



Frank Th. Petermann*

Legalitätsprinzip bezüglich unbestimmter Rechtsbegriffe im Exportkontrollrecht – ein explosives Gemisch!

Der vorliegende Beitrag untersucht anhand des Beispiels des Exportkontrollrechts die Fragestellung, wie sich unbestimmte Rechtsbegriffe mit dem Legalitätsprinzip vereinbaren lassen. Letzteres hat, da sowohl in der Bundesverfassung (Art. 5 Abs. 1 BV) als auch in der Europäischen Menschenrechtskonvention (Art. 7 Abs. 1 EMRK) verankert, grundrechtlichen Charakter. Unbestimmte Rechtsbegriffe geben den richterlichen Behörden einen grossen Ermessensspielraum. Im Verwaltungsrecht dürfte dies rechtens sein. Im Strafrecht und damit auch im verwaltungsrechtlichen Nebenstrafrecht kollidieren solche Normen jedoch mit dem Legalitätsprinzip.

L'auteur de la présente contribution examine, en prenant pour exemple la réglementation des contrôles à l'exportation, la question de savoir comment rendre compatibles des notions juridiques indéterminées avec le principe de la légalité. Ce dernier est ancré aussi bien dans la Constitution fédérale (art. 5, al. 1 Cst.) que dans la Convention européenne des droits de l'homme (art. 7, par. 1 CEDH) et a par conséquent valeur de droit fondamental. Les notions juridiques indéterminées confèrent aux autorités judiciaires un large pouvoir d'appréciation. En droit administratif, cela est probablement conforme au droit. Dans le cadre du droit pénal et par conséquent aussi dans celui du droit pénal accessoire relevant du droit administratif, de telles normes entrent cependant en collision avec le principe de la légalité.

Inhalt

- I. Einleitung und Problemstellung
- II. Legalitätsprinzip
- III. Der unbestimmte Rechtsbegriff
 1. Unbestimmter Rechtsbegriff im Allgemeinen
 2. Unbestimmter Rechtsbegriff im Exportkontrollrecht – am Beispiel von Art. 14 GKG
 3. Unbestimmte Rechtsbegriffe in den Anhängen I und II der GKV (Liste der Begriffsbestimmungen und Liste der Dual-Use Güter)
- IV. Zusammenfassung

I. Einleitung und Problemstellung

Wasserstoff (H₂) und Sauerstoff (O₂), zwei chemische Elemente, welche zwar nicht inert und damit reaktionsträge, aber auch nicht explosiv sind, können je nach dem Verhältnis ihrer Vermengung Knallgas ergeben – ein äusserst explosives Gemisch.¹ Unbestimmte Rechtsbegriffe kommen im Verwaltungsrecht im Allgemeinen häufig und im Exportkontrollrecht² im Besonderen sehr

häufig vor. Die vorliegende Arbeit hat zum Ziel, zu untersuchen, ob sich unbestimmte Rechtsbegriffe mit dem die gesamte schweizerische Rechtsordnung durchdringenden Legalitätsprinzip vereinbaren lassen. Es wird an dieser Stelle die Arbeitshypothese aufgeworfen, dass diese Vermengung bisweilen so problematisch sein kann wie die Vermengung von Wasserstoff und Sauerstoff – und daher «juristisches Knallgas» ergeben kann.

II. Legalitätsprinzip

Das Legalitätsprinzip, auch Grundsatz der Gesetzmässigkeit genannt, ergibt sich aus Art. 5 Abs. 1 BV. Dieser lautet: «Grundlage und Schranke staatlichen Handelns ist das Recht.»

Der Grundsatz der Gesetzmässigkeit weist zwei verschiedene Komponenten auf:^{3,4}

* RA Dr. iur., St. Gallen. Der Autor dankt seiner Mitarbeiterin MLaw Kerstin Friedrich für die kritische Durchsicht des Manuskripts. Der vorliegende Aufsatz ist die gekürzte und geringfügig überarbeitete Fassung eines Referates anlässlich der am 21. Mai 2015 in Zürich durchgeführten Tagung «Compliance in der Exportkontrolle» (der umfassendere Text wurde publiziert in: Frank Th. Petermann [Hrsg.], Compliance in der Exportkontrolle, Referate der Tagung vom 21. Mai 2015 im Metropol Zürich, Schriftenreihe des Europa Instituts an der Universität Zürich, Bd. 167, Zürich 2015, mit der freundlichen Genehmigung des Verlages).

¹ <http://www.chemie.de/lexikon/Knallgas.html>.

² Unter dem Begriff Exportkontrollrecht sind hier sämtliche Normen gemeint, die Tatbestände regeln, welche wiederum exportkon-

trollrechtliche Rechtsfolgen haben; vgl. dazu FRANK TH. PETERMANN, Dual Use. Aspekte des Bundesgesetzes über die Kontrolle zivil und militärisch verwendbarer Güter sowie besonderer militärischer Güter und der Güterlisten, Zürich/St. Gallen 2014, Rz. 31–32.

³ Vgl. dazu GIOVANNI BIAGGINI, Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft. Mit Auszügen aus der EMRK, den UNO-Pakten sowie dem BGG, Kommentar, Zürich 2007, Art. 5 BV, N 7–8 und 10.

⁴ Ebenfalls sehr dezidiert hierzu BENJAMIN SCHINDLER, in: Bernhard Ehrenzeller/Benjamin Schindler/Rainer J. Schweizer/Klaus A. Valender (Hrsg.), Die schweizerische Bundesverfassung, Kommentar, Zürich 2014, Art. 5 BV, N 33: «Das Erfordernis der genügenden Normdichte verlangt, dass die Rechtssätze ausreichend bestimmt und klar sein müssen. Wie das Erfordernis des Rechtssatzes dient das Erfordernis der Normdichte der Verwirklichung von vorhersehbarem, rechtsgleichen und willkürfreiem Staatshandeln.»

- Das Erfordernis der gesetzlichen Grundlage (auch Gesetzesvorbehalt oder Rechtssatzvorbehalt genannt).
- Die Bindung aller staatlichen Instanzen an das vorgegebene (jeweils geltende und gültige) Recht (auch Vorrang des Gesetzes genannt).

Das Legalitätsprinzip ergibt sich binnenrechtlich betrachtet direkt aus der eben genannten Verfassungsbestimmung. Es hat damit Gültigkeit für die gesamte schweizerische Rechtsordnung, also alle Rechtsgebiete. Von allergrösster Bedeutung ist das Legalitätsprinzip jedoch im Strafrecht, denn in wohl keinem anderen Rechtsgebiet ist es für die Rechtsunterworfenen von existentiellerer Bedeutung, Gesetzesbestimmungen und die Folgen eines Zuwiderhandelns abschätzen zu können. Daher setzt das Legalitätsprinzip auch immer einen entsprechenden Bestimmtheitsgrad im Rechtssatz voraus.⁵ Diese besondere Bedeutung des Legalitätsprinzips im Bereich des Strafrechts wird auch daraus ersichtlich, dass es in Bezug auf das Strafrecht auch eine völkerrechtliche Verankerung besitzt, nämlich durch Art. 7 Abs. 1 EMRK. Die Norm lautet:

«Niemand darf wegen einer Handlung oder Unterlassung verurteilt werden, die zur Zeit ihrer Begehung nach innerstaatlichem oder internationalem Recht nicht strafbar war. Es darf auch keine schwerere als die zur Zeit der Begehung angedrohte Strafe verhängt werden.»

Das heisst nichts anderes, als dass Strafnormen als Voraussetzungen der Strafbarkeit eines Handelns nicht nur der Grundlage eines Gesetzes im formellen Sinn bedürfen. Sie müssen darüber hinaus auch so bestimmt formuliert sein, dass Rechtsunterworfenen klar erkennen können, welche Handlungen verboten und welche erlaubt sind.⁶ Die Festlegung des Umfangs der Strafbarkeit ist somit Aufgabe des Gesetzes und nicht des Gerichts. Aufgabe des Letzteren ist es, den Sachverhalt unter die entsprechende Norm zu subsumieren und diese auszulegen.

III. Der unbestimmte Rechtsbegriff

1. Unbestimmter Rechtsbegriff im Allgemeinen

Im Verwaltungsrecht gibt es Rechtssätze mit verhältnismässig geringer Bestimmtheit, also Rechtssätze, welche mehr oder weniger offen formuliert sind, weswegen man bisweilen auch von «offenen Normen im Verwal-

tungsrecht» spricht.⁷ Solche offenen Normen werden i.d.R. dort verwendet, wo der Gesetzgeber die Lebensverhältnisse nicht abschliessend überblicken kann oder wo er Platz für einzelfallgerechte Lösungen geschaffen haben möchte. Die Verwaltung erhält durch solche offenen Normen Handlungsspielraum, den sie in Eigenverantwortung konkretisieren kann.⁸

Nach klassischer Verwaltungsrechtslehre werden diese offenen Normen in zwei Unterkategorien eingeteilt, nämlich in *Ermessen* und in *unbestimmte Rechtsbegriffe*.⁹ Unter Ermessen wird der Handlungsspielraum verstanden, «den der Gesetzgeber den Verwaltungsbehörden bei der Anordnung von Rechtsfolgen einräumt».¹⁰ Auch SCHINDLER versteht den Begriff des Ermessens breit und beschreibt es als Gestaltungskompetenz als Folge einer offenen gesetzlichen Norm oder Normkonstellation.¹¹ Es gibt allerdings auch Lehrmeinungen, welche diesen Dualismus ablehnen und für einen einheitlichen Ermessensbegriff plädieren.¹² Auch der Schreibende ist der Ansicht, dass die klassische dualistische Theorie der heutigen Rechtswirklichkeit nur noch bedingt gerecht wird. Die Verwendung eines einheitlichen Ermessensbegriffes könnte grosse Vorteile bringen, so u.a. den, dass auch im Gesetz genannte *Fragen des Beweismasses* in einem einheitlichen Ermessensbegriff der gerichtlichen Würdigung einfacher zugänglich sein könnten. Dies näher auszuführen würde den Rahmen der vorliegenden Arbeit sprengen; für die hier anzustellenden Überlegungen werden Fragen bezgl. des Beweismasses i.S. einer vereinfachten Betrachtungsweise daher den unbestimmten Rechtsbegriffen gleichgesetzt.

Der Terminus des «unbestimmten Rechtsbegriffs» wird benutzt, wenn ein Rechtssatz die Voraussetzungen der Rechtsfolge oder die Rechtsfolge selbst in offener, unbestimmter Weise umschreibt.¹³ Von einem unbestimmten Rechtsbegriff wird gesprochen, «wenn eine Norm die tatbeständlichen Voraussetzungen der Rechtsfolge in besonders offener Weise umschreibt, so dass der Schluss, der Tatbestand sei erfüllt, nach einer wertenden Konkretisierung verlangt».¹⁴ Hierbei ist insb. zu beachten, dass die Konkretisierung eine Wertung verlangt. Dies bedeutet nichts anderes, als dass die Wertvorstellungen des Rechtsanwenders in vertiefter Art und Weise in die Auslegung einfließen, was grundsätzlich für das Recht eine Gefahr bedeutet, ist dessen Errungenschaft doch, möglichst frei von den Wertvorstellungen des Rechtsanwenders zu existieren und den Rechtsun-

⁷ PIERRE TSCHANNEN/ULRICH ZIMMERLI/MARKUS MÜLLER, Allgemeines Verwaltungsrecht, Bern 2014, 213.

⁸ TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER (FN 7), 213.

⁹ Vgl. dazu auch HEINZ AEMISEGGER/FLORENCE MICHÈLE ROBERT, Sachverhaltsfeststellung und Sachverhaltsüberprüfung, AJP 9/2015, 1227–1228.

¹⁰ TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER (FN 7), 213.

¹¹ BENJAMIN SCHINDLER, Verwaltungsermessen, Habil. Zürich, Zürich/St. Gallen 2010, Rz. 6.

¹² TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER (FN 7), 224.

¹³ ULRICH HÄFELIN/GEORG MÜLLER/FELIX UHLMANN, Grundriss des Allgemeinen Verwaltungsrechts, Zürich/St. Gallen 2010, Rz. 445; PETERMANN (FN 2), Rz. 400.

¹⁴ TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER (FN 7), 221.

⁵ PETERMANN (FN 2), Rz. 359.

⁶ Vgl. dazu INGO BOIT/PAUL KRELL, Der Grundsatz «nulla poena sine lege» im Lichte verfassungsgerichtlicher Entscheidungen, Zeitschrift für das juristische Studium 2010, 694 ff., 695: «Das Bestimmtheitsgebot richtet sich an den Gesetzgeber und gibt ihm auf, die Voraussetzungen der Strafbarkeit so konkret zu umschreiben, dass Tragweite und Anwendungsbereich der Straftatbestände unbedingt zu erkennen sind. Bezweckt wird hiermit einerseits der Schutz vor richterlicher Willkür; andererseits soll es im Sinne eines generalpräventiv-educativen Ansatzes für jeden Bürger möglich sein, anhand der strafrechtlichen Normen die Grenzen des Erlaubten erkennen zu können.»

terworfenen einen sicheren und kalkulierbaren Rahmen zu gewährleisten, in welchem sie ihre Rechtsbeziehungen organisieren können. Daher führen TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, mit Verweis auf GYGI, auch zu Recht aus: «Besser würde man von begrifflicher Unbestimmtheit eines Rechtssatzes sprechen, noch genauer von fehlender Tatbestandsbestimmtheit. Der unbestimmte Tatbestand ist nichts anderes als eine im Anwendungsfall mit zutreffendem Rechtssinn zu füllende Leerformel im Tatbestand.»¹⁵ Als Beispiele von unbestimmten Rechtsbegriffen werden von ihnen angeführt:

«Wichtige Gründe, in der Regel, in besonderem Masse, leichter Fall, schwerer Fall, Härtefall, öffentliches Interesse, berechtigtes Interesse, überwiegendes Interesse, Eignung und Fähigkeit».¹⁶

Unbestimmte Rechtsbegriffe verwenden offene Formulierungen, genauso wie dies auch die verschiedenen Arten des Ermessens tun. Dies verursacht in der Praxis oftmals Unterscheidungsprobleme. In der Praxis wiederum hat dies eine grosse Bedeutung für die Frage des Rechtsschutzes durch die Verwaltungsgerichte. Da diesen im Allgemeinen lediglich eine Rechtskontrolle zusteht, kann die *Ermessensanwendung* nur unter sehr engen Voraussetzungen überprüft werden. *Unbestimmte Rechtsbegriffe hingegen sind der Auslegung zugänglich*, und diese Auslegung kann und – was vielfach (leider bisweilen auch von Gerichten) übersehen wird – muss als Rechtsfrage durch die Verwaltungsbehörden und von den Verwaltungsgerichten auch in voller Kognition überprüft werden.¹⁷

Nebst den unbestimmten Rechtsbegriffen räumen auch Kann-Vorschriften den rechtsanwendenden Behörden Ermessen ein.¹⁸ Das Bundesgericht unterscheidet in seiner Rechtsprechung echte und unechte Kann-Vorschriften und bringt zum Ausdruck, dass der Handlungsspielraum bei unechten Kann-Vorschriften stark eingeschränkt ist oder der rechtsanwendenden Behörde nur eine einzige Handlungsoption offensteht. Diese Einschränkungen von Kann-Vorschriften ergeben sich dabei aus dem Zusammenhang mit anderen Bestimmungen desselben Erlasses, aus der detaillierten Umschreibung von Anspruchs- oder Bewilligungsvoraussetzungen, aus dem Gesetzeszweck, aus einer konstanten Behördenpraxis oder aufgrund verfassungs- oder völkerrechtskonformer Auslegung.¹⁹

2. Unbestimmter Rechtsbegriff im Exportkontrollrecht – am Beispiel von Art. 14 GKG

In exportkontrollrechtlichen Fragestellungen spielen, sowohl was das Kriegsmaterial²⁰ als auch das Güter-

kontrollgesetz (GKG)²¹ anbelangt, sehr häufig die Anhänge zur Güterkontrollverordnung (GVK)²² eine wichtige Rolle. Sie enthalten unbestimmte Rechtsbegriffe, auf welche aber sogleich gesondert eingegangen wird; eine Betrachtungsweise, die sich u.a. auch aus der Tatsache ergibt, dass bspw. die Anhänge I–III zur GKV weder in der AS noch in der SR publiziert sind.²³

Zudem räumen die beiden Gesetze und die Verordnungen dazu dem Rechtsanwender auch grosses Ermessen ein. So enthält bspw. das GKG, auf welches sich die Betrachtungen nun konzentrieren, mit seinen lediglich 23 Artikeln auf gerade einmal acht Seiten, insgesamt neun Mal das Wort «kann». Bereits diese vielen Kann-Vorschriften, erschweren die Anwendung des Gesetzes für den Rechtsunterworfenen mit unüblich vielen Imponderabilien, da sie der Exekutive einen gehörigen Ermessensspielraum mit diversen Anpassungs- und Abänderungsmöglichkeiten explizit offenlassen.²⁴

Zur Ermessensprüfung entwickelten Lehre und Rechtsprechung drei Ermessensfehlerarten, nämlich die Ermessensüberschreitung, den Ermessensmissbrauch und die Ermessensunterschreitung.²⁵ Weder der Dogmatik noch der Rechtsprechung ist es jedoch bisher gelungen, den Begriffen dieser drei klassischen zur Ermessensprüfung entwickelten Ermessensfehlerarten eine eigenständige Bedeutung zukommen zu lassen. Sowohl der Ermessensmissbrauch als auch die Ermessensüberschreitung und -unterschreitung lassen sich nämlich entweder als Willkür, als Verstösse gegen allgemeine Grundsätze des Verwaltungsrechts oder als «gewöhnliche Rechtsverletzungen» qualifizieren.²⁶

Dass die entsprechenden Normen trotzdem praktisch nicht zu Judikatur führten, ist im Wesentlichen auf zwei Gründe zurückzuführen: Zum einen, weil die Bewilligungsbehörde (das SECO) seine Aufgaben bis dato mit viel Geschick und Augenmass wahrgenommen hat. Zum anderen aber auch, weil es sich bei der hier vorliegenden Thematik insb. aus Sicht der Rechtsunterworfenen um Lebenssachverhalte handelt, welche insofern nicht justiziabel sind, als dass allein schon die wahrscheinlich in Kauf zu nehmende vorhersehbare Dauer eines Verfahrens bereits den damit angestrebten Sinn und Zweck zunichtemachen würde.

¹⁵ TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER (FN 7), 221.

¹⁶ TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER (FN 7), 221–222.

¹⁷ HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN (FN 13), Rz. 446a–446d; PETERMANN (FN 2), Rz. 400.

¹⁸ SCHINDLER (FN 11), Rz. 220.

¹⁹ SCHINDLER (FN 11), Rz. 220 f.

²⁰ Bundesgesetz über das Kriegsmaterial (Kriegsmaterialgesetz, KMG) vom 13. Dezember 1996, SR 514.51.

²¹ Bundesgesetz über die Kontrolle zivil und militärisch verwendbarer Güter sowie besonderer militärischer Güter (Güterkontrollgesetz, GKG) vom 13. Dezember 1996, SR 946.202.

²² Verordnung über die Ein-, Aus- und Durchfuhr zivil und militärisch verwendbarer Güter sowie besonderer militärischer Güter (Güterkontrollverordnung, GKV) vom 25. Juni 1997, SR 946.202.1.

²³ Lediglich in einer Fussnote auf S. 14 der GKV wird darauf hingewiesen, dass die Anhänge nicht in der AS und damit auch nicht in der SR publiziert sind, sondern lediglich auf der Webseite des SECO heruntergeladen werden können (www.seco.admin.ch) >Themen > Aussenwirtschaft > Exportkontrollen > Industrieprodukte).

²⁴ Vgl. dazu auch FRANK TH. PETERMANN, Compliance im Exportkontrollrecht: Rechtliche Überlegungen zur Ausführprüfung von Dual-Use Gütern, AJP 2012, 821 ff., 825.

²⁵ SCHINDLER (FN 11), Rz. 532.

²⁶ SCHINDLER (FN 11), Rz. 534.

Dazu ein Beispiel:

Der Hersteller X ist nicht im Besitz einer Ausfuhrbewilligung nach Art. 8 resp. 9 GKV. Für den Verkauf der von ihm hergestellten Produkte benötigt er eine solche auch nicht. Nun möchte er eine in seinem Betrieb befindliche (also gebrauchte) Lehnradschleifmaschine ins Ausland verkaufen. Auch die Maschine würde eigentlich aufgrund ihrer technischen Parameter nicht unter die Bewilligungspflicht fallen. Der Maschinenhersteller fragt aus Compliancegründen dennoch beim SECO an – und erhält einen abschlägigen Entscheid. Die Bewilligung wird ihm gestützt auf Art. 6 Abs. 1^{bis} GKG verweigert, also mit der Begründung, «es bestehe Grund zur Annahme, dass mit dem beantragten Export terroristische Kreise unterstützt würden». Natürlich könnte der Werkzeugmaschinenhersteller diesen Entscheid weiterziehen. Ob es ihm jedoch viel nützen würde, ist fraglich. Insbesondere ist auch fraglich, ob er ein solches Verfahren in Bezug auf die dazu nötigen Prozessvoraussetzungen überhaupt je erfolgreich zu Ende führen könnte. Denn wenn der Kunde zwischenzeitlich abspränge (was wohl mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit geschehen würde, da kein Kunde, der eine Werkzeugmaschine braucht, mehrere Jahre warten will, ob der Lieferant sich im Rechtsmittelverfahren gegen die Bewilligungsbehörde durchsetzen wird), so wäre bereits dessen Rechtsschutzinteresse für das aktuelle Verfahren weggefallen, was wiederum zur Folge hätte, dass der Prozess abgeschrieben würde. Zwar könnte gegen einen solchen Abschreiber argumentiert werden, dass sich der Fall jederzeit wiederholen könne und ein Gerichtsentscheid daher als Ausfluss der Rechtsweggarantie anzusehen wäre; allerdings bestünde auch hier keine Garantie, dass sich das Gericht dieser Argumentation anschliessen würde.

Allerdings, und so würde wohl insb. von etatistisch denkenden Juristen argumentiert, haben die genannten unbestimmten Rechtsbegriffe im Exportkontrollrecht auch ihre Berechtigung, da es sich dabei um eine Materie handelt, welche nicht nur national, sondern auch international grosse Auswirkungen haben kann. Zudem würden im Verwaltungsrecht unbestimmte Rechtsbegriffe häufig verwendet. Diese Argumentation ist – vordergründig – nicht von der Hand zu weisen.

Indes – und hier wird das Gemisch nun eben wirklich explosiv – werden diese unbestimmten Rechtsbegriffe auch in *Strafnormen* der Exportkontrollgesetze verwendet, bspw. in der Norm, welche hier untersucht werden soll: Art. 14 GKG.

Art. 14 GKG regelt *Verbrechen und Vergehen*. Die Grundtatbestände werden in Abs. 1 aufgezählt. Diese Vorsatzdelikte sind mit *Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder Geldstrafe und Busse bis 1 Million Franken* strafbedroht. Unter Art. 14 Abs. 1 lit. d. wird ausgeführt, dass den Tatbestand von Art. 14 auch erfüllt, wer jemandem Güter zukommen lässt, «von dem er weiss oder annehmen muss, dass er sie direkt oder indirekt an einen Endverbraucher weiterleitet, an den sie nicht geliefert werden dürfen».

Art. 14 Abs. 2 GKG regelt sodann eine qualifizierte Form, ohne jedoch genauere Tatbestandselemente dieser Qualifizierung zu nennen. Das Gesetz spricht von «schweren Fällen», in welchen die Strafe Freiheitsstrafe bis zu zehn Jahren ist, zudem kann eine Busse bis zu 5 Millionen Franken mit der Freiheitsstrafe verbunden werden.

Bei Betrachtung des StGB, welches den Terminus des «schweren Falles» ebenfalls kennt, fällt auf, dass drei Faktoren zu einer Einschränkung des Ermessens und somit zur Rechtssicherheit führen, die beim GKG weitgehend fehlen:

Erstens definiert der Gesetzgeber im StGB – zumindest in einigen Fällen –, was unter einem schweren Fall zu verstehen ist, direkt im Gesetz, bspw. bei der schweren Körperverletzung nach Art. 122 StGB.

Zweitens ist die Rechtsprechung zu den Strafbestimmungen des GKG äusserst spärlich, und auch Lehrmeinungen fallen seltener aus, sodass der Begriff des schweren Falles im GKG bis heute weder definiert noch umschrieben wurde. Die Rechtsprechung zum StGB ist dagegen ausführlich und hilft bei der Umschreibung von «schweren Fällen», was Rechtssicherheit schafft; gut ersichtlich am Beispiel des Tatbestands der Drohung nach Art. 180 StGB. Der Gesetzgeber verlangt hier eine «schwere Drohung». Was darunter verstanden werden soll, wurde durch die Rechtsprechung konkretisiert: Der Täter muss dem Opfer einen schweren Nachteil in Aussicht stellen und dieses, damit die Tat vollendet ist, tatsächlich in Angst und Schrecken versetzen (BGE 81 IV 106, 99 IV 215).

Drittens kennt das StGB Strafbestimmungen, welche eingeleitet durch den Begriff «namentlich», ein Hauptbeispiel eines schweren Falles nennen. Hier ist das dem Richter eröffnete Ermessen durch die Nennung bloss eines denkbaren Hauptbeispiels sehr weit. Im Sinne eines Hauptbeispiels wird bei der Geiselnahme als schwerer Fall exemplarisch ein Fall genannt, der «viele Menschen betrifft». In der Lehre wird zudem diejenige Konstellation als schwerer Fall bezeichnet, in welcher durch die Geiselname eine oder mehrere Personen ihr Leben verlieren²⁷.

Rechtsstaatlich betrachtet sind Art. 14 Abs. 1 lit. d und Abs. 2 GKG äusserst fragwürdige Bestimmungen, da es unwahrscheinlich ist, dass sämtliche Tatbestandselemente der Norm für eine Strafbestimmung genügend bestimmt sind. So spricht bspw. Art. 14 Abs. 1 lit. f von «wissen oder annehmen müssen». Bezeichnenderweise wird aber nirgends erklärt, wann und unter welchen Umständen man etwas annehmen muss.²⁸

Auch das StGB verwendet den Begriff «weiss oder annehmen muss». DONATSCH führt hierzu im Rahmen von Art. 144 StGB aus, dass in subjektiver Hinsicht Vorsatz erforderlich ist und fahrlässiges Verhalten straflos

²⁷ ANDREAS DONATSCH, in: Andreas Donatsch et al. (Hrsg.), Kommentar StGB, Zürich 2013, N 9 zu Art. 186 StGB.

²⁸ Auch die Botschaft schweigt sich dazu vollständig aus, vgl. dazu BBl 1995 II 1345 f. Judikatur, welche diese Frage beantworten würde, war in der Swisslex Jurinfotek nicht zu finden.

bleibt.²⁹ Zu Art. 144^{bis} StGB, welcher ebenfalls von «weiss oder annehmen muss» spricht, äusserte sich das Bundesgericht in BGE 129 IV 236 und kam zum Schluss, dass der Täter wissen muss oder mindestens im Sinne eines Eventualvorsatzes die von ihm erkannte Möglichkeit in Kauf nehmen muss, dass er bzw. eine nach ihm tätige andere Person das Programm i.S. von Ziff. 1 anwendet. Art. 160 StGB zur Hehlerei verlangt Vorsatz. Der Hehler muss im Moment seines Handelns mindestens um die Möglichkeit wissen, dass der Gegenstand deliktisch erlangt wurde, und sie in Kauf nehmen. Die Vortat muss dem Täter allerdings nicht näher bekannt sein.³⁰

Die genannten Beispiele zeigen, dass der Täter zumindest eventualvorsätzlich handeln muss, wenn das StGB den Terminus «weiss oder annehmen muss» verwendet. Ob dies analog auf die erwähnte Strafbestimmung des GKG übernommen werden kann, ist jedoch unklar.

Egal, ob man sich nun auf den Standpunkt stellt, es handle sich hier um eine Rechtsnorm mit unbestimmten Rechtsbegriffen oder um eine Frage des Beweismasses: Diese Art der Legiferierung verstösst klar gegen das strafrechtliche Bestimmtheitsgebot des *nulla poena sine lege certa*. Dieser leitet sich aus dem naturrechtlich begründeten Grundsatz *nulla poena sine lege* ab. Letzterer wurde erstmals im Jahre 1789 in Art. 8 der französischen Menschenrechtserklärung in einer Norm festgeschrieben.^{31, 32}

Im Strafrecht wird das Resultat einer solchen Legiferierung, welche diese zentralen rechtsstaatlichen Prinzipien verletzt, bisweilen auch als Blankettstrafnorm³³ bezeichnet. Diese Art der Legiferierung steht in einem diametralen Widerspruch zur schweizerischen Art der Gesetzgebung. Gerade auch im Hinblick auf die in den letzten Jahren bekannt gewordenen Enthüllungen bezgl. der Praktiken von gewissen ausländischen Regierungen wäre es daher wohl interessant zu erforschen, ob die Formulierungen dieser Normen allenfalls auf Geheiss aus dem Ausland hin erfolgten.

Davon ungeachtet kann aber festgehalten werden, dass Art. 14 GKG als Verwaltungsstrafnorm für bisweilen unklare Tatbestände drakonische Rechtsfolgen vorsieht. Diese Art der Legiferierung verstösst gegen das verfassungsrechtliche Bestimmtheitsgebot als Element des vorstehend beschriebenen Legalitätsprinzips.

Die monierten Stellen von Art. 14 GKG verstossen aber nicht nur gegen Art. 5 Abs. 1 BV und damit gegen schweizerisches Verfassungsrecht, sondern auch gegen

Art. 7 EMRK und damit gegen unmittelbar und direkt anwendbares Völkerrecht. Die EMRK betrachtet den Grundsatz des *nulla poena sine lege* als dermassen grundlegend für einen Rechtsstaat, dass sie diesen explizit in Art. 7 Abs. 1 erwähnt: «Niemand darf wegen einer Handlung oder Unterlassung verurteilt werden, die zur Zeit ihrer Begehung nach innerstaatlichem oder internationalem Recht nicht strafbar war. Es darf auch keine schwerere als die zur Zeit der Begehung angedrohte Strafe verhängt werden.» Das Prinzip des *nulla poena sine lege*, wie jenes von der Konvention, welche selbst als *living instrument* verstanden wird, verlangt, dass die betreffenden Strafbestimmungen die mit Strafe bedrohte Tat *ratione loci, personae et temporis* umschreiben. Wohl muss nicht jedes Detail geregelt werden, doch Art. 7 Abs. 1 EMRK verlangt eine hinreichend bestimmte Umschreibung des Tatbestandes und der Strafe zur Zeit der Tat.³⁴

Völkerrechtlich ist in diesem Zusammenhang auch auf Art. 8 Abs. 1 EMRK hinzuweisen. Die Pflicht zur Achtung des Privat- und Familienlebens im Sinne von Art. 8 Abs. 1 EMRK umfasst auch juristische Personen und deren Geschäftsleben.³⁵ Eingriffe in diese Freiheit des Geschäftslebens bedürfen nach Art. 8 Abs. 2 EMRK einer gesetzlichen Grundlage, die darüber hinaus in einer demokratischen Gesellschaft zum Schutze der dort genannten Rechtsgüter notwendig ist. Der EGMR hat auch zur Frage solcher gesetzlicher Grundlagen in einer Reihe von Urteilen Ausführungen gemacht.³⁶

Das GKG regelt die Kontrolle über doppelt verwendbare und besondere militärische Güter und greift entsprechend seinem Zweck in die Freiheit des (exportkontrollrechtlichen) Geschäftslebens ein. So gelten betreffend den Handel von doppelt verwendbaren und militärischen Gütern strengere Regeln, und der Gesetzgeber sieht – wie oben aufgezeigt – Strafbestimmungen beim Verstoss gegen die im GKG legiferten Regeln vor. Wird die Freiheit des Geschäftslebens mit Ermessensbestimmungen strafrechtlich sanktioniert, fehlt dem Eingriff resp. der Sanktion jedoch eine genügende gesetzliche Grundlage.

3. Unbestimmte Rechtsbegriffe in den Anhängen I und II der GKV (Liste der Begriffsbestimmungen und Liste der Dual-Use Güter)

Die bisherigen Ausführungen zum Begriff «unbestimmter Rechtsbegriff» bezogen sich ausschliesslich auf schweizerisches Recht. Die Anhänge I-VI zur GKV

²⁹ ANDREAS DONATSCH, in: Andreas Donatsch et al (FN 27), N 11 zu Art. 144 StGB.

³⁰ BGE 96 IV 68, BGE 90 IV 17, BGE 101 IV 405 f.; BGer v. 14.05.2009, 6B_101/2009; BGer vom 14.02.2011, 6B_836/2010, Erw. 2.3.1.

³¹ BOTT/KRELL (FN 6), 694.

³² Vgl. dazu auch MARK E. VILLIGER, Handbuch der Europäischen Menschenrechtskonvention EMRK, 2. A., Zürich 1999, Rz. 533, welcher den Grundsatz des «Keine Strafe ohne Gesetz» als «kardinale rechtsstaatliche Garantie» bezeichnet.

³³ BOTT/KRELL (FN 6), 695, weisen darauf hin, dass sich solche Blankettstrafnormen im Wirtschafts- und Umweltschutzrecht offenbar «zunehmender Beliebtheit» erfreuen.

³⁴ VILLIGER (FN 32), Rz. 525, mit Verweis auf entsprechende Judikatur zum Erfordernis der gesetzlichen Grundlage in Art. 8–11 EMRK.

³⁵ PETERMANN (FN 24), 835.

³⁶ So bspw. im Urteil *Groppera Radio AG vs. Schweiz*, Urteil Nr. 14/1988/158/214 vom 28 März 1990. Siehe im besagten Urteil insb. auch Ziff. 68, wo der Gerichtshof zur Frage nach der *Zugänglichkeit* von gesetzlichen Bestimmungen festhielt: «La Cour souligne que la portée des notions de prévisibilité et d'accessibilité dépend dans une large mesure du contenu du texte en cause, du domaine qu'il couvre ainsi que du nombre et de la qualité de ses destinataires.»

müssen formal-juristisch auch als schweizerisches Landesrecht betrachtet werden, indes, es handelt sich dabei weder um Gesetze im formellen Sinn noch sind sie das, was gemeinhin unter einem Gesetz im materiellen Sinn verstanden wird, nämlich eine Verordnung.³⁷ Die Anhänge der GKV sind faktisch EU-Recht, welches *tel quel* in das schweizerische Recht übernommen wurde. Insbesondere Anhang I zur GKV enthält eine Liste mit Begriffsbestimmungen, welche unbestimmte Rechtsbegriffe enthalten. In der Praxis der Exportkontrolle sind die vier folgenden unbestimmten Rechtsbegriffe von derart zentraler Bedeutung, dass ohne ihr Verständnis Anhang II zur GKV, die Liste der Dual-Use Güter, gar nicht verwendet werden kann:

1. «besonders konstruiert (entwickelt) für ...»
2. «konstruiert (entwickelt) für ...»
3. «geeignet für...»
4. «geändert für...»

Der Begriff «besonders konstruiert (entwickelt) für ...» wird in den Güterlisten in den verschiedensten Konstellationen verwendet, so etwa: «besonders konstruiert (entwickelt) für eine spezifische Endverwendung», wie z.B.:³⁸

- ... für militärische Zwecke³⁹ ...,
- ... für medizinische Verwendung⁴⁰ ...,
- ... für die Herstellung von Gütern ...,
- ... für die meteorologische Beobachtung ...,
- ... besonders konstruierte Bestandteile hierfür⁴¹ ...

Hierzu ist ganz grundsätzlich, zu wissen, dass die Einstufung als «besonders konstruiert (entwickelt) für eine spezifische Endverwendung» ausschliesslich auf der Basis von objektiven, technischen Kriterien zu beruhen hat. Mit anderen Worten, die Absichten, welche in der Entwicklungsphase vorherrschten, sind ebenso wenig für die Listeneinstufung relevant, wie aktuelle Verwendungsabsichten. Massgebend sind hier einzig und allein objektive, technische Kriterien. Damit ein Gut als «besonders konstruiert (entwickelt) für ...» eingestuft werden kann, wird vorausgesetzt, dass es sich im Vergleich zu «konstruierten (entwickelten) Gütern» oder

«geeigneten Gütern» in seinen für den jeweiligen Verwendungszweck relevanten Leistungsmerkmalen bzw. Funktionen davon *deutlich* unterscheidet.⁴²

Das bedeutet, dass der unbestimmte Rechtsbegriff des «konstruiert (entwickelt) für ...» also einen geringeren Grad an spezifischer Unterscheidung in den jeweils relevanten Leistungsmerkmalen erfordert als «besonders konstruiert (entwickelt) für ...». Eine noch geringere Unterscheidung ist für den Begriff «geeignet für ...» notwendig.⁴³ Der Begriff «geändert für ...» wird schliesslich in den Fällen verwendet, in welchen selbst geringere Modifikationen zur Listenerfassung von bestimmten Gütern führen sollen. Mit anderen Worten, je unscheinbarer der unbestimmte Rechtsbegriff tönt, desto schärfer ist faktisch die Einstufung.⁴⁴

Die «besonders konstruierten Bestandteile hierfür» werden in vielen Listennummern pauschal miterfasst. Somit werden diese Bestandteile wie die erfassten Güter selbst behandelt. Voraussetzung der pauschalen Erfassung von «besonders konstruierten Bestandteilen hierfür» ist in solchen Fällen, dass die erfassten Bestandteile spezifische Leistungsmerkmale bzw. Funktionen besitzen, die sie für ihren Einsatz in den Gütern selbst besonders geeignet machen.⁴⁵

IV. Zusammenfassung

Egal, ob man der klassischen Verwaltungsrechtslehre folgt und bei offenen Normen eine Unterteilung in Ermessen und unbestimmte Rechtsbegriffe macht oder aber beides zu einem einheitlichen Ermessensbegriff vermengt haben möchte, man hat es stets mit Formulierungen zu tun, welche den richterlichen Behörden grosse Spielräume in der Rechtsanwendung ermöglichen. Im Verwaltungsrecht mögen solch offene Formulierungen rechtens sein. Im Strafrecht würden derart offene Formulierungen aber am Legalitätsprinzip und den aus ihm ausfliessenden Bestimmtheitsgebot (*nulla poena sine lege certa*) mit Sicherheit scheitern. Insbesondere also in der strafrechtlichen Konstellation ist die Vermengung von unbestimmten Rechtsbegriffen mit dem Legalitätsprinzip dermassen problematisch, dass das Resultat mit Fug und Recht als juristisches Knallgas bezeichnet werden kann.

Sowohl das nationale Recht bietet mit Art. 5 Abs. 1 BV eine entsprechende Rechtsgrundlage als auch die Europäische Menschenrechtskonvention mit Art. 7 und 8 EMRK. Die Tatsache, dass die entsprechenden Strafbestimmungen in Gesetzen untergebracht sind, welche zweifelsfrei dem Verwaltungsrecht zuzuordnen sind, vermag an deren Grundrechtswidrigkeit nichts zu ändern.

³⁷ Die in der Praxis besonders wichtigen Anhänge I–III zur GKV sind weder in der Amtlichen noch in der Systematischen Sammlung des Bundesrechts (AS und SR) aufgeführt. Anhang I enthält die Begriffsbestimmungen, Anhang II ist die Liste der Dual-Use Güter und Anhang III die Liste der besonderen militärischen Güter.

³⁸ Vgl. dazu auch insb.: PETERMANN (FN 2), Rz. 402.

³⁹ Beispiel: Die Nummer ML1b1 von Anhang III spricht von «Waffen mit glattem Lauf, besonders konstruiert für militärische Zwecke».

⁴⁰ Beispiel: Die Nummer 3A101 von Anhang II erfasst Elektronische Ausrüstung, Geräte und Komponenten, die nicht von Nummer 3A001 erfasst werden, die Unternummer b) erfasst Beschleuniger, geeignet zur Erzeugung elektromagnetischer Strahlung, erzeugt durch Bremsstrahlung mit Elektronenenergien grösser/gleich 2 MeV, und Systeme, die solche Beschleuniger enthalten. In einer Anmerkung jedoch wird hier die folgende Ausnahme gemacht: «Unternummer 3A101b erfasst nicht Ausrüstung, besonders konstruiert für medizinische Zwecke.»

⁴¹ Beispiel: Die Nummer 2B001f von Anhang II erwähnt «Tiefloch-Bohrmaschinen und Drehmaschinen, hergerichtet zum Tieflochbohren, mit einer maximalen Bohrtiefe über 5 m und besonders konstruierte Bestandteile hierfür.»

⁴² PETERMANN (FN 2), Rz. 403.

⁴³ Dieser wird im Übrigen insb. in bestimmten Kontrollnummern aus dem MTCR verwendet.

⁴⁴ PETERMANN (FN 2), Rz. 404–405.

⁴⁵ PETERMANN (FN 2), Rz. 406.