</sup> Vgl. Art. 100 und 9 ZG, Art. 56 Abs. 2 und 3 AlkG, Art. 39 des Kriegsvorsorgegesetzes (AS 1956, S. 85), Art. 48 GG, Art. 22 des Filmgesetzes (AS 1962, S. 1706), Art. 35 Abs. 2 des BG über die friedliche Verwendung der Atomenergie (AS 1960, S. 541), Art. 45 Ziff. 4 des Rohrleitungsgesetzes (AS 1964, S. 99).

<sup>241</sup> BS 8, S. 447. Hier besteht – im Sinne einer weiteren Variante – die Solidarhaft bloß «in der Regel».

des BG vom 29. Juni 1900 betr. gebrannte Wasser<sup>242</sup>. Diese Haftungen beruhen auf einer zivilrechtlichen Konstruktion im Rahmen der seinerzeitigen verwaltungsrechtlichen Fiskustheorie<sup>243</sup>. Für die Richtigkeit dieser Deutung sprechen die Botschaft zum FStV<sup>244</sup> und namentlich der Wortlaut dessen Art. 24: «Überdies sind die Ehemänner, Väter und Mütter, hinsichtlich der zivilrechtlichen Folgen, für ihre Frauen und minderjährigen Kinder ... verantwortlich...» (wobei unter den «zivilrechtlichen Folgen» mutmaßlich freilich bloß die Kosten und der Schadenersatz zu verstehen gewesen sind). Die Haftung des Geschäftsherrn wurde aber da und dort auch als quasi-kontraktliches Verhältnis, als Strafe oder unter den Strafbegriff fallende Maßnahme, als kriminelle Bürgschaft (BINDING), als öffentlich-rechtliche Haftung für fremdes Verschulden (LISZT-SCHMIDT), oder als verwaltungsrechtliche Haftung (J. GOLDSCHMIDT) gedeutet<sup>245</sup>.

#### 7.2.4 Delikts- und Straffähigkeit der juristischen Person

Die Strafbarkeit der juristischen Person usw. sowie der schuldigen Organe als Teilnehmer ist im Recht der Wehrsteuer vorgesehen (Art. 130 Abs. 4 WStB), und die gleiche Ordnung enthalten – zumindest für die einfache Hinterziehung – die meisten kantonalen Einkommenssteuergesetze. Sie ist nach E. KÄNZIG<sup>246</sup> «nicht sachwidrig, denn das Steuerstrafrecht ist nach seinem Wesen und Zweck besonderer Art und dem allgemeinen Strafrecht nicht einfach gleichzustellen»<sup>247</sup>. Nach Art. 130 Abs. 4, zweiter Satz, WStB können die Mitglieder der Verwaltung und die mit der Geschäftsführung betrauten Personen, soweit sie ein persönliches Verschulden trifft, als Anstifter oder Gehilfen (!) bestraft werden.

Die Delikts- und Straffähigkeit der juristischen Person u. dgl. bejaht auch Art. 40 Abs. 1 WUB; nach dem zweiten Satz dieses Abs. 1 sind die Mitglieder der Verwaltung und die geschäftsführenden Gesellschafter einer

<sup>242</sup> ASnF 18, S. 297; das BG vom 28. Juni 1893 über das Zollwesen, ASnF 13, S. 692, kannte die Geschäftsherrenhaftung noch nicht.

<sup>243</sup> Vgl. zur Fiskustheorie etwa E. RUCK, Verwaltungsrecht, S. 17, sowie H. J. WOLFF, Bd. I § 8 III b.

<sup>244</sup> BBl 1848/49, S. 558; s. auch die Botschaft in BBl 1854 I, S. 150.

<sup>245</sup> Vgl. zur Entwicklung des Instituts und der Lehrmeinungen R. GOETZELER, Die rationalen Grundlagen des Steuerstrafrechts, Stuttgart 1934, S. 179ff.; s. auch die Botschaft zum ZG, BBl 1924 I, S. 52.

<sup>246</sup> Wehrsteuer, Basel 1962, N. 14 zu Art. 129.

<sup>247</sup> Zur These von der Sondernatur des Steuerstrafrechts, der man immer wieder begegnet und die – was hier nicht abzuklären ist – einmal berechtigt gewesen sein mag, vgl. Anm. 187.

Kollektiv- oder Kommanditgesellschaft nicht – wie nach WStB – als Teilnehmer strafbar, sondern sie haften solidarisch mit der juristischen Person oder mit der Gesellschaft für die verwirkten Bußen und Kosten<sup>248</sup>.

### 7.3 Die herrschende Lehre und die Praktiker

Über die Frage, ob die *juristische Person* im Sinne des Strafrechts *delikts-, schuld- und straffähig* sei, ist schon viel gesprochen und geschrieben worden. Das Schrifttum über die *dogmatische* Frage soll mit dem vorliegenden Bericht nicht um einen weiteren Beitrag vermehrt werden; es wäre ohnehin nichts Neues zu erwarten, sondern nur eine Wiederholung schon häufig vorgetragener Argumente, vielleicht mit einer mehr oder weniger originellen Gewichtung<sup>249</sup>. Wir werden davon ausgehen dürfen, daß in unserem Rechtskreis die moderne Strafrechtslehre und Strafgesetzgebung *deutlich überwiegend die Delikts- und Straffähigkeit der juristischen Person und andersartiger Kollektivitäten verneinen* und daß sie auch die *Solidarhaft* dieser Gebilde für die einem Organ oder Vertreter auferlegten Bußen und Kosten *ablehnen*<sup>250</sup>.

<sup>248</sup> Vgl. dazu W. WELLAUER, Warenumsatzsteuer, Basel 1959, N.992 und 1008.

<sup>249</sup> Aus dem neueren deutschsprachigen Schrifttum seien etwa erwähnt: HEINITZ, HARTUNG und ENGISCH, Gutachten, Referat und Korreferat zum Thema «Empfiehl es sich, die Strafbarkeit der juristischen Person gesetzlich vorzusehen?», Akten des 40. Deutschen Juristentages, Hamburg 1953, Bd. II; H.-H. JESCHECK, Die Behandlung der Personenverbände im Strafrecht, ZStrR 1955, S.243 ff.; V. SCHWANDER, Der Einfluß der Fiktions- und der Realitätstheorie auf die Lehre von der strafrechtlichen Verantwortlichkeit der juristischen Person, S.603 ff. der Festgabe für GUTZWILLER «Ius et Lex», Basel 1959; R. SCHMITT, Strafrechtliche Maßnahmen gegen Verbände, Stuttgart 1958; H.E. ROTBERG, Für Strafe gegen Verbände! in «Hundert Jahre Deutsches Rechtsleben», Bd. II, S.193 ff., Karlsruhe 1960; D. LANG-HINRICHSEN, Verbandsunrecht, in «Beiträge zur gesamten Strafrechtswissenschaft», Festschrift für Hellmuth Mayer, Berlin/München 1966, S.49 ff.

<sup>250</sup> Die Solidarhaft des Geschäftsherrn und diejenige des Familienhauptes als Strafhafung für *fremdes* Verschulden widersprechen – beiläufig bemerkt – auch dem Art.6 Abs.2 der *Europäischen Menschenrechtskonvention*; vgl. B-VStR Ziff. 2.2. In *Italien* ist von *Verfassungs wegen* jede Form von strafrechtlicher Verantwortlichkeit für die Tat eines andern ausgeschlossen; vgl. NUVOLONE, Das Problem der Verantwortlichkeit im italienischen Recht, in «Schuld, Verantwortung, Strafe», herausgegeben von E. FREY, Zürich 1964, S.85. Sogar die Ordnung mit dem zugelassenen Exkulpationsbeweis zuwiderläuft, wie H.E. ROTBERG, op.cit., S.215 sagt, als «eine Art widerlegbarer Schuldvermutung zulasten des Geschäftsherrn ... dem Wesen des geläuterten Schuldstrafrechts».

Allerdings bekennen sich die Praktiker der Verwaltung und der Strafverfolgung häufig zu einer anderen Auffassung: Der VI. Internationale Strafrechtskongreß 1953 in Rom hat in einer Resolution festgehalten, daß im Wirtschafts-, wie im Fiskalstrafrecht «la répression des infractions demande une certaine extension de la notion d’auteur et des formes de participation, ainsi que la faculté d’appliquer des sanctions pénales à des personnes morales»<sup>251</sup>. Zugunsten der Strafbarkeit der Verbände oder ihrer solidarischen Mithaftung für die dem Täter auferlegten Bußen und Kosten wird – gewiß nicht ganz unbegründet und unberechtigt – im wesentlichen folgendes vorgebracht<sup>252</sup>: An den Widerhandlungen seien häufig neben dem eigentlichen Täter noch andere Betriebsangehörige irgendwie mitbeteiligt, wobei es sich aber nicht immer eindeutig um Mittäterschaft, Anstiftung oder Gehilfenschaft handle; es liege also in der Regel eine Art *Mitverschulden des Unternehmens* vor, das auch häufig aus der Widerhandlung den *unrechtmäßigen Nutzen* ziehe (Ersparnis von Steuern oder von Kosten, z.B. für das Erstellen einer Kläranlage, unrechtmäßig erzielter Gewinn, usw.), was *zumindest eine Solidarhaft für Bußen und Kosten rechtfertige*. Daneben habe die Strafbarkeit oder die Solidarhaft der juristischen Person die *praktischen Vorteile*, daß sie das *Inkasso* der Buße und Kosten erleichtere (sie stärken insofern die Stellung des strafenden Gemeinwesens; s. BGE 93 II 322) und die Strafverfolgungsbehörde davon *entbinde, in die Interna eines Geschäftsbetriebes lästig einzudringen* und hier lange nach dem Täter und allfälligen Teilnehmern zu suchen und abzuklären, was im einzelnen ihnen vorzuwerfen sei.

Freilich wird bei dieser Argumentation völlig außer Betracht gelassen, daß die Strafe nach den Verhältnissen des Täters, des Angestellten usw., und daher für den mithaftenden Geschäftsbetrieb in der Regel viel zu niedrig bemessen wird. Andererseits wäre es höchst bedenklich, bei der Be-

<sup>251</sup> Vgl. ZStrR 1954, S.221, Resolution 3 lit.b. Auch H.E.ROTBERG, op.cit., S.195, möchte als Strafrechtspraktiker «davor warnen, den Gedanken der Verbandsstrafe allein schon aus vermeintlich unüberwindbaren, altvertrauten dogmatischen Bedenken ... a limine abzulehnen». In diesem Zusammenhange dürfte indessen bezeichnend sein, daß H.-H.JESCHECK noch im Jahre 1953 den Personenverbänden eine natürliche Handlungsfähigkeit zuerkannt hatte, wie er in ZStrR 1955, S.259 selber hervorhebt, aber schon in eben dieser Abhandlung die strafrechtliche Schuld- und Handlungsfähigkeit der juristischen Person und damit ihre Deliktsfähigkeit verneinte. Im Jahre 1959 postulierte er, die Geldbuße gegen Verbände sollte wieder abgeschafft werden, namentlich wegen der Unmöglichkeit einer gerechten Bußenbemessung; vgl. (deutsche) JZ 1959, S.462.

<sup>252</sup> Vgl. auch B-VStR Ziff. 2.2.

messung der dem Täter aufzuerlegenden Buße die Leistungsfähigkeit des Geschäftsherrn mitzuberücksichtigen. Es gibt hier keine Lösung des Dilemmas<sup>253</sup>.

## 7.4 Wege zu einer Lösung

Theorie scheint, wie so oft, gegen Praxis zu stehen. Indessen hat es keinen Zweck, die beiden Betrachtungsweisen, die nicht auf der gleichen Ebene liegen und deren Verfechter häufig aneinander vorbeireden, gegeneinander auszuspielen und abzuwägen.

### 7.4.1 Neue Fragestellung

Wichtig ist es zunächst zu erkennen, daß die Frage, wenn man sie – wie das meistens geschieht – *auf die juristische Person beschränkt, nicht genügend weit gefaßt* ist. Das Problem, das einer Lösung harrt, ist eigentlich gar nicht die (dogmatische) Frage der Deliktsfähigkeit der juristischen Person, sondern es geht vielmehr darum, wie das Verwaltungsstrafrecht (und das Strafrecht ganz allgemein) mit dem *Großbetrieb gleich welcher Rechtsform* und den sonstigen *Kollektivitäten* «fertig wird», wie man strafrechtlich und im Sinne des Strafrechts wirksam an diese rechtlich sehr verschiedenartigen Gebilde herankommt und sie (general- und spezialpräventiv) zu beeinflussen vermag<sup>253a</sup>. Diese Frage läßt sich schwerlich nur auf dogmatischer Ebene lösen<sup>254</sup>, sondern es bedarf eines unvoreingenommenen *Problemdenkens*, das nicht zuletzt auch die soziologischen

<sup>253</sup> Die für die Strafbarkeit der juristischen Person und die Solidarhaft vorgebrachten Argumente erinnern an den Satz von DE LA ROCHEFOUCAULD: «Die Hast, das Üble ohne genügende Untersuchung zu glauben, entsteht aus Trägheit und Stolz. Wir wollen Schuldige finden, aber uns nicht die Mühe geben, die Anschuldigung zu untersuchen» (Maximen und Reflexionen Nr. 263, Reclam-Ausgabe).

<sup>253a</sup> F. BENDEL, Rechtsfragen des Gewässerschutzes, S. 14, nennt (unter Hinweis auf BGE 91 I 296f.) als treffendes Beispiel eines Störers «eine *Heizgemeinschaft* verschiedener Hauseigentümer (als Personengruppe ohne juristische Persönlichkeit)».

<sup>254</sup> D. LANG-HINRICHSSEN, Verbandsunrecht, S. 50, hält mit HEINITZ fest, «daß immer dann, wenn das rechtspolitische Bedürfnis von Sanktionen als besonders stark empfunden wurde, die dogmatischen Bedenken zurückgedrängt wurden. Verlor es dagegen an Bedeutung oder wurde es nicht mehr als dringend erachtet, so wurden wieder die dogmatischen Schwierigkeiten betont». Ich bin nicht der Auffassung, daß dieses Urteil auf unsere schweizerischen Verhältnisse zutrifft.

Gegebenheiten berücksichtigt. Treffend gab P. NOLL<sup>255</sup> unlängst folgendes zu bedenken: «Ein neues Selbstverständnis der Rechtswissenschaft scheint zu entstehen. Symptomatisch dafür ist die Tatsache, daß sich die Strafrechtler heute immer intensiver und interessierter mit kriminalpolitischen Fragen befassen, während sie früher ... sich vorwiegend, wenn nicht ausschließlich, mit dogmatischen Problemen auseinandersetzten. Mehr und mehr sehen wir, daß es, um die Verhältnisse zu verbessern, nicht genügt, etwas ins Gesetz zu schreiben, ... daß das Gesetz vielmehr nur wirksam sein kann, wenn es die Gesetzmäßigkeiten der sozialen Wirklichkeit berücksichtigt.»

#### 7.4.2 Soziologische Gegebenheiten

Wir müssen uns im Verwaltungsrecht und vor allem im Verwaltungsstrafrecht von der Vorstellung freimachen, der *Geschäftsführer* oder «*das Organ*» trage für alles und jedes, was im Unternehmen passiert oder schief geht, die persönliche *Verantwortung*, sei es, weil er «es» angeordnet, sei es, weil er «es» wissentlich oder aus pflichtwidrigem Nichtwissen nicht verhindert habe. Daß wir hiezu unsere überkommene Betrachtungsweise und Auffassung ändern müssen, entnehme ich u. a. auch der Berner Rektoratsrede W. MÜLLERS<sup>256</sup>. Hier sind sehr eindrücklich einander gegenübergestellt die auf der personellen Hierarchie beruhende *traditionelle* Ordnung, die sich größtenteils auf Vollzugsanweisungen des Vorgesetzten stützt und die Grenzen des Freiheitsraumes des einzelnen Mitarbeiters im allgemeinen sehr eng steckt, und die *moderne* Ordnung, wo die Verantwortlichkeit des Vorgesetzten nur noch für die Auswahl, Schulung und laufende Information des Mitarbeiters und für die Zielsetzung selbst besteht, also der Mitarbeiter allein für seine Wahl der Vollzugshandlungen einzustehen hat, und wo sich entsprechend die Vorgesetztenkompetenz immer mehr formalisiert und inhaltlich entleert. Noch problematischer ist das hergebrachte Schema gegenüber dem *Team*, in dem alle Entscheide über Zielsetzungen und Vollzugshandlungen jedes Mitarbeiters – wenn immer möglich – gemeinsam getroffen werden.

Es besteht im übrigen die folgende alte Erfahrung, die in der Diskussion über die uns gerade bewegende Frage zu wenig oder überhaupt nicht beachtet wird: Der Mensch ist als *Individuum* zur Rechtsordnung ganz anders

<sup>255</sup> Neue Wege und alte Widerstände in der deutschen Strafrechtsreform, ZStrR 1970, S. 13.

<sup>256</sup> Wandlungen des Freiheitsraumes in den privaten Unternehmungen, Bern 1969, z. B. S. 8, 11, 15 und 17; vgl. auch vorn Ziff. 3.2 und die dort angegebene Literatur.

eingestellt, als wenn er zu ihr als *Teil eines mehr oder weniger anonymen Kollektivs* (eben z.B. als Organ oder als Angestellter einer «société anonyme») in Beziehung tritt. Als Individuum fühlt sich der «normale» Einzelne in der Regel für sein Tun und Unterlassen verantwortlich, und er richtet sein Verhalten nach seinem Gewissen aus; im Kollektiv erlaubt er sich, was er sonst nicht verantworten könnte. «Hier also steht der Mensch als einzelner nicht selten anständig, tapfer, gewissenhaft und zuverlässig. Als Kollektivum oder Glied eines Kollektivums ist er bedeutend schlechter, weil das Kollektivum ihn der Entscheidung seines persönlichen Gewissens enthebt.»<sup>257</sup> Die moderne Soziologie gelangt zum gleichen Ergebnis. Nach ihr gibt es gewichtige Anhaltspunkte, daß «moralische Maßstäbe ... nur dort angelegt (werden), wo die eigene Mitwirkung unmittelbar oder mittelbar einsichtig ist und als determinierender Faktor anerkannt werden kann. Moralische ... Apathie zeigt sich in allen großen bürokratisierten gesellschaftlichen Zusammenhängen, während Moral auf den engen Kreis der Familie ... zurückfällt; die Individuen können nur noch in irrelevanten Bereichen rudimentär jene Spontaneität entfalten, die ihnen das Gefühl vermittelt, *in der Tat* auch verantwortlich zu sein, d.h. verändernden Einfluß ausüben zu können»<sup>258</sup>.

#### 7.4.3 Psychologische Gegebenheiten

Es ist eine Binsenwahrheit (aber vielleicht gerade aus diesem Grunde angezeigt, in Erinnerung gerufen zu werden), daß jede juristische Person und jede Kollektivität lediglich *weiß, will und tut*, was *natürliche Personen* («die Organe», die Angestellten) wissen, wollen und tun (vgl. auch Art. 55 Abs. 1 ZGB). Bei der juristischen Person usw. kann man daher «Motivationen» bloß *mittelbar* wecken und steuern, nämlich bloß indem man diese Motivationen bei den natürlichen Personen erzeugt, die berufen sind, «dem Willen der juristischen Person Ausdruck zu geben» und ihn zuvor zu bilden.

Es ist nun auch und vor allem das Strafgesetz, das nützliche Handlungen zu fördern und schädliche zu unterbinden hat und das daher, um etwa mit den Worten P. NOLLS zu reden<sup>259</sup>, «an die Motivation ..., an die Steue-

<sup>257</sup> J. HUIZINGA, *Der Mensch und die Kultur*, in «Parerga», Zürich/Bruxelles 1945, S. 11. Ähnlich schon G. LE BON, *Psychologie der Massen*, 1. Buch, 1. Kapitel.

<sup>258</sup> K. HORN, *Über den Zusammenhang zwischen Angst und politischer Apathie*, in «Aggression und Anpassung in der Industriegesellschaft», ed. suhrkamp 282, 2. Aufl. Frankfurt a.M. 1969, S. 76.

<sup>259</sup> Op. cit., ZStrR 1970, S. 19.

rungsfähigkeit, d.h. an die Fähigkeit zur Selbstbestimmung» anknüpfen muß. Soll das Strafgesetz mittelbar auch den Willen der juristischen Person motivieren und steuern, so hängt das davon ab, ob ein *Durchgriff auf die verantwortlichen natürlichen Personen* erfolgt und wie wirksam der all-fällige Durchgriff ist. Dieser «Durchgriff» ist auch durch unser modernes Schuldstrafrecht gefordert; denn «schuldfähig ist ... nur der einzelne Mensch, nicht eine juristische Person» (BGE 85 IV 100).

An diesem Punkt beginnt die Problematik. Ist nämlich der Geschäftsbetrieb ohne weiteres in der Lage, die «ihm» oder einem Angehörigen persönlich auferlegte Geldstrafe über Unkosten «abzubuchen» oder «zu verstecken», so sind Androhung und Verhängung der Strafe präventiv weitgehend sinnlos<sup>260</sup>. Es gibt immerhin erfahrungsgemäß auch Fälle, wo die Geschäftsleitung schon allein die Tatsache, daß «ihrem Unternehmen» eine Ordnungsbuße auferlegt wird, als Schande empfindet und alles daran setzt, um die Wiederholung eines «Sündenfalls» zu vermeiden.

Allgemein und im Sinne eines Richtpunktes wird man sagen dürfen und müssen, daß diejenige Strafe am meisten gefürchtet, am wirksamsten und somit *kriminalpolitisch effektiv* ist, die den *Täter* trifft und die nach seiner Tatverantwortung (Tatbeitrag, Verschulden) und nach seinen persönlichen Verhältnissen (Art. 48 Ziff. 2 und Art. 63 ff. StGB) zugemessen wird<sup>261</sup>. Straftäter ist im Großbetrieb in der Regel der handelnde oder nicht handelnde Angestellte, also etwa der häufig als Beispiel für die Untauglichkeit des Täterprinzips im Steuerstrafrecht herbemühte «kleine Buchhalter», der für die Steuerhinterziehung den Kopf herhalten müsse. Nicht zuletzt im Hinblick auf diesen «Buchhalter», der mehr oder weniger den Sündenbock zu spielen hätte, kann es heute nicht mehr beim hergebrachten Täterbegriff und bei der Bestrafung des nach diesem Begriff ermittelten Täters bleiben, sondern bedarf es neuer Wege<sup>262</sup>. Andererseits kann sich ein Be-

<sup>260</sup> Ich denke an folgende Beispiele aus der Praxis: Der schuldige Direktor der Zweigniederlassung eines Großbetriebes hofft, die wegen einer schweren Steuerwiderhandlung zu verhängende Geldstrafe werde nicht höher als 200 000 Franken ausfallen, weil über «Unkosten» bis zu diesem Betrag der Generaldirektion nicht ein besonderer Bericht erstattet werden muß. In einem anderen Fall treten die Steuerbußen in wesentlich höheren Beträgen in der Jahresrechnung des Unternehmens überhaupt nicht in Erscheinung (Auflösung stiller Reserven) und bleiben demzufolge auch der Generalversammlung verborgen.

<sup>261</sup> «Die beste Sicherung gegen Straftaten ist die Besserung der Straftäter»; J. BAUMANN in «Mißlingt die Strafrechtsreform?», S. 24.

<sup>262</sup> Vgl. zu diesem Problem auch die Lösung, die W. FRIEDMANN, *Recht und sozialer Wandel*, S. 203 ff., zu erwägen gibt.

auftragter, Arbeitnehmer oder Strohmann im allgemeinen nicht mit dem Hinweis auf eine wirtschaftliche Abhängigkeit vom Geschäftsherrn der strafrechtlichen Verantwortung entziehen. Er hat die Wahl zwischen gesetzeskonformem Verhalten, nötigenfalls durch Demission (sofortige Vertragsauflösung aus wichtigen Gründen gemäß Art. 352 OR oder nach Art. 404 OR), und der Befolgung der (gesetzwidrigen) Weisungen des Geschäftsherrn. Entscheidet er sich für das letztere, dann hat er die Strafolgen auf sich zu nehmen<sup>263</sup>.

## 7.5 Die neue Lösung

### 7.5.1 Täterstrafrecht als Ausgangspunkt

Den rechtsstaatlichen Grundsätzen zu entsprechen und für das ganze Nebenstrafrecht (und für das gemeine Strafrecht) unter kriminalpolitischen Gesichtspunkten Allgemeingültigkeit zu beanspruchen vermag nur eine Lösung, die sowohl von der *Deliktsfähigkeit der juristischen Person* als auch von ihrer *Solidarhaftung* für die den Organen oder Angestellten auferlegte Buße *absieht*<sup>264</sup>. Hierüber müssen keine weiteren Worte verloren werden. Andererseits dürfen wir, im Hinblick auf die Wirklichkeit (vorn Ziff. 7.4.2), doch auch nicht bei der «Lösung» unseres StGB von 1937 stehen bleiben.

<sup>263</sup> Vgl. dazu BGE 81 IV 122 und 96 IV 78f.

<sup>264</sup> Der Bundesrat stellte schon in seiner Botschaft zum Getreidegesetz als Tatsache hin, daß die juristischen Personen und Gesellschaften als solche nicht deliktsfähig sind; vgl. BBl 1958 II, S. 209f. sowie die Stellungnahme des Bundesanwalts im Geschäftsbericht des Bundesrates 1957, S. 295f. Das Institut der Solidarhaft wird heute nicht bloß von der Strafrechtslehre (vgl. E. HAFTER, AT, S. 293; C. LUDWIG, Der Schutz der persönlichen Freiheit im Strafprozeß, in «Die Freiheit des Bürgers im schweiz. Recht», Zürich 1948, S. 274 und 279; V. SCHWANDER, in «Ius et Lex», S. 619 N. 45), sondern auch von der Verwaltungsrechtslehre abgelehnt; so führt Z. GIACOMETTI (Allg. Lehren, S. 553f.) aus, im Falle der Haftung für fremdes Verschulden verliere die Verwaltungsstrafe ihren pönalen Charakter, und sie bedeute eine Denaturierung der Verwaltungsstrafe. «Die Außerachtlassung des Verschuldensprinzips auf Grund der ... Dritthaftung des Fiskalstrafrechts steht offensichtlich auch in Widerspruch zum Gerechtigkeitsgebot des verfassungsrechtlichen Prinzips der Rechtsgleichheit, das entsprechend dem Wesen der echten Strafe eine Strafe ohne Verschulden nicht zuläßt.» Sehr deutlich hat der Bundesrat jüngstens erneut die Abkehr von der Solidarhaft erklärt, nämlich in der Botschaft vom 17. Februar 1971 zum neuen Arbeitszeitgesetz (BBl 1971 I, S. 440ff., bes. 457), wo es u. a. heißt, die im Gesetzesentwurf enthaltene Ordnung trage «den heute allgemein anerkannten Grundsätzen des

*Auszugehen* ist davon, daß im Verwaltungsstrafrecht, wie im gemeinen Strafrecht, für die Widerhandlungen in Geschäftsbetrieben, durch Beauftragte usw. grundsätzlich das Täterprinzip gelten muß: Strafbar sind die *natürlichen* Personen, welche die Tat, evtl. durch bloßes pflichtwidriges Unterlassen einer gebotenen Handlung, verübt haben, je nach ihrem persönlichen Tatbeitrag und Verschulden<sup>265</sup>. Nur bei *natürlichen* Personen kann die Strafdrohung motivieren und ist die Strafe präventiv, somit nicht sinnlos<sup>266</sup>.

### 7.5.2 Ausdehnung der strafrechtlichen Verantwortung durch «Garantenhaftung» und «Neben- oder Nachtäterschaft»

Die einfache und hergebrachte Regel über die Strafbarkeit des Täters ist durch eine dem Art. 14 UWG nachgebildete und jene Ordnung weiterentwickelnde Bestimmung über die «Garantenhaftung» und «Neben- oder Nachtäterschaft» zu ergänzen<sup>267</sup>. Diese Bestimmung könnte etwa wie folgt lauten: «Der Geschäftsherr oder Arbeitgeber, Auftraggeber oder Vertretene, der von einer für ihn in Ausübung geschäftlicher oder dienstlicher Verrichtung begangenen Widerhandlung Kenntnis hat oder nachträglich Kenntnis erhält und, obgleich es ihm möglich gewesen wäre, es unterläßt, sie oder ihre Wirkungen abzuwenden oder aufzuheben, untersteht der gleichen Strafandrohung wie der Täter.» Eine solche Vorschrift wäre

schweizerischen Strafrechts Rechnung: ... Verzicht auf die solidarische Haftbarkeit juristischer Personen für ihre Organe und Angestellten...». Die Solidarhaft wird auch in der B-VStR Ziff. 2.2 nach einläßlichen Erwägungen «pro und contra» verworfen.

<sup>265</sup> Vgl. auch den Satz in der Botschaft vom 17. Februar 1971 zum neuen Arbeitszeitgesetz (BB1 1971 I, S. 440ff., bes. 457): «Falls Strafen notwendig werden, ist entscheidend, daß diejenigen bestraft werden, die tatsächlich verantwortlich sind und nicht die, die bloß nach außen als Täter erscheinen.»

<sup>266</sup> Vgl. P. NOLL, ZStrR 1970, S. 19.

<sup>267</sup> Entsprechende Vorschläge versuchte ich schon in MEINEM Steuerstrafrecht, S. 106ff. und 169f. Art. 7. Der Bundesgesetzgeber hat den mit Art. 14 UWG eingeschlagenen Weg weiterverfolgt mit Art. 100 Ziff. 2 des Straßenverkehrsgesetzes vom 19. Dezember 1958 (s. dazu die Erläuterungen von H. SCHULTZ, Die Strafbestimmungen des BG über den Straßenverkehr, Bern 1964, S. 42ff., wo die Ordnung des SVG nicht als restlos geglückt charakterisiert wird; dazu die Rezension V. SCHWANDERS in ZSR 1965 I, S. 210ff.; vgl. auch BGE 89 IV 43) sowie mit Art. 55 Abs. 3 des BG vom 20. September 1963 über die Berufsbildung, AS 1965, S. 321, wobei offenbleiben darf, ob und inwieweit die Vorarbeiten am VStR, insbesondere der Expertenentwurf vom Oktober 1962, die letztgenannte Gesetzgebung beeinflussen. Vgl. auch Art. 24 des Entwurfs zum neuen Arbeitszeitgesetz und Art. 40 des Entwurfs zum neuen Gewässerschutzgesetz (BB1 1970 II, S. 490f.), der die Ordnung des E-VStR übernimmt.

zweifelloos hervorragend geeignet, beim Geschäftsherrn usw. die erforderlichen Handlungsmotive bezüglich gehöriger Auswahl, Instruktion und Aufsicht seiner Arbeitnehmer zu wecken<sup>268</sup>, setzt aber voraus, daß das Gesetz für die *Selbstanzeige* grundsätzlich eine Straflosigkeit zubilligt; der Geschäftsherr usw. soll nicht «mittelbar» seinen schuldigen Arbeitnehmer verzeigen müssen, sondern so vorgehen können, daß er diesen zu einer Selbstanzeige veranlaßt und auf diesem Wege und gegebenenfalls durch zusätzliches eigenes Handeln die Wirkungen der Widerhandlung abwendet oder aufhebt<sup>269</sup>. Es wäre sodann zweckmäßig (zumindest bis die sich schon aus der Strafrechtslehre ergebende Situation «Allgemeingut» geworden sein wird), dem Geschäftsherrn usw. durch eine *ausdrückliche* Vorschrift klar zu machen, daß er unter Umständen schon durch seine *mangelnde Diligenz* strafbar wird<sup>270</sup>. Diese Vorschrift könnte lauten: «Ist eine Widerhandlung darauf zurückzuführen, daß der Geschäftsherr usw. seine Aufsichts- oder Sorgfaltspflichten verletzt, so untersteht er der gleichen Strafandrohung wie der Täter, ist aber milder zu bestrafen»<sup>271</sup>.

<sup>268</sup> Vgl. vorn Ziff. 3.2, besonders a.E. die Zitate aus der Abhandlung von R.BÄR.

<sup>269</sup> Vgl. die entsprechenden Vorschläge im E-VStR Art. 5 Abs. 2 und Art. 12.

<sup>270</sup> Bei mangelnder Diligenz dürfte meistens ein *Unterlassungsdelikt*, evtl. ein unechtes Unterlassungsdelikt vorliegen. Vgl. BGE 80 IV 190f., wonach ein Geschäftsherr, der in Kenntnis seiner gesetzlichen Pflichten bewußt und gewollt und obschon es ihm möglich wäre, nicht dafür sorgt, daß die Pflicht von seinem Personal erfüllt wird, strafbar ist, wenn er die Nichterfüllung vorausgesehen, sie aber gebilligt hat, wobei auf Billigung schon zu schließen ist, wenn sich ihm die Nichterfüllung als Folge seines eigenen Verhaltens gebieterisch aufdrängt (über die Strafwürdigkeit des unechten Unterlassungsdeliktes s. BGE 79 IV 147, 81 IV 202, 86 IV 220 und das dort angeführte Schrifttum). Bedroht das Gesetz schon die fahrlässige Widerhandlung mit Strafe, so ist der Geschäftsherr strafbar, wenn er infolge eines *pflichtwidrigen Sorgfaltsmangels* eine vermeidbare Rechtsgüterverletzung verursacht hat (vgl. dazu J. REHBERG, zur Lehre vom «Erlaubten Risiko», Zürich 1962, S. 103, 111.) Voraussetzungen der Bestrafung sind, daß eine Rechtspflicht zum Handeln bestand, daß auch die Tatherrschaft gegeben war (der Geschäftsherr hätte eingreifen und höchst wahrscheinlich den rechtswidrigen Erfolg abwenden können). Der Geschäftsherr usw., der die Erfüllung einer durch das Verwaltungsgesetz *ihm* obliegenden Pflicht einem Angestellten überträgt, ist (auch strafrechtlich, nicht nur zivilrechtlich) verpflichtet, eine gesetzwidrige Entwicklung, sofern sie voraussehbar ist, zu verhindern, wobei Art und Intensität seines Tuns vor allem von der Art der delegierten Aufgabe und der Qualität des Angestellten abhängt (s. dazu J. REHBERG, op. cit., S. 115ff.).

<sup>271</sup> In diesem Sinne Art. 5 Abs. 3 E-VStR. Es wäre vielleicht sogar recht und billig, in Fällen mangelnder Diligenz – mit dem E-VStR – bloß Buße vorzusehen, wie Art. 40 Abs. 3 des Entwurfs zum neuen Gewässerschutzgesetz (BBl 1970 II, S. 491) und Art. 21 des BB über die offizielle Qualitätskontrolle in der schweizerischen Uhrenindustrie (BBl 1971 I, S. 562), die mit dem E-VStR übereinstimmen; ähnlich OWiG § 33.

An die genannten Regeln anschließend muß noch geordnet werden, was zu geschehen hat, wenn der *Geschäftsherr* usw. eine *juristische Person* oder sonst ein Kollektiv ist. Hierüber wäre folgendes zu bestimmen: Ist der Geschäftsherr usw. eine juristische Person, Kollektiv- oder Kommanditgesellschaft, Einzelfirma oder Personengesamtheit ohne Rechtspersönlichkeit, so finden die Bestimmungen über die «Neben- oder Nachtäterschaft» und die «Garantenhaftung» auf die schuldigen Organe, geschäftsführenden Gesellschafter, tatsächlich leitenden Personen oder Liquidatoren Anwendung<sup>272</sup>. Die Möglichkeit des *Exkulpationsbeweises* braucht nicht vorgesehen zu werden, weil nach allgemein-strafrechtlichen Grundsätzen *jede* Strafe ein strafrechtlich relevantes Verschulden voraussetzt.

Die vorstehend umschriebene Lösung dürfte genügen, um diejenigen natürlichen Personen, welche die Tatverantwortung zu tragen hätten oder tragen, strafrechtlich zu erfassen, präventiv oder repressiv. Es handelt sich bei den Neuerungen gewissermaßen um Sonderformen strafrechtlicher Verantwortung. Den allfälligen Kritikern dieser Neuerungen wäre zuzugeben, daß es nicht ganz einfach ist, die *Grenzen* der durch diese Regeln eingeführten strafrechtlichen Verantwortlichkeit zu bestimmen. Doch wäre ihnen gegenüber zu betonen, daß es sich um «*neue Formen echter strafrechtlicher Schuld handelt*»<sup>273</sup>, die mir der umfassenden Verantwortung des Unternehmers von heute und morgen<sup>274</sup> zu entsprechen scheinen. Die als richtig hingestellte Lösung schließt eindeutig aus, daß z. B. der schon erwähnte (legendäre) «kleine Buchhalter» für ein Buchdelikt allein den Kopf herzuhalten hätte; die hierarchische Stellung des Garanten, Neben- oder Nachtäters und der mit ihr in Beziehung zu setzende Tatbeitrag werden für Art und Maß der Strafe eines jeden Beschuldigten von Bedeutung sein: wer in leitender Stellung pflichtwidrig untätig bleibt, ist verhältnismäßig strenger zu strafen, als wer untergeordnete Aufgaben erfüllt, auch wenn bloß diese letztern nach außen in Erscheinung treten.

### 7.5.3 Einziehung des unrechtmäßigen Vorteils

Es wäre unrichtig, die Täter, Organe usw., die eine Widerhandlung gewissermaßen «in fremdem Interesse» verübt haben, strafrechtlich zur Verantwortung zu ziehen, dem «Geschäftsherrn» jedoch die gegebenenfalls

<sup>272</sup> Vgl. den entsprechenden Art. 5 Abs. 4 E-VStR, dessen Ordnung in die in Anm. 271 zitierten Erlasse übernommen worden ist.

<sup>273</sup> So H. SCHULTZ, Expo-Festschrift, S. 305 ff., bes. 310.

<sup>274</sup> Vgl. hierüber etwa K. HESS, Die Gesamtverantwortung des Unternehmers, Gewerbliche Rundschau 1971, S. 1.

durch die Widerhandlung hervorgebrachten Früchte zu belassen. Im Steuerstrafrecht wird eine solche unbillige Situation durch das Nacherheben der hinterzogenen Steuer korrigiert<sup>275</sup>. Analog ist für das gesamte Verwaltungsrecht – und darüber hinaus<sup>276</sup> – vorzusehen, daß Gegenstände und Vermögenswerte, die durch eine Widerhandlung hervorgebracht oder erlangt worden sind, ohne Rücksicht auf die Strafbarkeit einer bestimmten Person eingezogen werden müssen, soweit dies zur Beseitigung eines unrechtmäßigen Vorteils oder Zustandes als geboten erscheint<sup>277</sup>.

<sup>275</sup> Art. 61 Abs. 3 VStG ordnet in dieser Hinsicht folgendes an: «Ist infolge einer Hinterziehung oder eines Steuerbetruges zu Unrecht eine Verrechnungssteuer nicht erhoben, zurückerstattet oder erlassen worden, so ist diese Steuer samt Zins ... ohne Rücksicht auf die Strafbarkeit einer bestimmten Person nachzuentrichten oder wiedereinzuzahlen; ...». Die Nachzahlungspflicht besteht also auch, wenn der Täter schon gestorben sein sollte und strafrechtlich nicht mehr verfolgt werden könnte. Die «Nachsteuer» hat hier den Charakter einer strafrechtlichen Maßnahme, vergleichbar denjenigen von Art. 58 und 59 StGB. Vgl. die theoretische Fundierung einer solchen Betrachtungsweise in MEINEM Steuerstrafrecht, S. 121 ff., bes. 126 ff.

<sup>276</sup> Vgl. die §§ 73 ff. des deutschen StGB, in der Fassung nach Art. 1 Ziff. 1 des 2. StrRG, über Verfall und Einziehung. Sie beruhen auf den §§ 109 ff. des E 1962 und wurden nachhaltig beeinflusst durch die §§ 83 ff. AE sowie durch die Beschlüsse der sog. Großen Strafrechtskommission, die sich wie folgt zusammenfassen lassen: Grundsätzlich keine Strafe gegen juristische Personen; Erweiterung der Vorschriften über die Einziehung insbes. unrechtmäßiger Vermögensvorteile; Geldsanktionen gegen juristische Personen für bestimmte Tatbestände. Entgegen dem E 1962 hängt gemäß dem Vorschlag nach AE der Verfall des Vermögensvorteils nicht davon ab, daß die Tat, die zum Vorteil geführt hat, schuldhaft begangen worden ist; es genügt eine rechtswidrige Tat. Auf das neue deutsche Recht, das mir nicht in allen Teilen als geglückt erscheint, soll hier nicht weiter eingetreten werden. Wichtig ist es für uns, zur Kenntnis zu nehmen, daß der deutsche Gesetzgeber die Einziehung des unrechtmäßigen Vermögensvorteils nun ins StGB eingeführt hat; bis anhin konnte nur im Geltungsbereich des Wirtschaftsstrafgesetzes 1954 gemäß dessen §§ 8 ff. eine «Abführung des Mehrerlöses» angeordnet werden. Mit der Aufnahme analoger Bestimmungen in unser StGB wäre wohl auch das Postulat A. CHAVANNE vom 1. Dezember 1970 erfüllt, mit dem der Bundesrat ersucht wird, eine Änderung unserer Strafgesetzgebung in dem Sinne zu prüfen, daß die Richter bei der Festsetzung der Bußen für Vergehen, denen eine Bereicherungsabsicht zugrunde lag, die erzielten Gewinne berücksichtigen können (vgl. SJZ 1971, S. 63).

<sup>277</sup> Es sei mir hier ein, wie mir scheint, interessanter rechtshistorischer Exkurs gestattet: Schon in dem wohl ältesten auf uns überlieferten Lehrbuch über die Finanzverwaltung, nämlich im Dialog über das Schatzamt, verfaßt von RICHARD VON ELY, Schatzmeister Heinrichs II. im 12. Jahrhundert (in Bibliothek der alten Welt, Zürich 1963), stoßen wir auf das Institut der Einziehung eines «übel erworbenen Besitzes» zulasten des Nachlasses eines Bürgers, der dem offenen Wucher frönte (Wirtschaftsverbrechen!) und bis zu seinem Tod seinen habsüchtigen Sinn nicht abgelegt und Reue

Die Einziehung des unrechtmäßigen Vorteils, die selbstverständlich nicht auf die Geschäftsbetriebe und Vertretungsverhältnisse zu beschränken, sondern zu einer umfassenden strafrechtlichen Maßnahme auszugestalten ist, wirft zahlreiche rechtliche Probleme auf, die hier nicht behandelt werden können, die aber einer monographischen Behandlung durchaus wert wären; es seien nur stichwortartig erwähnt der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, der Wertersatz, die Rechte Dritter, die Ansprüche geschädigter Dritter u. a. m.<sup>278</sup>. Wesentlich ist hier bloß, festzuhalten, daß die Einziehung des unrechtmäßigen Vermögensvorteils für die Lösung des Problems der Widerhandlungen in Geschäftsbetrieben als unerlässlich erscheint.

#### 7.5.4 Kaution (Sicherungsgeld)

Die vorstehend skizzierte Lösung leidet insofern an einem Mangel, als sie – wenn man von der Einziehung absieht – den Geschäftsbetrieb, seine «Lebenssubstanz» überhaupt nicht berührt. Beispielsweise können es die Aktionäre einer dubiosen Geschäften nachgehenden Aktiengesellschaft ruhig darauf ankommen lassen, daß ihre (neben gegebenenfalls ordnungsgemäß erzielten) unrechtmäßigen Gewinne eingezogen und die täterischen Organmitglieder und Angestellten, soweit ihnen nicht zur Flucht ins Ausland verholfen werden konnte, mit Buße oder Freiheitsstrafe belegt werden. Wir brauchen aber nicht unbedingt einen Fall von sogenannter White-Collar-Kriminalität als Beispiel für unseren Ausgangspunkt zu wählen. Es ist auch denkbar, daß die General- oder Mitgliederversammlung einer juristischen Person ganz einfach zu gutgläubig oder unverständlich ist, einen unsachverständigen Vorstand bestellt und diesen nicht ausreichend und nicht nachhaltig beaufsichtigt. *Geschäftsbetriebe* usw. sollten daher durch eine *auf sie zugeschnittene und (straf-)rechtlich unbedenkliche Maßnahme* veranlaßt oder «psychisch» gezwungen werden können, sich so zu organisieren, daß Widerhandlungen möglichst ausgeschlossen sind oder noch rechtzeitig verhindert werden. Das offenkundige und in seiner Berechtigung nicht zu bestreitende Bedürfnis, Organisation und Willensbildung

geübt hat (S.213ff. der von MARIANNE SIEGRIST eingeleiteten, übersetzten und erläuterten Ausgabe dieser noch immer lesenswerten Verwaltungslehre); verwaltungsstrafrechtlich bedeutsam ist auch S.203, wo dargestellt ist, daß mit schwerer Geldbuße die Einziehung eines unrechtmäßig Erworbenen angeordnet werden kann, daß aber den Erben nur die Einziehung trifft und die Buße sich nicht vererbt.

<sup>278</sup> Dieser Komplexität des Problemkreises ist die einläßliche Ordnung in Art.13–15 E-VStR zuzuschreiben.

insbesondere von juristischen Personen so zu beeinflussen, daß das gesetzestreue Verhalten gewährleistet ist, bildet bekanntlich ein Hauptargument der Anhänger der Strafbarkeit der juristischen Person oder ihrer Solidarhaft für die ihren Betriebsangehörigen auferlegten Bußen.

Man darf von einer *Erfolgsabwendungspflicht der juristischen Person* sprechen. In der Doktrin wird immer wieder die Fruchtbarmachung des Instituts der *strafrechtlichen Maßnahmen* als die einer kommenden gesetzgeberischen Entwicklung vorbehaltene Lösung des Problems der Deliktstfähigkeit juristischer Personen bezeichnet<sup>279</sup>. Die gewiß bestechende Idee verspricht indessen mehr, als die praktischen Möglichkeiten halten. Eine sorgfältige und umfassende Sichtung des Stoffes und aller Vorschläge führte H.-H. JESCHECK<sup>280</sup> zu den folgenden Ergebnissen, die richtig sein dürften: Die *Auflösung* oder *Betriebsschließung* würde man dem Richter nicht vorenthalten können; mit Rücksicht auf die schwerwiegenden wirtschaftlichen (und – wie beizufügen wäre: sozialen) Folgen könnte diese Maßregel allerdings nur anwendbar sein, wenn die kriminelle Gefahr anders nicht zu beseitigen ist und der Verband außerdem in der Gemeinschaft keinen Wert darstellt (wie z. B. ein Schwindelunternehmen)<sup>281</sup>. Das *Verbot, bestimmte Tätigkeiten auszuüben* (eine Art Berufsverbot), sei angemessen, maßvoll und gegebenenfalls sehr wirksam. *Zwangsverpachtung, Geschäftsaufsicht* u. dgl. seien ungeeignet, weil durch solche Maßnahmen zahlreiche gesellschaftsrechtliche Schwierigkeiten entstünden und eine wirkliche Überwachung durch das Gericht (oder die Verwaltung) doch nicht durchführbar sei. Die *zweckmäßigste und wirksamste Maßnahme* sei wohl das *Sicherungsgeld*; «freilich dürfte» – nach H.-H. JESCHECK – «das Sicherungsgeld überhaupt keine repressiven Zwecke verfolgen, sondern allein mit der Absicht verhängt werden, auf sämtliche Mitglieder des Verbandes einen so starken Eindruck zu machen, daß sie die Gefahrenquelle

<sup>279</sup> So E. HAFTER, AT, S. 72f. und 246 Anm. 1; s. auch O. A. GERMANN, Maßnahmenrecht, ZStrR 1958, S. 83, der insbesondere die Konfiskation und andere Maßnahmen ohne persönlichen Charakter nennt.

<sup>280</sup> Die Behandlung der Personenverbände im Strafrecht, ZStrR 1955, S. 243 ff., bes. 258 ff.

<sup>281</sup> Der Entzug der Bewilligung zur Geschäftstätigkeit gegenüber einer Fondsleitung oder Depotbank gemäß Art. 44 Abs. 1 AFG läuft auf eine Betriebsschließung hinaus, desgleichen die Streichung eines Herstellers, Importeurs oder Rohmaterialhändlers im Register der Oberzolldirektion während längerer Dauer gemäß Art. 44 TabStG. Das *deutsche* Wirtschaftsstrafgesetz kannte noch in der Fassung vom 25. März 1952 in den §§ 34 ff. die Betriebsschließung; vgl. Bundesgesetzblatt Teil I 1952 Nr. 13. Die heute geltende Fassung vom 9. Juli 1954 kennt diese Maßnahme nicht mehr; vgl. dtv Beck-Texte StGB, 8. Aufl. 1969, S. 155 ff.

von selbst beseitigen, möge diese nun in der Organisation, in der Aufsicht oder in ungeeigneten Organen oder Mitarbeitern liegen» (S.265).

Mit dem Sicherungsgeld kann man auf ersten Anhieb hin nicht viel anfangen. Erst bei der Niederschrift dieses Referats erinnerte ich mich, daß ich Ende 1964 auf Grund der Arbeit von PH. GRAVEN, Die Friedensbürgschaft<sup>282</sup>, nicht wissentlich beeinflusst von H.-H. JESCHECK<sup>283</sup>, auf die Idee gekommen war, eine der Friedensbürgschaft (Art. 57 StGB) nachgebildete, jedoch ihre Mängel beiseite lassende Maßnahme könnte dem gesuchten Ziele nahekomen. Diese Maßnahme, die man als Sicherungsgeld oder Kautions bezeichnen mag, würde etwa wie folgt aussehen:

Der Geschäftsherr oder Arbeitgeber, Auftraggeber oder Vertretene, für den in Ausübung geschäftlicher oder dienstlicher Verrichtungen eine nicht als leicht zu wertende Widerhandlung begangen worden ist, kann verpflichtet werden, eine Sicherheit dafür zu leisten, daß inskünftig solche Widerhandlungen unterbleiben, wenn entweder für ihn schon wiederholt Widerhandlungen begangen wurden, oder wenn die Widerhandlung damit zusammenhing, daß er nicht die ihm als Geschäftsherrn obliegende Sorgfalt aufgewendet hat, um die Einhaltung der gesetzlichen Vorschriften durch den Täter zu bewirken. Der Betrag der Sicherheit wird nach den Vermögensverhältnissen des Verpflichteten so bestimmt, daß erwartet werden kann, er werde, um den Verfall der Sicherheit abzuwenden, inskünftig die gebotene Sorgfalt walten lassen. Wird innerhalb von z. B. fünf Jahren, nachdem die Sicherheit bestellt worden ist, eine neue Widerhandlung begangen, die nicht als leichter Fall gewertet werden kann, und weist der Verpflichtete nicht nach, daß er alle erforderliche Sorgfalt aufgewendet hat, um die Einhaltung der Vorschriften zu bewirken, so verfällt die Sicherheit dem Staat; andernfalls wird sie mit Ablauf der fünf Jahre freigegeben. Wichtig wäre, daß sowohl die Anordnung der Kautions als auch ihr Verfall *ohne Rücksicht auf die Strafbarkeit einer bestimmten Person* (als Maßnahme) zulässig sind, also auch dann, wenn der Täter, der handelte oder als Organ untätig blieb, nicht mehr verfolgbare ist oder nicht ermittelt werden kann.

<sup>282</sup> Schweizerische Criminalistische Studien Vol.11, Basel 1963.

<sup>283</sup> Vielleicht ist hier der Ort, wieder einmal an die folgenden Worte GOETHEs zu erinnern (Gespräch vom 16. Dezember 1828 mit Eckermann): «Wir bringen wohl Fähigkeiten mit, aber unsere Entwicklung verdanken wir tausend Einwirkungen einer großen Welt, aus der wir uns aneignen, was wir können und was uns gemäß ist. ... es haben seit Jahrtausenden so viele bedeutende Menschen gelebt und gedacht, daß wenig Neues mehr zu finden und zu sagen ist.»

Ein derartiges Institut ließe sich wohl mit dem vergleichen, was P. JÄGGI im Auge hatte, als er – für das Zivilrecht – eine Umgestaltung der Geschäftsherren-Gefährdungshaftung (Art. 55 OR) in eine allgemeine «Organisationshaftung» für objektive Unsorgfalt im Betrieb, für «Betriebsmängel», anregte<sup>284</sup>. Insbesondere wäre auch für die verwaltungsstrafrechtliche Sicherheitsleistung des Geschäftsherrn der Satz P. JÄGGIS als richtig anzuerkennen, «daß die Organisationshaftung, so gut wie die Gefährdungshaftung, die Verschuldenshaftung nur ergänzen, nicht ersetzen soll». Eine solche Kautions dürfte sicher manchmal, wie es H. E. ROTBERG von der Verbandsbestrafung erwartet<sup>285</sup>, «bedenkliche Beschlußfassungen und Betätigungen von Personenvereinigungen und manche Lässigkeit in der Überwachung des Geschäftsablaufs zum Vorteil aller Beteiligten von vornherein verhindern, von der die zu geringe Abschreckungswirkung der bloßen Individualstrafe gegen schuldige Einzelne nicht genügend abgehalten hätte. Die Geschäftsführer ... können sich nicht mehr selbst in bisherigem Ausmaß vor unangenehmen Folgen eigener Fehler schützen, indem sie einen kleinen Vertreter als Schuldigen vorschieben, der nach dem Maße seiner persönlichen Leistungsfähigkeit ... mit einer für den Verband überhaupt nicht fühlbaren Geldstrafe belegt wird»<sup>286</sup>. Diese Argumente ROTBERGS sind – beiläufig bemerkt – m. E. ein überzeugendes Plädoyer gegen die Solidarhaft.

Bei der Würdigung der postulierten Kautions wird man sich mit Vorteil den von H. MERZ ausgesprochenen Satz zu eigen machen<sup>287</sup>: «Die unaufhaltsame Entwicklung zu kollektiven Handlungsformen verlangt auch hier neue Maßnahmen der Gestaltung und Lenkung.»

#### 7.5.5 Zugeständnis an die Praktikabilität («Bestrafung» des Geschäftsbetriebes)

Der Gesetzgeber darf nicht an der Rechtswirklichkeit vorbeisehen. EUGEN HUBER sagte einmal, wenn man auch vom Gesetzgeber allerorten die Fähigkeit werde verlangen müssen, «sich mit weitem Blick in alle Interessenskreise zu versetzen und gewissermaßen mit der Denkungsart bald des

<sup>284</sup> Vgl. sein Diskussionsvotum am Schweizerischen Juristentag 1967, in ZSR 1967 II, S. 754 ff.

<sup>285</sup> Für Strafe gegen Verbände!, in «Hundert Jahre deutsches Rechtsleben», Bd. II, Karlsruhe 1960, S. 206.

<sup>286</sup> Hier erinnern wir uns an den «legendären» kleinen Buchhalter, von dem vorn bei Anm. 262 die Rede war.

<sup>287</sup> ZSR 1962 I, S. 414, Hinweis auf die Abhandlung H. E. ROTBERGS.

Bauern, bald des Großkaufmanns, bald des Arbeiters, des Beamten, des Kinderfreundes oder der züchtigen Hausfrau identifizieren zu können, so arbeitet er doch im ganzen mit Faktoren, die er weder geschaffen hat, noch zu verändern vermag. Ist ihm die Aufgabe gestellt, sein Werk durchzusetzen, so muß er mit diesen Faktoren rechnen und, nach dem Bismarckschen Rezept, mit denjenigen Kräften seine Politik verfolgen, die hiezu bereit und tauglich sind. Sein Talent muß darin bestehen, dasjenige herauszuspüren, was das als notwendig Erkannte erreichen läßt»<sup>288</sup>. Und Präsident JOHN F. KENNEDY hatte geschrieben<sup>289</sup>, «Politik und Gesetzgebung sind nicht eine Sache unverrückbarer Prinzipien oder unerreichbarer Ideale... Alle Gesetzgebung ... beruht auf dem Grundsatz gegenseitiger Zugeständnisse... Der Gesetzgeber ... allein weiß, daß nur selten – wenn überhaupt jemals – die ganze Wahrheit und alles Recht und alle Engel auf der einen Seite stehen».

Wo die Fragen nach den Folgen der strafrechtlichen Widerhandlungen in Geschäftsbetrieben aufgeworfen sind, da hat, so meine ich, das Strafrecht dem Verwaltungsrecht und der Verwaltung gewisse Zugeständnisse zu machen. Es ist an die sehr große Zahl von Normadressaten des Verwaltungsrechts, die Geschäftsbetriebe sind<sup>290</sup>, zu denken, vor allem aber auch daran, daß auf Grund der Verwaltungsstrafgesetze alljährlich Zehntausende von Strafverfahren durchgeführt werden und daß es sich bei dieser «Massendelinquenz» zur Hauptsache um Bagatelldelikte handelt<sup>291</sup>.

<sup>288</sup> Zitiert nach O. GAUYE, Eugen Huber und das deutsche bürgerliche Gesetzbuch, ZSR 1961 I, S. 63 ff., bes. 73 f.

<sup>289</sup> Zivilcourage, Wien 1960, S. 19 f., mit Hinweisen.

<sup>290</sup> Beispielsweise waren Ende 1970 im Warenumsatzsteuerregister 74768 Unternehmen eingetragen; vgl. den bundesrätlichen Geschäftsbericht 1970, vom 15. März 1971, S. 149.

<sup>291</sup> Einige Zahlen, die bei weitem nicht Anspruch auf Vollständigkeit erheben (es gibt leider keine Statistik der im Verwaltungsstrafverfahren verfolgten Widerhandlungen, und die wenigsten Verwaltungsabteilungen veröffentlichen die entsprechenden Zahlen), mögen diesen Sachverhalt belegen: Laut Angaben in «Die Strafurteile in der Schweiz 1969», Statistische Quellenwerke der Schweiz, Heft 460, Bern 1970, wurden *von den Strafgerichten* nach andern Bundesgesetzen als nach StGB, MStG oder SVG im Jahre 1969 total 3568 Personen verurteilt. Bei der Eidg. Steuerverwaltung wurden im Jahre 1970 allein von der *Abteilung Stempelabgaben* 3926 Strafverfahren eingeleitet und 1718 Strafverfügungen erlassen, von der *Abteilung Warenumsatzsteuer* 4943 Strafverfahren eröffnet und 1445 Strafverfügungen erlassen. Dem Geschäftsbericht 1970 des Bundesrates vom 15. März 1971 (S. 151) läßt sich entnehmen, daß im Berichtsjahr von den *Zollorganen* 21424 «Übertretungen» festgestellt wurden, davon 13592 eigentliche «Zollvergehen». Die *Alkoholverwaltung*

In Ansehung dieser Tatsachen rechtfertigt es sich zweifellos und drängt es sich auf, für *Bagatelldelikte des Verwaltungsstrafrechtes* auf eine kompromißlose Verwirklichung der strafrechtlichen Prinzipien zu verzichten und dem Bedürfnis nach Praktikabilität und Verwaltungsökonomie Rechnung zu tragen. Der Aufwand für die Ermittlung der schuldigen natürlichen Personen – es sind ja häufig mehrere Teilnehmer –, für die Abklärung ihrer Tatbeiträge und – nicht zuletzt – für das Erforschen der persönlichen Verhältnisse im Hinblick auf eine Bußenbemessung gemäß Art. 48 Ziff. 2 und 63 StGB stehen hier in keinem vernünftigen Verhältnis zur Schwere der Widerhandlung und zur Höhe der in Betracht fallenden Buße<sup>292</sup>.

Das zwingt uns nun freilich nicht, den Geschäftsbetrieb als solchen als Delinquenten und strafbar zu erklären; es ist lediglich das Faktum anzuerkennen, daß der Geschäftsbetrieb für eine Buße ohne weiteres «*straf-ersterungsfähig*» ist<sup>293</sup>. Das Gesetz kann dann vorsehen, daß in Bagatellfällen, die in einem Geschäftsbetrieb verübt worden sind, von einer Verfolgung der Täter, Garanten und Neben- oder Nachtäter Umgang genommen und *an ihrer Stelle* der Geschäftsbetrieb als solcher gebüßt werden kann<sup>294</sup>. Diese Lösung statuiert nicht ein Formaldelikt, bedeutet nicht etwa einen Einbruch ins Schuldstrafrecht, und es ist auch nicht erforderlich, dem «Geschäftsbetrieb» eine Exkulpationsmöglichkeit zu gewähren. Wenn die natürlichen Personen, von deren Verfolgung abgesehen werden kann, nicht ein strafrechtlich relevantes Verschulden trifft, so fehlt es an dem für eine Bestrafung erforderlichen «subjektiven Tatbestand», und es kann daher auch der Geschäftsbetrieb nicht an Stelle der (Nicht-)Schuldigen bestraft werden. Die Abklärung des Verschuldens dürfte im übrigen in den hier in Rede stehenden Fällen keine besondere Mühe bereiten, auch (und namentlich) dann nicht, wenn die nachfolgenden Vorschläge gutgeheißen werden.

hatte sich laut Geschäftsbericht und Rechnung 1969/1970, S. 38, im Berichtsjahr mit 879 Straffällen zu befassen. Die PTT-Betriebe erließen im Jahre 1969 nach den mir freundlicherweise mündlich erteilten Auskünften rund 3400 Strafverfügungen.

<sup>292</sup> Mit der praktisch in Betracht fallenden Buße dürfte auch der Zweck der Strafe, wie er vorn bei Anm. 189a umschrieben worden ist, nicht zu erreichen sein, sondern die verhängte Buße ist eher bloße Manifestation der Rechtsverwirklichung und Warnung; vgl. in diesem Zusammenhange auch Ziff. 8.1 hienach.

<sup>293</sup> Vgl. dazu BGE 82 IV 45, mit Hinweis auf 64 I 53, sowie vorn bei Anm. 233.

<sup>294</sup> Das ist die Lösung von Art. 6 E-VStR. Nach diesem Entwurf «kann» nach dieser Regel verfahren werden, wenn im konkreten Fall – unbekümmert um das gesetzliche Bußenmaximum – eine Buße von höchstens 5000 Franken, d. h. nicht mehr als eine «Übertretungsbuße» im Sinne von Art. 106 Abs. 1 StGB (Fassung gemäß StGB-Novelle vom 18. März 1971, AS 1971, S. 777) in Betracht fällt.

## 8. «Vielstraferei» und Rechtswirklichkeit

### 8.1 Problemstellung

Wir gingen bei unserem Bemühen, den Begriff des Verwaltungsstrafrechts zu erfassen und zu umschreiben, vom Satz W. BURCKHARDTS aus, das Gesetz sei kein Gesetz im Rechtssinne, wenn es unbestraft und ungehindert verletzt werden kann, und die Strafe gehöre zu einem vollständigen Verbot oder Gebot<sup>295</sup>. Diese Sätze wurden vor rund dreißig Jahren geschrieben. Seither erlebten wir die geschilderte Evolution des Verwaltungsrechts mit allen seinen unzähligen Geboten und Verboten und gelangten – im Sinne der Lehre W. BURCKHARDTS durchaus folgerichtig – zu der Erscheinung, die man – zwar ungenau, aber plastisch – als «Vielstraferei» bezeichnet. Ungenau ist der Ausdruck deshalb, weil wir nicht das viele Strafen, sondern die *häufigen Strafandrohungen* im Auge haben. Dieser kaum in ihrer vollen Tragweite erkannten wichtigen Frage, die sich weitgehend auf die *Glaubwürdigkeit unserer Rechtsordnung* bezieht und die, wie wir sehen werden, ziemlich komplex ist, wollen wir uns nun noch zuwenden.

Stellt sich ein Verwaltungsmann die entsprechende Frage und stützt er sich für die Beantwortung auf die eigene Erfahrung, so stößt er wohl allgemein – die Ausnahmen dürften die Regel bestätigen – auf die erstaunliche Tatsache, daß *weitaus die meisten Strafbestimmungen der Verwaltungsgesetze toter Buchstabe* sind<sup>296</sup>. Würde nach strengem Legalitätsprinzip

<sup>295</sup> Vorn bei Anm. 66.

<sup>296</sup> Im Berner Tagblatt Nr. 233 vom 26. August 1969 schrieb ein «pa» unter dem Titel «Harte Linie»: «Unternehmungen, die hartnäckig gegen die Bestimmungen der Gewässerschutz-Gesetzgebung verstoßen, riskieren damit, von eidgenössischen und kantonalen Behörden gemäßregelt zu werden. Am 1. Januar 1957 trat das entsprechende Gesetz in Kraft. Sechs Jahre verstrichen, bis der tote Buchstabe am Beispiel einer Delsberger Firma erstmals zur harten Maßnahme wurde. Weitere sechs Jahre sind seither verflossen, und jetzt haben die Tessiner Behörden zwei Exempel statuiert», nämlich ebenfalls mit Betriebsschließung. Skeptisch bezüglich der Anwendung der

jeder Verstoß gegen ein Verwaltungsgesetz strafrechtlich verfolgt, wobei wir uns hier in Erinnerung rufen wollen, daß nach Art. 333 Abs. 3 StGB im Nebenstrafrecht des Bundes *in der Regel auch die fahrlässig begangene Übertretung strafbar* ist, so kämen Gerichte und Verwaltung nicht aus dem Strafen heraus<sup>297</sup>. Ein paar wenige Beispiele seien hier angeführt: Wegen ordnungswidriger Führung der Geschäftsbücher wurden nach Art. 325 StGB im Jahre 1967 total 4 Personen, 1968 und 1969 total je 3 Personen verurteilt<sup>298</sup>. Es kann offensichtlich nicht mit der Wirklichkeit übereinstimmen, daß bloß diese paar wenigen Personen fahrlässig oder vorsätzlich der gesetzlichen Pflicht, Geschäftsbücher ordnungsgemäß zu führen, nicht nachgekommen sind. Dabei werden wir erst noch zu berücksichtigen haben, daß die genannten Zahlen nicht etwa nur auf eine große Dunkelziffer zurückzuführen sind, sondern dieses Delikt wird ganz einfach infolge schlichten Nichthandelns der Behörden nicht zur Anzeige gebracht<sup>299</sup>. Der Kenner der Gesetze wird entgegenhalten, es beständen zahlreiche Vorschriften des Nebenstrafrechts, insbesondere des Steuerstrafrechts über die Buchführung, die als *leges speciales* dem Art. 325 StGB vorgingen<sup>300</sup>. Die Erfahrung zeigt aber, daß auch auf Grund dieser speziellen Strafvorschriften höchst selten ein Strafverfahren eröffnet wird. Ein typisches Beispiel dafür, wie sehr Verwaltungsstraftatbestände toter Buchstabe sind, bildet auch das Blankett von Art. 60 ElG; es gibt wohl kaum einen In-

mit dem Entwurf vom 26. August 1970 vorgeschlagenen verschärften Sanktionen ist H. RAUSCH, Technologie und Gesetzgebung, ZSR 1971 I, S. 89 ff., bes. 93 f. mit dem bemerkenswerten Hinweis, daß eben «dem Täter hier nicht eine individuelle Person, sondern die anonyme Allgemeinheit als Opfer gegenübersteht».

<sup>297</sup> Die Erscheinung der Strafsanktionen als «tote Buchstaben» dürfte – besonders im Verwaltungsstrafrecht – weltweit verbreitet sein; vgl. W. FRIEDMANN, Recht und sozialer Wandel, S. 198 ff.

<sup>298</sup> Zahlen gemäß der vom Eidg. Statistischen Amt alljährlich im statistischen Quellenwerk der Schweiz herausgegebenen Schweizerischen Kriminalstatistik, die für das Jahr 1969 erstmals unter dem Titel «Die Strafurteile in der Schweiz» erschien.

<sup>299</sup> Es handelt sich nicht etwa um Fälle behördlicher Untätigkeit, die HANS HUBER, Betrachtungen über die Gesamtsituation des Rechts (ZBJV 1970, S. 393 ff., bes. 394 f.), wie folgt umschreibt: «Auf weiten Feldern setzen oft Rechtsverwirklichung und Rechtserzwingung aus. Widerstände aus neuen und ungeahnten Sachverhalten oder aus menschlichem Willen machen sich geltend. Oder Behörden kapitulieren oder streiken sogar oder ihre Mittel reichen oder halten nicht mehr aus.»

<sup>300</sup> Vgl. etwa Art. 53 Abs. 1 lit. a StG und Art. 93 lit. a der eidg. Stempelverordnung; Art. 39 Abs. 1 lit. b und Art. 62 Abs. 1 lit. f VStG; Art. 6 und Art. 46 Abs. 1 lit. 1 BSpG.

länder, der sich – nach dem Buchstaben – nicht einmal oder mehrmals nach diesem Art. 60 strafbar gemacht hätte<sup>301</sup>. Es mag mit diesen Beispielen, die sich zweifellos aus dem kantonalen und aus dem Bundesrechtsbereich beliebig vermehren ließen, sein Bewenden haben.

Man hat natürlich eine *Entschuldigung* für das Nichtstrafen gefunden, indem man die Auffassung vertrat, im Verwaltungs- und besonders im Steuerstrafrecht gelte das *Opportunitätsprinzip*. Der Steuerfachmann ERNST WYSS<sup>302</sup> sagte es ehrlich und deutlich, eine *absolute Strafpflicht* im Sinne des für das Kriminalstrafrecht geltenden Legalitätsprinzips bestehe für die Steuerbehörde nicht. Wohl sei der Übertretungstatbestand jeweils abzuklären; aber da die Strafe im wesentlichen ein Hilfsmittel der Steuertechnik darstelle, sei ihre Anwendung in hohem Maße *von Zweckmäßigkeitsgründen abhängig*. Kraft ihrer Amtsbefugnis befinde die Steuerbehörde von Fall zu Fall, nach Erwägungen der höheren Zweckmäßigkeit darüber, ob die Verfolgung ihrer Ziele die Anwendung von Strafsanktionen notwendig mache. Beispielsweise Ordnungsstrafen werde sie nur dann verhängen, wenn andere Mittel, den Steuerpflichtigen zu einem ordnungsgemäßen Verhalten zu bewegen, versagt haben. Wer den Verfasser dieser Zeilen kannte, der weiß, daß er bei weitem nicht einem billigen und bequemen Opportunismus oder der Leisetreterei huldigte. Aber die von ihm vertretene Lehre, die praktisch die ausführende Verwaltung über den Gesetzgeber stellt (die der Verwaltung gewissermaßen ein unbegrenztes «übergesetzliches» Rechtsfolgeermessen zugesteht, das ihr, falls man es überhaupt als zulässig ansähe, nur der Gesetzgeber einzuräumen vermöchte), ist in ihren Konsequenzen für den Rechtsstaat nicht abzusehen, höchst

<sup>301</sup> Vgl. u.a. Art. 15 und 49 des Reglements des Eidg. Starkstrominspektorates über die Hausinstallationskontrolle, vom 4. Mai 1956/31. Mai 1960, AS 1958 S. 67 und 1960 S. 913. Der Art. 60 ElG ist freilich auch deshalb (mit guten Gründen) praktisch still gelegt, weil nach der gesetzlichen Ordnung die betreffenden Bußen von höchstens 1000 Franken vom Bundesrat (!) zu verhängen sind. Tatbestand und Zuständigkeit sollen durch den E-VStR geändert werden. Vgl. in diesem Zusammenhang P. NOLL, Gesetzgebungstechnik, S. 162f.: «Der häufige Fall, daß eine Rechtsnorm auf dem Papier stehen bleibt, weil sie nicht angewendet und nicht vollzogen wird ('paper rules' nach LLEWELLYN), kann, aber muß nicht einen Mangel an Realismus oder ein sonstiges Fehlverhalten des Gesetzgebers implizieren ... Mehr denn je besteht heute die Gefahr, daß gesetzliche Regelungen auf dem Papier bleiben.»

<sup>302</sup> Über das Wesen und die Handhabung des Steuerstrafrechts, ASA Bd. 13, 1944/45, S. 145ff., bes. 154 und 161.

gefährlich und entschieden abzulehnen<sup>303</sup>. Im Verwaltungsstrafrecht wird auf weite Strecken das Opportunitätsprinzip nur deshalb befürwortet und befolgt, weil allein auf diesem Wege die *regelmäßig viel zu weit gefaßten Straftatbestände des Verwaltungsstrafrechts* «nach Recht und Billigkeit» korrigiert werden können<sup>304</sup> und bloß mittels dieser fragwürdigen Hilfe sich einige auf der ungenügenden theoretischen Durchdringung beruhende Mängel beheben lassen. Es mag freilich auch sein, daß die Verwaltung (ich denke hier vor allem an den nebenamtlichen Gemeindeschreiber) die sämtlichen Strafvorschriften des Bundes, des Kantons und der Gemeinde gar nicht gegenwärtig hat und daß eine Strafverfolgung deshalb unterbleibt<sup>305</sup>.

*Wir dürfen und müssen davon ausgehen, daß im Verwaltungsstrafrecht die Rechtswirklichkeit nicht dem gesetzten Recht entspricht.* Das führt zur Verwässerung des Rechtsgewissens beim Normadressaten und bei der Verwaltung, zu vermeintlicher oder tatsächlicher Willkür und zur allmählichen Auflösung der Rechtsordnung<sup>306</sup>. Nach O. A. GERMANN<sup>307</sup> ist für die so-

<sup>303</sup> Ablehnend schon MEIN Steuerstrafrecht, S. 76 und 103 ff., mit weiteren Hinweisen, insbesondere auch auf die Verhandlungen des Schweizerischen Juristenvereins 1946.

<sup>304</sup> Das Opportunitätsprinzip verleitete die strafverfolgende Verwaltung auch schon dazu, eine *Strafmilderung* dadurch herbeizuführen, daß der Tatbestand unter eine unrichtige Strafbestimmung des Gesetzes subsumiert wurde; vgl. den in ASA Bd. 24, 1955/56, S. 238 veröffentlichten, dieses Vorgehen kritisierenden Entscheid.

<sup>305</sup> Ein guter Kenner der Verwaltung und der Gesetzesflut, Regierungsrat und Nationalrat ARTHUR SCHMID, hielt in seinem Gutachten über den Ausbau der Verwaltungskontrolle in der Stadt Bern 1969 mit Recht fest, der Überblick über das gesamte geltende Recht sei heute sehr erschwert und könne vom einfachen Bürger kaum mehr gewonnen werden; selbst für die *einzelnen Funktionäre der Verwaltung* werde es immer schwieriger, eine Gesamtschau zu erlangen (zitiert nach Berichterstattung in der Tageszeitung).

<sup>306</sup> Ähnlich vor Jahren G. RIPERT, *Le déclin du droit*, Paris 1949, S. 97: «Ainsi naît le désordre. Il naît des lois qui sont violées et de celles qui ne sont pas appliquées. Il s'aggrave par l'impuissance de l'Etat à les faire appliquer et parfois même par l'exemple qu'il donne en ne les appliquant pas. Les délits se multiplient et les peines deviennent plus rigoureuses. Mais la répression est inefficace, car on ne lutte pas utilement contre une résistance générale à l'application de la loi. Ce déclin du droit est très remarquable à notre époque. La désobéissance s'accompagne d'un mépris pour le droit impuissant, d'une exaltation de la force, d'une excuse de la fraude... La première cause de cette désobéissance doit être trouvée dans le sentiment de *l'inutilité de la loi*... Les lois inutiles affaiblissent les lois nécessaires» (Hervorhebung im Original). Treffend auch E. SCHMIDHÄUSER, *Vom Sinn der Strafe*, S. 62: Die Staatsorgane setzen Strafe ein, um allgemein von einem bestimmten Verhalten abzuschrecken. Die allgemeine Strafdrohung, die Verfolgung entsprechender Untaten, die Verhängung und Vollstreckung der Strafe im einzelnen Falle gehören als Einheit

genannte Opportunität beim Entscheid über die Einleitung eines Strafverfahrens *im heutigen Rechtsstaat kein Platz*.

*Was ist zu tun?* Bestimmt kann die Lösung nicht darin liegen, daß nun die Verwaltungen und Gerichte streng nach Legalitätsprinzip verfahren und alle vorsätzlich oder fahrlässig verübten Widerhandlungen gegen Verwaltungsgesetze ohne jede Nachsicht verfolgen. Ein solches Vorgehen wäre Unvernunft. Es bleibt bloß der *Weg der Gesetzgebung*. Aber der reine Appell an den Gesetzgeber genügt nicht; es ist auch hier Aufgabe der Wissenschaft und der Praktiker, zuhanden des Gesetzgebers Lösungsmöglichkeiten zu erarbeiten und aufzuzeigen.

Eine Lösung erscheint als *dringend*, und die (vorbereitende) Verwaltung und der Gesetzgeber dürfen sich dieser Aufgabe, so mühsam und zeitraubend sie auch sein mag, nicht länger entschlagen<sup>308</sup>. R. LANGE (Das Rätsel Kriminalität, S.36) betont eindringlich, «daß unsere industrielle Massengesellschaft mit ihren zahllosen Interdependenzen und Gefährdungsmöglichkeiten gegen jede Störung doppelt empfindlich» sei; er kann sich zu Recht nicht mit dem scheinbaren Faktum abfinden, daß «zum Postulat sublimiert werde», mit bestimmten Formen der Kriminalität zu leben und leben zu müssen<sup>309</sup>.

zusammen. *Eine Strafdrohung droht nicht mehr, wenn nie eine Strafe verhängt und vollstreckt wird*. Schon A. DE TOCQUEVILLE sagte in seinem Fragment zur Fortsetzung des «Ancien Régime» (Kröner-Ausgabe, Stuttgart 1954, S.237): «Um ein Volk zum Gehorsam zu bekommen und es auch darin zu erhalten, sind nicht so sehr grausame Gesetze dienlich, die wenig befolgt werden, als milde Gesetze, die eine tadellose Verwaltung mit selbstverständlicher Regelmäßigkeit tagtäglich und für alle durchführt.»

<sup>307</sup> Rechtsfindung, S.219, mit Hinweisen; Hervorhebung im Original.

<sup>308</sup> Mit einem Einsatz und einer Ausdauer ohnegleichen haben in der Bundesrepublik Deutschland die Justizministerien und die Parlamente des Bundes und der Länder diese Aufgabe vor rund zwanzig Jahren an die Hand genommen und nun mit dem 2.StrRG zu Ende geführt. Es sei mir, trotz aller Hochachtung vor diesem gewaltigen Werk, erlaubt, zum Grundsätzlichen meine Vorbehalte anzubringen; vgl. Ziff. 8.2.1 hienach.

<sup>309</sup> Op.cit. S.40, wo er als Beleg die Sätze anschließt: «So haben in den USA PETER DRUCKER und andere eine gewisse Korruption zum notwendigen Wesensmerkmal der Demokratie erklärt. Solche Korruption sei immer noch besser als ein integres, aber eben deshalb zum Autoritären neigendes Beamtentum.» Wir können wohl das DRUCKER'sche «Wesensmerkmal der Demokratie» bloß mit Erstaunen und Kopfschütteln zur Kenntnis nehmen – wobei wir selbstverständlich nicht dem autoritären Beamtentum das Wort reden, das schwerlich *die* Alternative zur Korruption sein dürfte.

## 8.2 Lösungsmöglichkeiten

### 8.2.1 Besonderes Sanktionenrecht?

Es ist zu erwägen, wie die Bundesrepublik Deutschland das *leichtere Verwaltungsunrecht* (z. B. die Übertretungen) aus dem Strafrecht auszuscheiden und hierfür ein besonderes Sanktionenrecht zu schaffen<sup>310</sup>. In der Bundesrepublik wird es vom 1. Oktober 1973, d. h. vom Inkrafttreten des 2. StrRG an, nur noch Kriminalunrecht und Ordnungsunrecht geben, und bis zu diesem Zeitpunkt müssen sämtliche Übertretungstatbestände im Bundes- und Landesrecht beseitigt sein<sup>311</sup>. Das im StGB normierte Kriminalunrecht wird lediglich Verbrechen, d. h. «rechtswidrige Taten, die im Mindestmaß mit Freiheitsstrafe von einem Jahr oder darüber bedroht sind», und Vergehen, d. h. «rechtswidrige Taten, die im Mindestmaß mit einer geringeren Freiheitsstrafe oder die mit Geldstrafe bedroht sind», kennen (§ 12 StGB in der Fassung laut 2. StrRG). Nach der Legaldefinition von § 1 Abs. 1 OWiG ist «Ordnungswidrigkeit ... eine rechtswidrige und vorwerfbare Handlung, die den Tatbestand eines Gesetzes verwirklicht, das die Ahndung mit einer Geldbuße zuläßt»; die Geldbuße beträgt mindestens fünf Deutsche Mark und, wenn das Gesetz nichts anderes bestimmt, höchstens tausend Deutsche Mark (§ 13 Abs. 1 OWiG).

Das Herauslösen des Ordnungsunrechtes aus dem Kriminalunrecht war bereits mit dem OWiG 1952<sup>312</sup> eingeleitet worden, das nach E. GÖHLER (S. 1 und 3) «der entscheidende Wendepunkt in der Rechtsentwicklung gewesen ist, die sich zum Ziel gesetzt hat, den Kreis strafrechtlicher Tatbestände einzuengen, um das Strafrecht auf die wirklich strafwürdigen Fälle zu beschränken und solche Zuwiderhandlungen gegen staatliche Ge-

<sup>310</sup> Der Versuch, den *gesamten* Bereich der Verwaltungsstraftaten vom Strafrecht zu trennen, wurde, wie W. FRIEDMANN, *Recht und sozialer Wandel*, S. 209f. berichtet, in dem 1954 für das American Law Institute vorbereiteten Draft Model Penal Code unternommen. Dieser Entwurf ergänzte die traditionellen Kategorien von Verbrechen und Vergehen nicht nur durch Übertretungen (petty misdemeanour), sondern auch durch eine neue, «Verstoß» (violation) genannte Gruppe. «Verstoß» wäre nach der damals vorgeschlagenen Legaldefinition die bloß mit Geldbuße und (evtl. zusätzlich) mit Verwirkung privater Rechte oder mit anderen zivilrechtlichen Sanktionen bedrohte Widerhandlung gewesen und er wäre vor allem keine Straftat gewesen. Im in Anm. 3 erwähnten Entwurf zu einem Federal Criminal Code fand ich – bei flüchtiger Durchsicht – keine Spuren solcher «violations».

<sup>311</sup> Vgl. E. GÖHLER, OWiG, S. 4 und 5.

<sup>312</sup> BGBl 1952 I 177 und III 454-1, am 1. Oktober 1968 außer Kraft getreten und ersetzt durch das OWiG vom 24. Mai 1968, BGBl 1968 I 481.

bote und Verbote, die nicht ethisch vorwerfbar sind, die aber im Interesse des Rechtsgüterschutzes bekämpft werden müssen, anders zu behandeln als kriminelle Verhaltensweisen». Diese Reformbestrebungen haben zunächst auf dem Gebiete des Wirtschaftsstrafrechtes eingesetzt, wo «nach und nach ... jeder Staatsbürger in die Gefahr (geriet), wegen einer verhältnismäßig harmlosen und menschlich verständlichen Verfehlung gegen Bewirtschaftungsvorschriften mit einer Kriminalstrafe belegt zu werden». Wegbereiter des Ordnungswidrigkeitenrechts war – immer nach E. GÖHLER (S. 4) – EBERHARD SCHMIDT, dem weitgehend auch die Abgrenzungsformel von Straftat und Ordnungswidrigkeit zu verdanken ist (vgl. § 3 WiStG). Die mit dem 2. StrRG getroffene Lösung scheint R. LANGE<sup>313</sup> warm zu begrüßen; er führt u. a. aus: Eine Verbrechensdefinition wie die des Soziologen GILLIN<sup>314</sup> vermöge «wegen ihrer bewußten Wertblindheit *einer der bedeutendsten kriminalpolitischen Gegenwartsaufgaben* nicht gerecht zu werden. Sie verstellt den Zugang zu *einem der wichtigsten Fortschritte*, den eine moderne Kriminalwissenschaft ihren Mitbürgern schuldig ist: den Weg zu einer *radikalen Verringerung der Vielbestraferei* zu zeigen, die sich im Gefolge der ausgreifenden Verwaltung im modernen Staat eingefressen hat. *Dieser Fortschritt ist nur durch Ausgliederung des Verwaltungsstrafrechts aus dem Gebiet des Kriminalstrafrechts möglich*». Das sind recht harte Worte. Freilich sieht R. LANGE sogleich ein: «Hier trennen sich die Wege». Und dem möchte ich zustimmen – aber ja nicht, weil ich mich GILLIN verbunden fühlte, sondern allein deshalb, weil mir die postulierte Ausgliederung nicht recht gefällt. *Im Grunde genommen* geht es eben bei dem in Rede stehenden Ausgliedern doch um die *alte Frage*, die auch R. LANGE berührt: *ob zwischen dem Kriminalunrecht und den Übertretungen ein quantitativer oder qualitativer Unterschied bestehe*. Hierüber wurde schon viel gestritten und geschrieben<sup>315</sup>. Es gibt dazu m. E. keine logisch-

<sup>313</sup> Das Rätsel Kriminalität, S. 50 ff., Hervorhebungen von mir.

<sup>314</sup> «Verbrechen ist ... ein Verhalten, das von einer Gruppe, welche die erforderliche Macht besitzt, ihre Anschauungen durchzusetzen, für besonders schädlich gehalten wird»; zitiert nach R. LANGE, op. cit., S. 50.

<sup>315</sup> Vgl. etwa MEIN Steuerstrafrecht, S. 160 ff., und die dort zusammengefaßten Lehrmeinungen, insbesondere von E. HAFTER, AT, S. 98, ZSR 1939, S. 12 a ff. und 1940 S. 287; A. PANCHAUD, ZSR 1939, S. 59 ff.; P. LOGOZ, Kommentar zu Art. 9 und 101 StGB; M. WAIBLINGER, ZBJV Bd. 84, S. 427; J. GOLDSCHMIDT, Verwaltungsstrafrecht, S. 585; PH. THORMANN, ZStrR 1946, Festgabe für E. Hafter, S. 18 ff. und O. A. GERMAN, Verbrechen, S. 96 ff. sowie ZStrR 1950, S. 383; vgl. ferner – nachher erschienen – J. GRAVEN, La classification des infractions du Code pénal et ses effets, ZStrR 1958, S. 3 ff. u. a. m.

dogmatische Lösung, weil es sich um eine Frage der Wertung handelt. Ob die vom Gesetzgeber (oder von wem es auch sein mag) vorgenommene Wertung eines bestimmten Unrechts «richtig», «gerecht» sei, das läßt sich eben nie beweisen, sondern bloß nachfühlen und einsehen. Daher soll hier auf diese Frage auch nicht mehr Zeit verwendet werden. Insbesondere wäre es «ein nicht erlaubtes Risiko» und zudem seitens eines Ausländers unhöflich, wenn nicht anmaßend, die in der Strafgesetzgebung Deutschlands erfolgte tiefgreifende Umstellung hier und heute abschließend würdigen und beurteilen zu wollen<sup>316</sup>.

Uns bewegt hier die Frage, ob mit der *Umbenennung* der Übertretungen und der *gesonderten Gesetzgebung* über das entsprechende materielle und Prozeßrecht (etwa nach dem Modell des deutschen OWiG) etwas erreicht wäre, um der «Vielstraferei» zu begegnen. Empfindet wirklich der Betroffene anders, wenn er mit 4000 Franken Buße nicht mehr wegen einer Übertretung, sondern wegen einer Ordnungswidrigkeit bestraft wird, wenn diese Buße nicht mehr Geldstrafe heißt, sondern als Bußgeld bezeichnet wird, und steht der Gebüßte auch in den Augen seiner Mitmenschen anders da, wird von ihnen sein Verhalten weniger oder anders mißbilligt? Die Umbenennung und die besondere Verfahrensordnung ändern schwerlich etwas am Charakter der staatlichen Reaktion auf die Gesetzesübertretung<sup>317</sup>. Nach R. LANGE (op. cit. S. 35) wird: «das Recht zu strafen immer aufs neue fragwürdig und bedarf immer neuer Legitimation», und er schließt an: «Dieser Satz ist heute zu erweitern. Er gilt für *jedes* Sanktionsrecht...». Dann gilt er aber – wir mir scheint – auch für das Recht der

<sup>316</sup> Ein Beispiel für die Neuerung findet sich in der anschließenden Anm. 317, Zitat aus H. W. KRUSE. Über den Ursprung der Reform s. auch vorn Ziff. 1.2 Abs. 2.

<sup>317</sup> Wesentlich ins Gewicht fällt, ob die Widerhandlung durch den Strafrichter oder (zunächst, mit dem Vorbehalt des Weiterzugs an den Richter) die Verwaltung im Strafmandatsverfahren und ohne öffentliche Verhandlung geahndet wird. Mir scheint, eine gewisse Skepsis über den Wert der in der Bundesrepublik erfolgten Umstellung finde sich auch bei E. GÖHLER, wenn er S. 4 ff. sagt: «Die *Unterscheidung* zwischen dem Ordnungsunrecht und dem Kriminalunrecht wird seitdem *rein formal* durch die Bewertung des Gesetzgebers durchgeführt... Bei der gesetzlichen Bewertung weniger schwerwiegender Unrechtstatbestände als bloße Ordnungswidrigkeiten haben sich in Grenzbereichen zwar beachtliche, aber durchaus lösbare Schwierigkeiten ergeben. In Zweifelsfällen ist der Gesetzgeber großzügig verfahren... Die *Übergänge* zwischen strafbarem und bloß ordnungswidrigem Verhalten (sind) nicht nur in der *tatbestandlichen Bewertung*, sondern vor allem in den *tatsächlichen Erscheinungsformen des Lebens* fließend ..., die *Einordnung der Lebensvorgänge in die verschiedenen Kategorien oft zweifelhaft*» (Hervorhebungen von mir). Und H.-H. JESCHECK, Lehrbuch des Strafrechts, Berlin 1969, S. 37, bestreitet die Eigenständig-

Ordnungswidrigkeiten, Übertretungen oder wie man das leichte Unrecht sonst auch immer benennt, und mit der Umstellung wird somit kaum etwas gewonnen.

Wir müssen die Frage, die uns dringend gestellt ist, auf einem anderen Wege zu lösen versuchen.

### 8.2.2 *Verzicht auf überflüssige oder entbehrliche Verhaltensnormen*

Den Strafbestimmungen vieler unserer Verwaltungsgesetze läßt sich der Vorwurf nicht ersparen, den W. MAIHOFER gegen den deutschen E-StGB 1962 erhoben hat: nämlich dieser sei «von der Konzeption einer Vielstraferei beherrscht, die möglichst alle Lücken der Strafbarkeit schließen und jeden möglichen Rechtsverstoß mit dem Makel der Strafbarkeit behaften wolle»<sup>318</sup>. Beispiele aus der neueren Zeit für einen hierzulande im Strafrecht gelegentlich betriebenen «Gesetzgebungs-Perfektionismus» sind vielleicht die Strafbestimmungen des Getreidegesetzes und des Verrechnungssteuergesetzes<sup>319</sup>.

Die Strafbestimmungen des *Getreidegesetzes*<sup>320</sup> beginnen mit einem Vergehenstatbestand (Art. 46); dessen Absatz 1 umschreibt die Tatbestandselemente, und zwar in fünf Ziffern, von denen Ziff. 1 in drei und Ziff. 3 in zwei Literae unterteilt sind, wobei erst noch eine jede Ziffer bzw. Litera eine Mehrzahl von Tatbeständen umschreibt. Es folgen in Art. 47 Abs. 1 die Übertretungen in acht Ziffern, mit einem abschließenden Blankett in

keit der Ordnungswidrigkeit; vgl. H. SCHULTZ, ZStrR 1971, S. 83. H. W. KRUSE, Stichwort «Steuerstrafrecht» in Herders Staatslexikon, Ergänzungsband III, Freiburg i. Br. 1970, wendet gegen die Unterscheidung der *Steuervergehen* (Hinterziehung, Begünstigung, Bannbruch, Steuerhehlerei, Steuerzeichenfälschung, Bruch des Steuergeheimnisses) von den *Steuerordnungswidrigkeiten* (leichtfertige Steuerverkürzung, Steuergefährdung, unbefugte Hilfeleistung in Steuersachen) ein, sie überzeuge nicht, weil sie recht willkürlich anmute; es gebe letztlich keine durchschlagende Begründung dafür, daß die Steuerhinterziehung ein Steuervergehen und die leichtfertige Steuerverkürzung nur eine Ordnungswidrigkeit ist.

<sup>318</sup> Zitiert nach P. NOLL, Neue Wege und alte Widerstände in der deutschen Strafrechtsreform, ZStrR 1970, S. 1 ff., bes. 9.

<sup>319</sup> Diese Gesetze werden als Beispiele vor allem deshalb gewählt, weil ich für die Ausgestaltung ihrer Strafvorschriften wesentlich mitverantwortlich bin; immerhin folgten beide Gesetzgebungen weitgehend der Linie der Tradition. Es geht hier selbstverständlich nicht darum, mich in Selbstbeziehung zu üben oder gegenüber einer bestimmten Person oder Verwaltung einen Vorwurf zu erheben, sondern es ist mein Anliegen, anhand eines konkreten Beispiels einen neuen, hoffentlich bessern Weg der Gesetzgebung zu finden.

<sup>320</sup> AS 1959, S. 995 und 1965, S. 457.

Ziff. 9. Wie üblich ist durch eine Art Generalklausel eine jede dieser Widerhandlungen auch für den Fall strafbar erklärt, daß sie fahrlässig begangen wird. Das *Verrechnungssteuergesetz*<sup>321</sup> umschreibt in Art. 61 Abs. 1 und 2 die Hinterziehung und den Steuerbetrug. In Art. 62 Abs. 1 werden in sieben Literae zahlreiche Tatbestände der Steuergefährdung umschrieben, und Art. 64 handelt von den Ordnungswidrigkeiten, u.a. mit der häufig üblichen Blankett-General-Klausel: «wer einer Vorschrift dieses Gesetzes, einer Ausführungsverordnung ... zuwiderhandelt, wird ... bestraft». Auch nach diesem Gesetz ist bei allen Widerhandlungen – ausgenommen bei Steuerbetrug – ebenfalls die fahrlässige Begehung strafbar.

Wer an solche «Vielstraferei» die Sonde zwecks Säuberung ansetzen möchte, der muß «*vor dem Strafrecht beginnen*». Der Ratschlag E. SCHMIDHÄUSERS<sup>322</sup> an den Gesetzgeber, er sollte dem «Drang nach Lückenlosigkeit des Strafens widerstehen», und das in der Strafrechts-Literatur und -Praxis geflügelte Wort, man solle nicht mit Kanonen auf Spatzen schießen, sind gewiß beherzigenswert. Aber wir sollten, da wir ja erfahrungsgemäß in zahlreichen Fällen überhaupt nicht beabsichtigen zu schießen, die besagten Kanonen gar nicht erst in Stellung bringen.

Der Glauben an die *verbrechensverhütende abschreckende Kraft der gesetzlichen Strafandrohung*, an den von ihr ausgehenden psychologischen Zwang, ist uns weitgehend abhanden gekommen<sup>323</sup>. Die Auffassung, die *alle* Widerhandlungen durch Strafe (und möglichst harte Strafandrohung) verhüten zu können meint, leidet «an einem groben Mangel an Phantasie: sie geht von der Situation des gefaßten und überführten Täters aus, der die sichere Strafe vor Augen hat..., statt daß sie sich in die Lage des handelnden Täters versetzt, den – weitgehend ohne Rücksicht auf die Schwere der Strafdrohung – die Erwartung erfüllt, nicht gefaßt zu werden und die Früchte seiner Tat genießen zu können»<sup>324</sup>. Und hier ist beiläufig in Er-

<sup>321</sup> AS 1966, S. 371.

<sup>322</sup> Vom Sinn der Strafe, S. 85.

<sup>323</sup> Vgl. auch die Bemerkung W. FRIEDMANNs, *Recht und sozialer Wandel*, S. 200f., über das Anti-Trust-Recht, wonach hier zahlreiche Länder «mehr auf den regulatorischen Effekt der öffentlichen Meinung und der Verwaltungsmaßnahmen als auf die Abschreckungswirkung von Straftatbeständen» kommen.

<sup>324</sup> E. SCHMIDHÄUSER, *op. cit.*, S. 50. Der raffinierte Steuerbetrüger oder sonstige Delinquent, der «überlegt zu Werke geht, rechnet überhaupt nicht mit einer Strafe, weder einer harten noch einer milden. Die Strafhöhe interessiert ihn nicht; er begeht die Tat nur, wenn er überzeugt ist, sie werde gar nicht entdeckt» (BAUER, *Universitas* 1960, S. 181f., mit Hinweis auf RUSCHE-KIRCHHEIMER und auf BADER,

innerung zu rufen, daß bezüglich der Widerhandlungen gegen die Verwaltungsgesetze in der Regel ein betroffener «Privater» fehlt und somit eine Strafanzeige meistens ausbleibt.

Wenn postuliert wird, der Kampf gegen die Vielstraferei habe «vor dem Strafrecht» zu beginnen, so ist damit gemeint, die Verwaltung und der Gesetzgeber hätten sich jeweils gründlich zu überlegen, ob die in Aussicht genommene *Verhaltensnorm wirklich erforderlich* sei<sup>325</sup>. Normen, die bloß «bequem» sind, wären dann noch als «zulässig» anzusehen, wenn sie wenigstens der Verwaltungsökonomie dienen, der Verwaltung unverhältnismäßigen Aufwand an Arbeitsstunden und an Personal ersparen. Ist die Norm entbehrlich, so entfällt auch jeder Anlaß, sie durch eine Sanktion nötigenfalls erzwingen zu müssen<sup>326</sup>. Der ein Gesetz vorbereitende Verwaltungsjurist wird sich stets und nur mit Gewinn für unsere Rechtsordnung fragen müssen, wie wichtig «sein» Gesetz im Gesamtrahmen ist und ob er die Aufgaben «seiner» Verwaltung – was menschlich verständlich wäre – gegebenenfalls überbewertet. Besonders im Verwaltungsrecht ist «die gesetzgeberische Ökonomie ... ein dringendes Problem geworden», auf welches Problem P. NOLL<sup>327</sup> im Hinblick auf die Kosten einer Gesetzesänderung und den durch diese bewirkten Arbeitsaufwand auch bei den Gesetzesadressaten eindrücklich verweist mit der Bemerkung, diese wichtige Frage werde in der Regel vernachlässigt. Hier gibt P. NOLL den höchst

Soziologie der deutschen Nachkriegskriminalität); ähnlich der damalige Bundesjustizminister G. HEINEMANN, Grundgesetz und Strafrechtsform, in «Plädoyer für den Rechtsstaat», Karlsruhe 1969, S. 41: «Der kriminell Anfällige denkt kaum an die Strafe, eher noch fürchtet er das Risiko der Entdeckung.»

<sup>325</sup> Vgl. auch H. PESTALOZZI, Von der Freiheit meiner Vaterstadt, 1779, Schriften aus den Jahren 1765–1783, Gedenkausgabe Erlenbach-Zürich 1945: der weise, Freiheit liebende Vater des Vaterlandes «weiß, daß es Geist der freien Staatskunst sein soll, die Menschenfreiheit nicht um ein Haar mehr zu kränken, als die allgemeine Gerechtigkeitspflicht der Regierung für den allgemeinen Volkssegen fordert... Er weiß, daß gehäufte Gesetze alle Kraft verlieren» (S. 112f.).

<sup>326</sup> Beherzigenswert ist die Mahnung E. SCHMIDHÄUSERS, op. cit., S. 77f., an alle, die faktisch am Zustandekommen der Strafgesetze verantwortlich beteiligt sind, also an die Verwaltung und an das Parlament, danach zu trachten, «daß nur dort Strafe angedroht werde, wo man vom Rechtsunterworfenen guten Gewissens Gehorsam verlangen kann, und daß dem Richter ein angemessener, auch in Relation zu andern Strafen gerechter Strafraum gewährt werde. In jedem Strafgesetz geht es um die gerechte Ordnung des ganzen Gemeinschaftslebens, die immer schwerer herzustellen sein wird, je unübersichtlicher und uneinheitlicher die geistige Situation einer Zeit ist».

<sup>327</sup> Gesetzgebungstechnik, S. 163.

interessanten Hinweis auf R. WALTER, Die Lehre von der Gesetzestechnik (Antrittsvorlesung), der die wohl überall längst fällig gewesene Mahnung an den Gesetzgeber richtet, «Wörter kosten Geld und auch Gesetzeskraft, wenn selbst der bemühte Adressat die Gesetzesmasse geistig nicht mehr zu bewältigen vermag...». «Vor jeder Regelung ist zu fragen, ob sie im ganzen und in der vorgestellten Ausführlichkeit notwendig ist» (P. NOLL, op.cit., S. 165).

Ein Beispiel – wiederum aus dem Gebiet der Verrechnungssteuer – mag diesen Gedanken veranschaulichen: Die Verrechnungssteuer ist eine sogenannte Selbstveranlagungssteuer; wer steuerpflichtig wird, hat sich unaufgefordert bei der Eidg. Steuerverwaltung anzumelden (Art. 38 VStG). Grundsätzlich sind alle Aktiengesellschaften und Gesellschaften mit beschränkter Haftung sowie die Genossenschaften mit einem durch Anteile gebildeten Genossenschaftskapital steuer- und somit anmeldepflichtig. Die (zu weite) Vorschrift von Art. 38 Abs. 1 VStG wird durch die Vollziehungsverordnung<sup>328</sup> eingeschränkt: Nur *bestimmte* Genossenschaften haben gemäß Art. 23 Abs. 1 VStV sich anzumelden. Für die AG und die GmbH ist keine Anmeldepflicht statuiert (vgl. Art. 21 VStV), weil *jede* AG und *jede* GmbH ein in Anteile zerlegtes Grund- bzw. Stammkapital hat und somit steuerpflichtig ist; daß sie das Recht der Persönlichkeit erlangt hat, erfährt die Eidg. Steuerverwaltung durch die Veröffentlichung im Schweizerischen Handelsamtsblatt, weshalb eine (zusätzliche) Anmeldepflicht überflüssig wäre<sup>329</sup>. Ist die AG nicht anmeldepflichtig, so entfällt auch eine Strafbarkeit wegen Säumnis.

Das Verringern der öffentlich-rechtlichen Verhaltensnormen würde nicht nur die «Vielstraferei» im gewünschten Sinne beeinflussen, sondern auch die Transparenz der Rechtsordnung fördern. Das aber hätte noch in anderer Hinsicht einen wohl nicht unerheblichen Einfluß auf die «Vielstraferei», indem über diesen Umweg praktisch zumindest teilweise das Ziel erreicht würde, das sich wahrscheinlich mit Hilfe neugefaßter *Irrtumsbestimmungen des StGB* hätte erzielen lassen. H. SCHULTZ ist nur beizupflichten, daß «es äußerst wünschbar gewesen (wäre), wenn die von der Expertenkommission vorbereitete Änderung der völlig verfehlten Regel über den sogenannten Rechtsirrtum, gemeint ist in Wirklichkeit der Verbotssirrtum oder das Fehlen des Bewußtseins der Rechtswidrigkeit, in die

<sup>328</sup> VStV; AS 1966, S. 1585.

<sup>329</sup> Für weitere Einzelheiten über die Gründe der Differenzierung vgl. W. R. PFUND, Die eidg. Verrechnungssteuer, Basel 1971, N. 3.5 und 3.6 zu Art. 4.

Revision einbezogen worden wäre»<sup>330</sup>. Im Hinblick auf die Bedeutung einer sachgemäßen Lösung des Verbotsirrtums für das Nebenstrafrecht wurde erwogen, wenigstens für den vom E-VStR erfaßten (beschränkten) Bereich von Nebenstrafgesetzen den Expertenvorschlag zu übernehmen; das hätte aber dem für den E-VStR maßgebend gewesenen Leitsatz, im Bundesstrafrecht die Rechtseinheit anzustreben, widersprochen und zu neuer Rechtszersplitterung und gewiß zu verwirrender Rechtsunsicherheit geführt. Abgesehen davon würde durch eine Sonderbestimmung über den Verbotsirrtum die Zahl der Straftatbestände des Nebenstrafrechts nicht verringert, und diese Verringerung ist das zunächst gesetzte Ziel.

Freilich wäre es trotz allem nun höchste Zeit, daß im Nebenstrafrecht der noch da und dort herumgeisternde archaische Satz, Gesetzesunkenntnis schließe die Strafbarkeit nicht aus, in der Absolutheit, wie er in der Regel gemeint ist und verwendet wird, endlich verschwinde<sup>331</sup>.

Die rigorose Auffassung über die Rolle des Irrtums im Strafrecht, die zu für uns harten und stoßenden Ergebnissen führt, findet sich nach R. LANGE<sup>332</sup> noch im *angelsächsischen Recht*, wo die im *Verwaltungsstrafrecht* fast durchgängige Regelung dahingehe, daß bei sogenannten public welfare offenses ein *Irrtum nicht berücksichtigt* wird, sondern die objektive Zuwiderhandlung bereits die Sanktion nach sich zieht (strict liability)<sup>333</sup>.

<sup>330</sup> Die zweite Teilrevision des StGB, ZBJV 1970, S. 1 ff., bes. 6.

<sup>331</sup> Vgl. das Urteil in MBVR 1968, S. 406 mit Hinweis auf E. BLUMENSTEIN, System des Steuerrechts, 2. Aufl. Zürich 1951, S. 267, sowie auf das bernische Gesetz über die direkten Staats- und Gemeindesteuern vom 29. Oktober 1944, dessen Art. 180 Abs. 2 lautet: «Unkenntnis der gesetzlichen Bestimmungen und der darauf beruhenden Vorschriften schließt das Verschulden nicht aus». Der Hinweis auf Art. 180 Abs. 2 erscheint mir in diesem Zusammenhange freilich als problematisch; denn diese Vorschrift statuiert nicht schlechtweg «ignorantia iuris nocet», sondern sie will zweifellos bloß denjenigen nicht vor Strafe schützen, dessen Gesetzesunkenntnis ihm vorwerfbar ist, der sich also – auf Grund seines «eigenen Status» z. B. als Exporteur, Unternehmer usw. (vgl. zur Rolle, die der «Status» im Strafrecht spielt, auch R. LANGE, Das Rätsel Kriminalität, S. 57) – in pflichtwidriger, schuldhafter ignorantia iuris befindet. Ebenso – wenn auch zögernd – wohl KELLERHALS/GRUBER, Handkommentar, Bern 1965, N. 3 zu Art. 180: «Bei der Anwendung von Abs. 2 kann den persönlichen Verhältnissen (mangelnde Geschäftsgewandtheit) Rechnung getragen werden». Vgl. in diesem Zusammenhange auch den in Anm. 334 zitierten § 5 Abs. 2 des österreichischen VStG.

<sup>332</sup> Das Rätsel Kriminalität, S. 52.

<sup>333</sup> Verständnis für das englische Rechtsdenken vermitteln u. a. G. RADBRUCH, Der Geist des englischen Rechts, Göttingen 1956, sowie W. FRIEDMANN, Recht und sozialer Wandel, bes. S. 206 ff., der hier über das Urteil des englischen Court of Criminal

### 8.2.3 *Rückbildung der Fahrlässigkeitsdelikte*

Die Verwirklichung des Postulats, es seien überflüssige oder entbehrliche Verhaltensnormen mit wachsamem Auge auszumerzen oder nicht Gesetz werden zu lassen, wäre nur eine von mehreren angezeigten Maßnahmen gegen die «Vielstraferei». In folgender Hinsicht könnten und sollten wir das deutsche OWiG zum Vorbild für unsere Rechtsfortbildung nehmen: Nach § 5 OWiG kann «als Ordnungswidrigkeit ... nur vorsätzliches Handeln geahndet werden, außer wenn das Gesetz fahrlässiges Handeln ausdrücklich mit Geldbuße bedroht». Diese Vorschrift statuiert gerade das Umgekehrte von dem, was Art. 333 Abs. 3 unseres StGB anordnet, wonach «die in anderen Bundesgesetzen unter Strafe gestellten Übertretungen strafbar (sind), auch wenn sie fahrlässig begangen werden, sofern nicht nach dem Sinne der Vorschrift nur die vorsätzliche Begehung mit Strafe bedroht ist»<sup>334</sup>.

Art. 333 Abs. 3 StGB wurde vom Nationalrat aufgenommen, nachdem der Berichterstatter SEILER am 3. März 1930 folgendes ausgeführt hatte<sup>335</sup>: Die der Kommission eingehändigte Zusammenstellung des Bundesstrafrechts (ergänztes Kompendium O. KRONAUER) zeige so recht die Mannigfaltigkeit der Strafbestimmungen in der Nebenstrafgesetzgebung, und zwar in bezug auf die Behandlung der Schuldform, insbesondere der Fahrlässigkeit... «Inwieweit diese Mannigfaltigkeit auf einer bewußten und klar erfaßten, den einzelnen Straftatbeständen angepaßten strafrechtlichen Prüfung beruht, bleibe dahingestellt. Tatsache ist, daß bald ein Hinweis auf die Schuldform erfolgt, bald nicht, daß der Vorsatz bald ausdrücklich gefordert, bald lediglich umschrieben oder begrifflich gefordert wird, daß die Fahrlässigkeit bald ausdrücklich oder indirekt als strafbar, bald ausdrücklich als straffrei erklärt wird.» (Es ist den Räten nicht zu verdenken, daß sie es unterließen zu versuchen, in diese Unordnung Ordnung zu bringen.) Die Kommission des NR hatte sich überlegt, ob für das Neben-

Appeal aus dem Jahre 1958 u. a. folgendes sagt: «Das Gericht stellte klar, daß moderne Gesetze Tatbestände schaffen, deren (strafbare) Verwirklichung nicht unbedingt Kenntnis des Täters voraussetzt...».

<sup>334</sup> Ähnlich § 5 des österreichischen VStG: wenn eine Verwaltungsvorschrift über das Verschulden nichts anderes bestimme, genüge zur Strafbarkeit fahrlässiges Verhalten. Im gleichen § 5 wird in Abs. 2 die Regel aufgestellt, Unkenntnis der verletzten Verwaltungsvorschrift entschuldige nur dann, wenn sie erwiesenermaßen unverschuldet sei und der Täter das Unerlaubte seines Verhaltens ohne Kenntnis der Verwaltungsvorschrift nicht einsehen konnte.

<sup>335</sup> SA StenB-StGB NR, S. 551 f.

strafrecht die Regel von Art. 102 in Verb. mit Art. 18 Abs. 1 StGB beizubehalten sei: «Soll ... auch bei den Polizeistraftatbeständen, den Fiskaldelikten usw. Bestrafung wegen Fahrlässigkeit nur eintreten, wenn es ausdrücklich im betreffenden Gesetz gesagt ist? So weit glaubte die Kommission nicht gehen zu können. Gerade bei diesen Übertretungen von Bundesgesetzen ist der Beweis des Vorsatzes oftmals fast unmöglich zu erbringen. Die Beschränkung der Strafbarkeit auf die vorsätzliche Begehung müßte zu einer Freisprechung auch in Fällen führen, in denen eine solche Lösung stoßend wäre.» Nachdem der Berichterstatter erwähnt hatte, die Fassung des Bundesrates würde im Nebenstrafrecht Straffreiheit für die Fahrlässigkeit bedeuten, führte er aus: «Die neue Fassung der Kommission entstammt dem baselstädtischen Polizeistrafgesetz, welches sich ganz besonders eingehend mit dem Polizeistrafrecht beschäftigt, dessen Bestimmungen somit auf einer wohldurchdachten Bearbeitung des Polizeistrafrechts beruhen...» Die Kommission hielt diese Fassung, die dem richterlichen Ermessen einen weiten Spielraum läßt, indem er zu erwägen hat, in welchen Fällen der Natur der Sache gemäß nur eine vorsätzliche Handlung als strafbar erachtet werden kann, für richtig. Beide Räte stimmten dem Vorschlag zu.

Es ist unserer Zeit bestimmt nicht zu verargen, wenn wir die Entstehungsgeschichte des Art. 333 Abs. 3 StGB kritisch unter die Lupe nehmen. Da stellen wir vor allem fest, daß das basel-städtische Gesetz, das als Vorbild diente, am 23. September 1872 verabschiedet worden war. Der maßgebende, heute rund 99jährige § 7 lautet: «Polizeiübertretungen sind strafbar, auch wenn sie nur aus Fahrlässigkeit begangen werden, sofern nicht nach Wortlaut oder Sinn des Gesetzes nur die vorsätzliche Begehung mit Strafe bedroht ist.» R. FRANK machte in seinem StGB-Kommentar zur Schuldfrage bei den Polizeidelikten die folgende interessante Bemerkung: «Von größerer Bedeutung ist es, daß nach der *schon in der mittelalterlich-italienischen Theorie und jetzt noch in der Praxis befolgten Anschauung* zur Bestrafung der Polizei-Übertretungen im Zweifel die Fahrlässigkeit genügt»<sup>336</sup>. In Ansehung des *wirklichen* Alters des Art. 333 Abs. 3 StGB und der *seitherigen Entwicklung* dürfen wir ruhigen Gewissens an der Regel

<sup>336</sup> 18. Aufl. 1931, S. 789; es folgen Hinweise auf Entscheidungen des Reichsgerichts und auf Literatur u. a. auf O. MAYER, Verwaltungsrecht, S. 297, recte 279 ff., der einige sehr interessante Beispiele bringt und Gerichtsurteile aus den Jahren 1895, 1908, 1898, 1875, 1888, 1905 und 1906 zitiert (!); instruktiv ist der folgende Satz MAYERS: «Das Strafgesetz kann natürlich auch Vorsatz, Wissentlichkeit geradezu verlangen; dann ist aber sehr die Frage, ob es sich noch um ein Polizeidelikt handelt.»

zu rütteln beginnen. Zumindest eine Neubesinnung ist um so eher angezeigt, als wir ohnehin die hergebrachte kausale Fahrlässigkeitsdogmatik überprüfen sollten<sup>337</sup>. Die Neuorientierung des Fahrlässigkeitsbegriffes dürfte vor lebensfremden Fiktionen bewahren, mit deren Hilfe heute im Nebenstrafrecht nur allzuoft (man ist versucht zu sagen: je nach fehlender Sympathie unter den «Parteien») ein Fahrlässigkeitsvorwurf und damit die Strafbarkeit zu begründen versucht wird.

Die wachsende Zahl der Verwaltungsgesetze, die entsprechend progressiv zunehmenden und strenger werdenden Strafbestimmungen und das Stehenlassen des heutigen Art. 333 Abs. 3 StGB, verbunden mit der Gefahr einer Überdehnung der «pflichtwidrigen Unvorsichtigkeit» (Art. 18 Abs. 3 StGB), führen zwangsläufig dazu, daß die überforderte Strafverfolgung und damit das Strafrecht kapitulieren (müssen). Ohne Rücksicht darauf werden die überforderten Normadressaten leicht gleichgültig, und es wird sich ergeben, daß «allzu schwere Verantwortlichkeiten just den sogenannt Verantwortungsbewußten abschrecken», mit der Folge, daß «die sogenannte Verantwortungsfreude nur noch beim Hasardeur oder beim unbeschwert optimistischen und leicht beschränkten Betriebsamen» gedeiht<sup>338</sup>. Da wo der Gesetzgeber meint, ohne Fahrlässigkeitsdelikt nicht auszukommen, muß die Praxis einsichtig genug sein, noch innerhalb der «Standesfahrlässigkeit»<sup>339</sup> zu differenzieren. Es geht zu weit, von *jedem* Geschäftsherrn unbesehen zu verlangen, daß er «nach den Umständen und nach seinen persönlichen Verhältnissen» alle sein Geschäft irgendwie betreffenden Vorschriften des Bundes, des Kantons und der Gemeinde kenne und dauernd, bei jedem seiner Schritte, präsent habe<sup>340</sup>, oder daß er, falls er das Erfüllen der Vorschrift einem andern überträgt, sich fort-

<sup>337</sup> Einen wertvollen Beitrag dazu leistete J. REHBERG, Zur Lehre vom «Erlaubten Risiko», Zürich, 1962. Er legt in seiner Arbeit eindrucklich dar (S. 240 ff.), die hergebrachte kausale Fahrlässigkeitsdogmatik kranke daran, daß sie an der grundlegenden Bedeutung des Handlungsunwerts vorbeiging und statt dessen die Fahrlässigkeit als Fehler in der Willensbildung konstruierte; für die Fahrlässigkeitsprüfung sei eine Bewertung nicht nur der Willensbildung, sondern auch der Willensbetätigung, der zur Schädigung führenden Handlung in ihrer äußeren Gestalt von Belang... Die Fahrlässigkeit stelle keine Schuldform dar, sondern bezeichne, wie der Vorsatz, die Eigenschaft einer Willensbetätigung.

<sup>338</sup> So für das Zivilrecht R. BÄR, Verantwortlichkeit des Verwaltungsrates der AG, ZBJV 1970, S. 457 ff., bes. 461.

<sup>339</sup> Dem «Status» im Sinne R. LANGES; vgl. vorn Anm. 331.

<sup>340</sup> Diese Überzeugung ist mit ein Grund für meinen Vorschlag eines neuen und umfassenderen Blanketts; s. Ziff. 8.2.5 hienach.

während überzeuge, ob seine Weisung gehörig erfüllt werde. Die Praxis wird im übrigen die *Umstände*, nach denen sich der Grad der zu beobachtenden Vorsicht bestimmt, nicht bloß in den Verhältnissen des Täters (Art. 18 Abs. 3 StGB), sondern *auch* in der *Bedeutung des durch die Vorschrift geschützten Rechtsgutes* suchen müssen. Das geforderte Maß der nach den Umständen gebotenen Vorsicht ist schwerlich dasselbe, wenn der Täter den gesetzlichen Termin zur Zahlung der Sozialversicherungsbeiträge oder der Steuern verpaßt, wie wenn er die erforderlichen Vorkehrungen zur Verhinderung einer Gewässerverschmutzung nicht getroffen oder ungenügend überwacht hat<sup>340a</sup>. Ein Maßhalten bezüglich der Anforderungen an die pflichtgemäße Vorsicht ist auch geboten, damit sich unsere Rechtsordnung und Rechtspraxis *nicht in Widersprüchen bewegen*. Man scheint sich zu überlegen, ob sich *haftpflichtrechtlich* «eine strengere Haftung nicht auch unter dem Gesichtspunkt der *subjektiv ... mangelnden Einflußmöglichkeit* auf die Gefahr rechtfertigen lasse», wenn man davon ausgeht, «daß der Mensch im hektischen Rhythmus des modernen Lebens vielfach überfordert und durch allerlei störende Einwirkungen außerstande gesetzt ist, sich immer gerade so zu verhalten, wie es der legendäre, die Situation stets überblickende und besonnen einschätzende ›bonus pater familias‹ getan hätte»<sup>341</sup>. Sollen im Strafrecht andere, strengere Maßstäbe gelten und allenfalls mit welcher Begründung?

Es liegt indessen auch in *der* Frage vor allem am *Gesetzgeber*, den richtigen Weg zu weisen. Dieser Weg wäre, wie mir scheint, eine radikale *Rückbildung der sog. Fahrlässigkeitsdelikte* und – falls Strafe wirklich erforderlich ist – ein *Ausbau der Gefährdungstatbestände*<sup>342</sup>.

Die Bestrafung der Fahrlässigkeit ist in einer gewissen Hinsicht eine *Konzession ans Erfolgsstrafrecht*, namentlich wo sogenannte *unbewußte* Fahrlässigkeit vorlag<sup>343</sup>. Kaum von ungefähr wird nach Darstellung der

<sup>340a</sup> Analog der Satz in BGE 68 IV 16: «Große Gefahr verlangt ganz besondere Vorsichtsmaßnahmen.» Über die Notwendigkeit zu individualisieren und über die Gefahr, die Anforderungen zu überspannen, s. auch H. WALDER, Probleme bei Fahrlässigkeitsdelikten, ZBJV 1968, S. 161 ff., bes. 169 ff., und – über die Frage des zulässigen Schuldvorwurfs – S. 183 ff., mit Hinweisen auf Literatur und Praxis.

<sup>341</sup> P. WIDMER, Gefahren des Gefahrensatzes, ZBJV 1970, S. 289, bes. 300.

<sup>342</sup> L. FROMER pflichtete seinerzeit meinem Postulat (in MEINEM Steuerstrafrecht), von der unbesehenen Normierung von Fahrlässigkeitsdelikten abzusehen und so das Opportunitätsprinzip bedeutungslos werden zu lassen, deutlich bei; vgl. ZStrR 1954, S. 549.

<sup>343</sup> Vgl. zu dieser These schon MEIN Steuerstrafrecht, S. 85 ff., mit Hinweisen, bes. auf E. HAFTER, AT, S. 126 f., und auf O. A. GERMANN, Verbrechen, S. 88 ff., u. a. m. Nach

Regel, wie sie in Art. 333 Abs. 3 StGB ihren Ausdruck gefunden hat, meistens sogleich beschwichtigend beigelegt, selbstverständlich müsse oder solle «der Grundsatz der Schuldhaftung ... auch bei den Übertretungen gelten», der Standpunkt des Formaldelikts sei verlassen<sup>344</sup>. Erklären wir heute eine Rechtsverletzung schon bei bloßer Fahrlässigkeit als strafbar, so sollte dies der Ausdruck davon sein, daß die betreffende Verhaltensnorm wegen der hohen Bewertung des zu schützenden Rechtsgutes selbst dann (mittelbar durch Strafe) erzwungen werden muss, wenn es an einer echten schuldhaften Willensbeziehung des Täters zur Verletzung fehlt<sup>345</sup>. Trifft die gegebene Begründung der Fahrlässigkeitsdelikte zu, dann müßte sie – so sollte man meinen – auch für das Nebenstrafrecht gelten. Offenbar stimmt aber dieser Schluß nicht; denn meistens bleibt ja die Strafdrohung der Verwaltungsgesetze vor allem da toter Buchstabe, wo die Widerhandlung ein fahrlässig verübtes Bagatelldelikt ist. Mit G. STRATENWERTH<sup>345a</sup> ist unablässig zu fordern, es «sollte das Strafrecht nun tatsächlich auf solche Verhaltensweisen zurückgenommen werden, über deren Strafwürdigkeit in unserer historischen und sozialen Situation ernsthaft nicht gestritten werden kann... Im übrigen muß das Bestreben dahin gehen, die Straftatbestände so zu formulieren, daß sie möglichst das Bagatellunrecht, die geringfügige Verletzung sozialemischer oder rechtlicher Normen, gar nicht erst erfassen». Daher darf man die Notwendigkeit der grundsätzlichen Strafbarkeit fahrlässig begangener Verwaltungswidrigkeit auch nicht damit begründen, daß sich ein rein nach dem Verschuldensprinzip ausgerichtetes Verwaltungsstrafrecht, namentlich im Bereiche des Fiskalstrafrechts, nur mit verwaltungsmäßig nicht zu verantwortenden Umtrieben verwirk-

W. FRIEDMANN, *Recht und sozialer Wandel*, S. 208, taucht im Verwaltungsstrafrecht eine «Art Fahrlässigkeit ohne Verschulden» auf, wodurch bezweckt wird, «die Geschäftsleute bei Transaktionen, die eine potentielle Gefahr für die öffentliche Sicherheit darstellen, zur Einhaltung strengerer Kontrollvorschriften zu zwingen».

<sup>344</sup> Vgl. SA StenB-StGB NR, S. 551 f., sowie O. MAYER, *Verwaltungsrecht*, S. 278 f.: «... die Schuldfrage wird hier anders behandelt, als man das im ordentlichen Strafrecht gewohnt ist... Der Eindruck ist so stark, daß sogar die Ansicht zur Geltung kommen konnte: das Polizeidelikt setze überhaupt keine Schuld voraus... Wenn die Polizeistrafe besonders streng ist, so bedeutet das nur, daß der Verursacher der Polizeiwidrigkeit besonders leicht dafür angesehen wird, in Verschulden zu sein, seine Schuldigkeit nicht getan zu haben.»

<sup>345</sup> Vgl. die Tatbestände zum Schutze der Landesverteidigung und der Wehrkraft des Landes, z. B. im StGB die Art. 267 Ziff. 2 und 277 Ziff. 2, im MStG die Art. 103 Ziff. 2, 86 Ziff. 3, 87 Ziff. 4, 89 Abs. 2; vgl. sodann auch die gemeingefährlichen Delikte der Art. 221 ff. StGB.

<sup>345a</sup> Leitprinzipien der Strafrechtsreform, S. 27 f.

lichen ließe<sup>346</sup>. Nicht nur im Hinblick auf das Strafrecht als Ganzes, sondern auch – und wohl vor allem – für die Ausgestaltung des Verwaltungsstrafrechts gilt der leider allzu oft vergessene Leitsatz von THOMAS VON AQUIN: «Und deshalb verbietet das menschliche Gesetz nicht alle Laster, deren sich die Tugendhaften enthalten, sondern nur die schwereren, deren sich zu enthalten der Mehrheit möglich ist; und vornehmlich die, durch die andere Schaden erleiden und ohne deren Verbot die menschliche Gesellschaft nicht erhalten werden könnte»<sup>346a</sup>.

Es bleibt also beim *Postulat: Abbau der Fahrlässigkeitsdelikte* im Verwaltungsstrafrecht. Freilich setzt ein solcher Abbau voraus, daß bei Widerhandlung in Geschäftsbetrieben die *mangelnde Diligenz des Geschäftsherrn* im (vorn Ziff. 7.5.2) umschriebenen Sinne unter Strafe gestellt wird<sup>347</sup>.

#### 8.2.4 Nutzung des Verwaltungszwanges; im allgemeinen

Angesichts der Strafbestimmungen unserer Verwaltungsgesetze und der Rechtswirklichkeit drängt sich uns unweigerlich die unbequeme Frage auf, ob wir uns eigentlich mit all den feinen, ausgeklügelten und «perfekten», aber weitgehend «toten» Strafvorschriften auf dem richtigen Wege befinden. Sollten wir nicht (im Sinne einer Alternative) etwas weniger am Strafrecht «herumdoktern» und dafür uns wieder vermehrt auf die klassischen Mittel des Verwaltungszwanges besinnen und versuchen, sie nötigenfalls zu modifizieren und mit dem Strafrecht in Kongruenz zu bringen? Einzelne neuere Verwaltungsgesetze und Gesetzesentwürfe (vor allem im Bereiche der Technik, wie z. B. über die Rohrleitungen, die Atomenergie, den Gewässerschutz) verstanden es, die Institute des Verwaltungszwanges

<sup>346</sup> So A. VON ALBERTINI, Der Steuerbetrug im System der Steuerstrafnormen, Bern 1967, S. 18, unter Hinweis auf F. ZUPPINGER, Nach- und Strafsteuern gemäß zürcherischem Steuergesetz, Zürich 1959, S. 55. Mit einer solchen Begründung wird ungewollt weitgehend zugegeben, daß unser Fahrlässigkeitsbegriff in einem Schuldstrafrecht nicht vollständig Platz hat. Vgl. auch H. DUBS, Grenzen der Individualisierung im Strafrecht, in «Festschrift Germann», Bern 1969, der im Hinblick auf die Regeln des eidgenössischen und des kantonalen Rechts im Sinne des Art. 333 Abs. 3 StGB freimütig erklärt, dafür, daß in der Regel bei geringfügigen Straftaten des Nebenstrafrechts «zwischen Vorsatz und Fahrlässigkeit nicht zu unterscheiden ist, läßt sich außer gewichtigen, rein praktischen Erwägungen kein stichhaltiges Argument anführen» (S. 31 f.).

<sup>346a</sup> Zitiert nach J. BAUMANN, Mißlingt die Strafrechtsreform?, S. 18 f.

<sup>347</sup> Zu den eigentlichen, zahlreichen und schwierigen Problemen der Fahrlässigkeitsdelikte, denen hier nicht nachgegangen werden kann und soll, vgl. den Vortrag von H. WALDER, ZBJV 1968, S. 161 ff. und die von ihm auf S. 188 f. angegebene Literatur.

geschickt zu nutzen; aber im älteren Verwaltungsrecht und in großen und wichtigen Gebieten (z. B. im Fiskalrecht, im Recht der Sozialversicherung usw.) scheinen diese Institute fast unbekannt zu sein und liegen sie weitgehend brach.

Wir hätten uns deshalb im Bundesrecht konkret den Zwangsmitteln im Sinne von Art. 41 BVG zuzuwenden und mit den durch diese Bestimmung (und durch Art. 42 BVG) aufgeworfenen Fragen zu befassen. Bevor wir uns Einzelfragen zuwenden, sind die folgenden *allgemeinen Klarstellungen* geboten:

Z. GIACOMETTI forderte<sup>348</sup>, im Verwaltungsrecht hätten – gleich dem Grundsatz *nullum crimen et nulla poena sine lege* – die Verwaltungsrechtsätze die Übertretungen zu bezeichnen, «für welche als Sanktion Vollstreckungszwang in Frage kommen soll, und daß für die einzelne dieser Verwaltungswidrigkeiten ... lediglich solche Arten von Zwangsmitteln ergriffen werden dürfen, die die betreffende Norm hierfür vorschreibt». Dieses Postulat liegt durchaus in der Linie der von ihm stets befolgten und zu achtenden Auffassung. Dasselbe gilt, wo er auf Grund des Legalitätsprinzips die Konstruktion eines Selbsthilferechts des Gemeinwesens in der Richtung verneinte, daß in der Befugnis der Verwaltungsbehörde zur Setzung von Verwaltungsakten zugleich auch die Ermächtigung zu deren Vollstreckung im Falle von Ungehorsam erblickt werde; «wenn die Verwaltungsbehörde kraft gesetzlicher Zulassung in einem Verwaltungsakt Befehle erteilen kann, so wird sie damit nicht zugleich durch das Gesetz automatisch zur Vollstreckung des betreffenden Verwaltungsaktes bei Reitenz der Adressaten ermächtigt». Diese Lehrmeinung bezieht sich, wenn ich sie richtig verstehe, sowohl auf die *Ersatzvornahme* als auch auf die *Ungehorsamsstrafe*. Ob man ihr beipflichten kann und muß, was ich bezweifeln möchte<sup>349</sup>, braucht für das *Verwaltungsrecht des Bundes* nicht mehr entschieden zu werden; denn es besteht heute eine *generelle gesetzliche Ermächtigung der Bundesverwaltungsbehörden zum Vollstrecken ihrer Verfügungen*, nämlich in Art. 40 ff. BVG (wobei nicht verschwiegen sein soll, daß diese Ordnung nicht etwa frei von Problemen ist).

Art. 40 BVG handelt vom Zwangsmittel der *Schuldbetreibung*, die uns hier nicht interessiert. Art. 41 BVG regelt die «anderen Zwangsmittel»,

<sup>348</sup> Allg. Lehren, S. 540 f. und 549.

<sup>349</sup> Vgl. hinten bei Anm. 357 ff.; auch nach F. BENDEL, Rechtsfragen des Gewässerschutzes, S. 5, ist «das Recht (scil.: der Behörde), eine Einzelverfügung ... zu vollstrecken, ... als in der Befehlsgewalt mitenthalten zu betrachten» (Hinweis auf G. Roos, Die Vollstreckung im bernischen Verwaltungsrecht, MBVR 1947, S. 117 ff.).

um andere Verfügungen als solche auf Geldzahlung oder Sicherheitsleistung zu vollstrecken. Hier greift die Behörde nach Abs.1 zur *Ersatzvornahme* (lit.a); zu *unmittelbarem Zwang* gegen die Person des Verpflichteten oder an seinen Sachen (lit.b)<sup>349a</sup>; zur *Strafverfolgung*, soweit ein *anderes* (?) Bundesgesetz die Strafe vorsieht (lit.c); zur Strafverfolgung wegen *Ungehorsams* nach Art.292 StGB, soweit keine andere Strafbestimmung zutrifft (lit.d). Abs.2 schließt an mit der Vorschrift: «Bevor die Behörde zu einem Zwangsmittel greift, droht sie es dem Verpflichteten an und räumt ihm eine angemessene Erfüllungsfrist ein, im Falle von Absatz 1 Buchstaben c und d unter Hinweis auf die gesetzliche Strafdrohung.»

In dieser soeben wiedergegebenen und in ihrer Bedeutung und Tragweite wohl noch nicht durchwegs erkannten gesetzlichen Ordnung liegt ein – wie mir scheint – *wertvoller Kern* «*de lege ferenda*» *verborgen*, den es herauszuschälen gilt. Dabei sind der Ungehorsamstatbestand und die Ersatzvornahme von besonderem Interesse.

### 8.2.5 Ausbau des Ungehorsams-Blanketts

#### 8.2.5.1 Wesen des Blanketts

Blankettstraftatbestände wie der Ungehorsamstatbestand von Art.292 StGB genießen nicht überall einen guten Ruf<sup>350</sup>, und es wird ihnen mit Mißtrauen begegnet. Sie berühren den Grundsatz «*nullum crimen sine lege*» (Art.1 StGB). Dieser ist ganz allgemein im Interesse der Rechtsicherheit und der persönlichen Freiheit des Bürgers wichtig, und vor allem im Verwaltungsstrafrecht ist es ein hergebrachtes Postulat, daß im Gesetz genau festgelegt werde, was unter Strafsanktion verboten oder geboten ist<sup>351</sup>. Die meisten Verwaltungsgesetze enthalten – neben anderen Straftatbeständen – häufig als Generalklausel ausgestaltet<sup>352</sup> – Blankett-Straf-

<sup>349a</sup> Über den unmittelbaren Zwang s. F.BENDEL, Rechtsfragen des Gewässerschutzes, S.42ff., mit instruktiven Beispielen aus der Praxis.

<sup>350</sup> W.MÜLLER erklärt in ZStrR 1955, S.155, im neuen schweizerischen Seerecht sei «die ursprüngliche Idee einer Blankettstrafnorm ... glücklicherweise fallen gelassen» worden.

<sup>351</sup> Vgl. statt vieler O.A.GERMANN, Kommentar, Vb 3 zu Art.1 StGB; E.HAFTER, AT, S.11; M.WAIBLINGER, Die Bedeutung des Grundsatzes *nullum crimen sine lege* für die Anwendung und Fortbildung des schweizerischen Strafrechts, ZBJV 91<sup>bis</sup>/1955, S.212ff., je mit weiteren Hinweisen.

<sup>352</sup> Gegen diese Blankett-Generalklauseln wandte sich seinerzeit besonders P.NOLL, Neuere eidg. Nebenstrafgesetze ..., ZStrR 1957, S.361ff., bes. 366ff.

tatbestände, die entweder die Verletzung von noch nicht erlassenen generell-abstrakten Vorschriften untergeordneter Behörden (im Bundesrecht z.B. die Verletzung von Vorschriften bundesrätlicher Verordnungen) oder den Ungehorsam gegen inhaltlich noch nicht näher umschriebene Verfügungen von Behörden oder Beamten (oder beides) unter Strafe stellen. Diese Blankette lauten in älteren Gesetzen wie folgt: «... wer sonst gegen Vorschriften dieses Gesetzes ... oder gegen die Bestimmungen weiterer zur Alkoholgesetzgebung gehörender Erlasse und Ausführungsvorschriften verstößt, wird ... bestraft» (Art. 54 Abs. 1 Lemma 3 AlkG); oder: «... wer den Vorschriften dieser Verordnung oder den kraft Gesetzes und Verordnung getroffenen Verfügungen und Anordnungen der Eidg. Steuerverwaltung ... zuwiderhandelt», kann mit einer Geldstrafe bis zu ... belegt werden (Art. 93 lit. a der eidg. Stempelverordnung). Solche Blankette gelten im Lichte von Art. 1 StGB nicht als unzulässig und werden wohl nie ganz vermeidbar sein. Sie müssen aber stets mit ausreichenden *Garantien gegen Willkür* ausgerüstet werden (ähnlich denjenigen von Art. 292 StGB). Nach der Lehre sollte im übrigen vor allem jeweils klargemacht sein, auf welches *konkrete* Gebot oder Verbot sich die Strafandrohung bezieht<sup>353</sup>. «Je weiter das Gesetz umschreibt, was strafbar sein soll, desto mehr droht die Gefahr der Willkür unter dem Deckmantel der Legalität. ... Wo das Gesetz sehr weit gefaßte Strafvorschriften aufstellt, kann die Garantie gegen die Willkür des Richters illusorisch werden. Zwar ist auch hier der Richter an das Gesetz gebunden, dieses bildet aber tatsächlich keine Schranke mehr ...»<sup>354</sup>.

Nicht zuletzt infolge der zahlreichen, zur Gewohnheit gewordenen Blankette und infolge der Praxis des Bundesgerichtes zu Art. 292 StGB, wonach der *Strafrichter nicht zu prüfen* hat, ob die *Verfügung sachlich gerechtfertigt* war<sup>355</sup>, wurden *Stimmen laut, daß das für die Anwendung des Verwaltungszwanges maßgebende Recht sehr im argen liege*<sup>356</sup>. Es ist nicht zu bestreiten, daß ganz allgemein eine große Unsicherheit sowohl bezüglich der für den Verwaltungszwang zu Gebote stehenden *Mittel* als auch ihrer *Rangfolge* und ihrer *Konkurrenz* besteht.

<sup>353</sup> Vgl. M. WAIBLINGER, op. cit., S. 247 Anm. 1; O. A. GERMANN, Kommentar, Art. 1 StGB N. 2.12 mit weiteren Hinweisen.

<sup>354</sup> O. A. GERMANN, Der Schutz der persönlichen Freiheit im Strafrecht, in «Die Freiheit des Bürgers im schweiz. Recht», Zürich 1948, S. 266 ff.

<sup>355</sup> Vgl. die Zitate bei O. A. GERMANN, Taschenausgabe, Art. 292 StGB; vgl. in diesem Zusammenhange G. ROOS, Die verwaltungsrechtliche Seite der Ungehorsamsstrafe des Art. 292 StGB, ZBJV 1943, S. 481 ff.

<sup>356</sup> So HANS HUBER, Grundrechte und Polizeigewalt, ZBl 1952, S. 239.

Abzulehnen (und richtigzustellen) ist indessen die radikale Auffassung Z. GIACOMETTIS<sup>357</sup>, im Rechtsstaat könne die Behörde lediglich dann in ihren Verwaltungsakten den Ungehorsam gegen diese Verfügungen usw. mit den in der Blankettstrafnorm von Art. 292 StGB oder des Spezialgesetzes vorgesehenen Strafe androhen, wenn ein Rechtssatz sie zur Aufnahme einer solchen Strafandrohung in ihre Verfügungen ermächtigt, weil sonst das Legalitätsprinzip nur in seinem Gebot «nulla poena sine lege» gewahrt wäre, hingegen nicht auch im Gebot «nullum crimen sine lege»<sup>358</sup>. Es ist eben gerade der Sinn von Blanketten, den Behörden und Beamten Mittel in die Hand zu geben, nötigenfalls durch Androhung von Sanktionen ihre Verfügungen zu erzwingen<sup>359</sup>; eine Verfügung, die ein Tun, Unterlassen oder Dulden gebietet, darf die Behörde ohnehin nur unter der Voraussetzung erlassen, daß sie zuständig ist, daß das angestrebte Ziel dem Gesetz entspricht und daß die Verfügung zur Verwirklichung des Gesetzes erforderlich ist (vgl. auch Art. 5 und 7 BVG).

Die vorstehende Kritik an der Lehre Z. GIACOMETTIS bedeutet nun freilich nicht, daß bezüglich der Blankette unseres Rechts alles zum besten bestellt wäre. Auf die Frage der Gesetzeskonkurrenz, die noch da und dort in der Gesetzgebung und in der Praxis herumgeistert, braucht hier nicht näher eingetreten zu werden<sup>360</sup>; es ist im übrigen klar, daß – wie Z. GIACOMETTI a.a.O. richtig festhält – Blankette «als *leges generales* nur subsidiäre Geltung» haben, «also allein in dem Falle zur Anwendung (kommen), daß der Ungehorsam ... nicht bereits Tatbestand eines besonderen Gesetzes ist, worin er mit Strafe angedroht wird»<sup>361</sup>.

<sup>357</sup> Allg. Lehren, S. 548 f.; s. auch vorn bei Anm. 348.

<sup>358</sup> Z. GIACOMETTI meint (m.E. irrtümlich), bei THORMANN/OVERBECK, Bd. 2, S. 413, Anm. zu Art. 292 StGB, dieselbe Auffassung vertreten zu sehen, führt aber sogleich die «andere Ansicht» von E. HAFTER, BT, S. 727, und von BGE 46 I 201 ff. an.

<sup>359</sup> O. A. GERMANN, Taschenausgabe, Bemerkungen zu Art. 292 StGB.

<sup>360</sup> Diese Frage läßt sich jedenfalls nicht auf *dem* Wege lösen, daß man – beispielsweise – mit F. BENDEL (Rechtsfragen des Gewässerschutzes, S. 117 f. und bes. 123 f., je in Verbindung mit S. 24 und 53 ff.) danach fragt, ob eine «echte», eine «eigentliche Strafe» oder eine «Ungehorsamsstrafe nach Art. 292 StGB» vorliege. Es gibt keine «unechte» Strafe. Auch die sogenannte *Beuge- oder Kompulsiv-Strafe* ist eine *echte Strafe* (s. BGE 74 IV 105 und hinten Anm. 392 mit Hinweis auf die Lehrmeinungen Z. GIACOMETTIS und A. GRISELS); vgl. dazu auch das von O. A. GERMANN, Taschenausgabe, bei Art. 292 zitierte Urteil des Obergerichts Zürich betr. mehrfache Strafe auf Grund der Verfügung, ein Konkubinat aufzuheben, in SJZ 1962, S. 319 ff., und die in diesem Urteil zitierte Literatur und Judikatur, bes. BGE 73 IV 255.

<sup>361</sup> Daher sind die früher beliebten Einschießel in die Blankette, wie z. B. im alten Art. 51 Abs. 1 BSpG, wer den Vorschriften dieses Gesetzes zuwiderhandle, werde, «sofern

Die Blankette der neueren Verwaltungsgesetze lehnen sich (im Gefolge der Arbeiten am VStR) zunehmend an die Formel von Art. 292 StGB an. So lautet beispielsweise Art. 38 Abs. 1 des Entwurfs zum neuen Gewässerschutzgesetz<sup>362</sup>: «Wer in anderer Weise vorsätzlich diesem Gesetz oder den gestützt hierauf erlassenen Vorschriften oder einer entsprechenden unter Hinweis auf die Strafdrohung dieses Artikels an ihn gerichteten Einzelverfügung zuwiderhandelt, wird ... bestraft.»

#### 8.2.5.2 Neubeurteilung des Blanketts im Lichte der ausgebauten Verwaltungsrechtspflege

Die neue Blankett-Formel ist heute insofern, als sie den Ungehorsam gegenüber einer behördlichen Verfügung unter Strafe stellt, im Bunde und in vielen Kantonen rechtsstaatlich unbedenklich. Die sich im konkreten Falle stellende Frage, ob überhaupt ein Ungehorsam vorliege, erscheint nunmehr in einem anderen Lichte als noch vor einigen Jahrzehnten, seitdem im Bund und in vielen Kantonen eine ausgebaut Verwaltungsggerichtsbarkeit besteht. Seinerzeit blieb dem Bürger oft kein anderer Weg offen, um die Rechtmäßigkeit eines Verwaltungsaktes durch einen unabhängigen Richter überprüfen zu lassen, als ungehorsam zu sein und abzuwarten, ob ihn die verfügende Verwaltung strafe oder direkt dem Strafrichter überweise, und ob der Strafrichter (entgegen der bundesgerichtlichen Praxis) die Rechtmäßigkeit des Verwaltungsaktes oder -verfahrens überprüfe. Aus der seinerzeit unvollkommen ausgebauten Verwaltungsggerichtsbarkeit erklären sich die Lehrmeinungen, die verlangten, im Falle eines auf Grund von Art. 292 StGB angehobenen Strafverfahrens habe der Strafrichter die Rechtmäßigkeit des mit der Androhung der Ungehorsamsstrafe bewehrten Verwaltungsaktes zu überprüfen<sup>363</sup>. Heute kann der von der Verfügung mit Strafandrohung Betroffene – zumindest im Bund – in der Regel den Weg der Verwaltungsgerichtsbeschwerde ans Bundesgericht beschreiten und so die *Rechtmäßigkeit der Verfügung* abklären lassen, und zwar *umfassend als Hauptfrage*, unter den in Art. 104

nicht eine nach Artikel 46 oder 47 strafbare Handlung vorliegt» (Vergehenstatbestände!), mit einer Ordnungsbuße bestraft, unnötig und verfehlt.

<sup>362</sup> BBl 1970 II, S. 425.

<sup>363</sup> So M. IMBODEN, Schweizerische Verwaltungsrechtsprechung, Nr. 363 betr. Art. 292 StGB, Bemerkungen Ziff. I: Die vom Bundesgericht ursprünglich in BGE 73 IV 256 angenommene «Einengung des dem Strafrichter zustehenden Nachprüfungsrechtes ist nicht haltbar». Vgl. demgegenüber das Urteil des Obergerichts des Kantons Aargau, vom 4. Februar 1966 in ASA Bd. 35, 1966/67, S. 198, dessen Abstützung auf Art. 305 Abs. 2 BStP mir allerdings als fragwürdig erscheint.

und 105 OG umschriebenen Voraussetzungen sogar auf Angemessenheit und auf die Feststellung des Sachverhalts hin, also nicht bloß im Strafverfahren als fremdrechtliche Vorfrage. Unterläßt heute ein Verfügungsbetroffener die Verwaltungsgerichtsbeschwerde und verharret er gleichwohl im Ungehorsam, so bleibt nicht nur für die von M. IMBODEN postulierte akzidentelle strafrichterliche Überprüfung der materiellen Richtigkeit der Verfügung schwerlich noch ein Raum<sup>364</sup>, sondern ist auch der Ungehorsam verschuldensmäßig schwerer zu werten.

#### 8.2.5.3 Ausbau der Verwaltungsrechtspflege und Abbau der «Vielstraerei»

Der Ausbau der Verwaltungsgerichtsbarkeit im Bund<sup>365</sup> und der schon zitierte Art. 41 Abs. 2 BVG lassen die Frage zumindest nicht als abwegig erscheinen, ob nicht eigentlich zahlreiche Übertretungstatbestände des Verwaltungsstrafrechts des Bundes ohne irgendwelchen Schaden ausgemerzt werden könnten. Wäre es nicht möglich und angezeigt, so lautet die Frage, überall da, wo nicht ein gesetzwidriges Verhalten des Normadressaten unbedingt und ohne jeden Zweifel unmittelbar unter Strafe gestellt werden muß, also eine vorangehende behördliche Mahnung oder Aufforderung den mit der Verhaltensnorm verfolgten Zweck vereiteln oder in untragbarem Ausmaße gefährden würde, es zunächst bei der Verhaltensnorm bewenden zu lassen? Wird diese Norm nicht befolgt, so verfährt die Behörde in der Weise, daß sie durch eine formrichtig eröffnete Verfügung<sup>366</sup> den Bürger auffordert, seine gesetzliche Pflicht zu erfüllen. Bleibt die rechtskräftig gewordene Verfügung unerfüllt<sup>367</sup>, so hat die Behörde gemäß Art. 41 Abs. 2 BVG dem Verpflichteten die (im entsprechend formulierten Blankett vorgesehene) Strafe anzudrohen und eine angemessene Erfüllungsfrist einzuräumen<sup>368</sup>. Insofern könnte man dann, mit E. BLU-

<sup>364</sup> Vgl. in diesem Zusammenhang das zu Art. 63 Abs. 4 StG und Art. 305 Abs. 2 BStP ergangene Urteil in BGE 72 IV 81 und die zustimmende Kritik M. WAIBLINGERS in ZBJV 1948, S. 483f.

<sup>365</sup> BG vom 20. Dezember 1968, AS 1969, S. 767; neue Art. 97ff. OG.

<sup>366</sup> Art. 34ff. BVG; BGE 90 IV 81.

<sup>367</sup> Vgl. auch M. IMBODEN, a.a.O. Bemerkung II, d.

<sup>368</sup> Mit einer solchen Lösung wäre auf weite Strecken auch das leidige *Problem des Verbotsirrtums* gelöst, ließen sich ohne Bedenken die *Fahrlässigkeitsdelikte verringern* (vgl. vorn Ziff. 8.2.3 sowie das Urteil des Obergerichts Solothurn vom 26. Mai 1966, ASA Bd. 35, 1966/67, S. 203 Erw. 4, wo erklärt wird, die zweite Weigerung grenze an Renitenz) und ergäbe sich Klarheit in der Frage «*ne bis in idem*» (vgl. dazu BGE 74 IV 105 mit Hinweisen auf E. HAFTER, O. A. GERMANN).

MENSTEIN<sup>369</sup> von einem *indirekten Vollzugsmittel* sprechen<sup>370</sup>. Ob sich die Frage positiv beantworten läßt und ob auf diesem Wege tatsächlich ein Abbau der «Vielstraferei» möglich ist, bedarf noch sehr sorgfältiger, umsichtiger und fachkundiger Prüfung. Möglicherweise wäre – was von diesem oder jenem als Nachteil angesehen würde, aber in Kauf genommen werden darf – mit einem im Verwaltungsstrafrecht bisher für ein Blankett etwas ungewohnten weiten Strafraumen zu rechnen. Voraussichtlich dürfte aber die Übertretungsstrafe von Art. 292 StGB (Buße, evtl. Haft) genügen, die das Gleichbehandlungsinteresse, nach P. NOLL<sup>371</sup> «wohl überhaupt der wesentlichste Grund für den Primat des Gesetzes», schwerlich gefährden würde.

Wenn als Versuchsmodell zunächst der Art. 62 VStG gewählt wird, so ist dieses Beispiel vielleicht nicht in allen Teilen zweckmäßig; denn die *Verrechnungssteuer* ist (wie die Warenumsatzsteuer und die eidg. Stempelabgaben) eine sogenannte selbstveranlagte Steuer, d.h. es werden dem Steuerpflichtigen, den die Steuerverwaltung in der Regel zunächst gar nicht kennt, eine Reihe spontan zu erfüllender Pflichten auferlegt, vor allem die Anmeldepflicht<sup>372</sup>. Gleichwohl könnte Art. 62 Abs. 1 VStG in verschiedener Hinsicht erleichtert werden: So wäre zu überlegen, ob in lit. a die Verletzung der «Pflicht ... zur Einreichung von Steuererklärungen, Aufstellungen und Abrechnungen, zur Erteilung von Auskünften und zur Vorlage von Geschäftsbüchern und Belegen» als besonderer Straftatbestand unbedingt erforderlich ist, oder ob die Verhaltensnormen

<sup>369</sup> Verwaltungstätigkeit, S. 122.

<sup>370</sup> Eine derartige Lösung wäre, zumindest im Bundesverwaltungsrecht, keineswegs neu; nach Art. 42 Abs. 1 MPG wird «der Ersatzpflichtige, der die Ersatzabgabe schuldhafterweise, ungeachtet vorausgegangener Verwarnung, nicht innert der ... zweiten Nachfrist bezahlt, ... mit Haft bis zu zehn Tagen bestraft» (über die Begründung dieses Sonderfalles der Strafe wegen Nichtbezahlung einer nach SchKG eintreibbaren öffentlich-rechtlichen Geldforderung vgl. MEIN Steuerstrafrecht, S. 43 ff.).

<sup>371</sup> Gesetzgebungstechnik, S. 169 f.

<sup>372</sup> Der Steuerpflichtige hat bei Fälligkeit der Steuer im übrigen, auch wenn er seine Anmeldung pflichtwidrig unterlassen hatte, ohne vorgängige amtliche Aufforderung die vorgeschriebene Abrechnung mit den Belegen einzureichen und gleichzeitig die von ihm selber berechnete Steuer zu entrichten; vgl. Art. 38 Abs. 2 VStG und W. R. PFUND, Die eidg. Verrechnungssteuer, Teil I, Basel 1971, N. 1.1 zu Art. 16 mit Hinweisen, insbes. auf E. BLUMENSTEIN, System des Steuerrechts, 2. Aufl. Zürich 1951, S. 289 und 321 ff., sodann – betr. die Warenumsatzsteuer – das Urteil des Bundesgerichts in ASA Bd. 24, 1955/56, S. 485 ff., und W. WELLAUER, Warenumsatzsteuer, Basel 1959, N. 144 und 153.

von Art. 38 Abs. 2 und 39 (Auskunfts- und Vorlagepflicht) in Verbindung mit dem Blankett genügen würden<sup>373</sup>. Mutmaßlich wären auch die Tatbestände von lit. f «Pflicht zur ordnungsgemäßen Führung der Geschäftsbücher» (vgl. Art. 39 Abs. 1 lit. b VStG) und von lit. g betr. die Behinderung einer ordnungsgemäßen Buchprüfung (vgl. Art. 40 Abs. 2 VStG) entbehrlich.

Die Fachleute könnten sich vielleicht einmal – immer auch mit Rückschau auf die «unterlassenen» Strafverfahren – fragen, für welche Tatbestände von Art. 47 Abs. 1 Ziff. 1–8 des *Getreidegesetzes* oder von Art. 46 Abs. 1 lit. b–l des BSpG (alte und neue Fassung) ein Blankett der vorstehend umschriebenen Art genüge.

Freilich ist gegenüber dem Vorschlag, die ausdrücklich umschriebenen Straftatbestände soweit möglich fallenzulassen oder durch ein Blankett zu ersetzen, vor allem der Einwand zu gewärtigen, alle die ausdrücklichen *Strafbestimmungen* erfüllten die wichtige *Funktion des psychologischen Zwanges*, der Abschreckung. Es wäre unzulässig, ohne genauere Abklärung diesen Einwand als berechtigt anzuerkennen oder als unberechtigt abzulehnen. Man wird im Sinne einer *vorläufigen* Antwort wohl etwa folgendes entgegenhalten dürfen: «Die Tat, auf die sich die Strafe bezieht, muß nach *lebendigem* sittlichem Urteil verwerflich sein»<sup>374</sup>. Dieses leben-

<sup>373</sup> Abgesehen davon werden heute die AG und GmbH, ähnlich wie die Genossenschaften, regelmäßig zum Einreichen der Abrechnungen aufgefordert; vgl. W. R. PFUND, op. cit. N. 3.3 Abs. 2 zu Art. 16. Und weiter: Verheimlicht die AG während der Buchprüfung eine verdeckte Gewinnausschüttung, die nach Art. 21 Abs. 2 VStV spontan zu deklarieren gewesen wäre, so liegt eine Hinterziehung, evtl. ein Steuerbetrug im Sinne von Art. 61 VStG vor und bedarf es des erwähnten Gefährdungstatbestandes von Art. 62 Abs. 1 lit. a VStG nicht. Wegen nicht deklarierten verdeckten Gewinnausschüttungen, die anhand der Buchhaltung und einer Buchprüfung ohne weiteres festgestellt werden können, führt die Eidg. Steuerverwaltung in der Regel kein Strafverfahren durch; vgl. W. R. PFUND, op. cit. N. 3.53 zu Art. 4 mit Hinweis auf «Steuerdelikt», S. 22.

<sup>374</sup> E. SCHMIDHÄUSER, Vom Sinn der Strafe, S. 63, Hervorhebung von mir. In diesem Zusammenhange sind auch beachtlich die Worte SALVADOR DE MADARIAGAS im Artikel «Zwang und Freiheit» (NZZ Nr. 3274 vom 31. Juli 1969): «In einer geordneten Gesellschaft bedarf es weder der Polizei noch einer anderen öffentlichen Gewalt, damit der Bürger seine Steuererklärung ausfüllt und seine Steuern bezahlt. Aber die Erfüllung der Steuerpflicht erfolgt nur deshalb, weil ein gesetzlicher Zwang dahinter steht und weil der moralische Druck bewirkt, daß man ohne Zwangsmaßnahmen seine Steuern entrichtet. In einem freien Land wird der Zwang in dieser Form durchaus akzeptiert, so daß das Recht jene Form angenommen hat, die keine Zwangsmaßnahmen erfordert.» In der gleichen Richtung gehen die Worte von

dige sittliche Urteil wird man im Falle eines *offenkundigen Ungehorsams* gegen eine mit Strafandrohung bewehrte gesetzesgemäße behördliche Verfügung meistens bejahen dürfen, bestimmt eher als bezüglich der heute «geltenden» unzählbaren (schlafenden) Straftatbestände des Nebenstrafrechts, die so unübersehbar und uneinheitlich sind, daß der etwas ferner Stehende überhaupt keine Beziehung zu ihnen hat. Daher könnte gegen das neu konzipierte Blankett auch nicht mehr der Vorwurf erhoben werden, es besitze «kein ... Vorfeld des allgemein ersichtlich Rechtswidrigen» und sei somit zu weit gefaßt<sup>375</sup>. Auf dem Wege eines gewandelten Blanketts würde endlich der Mangel ausgeschaltet, der zahlreichen Verwaltungsübertretungen anhaftet und den R. LANGE mit folgenden Worten umschreibt: «Ordnungswidrigkeiten beziehen sich auf Rechtsgüter nicht als deren Verletzung, sondern allenfalls als entfernte und abstrakte Gefährdung<sup>376</sup>. In der Rechtsfigur des abstrakten Gefährdungsdelikts steckt aber auf den Einzelfall bezogen ein Element der Fiktion. Und diese ist im Kriminalstrafrecht unzulässig.» Es wäre daher auch der (ansonst berechnete) Vorwurf nicht als richtig anzuerkennen, daß das «neue» Blankett das Strafgesetz allzu sehr auflockere und dem Richter nicht die vom Gesetzgeber aufzustellenden entscheidenden Wertmaßstäbe an die Hand gebe<sup>377</sup>. Es genügt, daß der Zwang zur Verfügung steht; *Zwangsmaßnahmen* sind – wie SALVADOR DE MADARIAGA richtig erkannte – in den wenigsten Fällen erforderlich. An den Gesetzgeber richtete schon F. VON SCHILLER den Doppelvers: «Setzet immer voraus, daß der Mensch im ganzen das Rechte will; im einzelnen nur rechnet mir niemals darauf.»

#### 8.2.6 *Belegung der Ersatzvornahme*

Neben den Verhalten, die weder in natura erzwingbar sind (wie die Pflicht, als Zeuge auszusagen) noch sogenannte höchst persönliche Leistungen betreffen, die also bei Ungehorsam des Verpflichteten bestenfalls

Bundesrat NELLO CELIO, der anlässlich einer Pressekonferenz über die Steueramnestie hervorhob (NZZ Nr. 569 vom 16. September 1969), die echte Funktionsfähigkeit unserer Demokratie beruhe aber nicht in erster Linie auf Zwang, sondern vor allem auf gegenseitigem Vertrauen.

<sup>375</sup> Vgl. zu diesem Beurteilungskriterium P. NOLL, Gesetzgebungstechnik, S. 169.

<sup>376</sup> Das Rätsel Kriminalität, S. 53; vgl. auch MEIN Steuerstrafrecht, S. 68 ff., mit Hinweisen.

<sup>377</sup> Vgl. in diesem Zusammenhang L. H. BURCKHARDT, Über den Grundsatz «nullum crimen sine lege» im amerikanischen Strafrecht, sowie R. LANGE, Grundfragen der deutschen Strafrechtsreform, ZStrR 1955, S. 113 ff., bes. 119 Anm. 2, und S. 373 ff., bes. 375, 380 und 392.

*mittelbar* – durch Strafe, Beugehaft – «erzwungen» werden können, gibt es Obliegenheiten, die «*in natura*» *erzwungen* werden können, sei es (nach Art. 41 Abs. 1 lit. b BVG) durch unmittelbaren Zwang gegen die Person des Verpflichteten (Ausweisung, Impfung) oder an seinen Sachen (Beschlagnahme und Einziehung, Anbringen von Sicherheitseinrichtungen), sei es, weil eine vertretbare Handlung verlangt ist, die auch durch einen Dritten erbracht werden kann, auf Grund der sogenannten Ersatzvornahme (Art. 41 Abs. 1 lit. a BVG).

#### 8.2.6.1 Theorie und Praxis der Ersatzvornahme

Die Ersatzvornahme führt in der *verwaltungsrechtlichen* Literatur und – bis vor kurzer Zeit – auch in der Praxis<sup>378</sup> ein Aschenbrödel-dasein. In den Lehrbüchern wird für sie in der Regel nicht viel Platz aufgewendet<sup>379</sup>.

In der *Strafrechtsliteratur* halten wir vergeblich nach der Ersatzvornahme Ausschau. Das ist zwar nicht zu verwundern, aber – zumindest im Lichte der Strafrechtstheorie W. BURCKHARDTS – zu bedauern. Grundsätzlich nämlich scheint mir – jedenfalls für das Verwaltungsrecht und ganz besonders für dasjenige des modernen sozialen Rechtsstaates – die von W. BURCKHARDT<sup>380</sup> vertretene Auffassung noch immer als richtig, die

<sup>378</sup> Ausgenommen derjenigen der Bau- und der Feuerpolizei: Entrümpelung durch Ersatzvornahme, vgl. ZBl 1969, S. 54 ff.; s. auch M. IMBODEN, Verwaltungsrechtsprechung, Nr. 364.

<sup>379</sup> O. MAYER, S. 293–296, «übersetzt» die zivilprozessuale Zwangersatzvornahme in das polizeiliche Zwangsvollstreckungsverfahren und zitiert zu den verschiedenen mit der Ersatzvornahme zusammenhängenden Fragen rund ein halbes Dutzend Urteile. F. FLEINER, S. 220 f., behandelt die Ersatzvornahme im Raume einer halben Seite und nennt drei Urteile. E. RUCK, S. 131 ff., widmet dem Institut drei Seiten, Z. GIACOMETTI, S. 567 f., etwa anderthalb Seiten (mit Beispielen aus der Gesetzgebung), und bei E. BLUMENSTEIN, Verwaltungstätigkeit, S. 119 f., genügt eine halbe Seite. Bei H. J. WOLFF, Bd. III, S. 283, und A. GRISEL, S. 333, sind es sogar bloß einige Zeilen. M. IMBODEN, Schweizerische Verwaltungsrechtsprechung, Nr. 364, erläutert die Ersatzvornahme anhand eines Urteils des Bundesgerichts (ZBl 1958, S. 557 ff.) und von vier kantonalen Entscheiden in Bemerkungen von rund einer halben Seite. Bei R. VON WERRA, Handkommentar zum Walliser Verwaltungsverfahren, Bern 1967, sowie O. BACHOF, Verfassungsrecht, Verwaltungsrecht, Verfahrensrecht, Bd. II, Tübingen 1967, habe ich die Ersatzvornahme überhaupt nicht erwähnt gefunden, bei F. GYGI, Verwaltungsrechtspflege und Verwaltungsverfahren im Bund, Bern 1969, bloß für den Hinweis auf Art. 41 Abs. 1 lit. a BVG.

<sup>380</sup> Organisation der Rechtsgemeinschaft, 2. Aufl., S. 275 ff.; Methode und System des Rechts, S. 124; Einführung in die Rechtswissenschaft, S. 176; s. auch E. HAFTER, AT, S. 8 und 9, und O. A. GERMANN, Schutz der persönlichen Freiheit im Strafrecht, in <Die Freiheit des Bürgers im schweizerischen Recht>, Zürich 1948, S. 268.

ich seinerzeit<sup>381</sup> wie folgt zusammenfaßte (nun aber freilich etwas differenzieren möchte): «Was die Verwaltungsbehörde in concreto erzwingen kann, soll nicht deshalb unerzwungen bleiben, weil der Täter immer noch bestraft werden kann. Die mit Strafe bedrohte Übertretung einer Norm darf und soll, wo es möglich ist, verhindert werden; denn die Strafe ist nur Ersatz für die versagende Erzwingung des eigentlich gebotenen Gehorsams. Solange die Erzwingung der primären Pflicht betrieben wird, kann nicht wegen Verletzung der Pflicht bestraft werden, und umgekehrt: wenn einmal die Strafe wegen Verletzung der Pflicht ausgesprochen worden ist, kann nicht noch die Erfüllung der Pflicht erzwungen werden» (insbesondere der letzte Satz ist wohl etwas zu apodiktisch gehalten). Z. GIACOMETTI hält zwar (S. 543, N. 10) W. BURCKHARDT entgegen, das Überwiegen der Strafe gegenüber dem Zwang als verwaltungsrechtliche Unrechtsfolge sei «rechtsstaatliche Realität». Man wird in der Tat dieses Überwiegen der Strafe als Realität ansprechen müssen; sie beruht aber kaum auf rechtsstaatlichen Überlegungen, sondern ganz einfach darauf, daß das *Strafen einfacher und bequemer* ist als z. B. eine Ersatzvornahme, ganz besonders dann, wenn die Strafkompetenz bei der Verwaltung liegt.

#### 8.2.6.2 Probleme der Ersatzvornahme

Es ist ausgeschlossen, im Rahmen dieses Referates die Ersatzvornahme und ihr Verhältnis zur Strafe umfassend und abschließend zu behandeln. Wichtig scheint mir, dieses Problem und einige weitere Teilfragen hier aufzuwerfen und zur Diskussion zu stellen, in der Hoffnung, daß bald jemand sich dieses wichtigen, interessanten und noch weitgehend unerschlossenen Gebietes annehmen werde.

Als Programmpunkte und vorläufige Gedanken sei etwa folgendes festgehalten:

Treffend sagte P. NOLL in seinem Zürcher Referat folgendes<sup>382</sup>: «Schadenersatz wird geschuldet, weil ein Schaden angerichtet wurde und damit er wiedergutmacht wird. Mit der Strafe dagegen wird der Strafgrund nicht behoben, die Rechtsgüterverletzung nicht rückgängig gemacht.» Seit Jahren scheinen wir diese Tatsache überall als unabänderlich hinzuneh-

<sup>381</sup> In MEINEM Steuerstrafrecht, S. 41.

<sup>382</sup> Neue Wege und alte Widerstände in der deutschen Strafrechtsreform, ZStrR 1970, S. 1 ff., bes. 7.

<sup>383</sup> Meistens denken wir nicht einmal an den mit der Strafe verfolgten Zweck und an ihren Vollzug. In dieser Hinsicht die Geister und den Gesetzgeber wachgerüttelt zu haben, ist eines der Verdienste der Verfasser des AE.

men; mit dem Verhängen der Strafe ist in der Regel «der Fall erledigt»<sup>383</sup>. Es erscheint jedoch nicht nur als vernünftig, sondern vor allem auch im Sinne der Rechtsidee, der Rechtsverwirklichung als geboten, wo immer es möglich ist, die *Rechtsgüterverletzung zu beheben*<sup>384</sup>. Eine Reihe neuerer Verwaltungsgesetze, die dem Umweltschutz (im weiten Sinne) dienen sollen, sehen daher die Ersatzvornahme ausdrücklich vor: So bestimmt Art. 39 Abs. 2 des BG vom 23. Dezember 1959 über die friedliche Verwendung der Atomenergie und den Strahlenschutz<sup>385</sup> – freilich noch eher bei-läufig und versteckt –, nötigenfalls könne die zuständige Stelle «auf Kosten des Inhabers alle Schutzmaßnahmen treffen oder treffen lassen, die dieser trotz Mahnung nicht innert Frist selbst ergreift». Das Rohrleitungsgesetz vom 4. Oktober 1963<sup>386</sup> bestimmt in Art. 47 Abs. 1 (mit dem Marginale «Verwaltungsmaßnahmen») schon deutlicher: «Wird eine Verfügung der Aufsichtsbehörde nach vorausgegangener Mahnung nicht innert der festgesetzten Frist befolgt, so kann sie die Aufsichtsbehörde unbeschadet der Einleitung oder des Ausganges eines Strafverfahrens auf Kosten des Säumigen durchführen oder durchführen lassen.» Großes Gewicht legt der Entwurf vom 26. August 1970 zu einem neuen Gewässerschutzgesetz<sup>387</sup> auf die Ersatzvornahme; sein Art. 3 Abs. 2 verpflichtet sogar den Bundesrat nötigenfalls zu Ersatzvornahmen auf Kosten der (mit dem Gesetzesvollzug betrauten) säumigen Kantone, und nach Art. 7 können «die Kantone ... die von ihnen angeordneten Maßnahmen erzwingen und nötigenfalls auf Kosten der Pflichtigen selber durchführen».

Soweit *Verwaltungsbehörden des Bundes* der Gesetzesvollzug obliegt, sind sie durch Art. 41 Abs. 1 lit. a BVG zur Androhung und Anordnung einer Ersatzvornahme *ausdrücklich kompetent erklärt*; es bedarf keiner besonderen Ermächtigung in einem Spezialgesetz. Die ausdrückliche gesetzliche Ermächtigung zur Ersatzvornahme wäre indessen, streng genommen, nicht vonnöten gewesen, sondern die behördliche Befugnis, sie anzuordnen, ist

<sup>384</sup> Daher habe ich sehr erhebliche Zweifel an der von F. BENDEL (Rechtsfragen des Gewässerschutzes, S. 29) vertretenen Auffassung, die Ersatzvornahme sei «nicht ... tunlich, wenn der Pflichtige deren Kosten nicht tragen kann»; im von BENDEL angeführten Beispiel gibt es m. E. nur zwei Alternativen: Bau der Kläranlage auf Kosten des neuen Betriebsinhabers B oder Betriebsschließung – die «Sauberkeit» des Abwassers darf doch nicht davon abhängen, ob sich der alte Betriebsinhaber gegenüber dem neuen vertraglich verpflichtete, den Bau zu besorgen, und daß er nun diese Verpflichtung wegen Zahlungsunfähigkeit nicht zu erfüllen vermag.

<sup>385</sup> AS 1960, S. 541.

<sup>386</sup> AS 1964, S. 99.

<sup>387</sup> BBl 1970 II, S. 425 ff.

*in der Kompetenz zum Gesetzesvollzug enthalten.* «Verpflichtet das Gesetz den Privaten zu einer bestimmten Handlung, so ist damit die Behörde zugleich zur Anordnung der Ersatzvornahme ermächtigt, <da dem Pflichtigen nicht etwas Neues auferlegt wird, sondern nur die Erfüllung des bereits als pflichtgemäß Festgestellten durchgesetzt werden soll> (SOGE 1953 S. 34). Das Recht zur Ersatzvornahme ist, <die natürliche Folge einer Verwaltungsmaßnahme>...»<sup>388</sup> Wer sich diese Rechtslage einmal so richtig bewußt gemacht hat, der wird sich fragen, weshalb eigentlich noch der Ruf am letztjährigen Juristentag erforderlich war: «<Wann endlich> – so könnte man mit EMIL EGLI ausrufen – <werden schlecht besorgte Lastwagen, die mit schwarzen, kanzerogenen Abgasfahnen ... durch Wohnquartiere ... jagen, von Besitzern, Bau- und Polizeiämtern als nicht mehr tragbare Rücksichtslosigkeit und gesundheitliche Gefahr taxiert?> Wann endlich! – die Frage ließe sich hundertfach variieren, im Hinblick auf Luftvergiftung, auf Gewässerverschmutzung jeder Art, auf Lärmquellen aller Gattung»<sup>389</sup>. Deutlich führte H. MERZ in derselben Präsidialadresse (S. 850) unter Hinweis auf die Botschaft zum neuen Gewässerschutzgesetz aus: «Verfassungsgrundlagen sind nur ein erster Schritt, und auch Ausführungsgesetze bedürfen der wirklichen Ausführung, d.h. der Durchsetzung. In der bundesrätlichen Botschaft werden die <Unzulänglichkeiten des gegenwärtigen Rechtszustandes> zwar mit Zurückhaltung, aber doch deutlich genug geschildert: Fehlende Bestimmungen, nicht ausgeübte Kompetenzen, nicht angewendete Normen.»

Freilich scheint es ab und zu «mutige» Behörden zu geben, die von der Ersatzvornahme Gebrauch machen<sup>389a</sup>. Aber sie verursacht eben mehr Mühe und Ärger als die im allgemeinen problemlos zu verhängenden Kompulsivstrafen. Dabei wird in der Regel geflissentlich übersehen, daß

<sup>388</sup> M. IMBODEN, a.a.O. und das dort zitierte Bundesgerichtsurteil; im gleichen Sinne auch P. SALADIN in ZSR 1966 I, S. 462, anlässlich der kritischen Würdigung des in Anm. 394 hienach zitierten BGE 91 I 295.

<sup>389</sup> H. MERZ in ZSR 1970 II, S. 853.

<sup>389a</sup> BRAUNSCHWEIGER/CAFLISCH/JUNG erklären in ihrer Gemeinschaftsarbeit <Die neuen Vorschriften für das Verwaltungsverfahren und die Verwaltungsrechtspflege im Bund und ihre Auswirkungen auf die von der Eidg. Steuerverwaltung betreuten Abgaben> (ASA Bd. 39, 1970/71, S. 353 ff., bes. 360), Ersatzvornahmen seien bisher für das Steuerverfahren kaum in Betracht gezogen worden; sie geben nun aber im Blick auf Art. 41 BVG «zu erwägen, bei einem säumigen Steuerpflichtigen anzuordnen, seine Buchhaltung sei durch eine von der EStV bezeichnete Treuhandstelle nachzuführen oder seine rückständigen Steuerabrechnungen seien durch ein Treuhandbüro zu erstellen, beides selbstverständlich auf Kosten des Steuerpflichtigen».

die übliche Übertretungsbuße, selbst wenn sie als Kompulsivstrafe wiederholt und mit gesteigerten Beträgen verhängt wird, «per saldo» den Betroffenen im Durchschnitt wohl billiger zu stehen kommt als die Herstellung des gesetzesgemäßen Zustandes (das Außerbetriebsetzen des ausgedienten und das Anschaffen eines neuen Lastwagens; das Erstellen einer Kläranlage usw.). Hier offenbart sich die *Problematik* der von der Praxis über die *Rangordnung der Sanktionen* entwickelten Grundsätze<sup>390</sup>.

Es ist an der Zeit, die unter ganz anderen, noch «friedlichen» Umständen gewachsene Praxis gründlich zu überdenken, wonach die «Verwaltungsbuße» (= Ordnungsbuße) die mildeste und daher im Sinne der *Verhältnismäßigkeit von Zweck und Mittel* stets primär anzuwendende Form des Verwaltungszwanges sein soll<sup>391</sup>.

Einer ebenso gründlichen Überprüfung wert wäre die Frage, ob eine *Strafe wegen Ungehorsams und eine Ersatzvornahme (simultan) kumuliert* werden können, was M. IMBODEN (a.a.O.) als «sehr fraglich erscheint»<sup>392</sup>.

<sup>390</sup> Vgl. M. IMBODEN, op.cit. Nr. 367.

<sup>391</sup> In diesem Sinne noch M. IMBODEN (a.a.O., Bemerkung II, a unter Hinweis auf ZBI 1944, S. 108). In einer extrem freiheitlich-rechtsstaatlichen Auffassung, die wir heute nicht aufrechterhalten können (falls sie nicht eh und je bloßes Ideal gewesen ist), blieb auch noch Z. GIACOMETTI verhaftet: Er wirft (Allg. Lehren, S. 542f.) die Frage auf, ob die Verwaltungsstrafe oder der Vollstreckungszwang (Schuldbetreibung, Ersatzvornahme, unmittelbare Gewalt) «den Requisiten des Rechtsstaates ... entspricht», und gelangt zum Schluß, unter diesem freiheitlichen Gesichtspunkte müsse «selbstverständlich derjenigen Sanktion der Vorzug gegeben werden, die den kleineren Eingriff in die individuelle Freiheit und in das Vermögen des Einzelnen darstellt, wenn damit der Sanktionszweck erreicht werden kann. Dieser Vorzug gebührt jedoch offensichtlich der Verwaltungsstrafe, insofern sie eine Geldstrafe und nicht eine Freiheitsstrafe bildet, und zwar vor allem dann, wenn die Buße nicht ehrenrührig ist, also nicht ins Strafregister eingetragen und nicht vom Strafrichter ... verhängt wird». Weil der Gesetzgeber nicht etwas durch öffentlich-rechtliche Verhaltensnormen anordnen soll, was gewissermaßen nach Belieben auch unverwirklicht bleiben darf, habe ich einige Zweifel, ob die Behörde in allen Fällen nach sogenanntem Auswahlermessen von einer an sich möglichen Ersatzvornahme absehen darf, wenn sie das als angezeigt erachtet, wie F. BENDEL, op. cit., S. 23f., anzunehmen scheint. Immerhin kann ich dann dem Satz zustimmen (S. 57; Hervorhebung von mir), die Wahl zwischen mehreren an sich möglichen Zwangsmaßnahmen richte sich darnach, «welche den Pflichtigen am wenigsten belastet und die ... angestrebte Ordnung dennoch gewährleistet».

<sup>392</sup> M. IMBODEN qualifiziert eben die Ungehorsamsstrafe als Mittel des Verwaltungszwanges, nicht als echte Strafe. Hier ist zweifellos Z. GIACOMETTI beizupflichten, der – unter Hinweis namentlich auf die gegenteilige deutsche Lehre – bemerkt (Allg. Lehren, S. 537), es lasse «sich in der Rechtswirklichkeit kaum nachweisen, daß die

Die *mangelnde theoretische Durchdringung* dieses Rechtsgebietes offenbart sich – wie mir scheint – auch in der Gesetzgebung: So ist es irgendwie eigenartig, daß es wegen Verletzung von Art. 42 BVG («Die Behörde darf sich keines schärferen Zwangsmittels bedienen, als es die Verhältnisse erfordern») gemäß Art. 101 lit. c revOG *kein Rechtsmittel* an das Bundesgericht geben soll<sup>393</sup>.

Verfehlt und (schon) veraltet ist endlich die Vorschrift von Art. 41 Abs. 2 BVG (und der vorn bei Anm. 385 und 386 zitierten beiden Gesetze; fortschrittlich dagegen Art. 7 des Entwurfs zum neuen Gewässerschutzgesetz), wonach dem Verpflichteten die Ersatzvornahme *zuerst anzudrohen* und eine angemessene *Erfüllungsfrist* einzuräumen ist (Androhung und nachträgliche Erfüllungsfrist wären somit – zumindest nach dem Gesetzeswortlaut – Gültigkeitsvoraussetzung der Ersatzvornahme). Schon in BGE 91 I 300 wurde festgestellt (und in BGE 94 I 403 Erw. 3 bestätigt), daß Art. 12 des Gewässerschutzgesetzes die Kantone nicht nur zur eigentlichen Ersatzvornahme *nach* Aufforderung des Störers und Androhung dieses Zwangsmittels ermächtigt, sondern daß sie unmittelbar Maßnahmen auf dessen Kosten treffen können. Das Bundesgericht hat die *antizipierte Ersatzvornahme* insbesondere zugelassen, wenn – selbst ohne zeitliche Dringlichkeit – zum vorneherein feststehe, daß dem Pflichtigen die rechtlichen und tatsächlichen Mittel fehlen, um einem Verwaltungsbefehl nachzukommen. Dies muß erst recht gelten, wenn die Behörde unter Zeitdruck handelt. «In der Lehre ist nicht bestritten, daß das Gemeinwesen, wenn Gefahr im Verzuge ist, vom *üblichen* Einleitungsverfahren absehen darf.»<sup>394</sup>

Geldbuße im Gegensatz zu den andern Verwaltungsstrafen nur Zwangscharakter besitze, lediglich den Widerstand zu brechen habe, und infolgedessen nicht mehr verhängbar sei, wenn die Rechtswidrigkeit beendet ist, allein den Sinn einer General- oder Spezialprävention besitze, bei Eintritt des zu erzwingenden Verhaltens gegenstandslos werde». Auch A. GRISEL (*Droit administratif suisse*, S. 334) verneint, daß die Ordnungsbuße bloßes Beugemittel sei. Vgl. in diesem Zusammenhange die kurze Auseinandersetzung mit F. BENDEL, vorn Anm. 384.

<sup>393</sup> Demgegenüber öffnet z. B. das Baugesetz des Kantons Bern vom 10. Februar 1970 in Art. 62 und 63 Abs. 3 gegen die Anordnung der Ersatzvornahme und bei Streitigkeiten über ihre Durchführung richtigerweise den Beschwerdeweg, im Falle der Anordnung bis ans kantonale Verwaltungsgericht.

<sup>394</sup> Zitiert nach BGE 94 I 408, Hervorhebungen von mir. Es werden im Urteil u. a. zitiert: H. J. WOLFF III, S. 281, und E. RUCK, S. 131. Der Art. 41 Abs. 2 BVG im Lichte dieser beiden Urteile läßt uns erneut die alte Wahrheit erkennen, daß das Gesetz nicht ins Detail gehen sollte.

### 8.2.6.3 Ausblick

Die Ersatzvornahme muß in der Praxis der Verwaltungsbehörden und in der Theorie mehr als bisher beachtet werden. Sie dient im Verwaltungsrecht der Rechtsverwirklichung mehr als die Strafe<sup>395</sup>. Denn – um nochmals W. BURCKHARDT zu übernehmen –: die mit Strafe bedrohte Übertretung einer Norm darf und soll, wo immer es möglich ist, verhindert werden. Anzuschließen wären hier die folgenden Sätze, die H. NEF anlässlich des ersten Verwaltungsrechtlichen Kolloquiums 1964<sup>396</sup> zum Polizeirecht geäußert hat: «Man wird sich ... an den *Grundsatz der Verhältnismäßigkeit des polizeilichen Eingriffs* erinnern müssen, der aber nicht nur bedeutet, daß man mit dem polizeilichen Eingriff *nicht zu weit* gehen darf, sondern besonders auch – und das ist heute für die erwähnten Gebiete (scil.: des Straßen- und des Luftverkehrs, des Gewässerschutzes) die aktuellere Komponente –, daß man mit dem polizeilichen Eingriff *nicht zu wenig weit* gehen darf. Das ist eine alte Weisheit, die in den klassischen alten Lehrbüchern des Allgemeinen Verwaltungsrechts zu finden ist. Sie ist aber in neuester Zeit etwa in Vergessenheit geraten.»<sup>397</sup>

Die Rechtsordnung hat durch Gebote und Verbote und die entsprechenden Strafsanktionen dafür zu sorgen, daß die fast täglich neuen gesellschaftspolitischen, gesundheitspolitischen und wirtschaftspolitischen Folgen der immer schneller fortschreitenden Entwicklung das Zusammenleben der Menschen menschenwürdig ermöglichen und nicht stören. Und die das gesetzte Recht vollziehende Verwaltung hat nötigenfalls mit Strafen, Ersatzvornahmen usw. einzugreifen. Darüber hinaus aber müssen dem *Gesetzgeber* und der vollziehenden *Verwaltung* weitere Kräfte zu Hilfe kommen, nämlich – neben andern, aber vor allem – das Bewußtsein des *Einzelnen*, eigene Verantwortung zu tragen, und sein anhaltendes Bemühen, dieser Verantwortung gemäß zu handeln<sup>398</sup>. Auf dieses wechselseitige Verstricktsein und Aufeinander-angewiesen-Sein, wie es in den vom

<sup>395</sup> Es sei an das Beispiel des Umweltschutzes erinnert, aber auch an die Verwaltungsvorschriften betr. Sicherheitsvorkehrungen an Bahnen, Fahrstühlen, Sesselliften usw., wo unter Umständen *neben der vor allem wichtigen Ersatzvornahme* Art. 230 StGB und evtl. weitere Strafvorschriften zum Zuge kommen.

<sup>396</sup> Organisiert von der Bundesverwaltung, Protokoll, S. 29.

<sup>397</sup> Die alte Weisheit ist leider auch in Art. 42 BVG vergessen worden, der rein abstrakt den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit statuiert, mit dem aber hier nichts oder nicht viel anzufangen ist.

<sup>398</sup> Ähnlich H. STEPHANY, Wechselwirkungen zwischen Rechtsordnung und technischer Entwicklung, in «Technik und Gesellschaft», Herder Bücherei, Nr. 306, S. 142 und 149f.

Verwaltungsrecht erfaßten Lebensbereichen nun einmal Tatsache ist, trifft offensichtlich zu, was ADOLF PORTMANN schön wie folgt umschrieb<sup>399</sup>: «Die Menge des vom Einzelnen nicht mehr Verstandenen und Durchschauten wächst täglich schicksalhaft! Jeder von uns wird in den verschiedensten Lagen seines Lebens immer wieder zum «erwachsenen Unmündigen», abhängig auf Treu und Glauben von Wissen und Können anderer, die ihrerseits wieder in anderen Richtungen gleich abhängig sind.» Ja: «Abhängig auf Treu und Glauben von Wissen und Können anderer», d.h. – in unserem Bereich – auch vom Gesetzgeber, und von der Verwaltung, die ordnend, verbietend und gebietend, fordernd und verteilend für die «erwachsenen Unmündigen» zu sorgen, sie nötigenfalls zu zügeln und – bei mangelnder Einsicht oder fehlendem gutem Willen – mehr oder weniger sanft zu lenken haben.

<sup>399</sup> Manipulation des Menschen als Schicksal und Bedrohung, Arche Nova, Zürich 1969, S.40f.

**Diese Seite stand nicht für die  
Digitalisierung zur Verfügung**

**Cette page n'a pas été disponible  
pour la numérisation**

**Questa pagina non era a  
disposizione di digitalizzazione**

**This page was not available for  
digitisation**