

Band/Tome

140

RPS

Revue Pénale
Suisse

1/2022

RPS

Rivista Penale
Svizzera

www.zstrr.recht.ch

Thierry Urwyler

**Anwendbarkeit der actio libera in causa bei fehlender
Medikamenten-Adhärenz und darauffolgenden
störungskonnexen Straftaten**

Camille Montavon

**De la criminalisation de la « débauche contre nature »
à la répression de la discrimination fondée sur
l'orientation sexuelle : l'homosexualité dans le droit
pénal suisse du XIX^e siècle à nos jours**

Wolfgang Wohlers

**Die Verwertbarkeit staatlich erstellter
Videoaufzeichnungen im Strafprozess**

Lea Bachmann

**Prozedurale Entlastung von Herstellern «smarter»
Produkte im Strafrecht?**

online+

Ihre Vorteile auf
einen Blick: Seite 76

en ligne+

Vos avantages en un
coup d'œil : Page 76



Stämpfli Verlag

ZStrR
RPS
RPS

Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht
Revue Pénale Suisse
Rivista Penale Svizzera

Gegründet von/Fondée par/Fondata da C. Stooss 1888

Herausgeberschaft – Comité de direction – Comitato di direzione

Ackermann Jürg-Beat, Prof., Luzern – *Bommer Felix*, Prof., Zürich – *Cassani Ursula*, Prof., Genève – *Donatsch Andreas*, em. Prof., Unterengstringen – *Gless Sabine*, Prof., Basel – *Kuhn André*, Prof., Neuchâtel – *Kunz Karl-Ludwig*, Prof., Bern – *Moreillon Laurent*, Prof., Lausanne – *Niggli Marcel Alexander*, Prof., Freiburg – *Pieth Mark*, Prof., Basel – *Roth Robert*, Prof. hon., Genève – *Schubarth Martin*, Prof., a. Bundesrichter, Lausanne/Basel – *Sträuli Bernhard*, Prof., Genève – *Vest Hans*, Prof., Bern – *Wohlens Wolfgang*, Prof., Basel

Redaktoren – Rédacteurs – Redattori

Prof. *Sabine Gless*, Juristische Fakultät, Peter Merian-Weg 8, 4002 Basel
Prof. *Bernhard Sträuli*, Faculté de droit, Uni Mail, Boulevard du Pont-d'Arve 40, 1205 Genève

Korrespondenten im Ausland – Correspondants à l'étranger – Corrispondenti all'estero

Cesoni Maria Luisa (B) – *Hörnle Tatjana* (D) – *Lelieur Fischer Juliette* (F) – *Manacorda Stefano* (I) – *Zerbes Ingeborg* (A)

Die Zeitschrift erscheint jährlich in vier Heften, in der Regel im März, Juni, September und Dezember. Sie befasst sich mit Fragen aus dem Gebiet des Strafrechts und des Strafprozessrechts, des Vollzugs der Strafen und Massnahmen sowie der Kriminologie. Sie veröffentlicht nur bisher noch nicht im Druck erschienene Originalbeiträge.

Die Aufnahme von Beiträgen erfolgt unter der Bedingung, dass das ausschliessliche Recht zur Vervielfältigung und Verbreitung an den Stämpfli Verlag AG übergeht. Alle in dieser Zeitschrift veröffentlichten Beiträge sind urheberrechtlich geschützt. Das gilt auch für die von der Redaktion oder den Herausgebern redigierten Gerichtsentscheide und Regesten. Kein Teil dieser Zeitschrift darf ausserhalb der Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ohne schriftliche Genehmigung des Verlages in irgendeiner Form – sämtliche technische und digitale Verfahren eingeschlossen – reproduziert werden.

La Revue paraît quatre fois par an, ordinairement en mars, juin, septembre et décembre. Elle traite des problèmes de droit pénal, de procédure pénale, d'exécution des peines ou mesures et de criminologie. Elle ne publie que des articles encore inédits.

L'acceptation des contributions est soumise à la condition que le droit exclusif de reproduction et de distribution soit transféré à Stämpfli Editions SA. Toutes les contributions publiées dans cette revue sont protégées par le droit d'auteur. Cela vaut également pour les décisions judiciaires et les regestes rédigés par la rédaction ou les rédacteurs responsables. Aucune partie de cette revue ne peut être reproduite en dehors des limites du droit d'auteur sous quelque forme que ce soit, y compris par des procédés techniques et numériques, sans l'autorisation écrite de la maison d'édition.

Abonnementspreis jährlich (inkl. Onlinearchiv): Schweiz Fr. 236.– Ausland € 246.–
inkl. Versandkosten und 2,5% MWSt.

Abopreis reine Onlineausgabe: Fr. 192.–

Schriftliche Kündigung bis 3 Monate vor Ende der Laufzeit möglich.

Résiliation de l'abonnement possible par écrit jusqu'à 3 mois avant la fin de l'abonnement.

Inserate Stämpfli Kommunikation, Postfach, 3001 Bern

Annonces Tel. 031 300 63 82, Fax 031 300 63 90, E-Mail: inserter@staempfli.com

Rezensionsexemplare sind an den Stämpfli Verlag AG, Postfach, 3001 Bern, zu senden.

Les ouvrages pour compte rendu doivent être adressés à la Maison Stämpfli Editions SA, case postale, 3001 Berne.

Abonnements-Marketing Stämpfli Verlag AG, Periodika, Postfach, 3001 Bern

Marketing abonnements Tel. 031 300 63 25, Fax 031 300 66 88, E-Mail: zeitschriften@staempfli.com
www.staempfliverlag.com/zeitschriften

© Stämpfli Verlag AG, Bern 2022. Printed in Switzerland by Stämpfli Kommunikation, Bern
ISSN 0036-7893 (Print) e-ISSN 2504-1452 (Online)

Literaturanzeigen – Bibliographie

Markus Husmann

Recht aus den Fugen

Ein Beitrag zum Wesen der «Bewilligung nach Artikel 271 des Strafgesetzbuches»

Grundlegendes Recht, Bd. 29

Helbing Lichtenhahn Verlag, Basel 2021, XLII + 213 Seiten,
ISBN 978-3-7190-4460-2, CHF 68.–

Auch abrufbar unter <https://husmann-recht.ch/2021/07/15/dissertation-recht-aus-den-fugen/> und <https://doc.rero.ch/record/330276/files/HusmannM.pdf>

Artikel 271 StGB erfasst als «verbotene Handlungen für einen fremden Staat» praxisgemäss auch gewisse Informationsübermittlungen ans Ausland, wie sie etwa unter dem US-Bankenprogramm ab 2013 in grossem Umfang nötig waren. Die für Letzteres erteilten Ausnahmegewilligungen führten zu heftigen Kontroversen, die mit fortschreitender Abwicklung des Steuerstreits mittlerweile abgeflaut sind. Zur Beruhigung der Lage trugen auch jüngere Entscheide bei, die Art. 271 etwas klarere und gesamthaft wohl engere Konturen verliehen haben (VPB 2016.3, .4, .7, .8; TPF CA.2019.6, bestätigt durch BGer 6B_216/2020 [BGE-Publ.]); im Wesentlichen soll nun neben der klassisch hoheitlichen Handlung die Übermittlung *drittidentifizierender* Daten jedenfalls in Straf- und Verwaltungssachen unabhängig von Freiwilligkeit oder Zwang tatbestandsmässig sein. Weiter entschärfend wirkten neuere gesetzliche Erlaubnisnormen wie Art. 42c FINMAG, die vom Einholen einer *behördlichen* Bewilligung unter Art. 271 befreien.

Vor diesem Hintergrund erscheint die Dissertation *Markus Husmanns* zum Wesen dieser Bewilligungen spät, zumal sie das Thema fast nur unter der Lupe des Steuerstreits (den sie aber lesenswert nachzeichnet: S. 27–66) betrachtet. *Zu* spät kommt sie dennoch nicht, da die Bewilligungspraxis – soweit nach der bedauerlichen (S. 95: «Kabinettsjustiz») Einstellung der VPB überhaupt noch bekannt – grundsätzlich fortgeführt wird (s. S. 90 f.). Zudem hatte der Autor seine wesentlichen Erkenntnisse schon zum Höhepunkt der Kontroversen publiziert (BSK StGB, 3. Aufl. 2013, Art. 271 N 51, 55–61 [nunmehr 4. Aufl. 2019, Art. 271 N 81, 85–95]; Art. 271 Strafgesetzbuch – Dreh- und Angelpunkt im Steuerstreit, zu Recht?, AJP 2014, 654).

Im Vergleich zu diesen früheren Veröffentlichungen baut die Dissertation vor allem die Begründung und den Kontext aus und bettet die Feststellungen – bei einer durch Niggli betreuten Arbeit wohl Pflicht – rechtstheoretisch oder -philo-

sophisch ein. Letztere Abschnitte («Das Versprechen der Legalität», S. 1–24; «Recht aus den Fugen», S. 191–198) sind teilweise etwas hochfliegend ausgefallen. So fragt man sich (dies kann aber auch am beschränkten Horizont des Rezensenten liegen), was die Aussage «*Einen Ausgangspunkt jeder Produktion von Legalität bilden die Rechtsnormen. Eine Reaktion auf veränderte Anforderungen an die Grundlagen und Schranken staatlichen Handelns kann demnach via Setzung von Rechtsnormen erfolgen*» (S. 15) genau besagen will ausser der banalen Tatsache, dass es für Legalität Gesetze braucht und diese anzupassen (oder erst zu schaffen) sind, wenn sie mit dem übergeordneten Recht nicht mehr übereinstimmen. Das und die vereinzelt gesuchte Begrifflichkeit («Lysis», S. 61) hindern aber auch für den Leser, der nicht in diesen Sphären zuhause ist, die Verständlichkeit der relevanten Feststellungen kaum.

Demnach benötigen Bewilligungen aufgrund des Legalitätsprinzips eine *gesetzliche Grundlage*, die der blosse Negativausdruck «ohne Bewilligung» in Art. 271 nicht selbst bieten kann. Die Bundesbehörden erkannten dies ab 2010 und wollten mit einem Bundesgesetz über die Zusammenarbeit mit ausländischen Behörden und über den Schutz der schweizerischen Souveränität (ZSSG) Abhilfe schaffen, was aber im Vorentwurfsstadium scheiterte (S. 67–70, 110–113, 116). Als Rechtsgrundlage können somit *de lege lata* nur die aussen- und sicherheitspolitischen Generalklauseln von Art. 184 Abs. 3 und Art. 185 Abs. 3 BV dienen, deren hohe Hürden (S. 148–151, 162–183, 196 f.) nur die wenigsten Bewilligungen erfüllen werden. Zudem darf der Bundesrat diese Befugnisse nicht delegieren (S. 41, 161 f.; BGE 137 II 431 E. 3.2.1), doch wird die Grosszahl der Bewilligungen von den Departementen erteilt (s. Art. 31 RVOV).

Die Dissertation begründet diese Erkenntnisse stringent unter allen erdenklichen verfassungsrechtlichen (S. 94–100) und auslegungstechnischen (S. 100–130) Gesichtspunkten, sodass am Befund einer unrechtmässigen Bewilligungspraxis nicht mehr zu rütteln ist.

Den Ausweg oder die Konsequenz daraus sieht der Autor offenbar schlicht darin, keine Bewilligungen mehr zu erteilen und nur noch den Rechts- und Amtshilfeweg zuzulassen (S. 201 f.). Schliesslich liegt für ihn «*[d]ie Ursache für die Umgehung von Amts- und Rechtshilferegeln [...] fast ausnahmslos in Konstellationen, in denen ausländische Akteure das bestehende völkerrechtliche oder nationale Regelwerk nicht beachten wollen. Ein solches Verhalten aber verdient nicht Respekt und Belohnung. Es wird ein fatales Signal für den Rechtsstaat Schweiz ausgesendet, wenn der Bundesrat im Einzelfall ohne gesetzliche Grundlage schwere Eingriffe in rechtlich geschützte Positionen seiner Bewohner nicht nur toleriert, sondern überhaupt erst ermöglicht*» (S. 201).

Diese ganz vom Steuerstreit geprägte Sicht beachtet indessen zu wenig, dass sich oftmals nicht der ausländische Staat um Schweizer Recht foutiert, sondern Unternehmen in ihrem Interesse auf direkte Kooperation mit dem Ausland angewie-

sen sind, z. B. weil der Amts- oder Rechtshilfeweg zu langwierig oder wegen echter (!) Rechtslücken nicht möglich ist. Auch tangiert längst nicht jede Bewilligung (z. B. für eine Inspektion) Interessen Dritter. Eine radikale Abkehr von der Bewilligungspraxis hätte deshalb einschneidende Auswirkungen, doch gleichzeitig sind rechtlich einwandfreie Lösungen ohne Gesetzesänderung schwer vorstellbar:

Am sinnvollsten wäre eine engere Auslegung von Art. 271 durch die Gerichte, um die Übermittlung gewisser Drittdata und die Interessenwahrung in ausländischen Verfahren unmittelbar zu ermöglichen (etwa wie im ZSSG vorgesehen). Husmann wird recht haben, dass der Gesetzgeber mit Art. 271 keine Bewilligungsgrundlage schaffen wollte, aber ebenso wenig konnte dieser die extensive Auslegung (seit BGE 114 IV 128) beabsichtigt haben, die den grossen Bedarf nach Ausnahmegewilligungen überhaupt erst schuf. Dennoch ist eine grundlegende Praxisänderung unwahrscheinlich.

Als andere, freilich mehr der rechtsstaatlichen Gesichtswahrung dienende Notlösung könnte der Bundesrat zukünftig (nach Änderung von Art. 31 RVOV) alle Bewilligungen selbst erteilen, um sich mindestens pro forma auf Art. 184 Abs. 3 oder Art. 185 Abs. 3 BV stützen zu können.

Rein praktisch könnte auch weitergefahren werden wie bisher, da mangels Beschwerdelegitimation Dritter (BGer 2C_1156/2016 – auf S. 100 und 186 mit guten Gründen kritisiert) schlicht niemand die fehlende gesetzliche Grundlage rügen kann; vom Bundesrat erteilte Bewilligungen sind ausserdem grundsätzlich kein mögliches Anfechtungsobjekt (Art. 189 Abs. 4 BV). Solchermassen «in Kraft stehende» Bewilligungen müssen selbst bei mangelhafter Rechtsgrundlage via Vertrauensschutz oder Rechtsirrtum (S. 93) vor Strafverfolgung schützen. Am Rechtsstaatsdefizit ändert das aber natürlich nichts.

Eine befriedigende Lösung wird also nur über ein Gesetz möglich sein, das sich allenfalls zur einfacheren Konsensbildung anders als das ZSSG auf die Bewilligungen beschränken sollte. Regierung und Parlament müssten dies zügig an die Hand nehmen. Andernfalls dürfte ein Fingerzeig aus der Justiz, die spätestens nach dieser hochstehenden Arbeit nicht mehr wie bisher (S. 116 f.) nachsichtig über die Legalitätslücke hinwegsehen kann, nur eine Frage der Zeit sein.

Dr. Martin Schaub, Zürich