

Dokumentation mit Auszügen aus Gerichtsentscheiden

Inhalt

1. Administrative Rechtsnachteile (mit repressivem Charakter)	2
EGMR, Engel and Others v. The Netherlands, 8.6.1976	2
BGE 134 I 140: Engel-Kriterien.....	2
BGE 133 II 331: Rechtsnatur des Führerausweisentzugs	2
BVGer B-4830/2011 vom 26. Juni 2013: Sanktion nach Art. 51 Spielbankengesetz	3
BGE 139 I 72: Sanktion nach Art. 49a Kartellgesetz	4
BGE 140 I 2: Massnahmen gemäss „Hooligan-Konkordat“	6
BGE 137 I 363 = Pra 101 (2012) Nr. 46, S. 324 ff.: <i>Ne bis in Idem</i>	7
2. Disziplinarmassnahmen	12
EGMR, Engel and Others v. The Netherlands, 8.6.1976: Disziplinarischer Freiheitsentzug.....	12
BGE 125 I 104: Anordnung von Einzelhaft im Vollzug von Ausschaffungshaft.....	12
EGMR, Weber v. Switzerland, 22.5.1990: Disziplinarbusse wegen Verletzung der Verfahrensordnung	14
BGE 128 I 346: Disziplinarbusse gegen Rechtsanwalt.....	16
BGE 129 I 12: Schulausschluss aus disziplinarischen Gründen.....	17
3. Verwaltungsstrafen (Nebenstrafen)	19
EGMR, Öztürk v. Germany, 21.2.1984: Ordnungswidrigkeit als strafrechtliche Anklage	19
BGE 121 II 257: Auskunftspflichten und <i>Nemo tenetur / Ne bis in idem</i>	21
BGE 121 II 273: Auskunftspflichten und <i>Nemo tenetur / Ne bis in idem</i>	25
EGMR, J.B. v. Switzerland, 3.5.2001: Auskunftspflichten und <i>Nemo tenetur</i>	29
BGE 131 IV 36: Mitwirkungspflichten und <i>Nemo tenetur</i>	30
BGE 138 I 367 = Pra 102(2013), Nr. 48, S. 373 ff.: Busse im Beschaffungsrecht	33

1. Administrative Rechtsnachteile (mit repressivem Charakter)

EGMR, Engel and Others v. The Netherlands, 8.6.1976

82. Hence, the Court must specify, limiting itself to the sphere of military service, how it will determine whether a given „charge“ vested by the State in question - as in the present case - with a disciplinary character nonetheless counts as „criminal“ within the meaning of Article 6 (art. 6).

In this connection, it is first necessary to know whether the provision(s) defining the offence charged belong, according to the legal system of the respondent State, to criminal law, disciplinary law or both concurrently. This however provides no more than a starting point. The indications so afforded have only a formal and relative value and must be examined in the light of the common denominator of the respective legislation of the various Contracting States.

The very nature of the offence is a factor of greater import. When a serviceman finds himself accused of an act or omission allegedly contravening a legal rule governing the operation of the armed forces, the State may in principle employ against him disciplinary law rather than criminal law. In this respect, the Court expresses its agreement with the Government.

However, supervision by the Court does not stop there. Such supervision would generally prove to be illusory if it did not also take into consideration the degree of severity of the penalty that the person concerned risks incurring. In a society subscribing to the rule of law, there belong to the „criminal“ sphere deprivations of liberty liable to be imposed as a punishment, except those which by their nature, duration or manner of execution cannot be appreciably detrimental. The seriousness of what is at stake, the traditions of the Contracting States and the importance attached by the Convention to respect for the physical liberty of the person all require that this should be so (see, *mutatis mutandis*, the De Wilde, Ooms and Versyp judgment of 18 June 1971, Series A no. 12, p. 36, last sub-paragraph, and p. 42 in fine).

BGE 134 I 140: Engel-Kriterien

4.2 Der Begriff „strafrechtliche Anklage“ im Sinne von Art. 6 EMRK ist autonomer Natur und wird vom Bundesgericht entsprechend der Praxis der Strassburger Organe nach drei Kriterien bestimmt: Massgeblich ist erstens die Zuordnung der Vorschrift im nationalen Recht. Diesem Gesichtspunkt kommt allerdings nur relative Bedeutung zu. Von grösserer Tragweite ist zweitens die Natur der vorgeworfenen Handlung und deren Folgen. Wird als Folge eine Sanktion vorgesehen, die sowohl präventiven als auch vergeltenden Charakter aufweist, so ist die strafrechtliche Natur der Zuwiderhandlung zu bejahen. Als drittes Kriterium ist auf die Schwere der Sanktion abzustellen. Zu ermitteln sind die Auswirkungen der Sanktion auf den konkret Betroffenen (vgl. das Grundsatzurteil des EGMR i.S. *Engel gegen die Niederlande* vom 8. Juni/23. November 1976, Serie A, Bd. 22, Ziff. 82; ferner die Urteile i.S. *Öztürk gegen Deutschland* vom 21. Februar 1984, Serie A, Bd. 73, Ziff. 52; i.S. *Campbell und Fell gegen das Vereinigte Königreich* vom 28. Juni 1984, Serie A, Bd. 80, Ziff. 71; i.S. *Ezeh und Connors gegen das Vereinigte Königreich* vom 9. Oktober 2003, Recueil CourEDH 2003-X S. 163, Ziff. 90 ff.; BGE 117 Ia 187 E. 4b S. 189; Urteil des Bundesgerichts 2P.50/1992 vom 21. September 1993, E. 3d-f).

BGE 133 II 331: Rechtsnatur des Führerausweisentzugs

4.2 Der Warnungsentzug ist eine um der Verkehrssicherheit willen angeordnete Verwaltungsmassnahme mit präventivem und erzieherischem Charakter (BGE 102 Ib 59 E. 3; BGE 109 Ib 304 E. 2; BGE 120 Ib 504 E. 4b mit Hinweisen). Er weist allerdings teilweise strafähnliche Züge auf (BGE 120 Ib 504 E. 4b; BGE 116 Ib 146 E. 2a). Die Rechtsprechung hat daher verschiedene für die Strafen geltende strafrechtliche sowie verfassungs- und konventionsrechtliche Regeln und Grundsätze auf den Warnungsentzug analog angewandt. So kann etwa gemäss BGE 120 Ib 504 E. 4 die im Gesetz vorgesehene obligatorische Mindestdauer des Führerausweisentzugs unterschritten oder von der Anordnung einer Massnahme ganz abgesehen werden, wenn seit dem die Massnahme auslösenden Ereignis verhältnismässig lange Zeit verstrichen ist und der Betroffene sich während dieser Zeit wohl verhalten hat. Bei Änderung des Gesetzes ist das neue Recht anwendbar, wenn es für den Betroffenen das mildere ist (BGE 104 Ib 87 E. 2). Der Warnungsentzug ist ein Entscheid über die Stichhaltigkeit einer strafrechtlichen Anklage im Sinne von Art. 6 Ziff. 1 EMRK (BGE 121 II 22), woraus sich unter anderem ein Anspruch des Betroffenen auf eine öffentliche mündliche Verhandlung ergibt. Der Warnungsentzug ist mithin nach der Rechtsprechung eine der Strafe ähnliche, aber dennoch von ihr unabhängige Verwaltungsmassnahme mit präventivem Charakter, welche primär die Erziehung des fehlbaren Fahrzeuglenkers im Interesse der Verkehrssicherheit und nicht dessen Bestrafung bezweckt (BGE 128 II 133 E. 3b/aa).

In der Lehre wird hingegen überwiegend die Auffassung vertreten, dass der Warnungsentzug eine repressive Massnahme beziehungsweise der Sache nach eine Strafe ist (siehe die Hinweise in BGE 121 II 22 E. 3a und BGE 120 Ib 504 E. 4b).

BVGer B-4830/2011 vom 26. Juni 2013: Sanktion nach Art. 51 Spielbankengesetz

4. Die Beschwerdeführerin wendet weiter ein, dass die Vorinstanz mehrfach die der Beschwerdeführerin aus Art. 6 der Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten vom 4. November 1950 (EMRK, SR 0.101) zustehenden strafprozessualen Verfahrensrechte verletzt habe. Namentlich nennt sie insbesondere das Recht auf Aussageverweigerung sowie die Unschuldsvermutung im Sinne von Art. 6 Abs. 1 und 2 EMRK.

4.1 Was als "strafrechtliche Anklage" bzw. "Strafverfahren" im Sinne von Art. 6 EMRK zu gelten hat, beurteilt sich nach folgenden drei Kriterien: Zunächst wird geprüft, ob die (angeblich) verletzte Regelung landesintern dem Strafrecht zugeordnet wird. Handelt es sich nach der entsprechenden rechtstechnischen Qualifikation nicht um ein Strafverfahren, so ist die "wahre Natur" des Tatbestands zu ermitteln. Erscheint das Verfahren auch unter diesem Gesichtspunkt nicht als strafrechtlich, so bleibt aufgrund der Art und Schwere der angedrohten Sanktion zu beurteilen, ob diese eine Strafe darstellt (vgl. IntKommEMRK [Kühne] Art. 6 Rz. 418, BGE 128 I 346 E. 2.1 mit Hinweisen, EGMR, Engel u.a. ./ Niederlande [Beschwerde-Nr. 5100/71; 5101/71; 5354/72; 5370/72], Urteil vom 8. Juni 1976, Rz. 82 f.). Als Folge der autonomen Definition der "strafrechtlichen Anklage" bzw. des "Strafverfahrens" im Sinne von Art. 6 EMRK ist die Verwaltungssanktion nach Art. 51 SBG unabhängig von der Einstufung von kartellrechtlichen Sanktionen zu beurteilen. Die Beschwerdeführerin kann daher alleine aus dem Umstand, dass die Verwaltungssanktion nach Art. 51 SBG nach dem Muster des Kartellgesetzes konzipiert wurde, nichts zu ihren Gunsten ableiten.

4.2 Im vorliegenden Fall ist unbestritten, dass die zur Diskussion stehende Sanktion im Sinne von Art. 51 SBG vom Gesetzgeber weder dem eigentlichen Strafrecht noch dem speziellen spielbankenrechtlichen Strafrecht des SBG (Art. 55 ff. SBG) zugeordnet wurde. Ob diese Zuordnung gemäss innerstaatlichem Recht auch der "Natur der Widerhandlung" entspricht, bestimmt sich in erster Linie nach dem Adressatenkreis der Regelung. Richtet sich eine Regelung (zumindest potentiell) an die Allgemeinheit, spricht das für deren strafrechtlichen Charakter (Urteil des Bundesgerichts 8C_417/2010 vom 6. September 2010 E. 4.2.2 mit Hinweisen). Dies trifft auf Art. 51 SBG nicht zu. Die entsprechende Norm richtet sich gemäss klarem Wortlaut lediglich an Konzessionäre. Der Adressatenkreis ist somit stark eingeschränkt und umfasst derzeit 21 Spielbanken. Art. 51 SBG kann denn auch als eine spezielle Art von Disziplinarsanktion aufgefasst werden, dient die Massnahme doch primär der Aufrechterhaltung der Ordnung innerhalb der Schweizer Glücksspielindustrie sowie der Sicherung der Vertrauenswürdigkeit, des Rufs und des Ansehens der gesamten Branche (vgl. Bernhard Waldmann, Das Disziplinarwesen, in: Isabelle Häner/Bernhard Waldmann [Hrsg.], Verwaltungsstrafrecht und sanktionierendes Verwaltungsrecht, Zürich/Basel/Genf 2010, S. 104).

4.3 Wie die Beschwerdeführerin zutreffend ausführt, ermöglicht es Art. 51 SBG der Vorinstanz theoretisch, gegenüber den Konzessionären maximale Verwaltungssanktionen in bis zu mehrstelliger Millionenhöhe auszusprechen. Die Beschwerdeführerin liegt denn auch grundsätzlich nicht falsch, wenn sie davon ausgeht, dass die maximal mögliche Sanktionsandrohung - auch wenn von einer speziellen Art einer Disziplinarsanktion ausgegangen wird - für eine "strafrechtliche Anklage" bzw. ein "Strafverfahren" im Sinne von Art. 6 EMRK sprechen könnte (vgl. Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-4066/2010 vom 19. Mai 2011 E. 8.2.1.3 mit Hinweisen; BGE 128 I 346 E. 2.3 mit Hinweisen). Sie erkennt dabei jedoch den Zweck der Norm. So steht bei Art. 51 SBG nicht die repressive Wirkung im Vordergrund sondern - analog den disziplinarrechtlichen Grundsätzen (vgl. Waldmann, a.a.O., S. 104 f.) - der Schutz des Publikums (i.c. im Besonderen einerseits der Spielsüchtigen, andererseits potentiellen Opfer derselben) sowie die "Warnung" der anderen Konzessionäre. Die präventive Zielsetzung von Art. 51 SBG wird denn auch in der Botschaft deutlich hervorgehoben (vgl. Botschaft zum Bundesgesetz über das Glücksspiel und über die Spielbanken [Spielbankengesetz, SBG] vom 26. Februar 1997 [nachfolgend: Botschaft SBG], BBl 1997 III 145, 188 f.). Auch sieht die gesetzliche Ordnung für das in Frage stehende Fehlverhalten (Spielen lassen von Personen, die dem Spielverbot nach Art. 21 SBG unterliegen) eine eigentliche repressive Sanktion vor, nämlich die in Art. 56 Abs. 1 lit. g SBG vorgesehene Strafandrohung. Mit der Verwaltungssanktion nach Art. 51 Abs. 1 SBG sowie dem möglichen Strafverfahren wegen einer Verletzung von Art. 56 Abs. 1 lit. g SBG bestehen somit nebeneinander zwei verschiedene, je anderen Prozessgrundsätzen gehorchende Verfahren, die sich gegenseitig nicht präjudizieren und die in unterschiedlichen Sanktionen mit je anderer Zweckrichtung münden können (vgl. Botschaft SBG, BBl 1997 III 145, 189). Auch darf nicht ausser Acht gelassen werden, dass eine konsequente Übernahme strafrechtlicher Grundsätze und dabei insbesondere auch des Aussageverweigerungsrechts dazu führen würde, dass sich das Verwaltungsrecht nicht mehr anwen-

den und durchsetzen liesse (vgl. Patrick L. Krauskopf/Katrin Emmenegger, in: Bernhard Waldmann/Philippe Weissenberger [Hrsg.], Praxiskommentar VwVG, Zürich/Basel/Genf 2009, Art. 13 N 70, Hansjörg Seiler, Das [Miss-]Verhältnis zwischen strafprozessualen Schweigerecht und verwaltungsrechtlicher Mitwirkungs- und Auskunftspflicht, in: recht 2005, S. 18). Seiler weist zudem zutreffend auf die Gefahr hin, dass eine konsequente Übernahme strafrechtlicher Grundsätze dazu führen kann, dass die Wahrscheinlichkeit des Zustandekommens eines materiell "richtigen" Urteils abnimmt (vgl. Seiler, a.a.O., S. 18). So sieht Art. 51 Abs. 1 Satz 2 SBG vor, dass für den Fall, dass der durch einen Verstoss erzielte Gewinn nicht festgestellt oder geschätzt werden kann - was insbesondere bei einer konsequenten Handhabung des Aussageverweigerungsrechts seitens der betroffenen Spielbank häufig der Fall wäre - die Verwaltungsanktion von der Vorinstanz auf bis zu 20 Prozent des Bruttospielertrags im letzten Geschäftsjahr festgelegt werden kann. Diese Vorgehensweise dürfte nach der Erfahrung des Bundesverwaltungsgerichts für die Spielbank im Regelfall zu einem schlechteren Ergebnis führen. Auch im vorliegenden Fall wirken sich die (glaubhaften) Aussagen der Vertreter der Beschwerdeführerin im vorinstanzlichen Verfahren sowie ihre Mitwirkung bei der Sanktionsberechnung mehrfach zu Gunsten der Beschwerdeführerin aus. Zudem darf nicht ausser Acht gelassen werden, dass es in Fällen wie dem Vorliegenden für einen Konzessionsverstoss bereits genügt, wenn die betreffende Spielbank annehmen muss, dass ein Spieler überschuldet ist oder seinen finanziellen Verpflichtungen nicht nachkommt bzw. Spieleinsätze riskiert, die in keinem Verhältnis zu seinem Einkommen und Vermögen stehen (vgl. Art. 22 Abs. 1 lit. a und b SBG). Die Spielbank hat daher ein vitales Eigeninteresse an der Wahrnehmung ihrer Mitwirkungsrechte, wirkt sich doch die aktive Mitarbeit wie bereits erwähnt häufig oder gar mehrheitlich positiv bei der Sanktionsberechnung aus (vgl. i.c. denn auch E. 10c der Verfügung vom 29. Juni 2011). Eine Prozessmaxime, die dazu beiträgt, dass die Wahrscheinlichkeit eines "richtigen" Urteils reduziert wird und allenfalls gar die "angeklagte" Partei in der Folge in einer für sie negativen Art und Weise betroffen ist, läuft dem Ziel eines fairen Prozesses zuwider, das Art. 6 EMRK zu schützen sucht, was nicht der Absicht dieser Norm entsprechen kann (vgl. Seiler, a.a.O., S. 18).

4.4 Es ist daher festzuhalten, dass sowohl die landesrechtliche Qualifikation, die Natur der Widerhandlung als auch die Art und Schwere der Sanktion dagegen sprechen, dass eine Verwaltungsanktion nach Art. 51 SBG als "Strafe" im Sinne von Art. 6 EMRK einzustufen ist. Dementsprechend sind auch die von der Beschwerdeführerin kritisierten Schriftstücke in den Akten zu belassen und der in der Bundesverwaltungsrechtspflege allgemein geltende Grundsatz der freien Beweiswürdigung kommt zur Anwendung (Art. 19 VwVG i.V.m. Art. 40 des Bundesgesetzes über den Bundeszivilprozess vom 4. Dezember 1947 [BZP, SR 273]). Die von der Vorinstanz in ihrer Vernehmlassung eventualiter beantragte, allenfalls durchzuführende Befragung der Mitarbeitenden der Beschwerdeführerin bzw. die in ihrer Duplik eventualiter beantragte Senkung des Sanktionsbetrages auf den durch den betreffenden Spieler generierten Gewinn erübrigen sich.

BGE 139 I 72: Sanktion nach Art. 49a Kartellgesetz

2.

2.1 Nach Art. 49a Abs. 1 KG kann unter anderem ein Unternehmen, das sich nach Art. 7 KG (Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung [Marktmissbrauch]) unzulässig verhält, mit einem Betrag von bis zu zehn Prozent des in den letzten drei Geschäftsjahren in der Schweiz erzielten Umsatzes belastet werden. Der Betrag bemisst sich nach der Dauer und der Schwere des Verhaltens; zudem ist der mutmassliche Gewinn angemessen zu berücksichtigen, den das Unternehmen dadurch erzielt hat (vgl. BGE 135 II 60 E. 2.1 S. 63; BGE 137 II 199 E. 3.2 S. 206).

2.2 Die Rechtsnatur der kartellrechtlichen Sanktion nach Art. 49a KG blieb bisher höchstrichterlich ungeklärt. Gemäss den Beschwerdeführern handelt es sich von der Tragweite her um eine Sanktion mit Strafcharakter, welche die entsprechenden Anforderungen von Art. 6 und 7 EMRK sowie von Art. 30 und 32 BV zu erfüllen hat. Auch das Bundesverwaltungsgericht geht vom strafrechtlichen Charakter von Art. 49a KG aus, wenn auch mit leicht unterschiedlichen Einschätzungen der entsprechenden rechtlichen Auswirkungen als die Beschwerdeführer. Da diese etliche Rügen erheben, die an den behaupteten Strafcharakter anknüpfen, ist darauf vorweg einzugehen.

2.2.1 Nach Art. 30 Abs. 1 BV und Art. 6 Ziff. 1 EMRK, die in dieser Hinsicht dieselbe Tragweite besitzen, hat der Einzelne bei strafrechtlichen Anklagen Anspruch darauf, dass seine Sache von einem durch Gesetz geschaffenen, zuständigen, unabhängigen und unparteiischen Gericht ohne Einwirken sachfremder Umstände entschieden wird. Ob diese Garantie verletzt ist, prüft das Bundesgericht frei (vgl. BGE 135 I 14 E. 2 S. 15; BGE 133 I 1 E. 5.2 S. 3 mit Hinweisen).

2.2.2 Gemäss einer gefestigten, langjährigen Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes für Menschenrechte (EGMR) handelt es sich um eine strafrechtliche Anklage, wenn alternativ entweder

das nationale Recht eine staatliche Massnahme dem Strafrecht zuordnet oder wenn die Natur des Vergehens oder wenn die Art und Schwere des Vergehens und/oder der Sanktionen für den strafrechtlichen Charakter spricht (so genannte Engel-Kriterien, zurückgehend auf das Urteil des EGMR Engel gegen Niederlande vom 8. Juni 1976, Serie A Bd. 22; vgl. auch die Urteile Öztürk gegen Deutschland vom 21. Februar 1984, Serie A Bd. 73; Belilos gegen Schweiz vom 29. April 1988, Serie A Bd. 132; Jussila gegen Finnland vom 23. November 2006, Nr. 73053/01, Recueil CourEDH 2006-XIV S. 27; Jens Meyer-Ladewig, EMRK, Handkommentar, 3. Aufl. 2011, N. 23 ff. zu Art. 6 EMRK; Frowein/Peukert, Europäische Menschenrechtskonvention, EMRK-Kommentar, 3. Aufl. 2009, N. 25 ff. zu Art. 6 EMRK; Grabenwarter/Pabel, Europäische Menschenrechtskonvention, 5. Aufl. 2012, S. 393 ff.; Christoph Tagmann, Die direkten Sanktionen nach Art. 49a Abs. 1 Kartellgesetz, 2007, S. 90 ff.; Luzius Wildhaber, EMRK, Wettbewerbsrecht und Verwaltungsstrafen, in: Jusletter vom 4. Juli 2011, Rz. 6; Niggli/Riedo, Eine Lösung, viele Probleme, einige Beispiele und kein Märchen, in: Verwaltungsstrafrecht und sanktionierendes Verwaltungsrecht, 2010, S. 51 ff., 58).

Die Massnahme nach Art. 49a KG zeichnet sich durch den ihr zugeschriebenen abschreckenden sowie vergeltenden Charakter (vgl. Botschaft vom 7. November 2001 über die Änderung des Kartellgesetzes [nachfolgend: Botschaft KG II], BBl 2002 2022, 2052) und eine die Schwere des Vergehens belegende erhebliche Sanktionsdrohung aus, die zur Auferlegung einer finanziellen Belastung in der Höhe von etlichen Millionen Franken führen kann. Unabhängig davon, dass die Massnahme ihre Grundlage im Kartell- und nicht im (Kern-) Strafrecht findet, verfügt sie daher über einen strafrechtlichen bzw. "strafrechtsähnlichen" (vgl. Schlussanträge der Generalanwältin Juliane Kokott vom 15. Dezember 2011 i.S. Lukasz Marcin Bonda [Rechtssache C-489/10] Titel vor Rz. 32) Charakter. Davon sind bereits der Bundesrat 2001 in seiner Botschaft KG II (BBl 2002 2052 Ziff. 5) und die Literatur ausgegangen (vgl. etwa Tagmann, a.a.O., S. 92 ff.; Daniel Zimmerli, Zur Dogmatik des Sanktionssystems und der "Bonusregelung" im Kartellrecht, 2007, S. 449 ff.; David/Frick/Kunz/Studer/Zimmerli, Der Rechtsschutz im Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht, in: SIWR Bd. I/2, 3. Aufl. 2011, S. 479; Niggli/Riedo, a.a.O., S. 59 ff.; Peter Reinert, in: Kartellgesetz, 2007, N. 4 ff. zu Art. 49a KG; Jürg Borer, Wettbewerbsrecht, Kommentar, Bd. I, 3. Aufl. 2011, N. 2 zu Art. 49a KG; Wildhaber, a.a.O., Rz. 7 ff.; Niggli/Riedo, in: Basler Kommentar, Kartellgesetz, 2010, N. 25 ff. vor Art. 49a-53 KG; Andrea Doss, Vertikalabreden und deren direkte Sanktionierung nach dem schweizerischen Kartellgesetz, 2009, S. 157). Diese Auffassung ist auch nunmehr durch oberste "europäische" Gerichte bestätigt worden (vgl. Urteil des EGMR Menarini Diagnostics S.R.L. gegen Italien vom 27. September 2011, Nr. 43509/08, § 44; Urteil des EFTA Court Posten Norge AS gegen EFTA Sur veillance Authority vom 18. April 2012 [E-15/10], Nr. 84 ff.; Urteil des EuGH vom 8. Dezember 2011 C-389/10 P, KME, Publikation in der amtlichen Sammlung vorgesehen, Randnrn. 118 ff. [dazu Weitbrecht/Mühle, Die Entwicklung des Europäischen Kartellrechts im Jahre 2011, Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht [EuZW] 2012 S. 290 ff., 294; bereits früh in diese Richtung Schwarze/Weitbrecht, Grundzüge des europäischen Kartellverfahrensrechts, 2004, S. 139 ff.; Zimmerli, a.a.O., S. 416 ff.; anders noch [verwaltungsrechtliche Sanktion] etwa Walter Frenz, Handbuch Europarecht, Bd. II: Europäisches Kartellrecht, 2006, S. 594 f.; Bechtold/Bosch/Brinker/Hirsbrunner, EG-Kartellrecht, Kommentar, 2. Aufl. 2009, S. 336 f. Rz. 90; zu Art. 47 Grundrechte-Charta [Recht auf einen wirksamen Rechtsbehelf und ein unparteiisches Gericht] etwa Hans-Peter Folz, in: Europäisches Unionsrecht - EUV, AEUV, Grundrechte-Charta, Handkommentar, 2012, passim zu Art. 47 Grundrechte-Charta]). Auch das Bundesgericht hat dies in BGE 135 II 60 (E. 3.2.3 S. 71) nebenbei so vermerkt. Die entsprechenden Garantien von Art. 6 und 7 EMRK und Art. 30 bzw. 32 BV sind demnach grundsätzlich anwendbar. Über ihre Tragweite ist bei der Prüfung der einzelnen Garantien zu befinden.

(...)

4.4 Mit Urteil Menarini Diagnostics S.R.L. (§§ 57 ff.) hat nun der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte - wie bereits früher in anderem Zusammenhang (vgl. etwa Grabenwarter/Pabel, a.a.O., S. 419 Rz. 58, 477 Rz. 153 i.f.; Christoph Grabenwarter, Verfahrensgarantien in der Verwaltungsgerichtsbarkeit [nachfolgend: Verfahrensgarantien], 1997, S. 359 ff. mit umfassenden Hinweisen; siehe auch Urteil des EGMR Mamidakis gegen Griechenland vom 11. Januar 2007, Nr. 35533/04) - erstmals in einem Kartellverfahren (mit hohen Bussgeldern) festgehalten, dass die Anforderungen von Art. 6 EMRK auch erst im Verwaltungsgerichtsverfahren erfüllt werden können; insoweit lässt die EMRK zu, dass die Verwaltung im Verwaltungsverfahren Sanktionen mit strafrechtlichem Charakter aussprechen kann. Voraussetzung für die Zulässigkeit dieser Situation bilde aber, dass im nachfolgenden Gerichtsverfahren die Vorgaben von Art. 6 EMRK eingehalten werden. Zudem könne der Sinn einer "procédure administrative" Abweichungen von einer "procédure pénale au sens strict du terme" so weit zulassen, als damit die staatlichen Verpflichtungen, die Anforderungen von Art. 6 EMRK einzuhalten, nicht obsolet werden. Insoweit wiederholt der Gerichtshof die bereits andernorts geäußerte differenzierte Betrachtungsweise (vgl. Urteile des EGMR Sigma Radio Television Ltd gegen Zypern

vom 21. Juli 2011, Nr. 32181/04 und 35122/05, § 151; Jussila, § 43; grundlegend: Albert und Le Compte gegen Belgien vom 10. Februar 1983, Nr. 7299/75, § 29; siehe auch EFTA Court Posten Norge AS, Nr. 89; vgl. auch bereits Andreas Heinemann, Direkte Sanktionen im Kartellrecht [nachfolgend: Sanktionen], Jusletter vom 21. Juni 2010, Rz. 27 ff.). Auch der EFTA Court (Posten Norge AS) und der EuGH (KME, Randnrn. 118 ff.; siehe auch Andreas Heinemann, Kriminalrechtliche Individualstrafungen im Kartellrecht?, in: Wirtschaftsrecht in Theorie und Praxis, Festschrift für Roland von Büren, 2009, S. 595 ff., 598 f.) haben in Bezug auf Art. 6 EMRK bzw. den diesem gleichkommenden Art. 47 Charta der Grundrechte der Europäischen Union gleich entschieden wie der Gerichtshof in Strassburg.

Insoweit bedarf es somit aus Sicht der Europäischen Menschenrechtskonvention keiner institutioneller Strukturänderung des schweizerischen Kartellverfahrens, wie sie etwa der Bundesrat in seiner Botschaft vom 22. Februar 2012 zur Änderung des Kartellgesetzes und zum Bundesgesetz über die Organisation der Wettbewerbsbehörde ([nachfolgend: Botschaft KG III] BBl 2012 3905) vorgeschlagen hat.

BGE 140 I 2: Massnahmen gemäss „Hooligan-Konkordat“

6.

6.1 Das Bundesgericht hat in BGE 137 I 31 E. 4.4 S. 42 dargelegt, dass die Massnahmen des Rayonverbots, der Meldeauflage und des Polizeigewahrsams keinen strafrechtlichen Charakter aufweisen und damit nicht mit der Gesetzgebungskompetenz des Bundes (Art. 123 BV) in Konflikt stehen können. Auch bei den neuen Massnahmen nach dem geänderten Konkordat, wie den Vorschriften über die Personendurchsuchung und den Bestimmungen über die Bewilligungspflicht für bestimmte Veranstaltungen, handelt es sich um verwaltungsrechtliche Normen. Das geänderte Konkordat bezweckt, Gewalt anlässlich von Sportveranstaltungen frühzeitig zu erkennen und zu bekämpfen. Im Vordergrund steht die Prävention, die Verhinderung von Gewalt anlässlich von Sportveranstaltungen. Die Massnahmen sind auf Gefährdungen der öffentlichen Sicherheit durch Gewalttaten unterschiedlichster Art ausgerichtet. Zwar wird für die Definition des gewalttätigen Verhaltens, das Massnahmen nach dem Konkordat nach sich ziehen kann, an Straftatbestände angeknüpft (Art. 2 des Konkordats) und für den Nachweis der Gefahr von Gewalttaten unter anderem auf entsprechende Gerichtsurteile und Anzeigen abgestellt (Art. 3 des Konkordats). Das führt indessen nicht dazu, dass die Massnahmen des Konkordats insgesamt dem Strafrecht zuzuordnen wären. Sie weisen grundsätzlich keinen pönalen Charakter auf, werden nicht als Bestrafung wegen der Erfüllung von Straftatbeständen ausgesprochen und bezwecken nicht die Besserung der betroffenen Person (vgl. BGE 137 I 31 E. 4.3 S. 42).

6.2 Die bundesgerichtliche Qualifikation der im Konkordat vorgesehenen Massnahmen wurde insbesondere unter Hinweis auf die Unschuldsvermutung (Art. 32 Abs. 1 BV; Art. 6 Ziff. 2 EMRK) und den Begriff der strafrechtlichen Anklage (Art. 6 Ziff. 1 EMRK) kritisch gewürdigt (Joël O. Müller, Das revidierte Konkordat über Massnahmen gegen Gewalt anlässlich von Sportveranstaltungen vom 2. Februar 2012 [„Hooligan-Konkordat“], recht 2013 S. 109 ff., 112; Gregori Werder, Rechtsnatur und Charakter der Massnahmen des Hooligan-Konkordats, Sicherheit & Recht 2012 S. 249 ff.). Der Kritik liegt die Tatsache zugrunde, dass nach den Angaben des Bundesamts für Polizei (fedpol) die bei Sportveranstaltungen am häufigsten begangenen Straftatbestände Verstösse gegen das Sprengstoffgesetz (297 aktive Massnahmen), Landfriedensbruch (274 aktive Massnahmen), Gewalt und Drohung gegen Beamte (180 aktive Massnahmen) sowie Sachbeschädigungen (101 aktive Massnahmen) und Tötlichkeiten (57 aktive Massnahmen) sind (...). Kritisiert wird insbesondere, dass die verwaltungsrechtliche Natur der Konkordatsmassnahmen einen allfälligen Strafcharakter einzelner Konkordatsmassnahmen nicht generell auszuschliessen vermag. Das Bundesgericht habe es in BGE 137 I 31 unterlassen, die verschiedenen polizeilichen Konkordatsmassnahmen einzeln auf ihren etwaigen Strafcharakter zu prüfen (Werder, a.a.O., S. 252; zum Ganzen: Müller, a.a.O., S. 109 ff.). Die Beschwerdeführer berufen sich zudem auf einen Teil der Lehre, wonach Rayonverbote für Hooligans zu den pönalen verwaltungsrechtlichen Sanktionen zählen sollen, die analog zum Strafrecht nur aufgrund einer Prüfung des Verschuldens in einem korrekten Verfahren verfügt werden dürfen (Tobias Jaag, Verwaltungsrechtliche Sanktionen: Einführung, in: Verwaltungsstrafrecht und sanktionierendes Verwaltungsrecht, Häner/Waldmann [Hrsg.], S. 11, 16).

6.3 Nach ständiger Rechtsprechung liegt eine strafrechtliche Anklage im Sinne von Art. 6 Ziff. 1 EMRK vor, wenn alternativ entweder das nationale Recht eine staatliche Massnahme dem Strafrecht zuordnet oder wenn die Natur des Vergehens oder wenn die Art und Schwere des Vergehens und/oder der Sanktionen für den strafrechtlichen Charakter spricht (BGE 139 I 72 E. 2.2.2 S. 78 f.; BGE 135 I 313 E. 2.2.1 S. 317; je mit Hinweisen; zu den Kriterien der Abgrenzung von der strafrechtlichen Anklage vgl. BGE 121 II 22 E. 2 S. 24 f.; Grabenwarter/Pabel, Europäische Menschenrechtskonvention, 5. Aufl.

2012, S. 392 ff.; Häfelin/Müller/Uhlmann, Allgemeines Verwaltungsrecht, 6. Aufl. 2010, S. 397). Schutzmassnahmen wie Rayon- und Kontaktverbote, die zur Vermeidung häuslicher Gewalt ergriffen werden, fallen nach der Rechtsprechung nicht unter den Begriff der strafrechtlichen Anklage (BGE 134 I 140 E. 4.3 S. 145 f.).

Der Umstand, dass strafrechtlich relevantes Verhalten als Anknüpfungspunkt für die Definition des gewalttätigen Verhaltens und die Ergreifung von Massnahmen nach dem Konkordat dient, steht der Qualifikation des Konkordats als verwaltungsrechtlicher Erlass nicht entgegen. Entscheidend ist, dass das Konkordat einzig auf die Vorbeugung vor Gewalt ausgerichtet ist und die vorgesehenen konkreten Massnahmen nach Art und Schwere nicht als Bestrafung für erfolgtes gewalttätiges Verhalten erscheinen, sondern als notwendige Massnahmen zur Verhinderung künftiger Gewalttaten. In dieser Hinsicht ist die vorliegende Angelegenheit zu unterscheiden von einer im Urteil des Bundesgerichts 1C_225/2012 (vom 10. Juli 2013 E. 6) beurteilten Regelung im Demonstrationsrecht des Kantons Genf. Nach der damals zur Diskussion stehenden Bestimmung sollte einem Gesuchsteller eine Demonstrationsbewilligung während einer Sperrfrist von ein bis fünf Jahren verweigert werden können, wenn er die Bedingungen und Auflagen einer früheren Demonstrationsbewilligung nicht erfüllt hatte oder wenn bei der Demonstration, selbst ohne Verschulden des Organisators, Personen oder Sachen schwer beeinträchtigt wurden. Diese Vorschrift ergänzte eine andere Bestimmung im gleichen Gesetz, nach welcher eine Demonstrationsbewilligung ohne Rücksicht auf früheres Fehlverhalten des Organisators verweigert werden konnte, wenn eine bestimmte Veranstaltung objektiv mit zu grossen Risiken für die öffentliche Ordnung und Sicherheit behaftet war. Das Bundesgericht bejahte einen gewissen repressiven Charakter der Sperrfrist und verneinte vor dem Hintergrund der allgemeinen Möglichkeit einer Bewilligungsverweigerung die Notwendigkeit und Zumutbarkeit der Sperrfrist (a.a.O., E. 6.4). Die in der hier umstrittenen Konkordatsänderung vorgesehenen Massnahmen dürfen, um als verwaltungsrechtliche Massnahmen ohne strafrechtlichen Charakter zu gelten, grundsätzlich nicht als strafrechtliche Sanktionen für früheres gewalttätiges Verhalten ausgestaltet sein, ansonsten die grundrechtlichen Anforderungen an eine strafrechtliche Anklage im Sinne von Art. 6 Ziff. 1 EMRK erfüllt sein müssten.

Weiter ist zur Frage nach dem Vorliegen einer strafrechtlichen Anklage im Sinne von Art. 6 Ziff. 1 EMRK von Bedeutung, dass das Konkordat spezifisch das polizeiliche Verwaltungshandeln im Hinblick auf befürchtete Gewalttaten bei Sportanlässen regeln soll (vgl. BGE 137 I 31 E. 5.2 S. 43). Die vorgesehenen Massnahmen sind auf das zukünftige Verhalten ausgerichtet und gelangen unabhängig von der strafrechtlichen Beurteilung bereits verübter Gewalttaten zur Anwendung. Die strafrechtlichen Mittel bezwecken die nachträgliche Ahndung von Verstössen. Die Notwendigkeit von gezielten auf Vermeidung von zukünftigen Gewalttaten ausgerichteten Verwaltungsmassnahmen gemäss dem Konkordat liegt darin begründet, dass das Strafrecht nach den Erfahrungen der vergangenen Jahre kein hinreichendes Mittel zur vorbeugenden Bekämpfung von Gewalttaten an Sportveranstaltungen darstellt, da das Strafrecht grundsätzlich erst greift, wenn die Rechtsverstösse bereits erfolgt sind. Für eine Qualifikation der Massnahmen nach dem Konkordat als strafrechtliche Sanktionen kann nicht genügen, wenn aus Sicht des betroffenen Fussball- oder Eishockeyfans ein Rayon- und Stadionverbot subjektiv als pönal empfunden wird (vgl. Beat Hensler, Strafe ohne Strafrecht, Sicherheit & Recht 2011 S. 37, 41). Im Rahmen der weiteren Behandlung der Beschwerde ist der Abgrenzung zum Strafrecht Rechnung zu tragen.

BGE 137 I 363 = Pra 101 (2012) Nr. 46, S. 324 ff.: *Ne bis in Idem*

2. Unter Anrufung von Art. 4 Ziff. 1 des 7. Zusatzprotokolls zur EMRK macht der Beschwerdeführer geltend, dass die verwaltungsrechtliche Massnahme, welche gestützt auf denselben Sachverhalt wie die strafrechtliche Sanktion erlassen worden sei, den Grundsatz «ne bis in idem» verletze. Er verweist auf die Auslegung dieser Bestimmung im Urteil des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte *Zolotoukhine gegen Russland* vom 10. Februar 2009 (nachfolgend: Urteil *Zolotoukhine*).

2.1 Niemand darf wegen einer Straftat, für welche er bereits nach dem Gesetz und dem Strafverfahrensrecht eines Staates rechtskräftig verurteilt oder freigesprochen worden ist, in einem Strafverfahren desselben Staates erneut verfolgt oder bestraft werden. Dieser Anspruch, «ne bis in idem», wird garantiert durch Art. 4 Ziff. 1 des 7. Zusatzprotokolls zur EMRK, abgeschlossen in Strassburg am 22. November 1984 und in der Schweiz in Kraft getreten am 1. November 1988 (SR 0.101.07), sowie durch Art. 14 Abs. 7 des Internationalen Pakts über bürgerliche und politische Rechte, abgeschlossen in New York am 16. Dezember 1966 und für die Schweiz in Kraft getreten am 18. September 1992 (UNO-Pakt II; SR 0.103.2). Der Grundsatz «ne bis in idem» lässt sich zudem implizit aus der Bundesverfassung herleiten (BGE 128 II 355 E. 5.1 S. 367; vgl. auch BGE 125 II 402 E. 1b S. 404; 122 I 257 E. 3 S. 259 f.; 119 Ib 311 E. 3a S. 318 mit Hinweisen). Schliesslich sieht auch Art. 11 Abs. 1 der Schweizerischen Strafprozessordnung vom 5. Oktober 2007 (StPO; SR 312.0) unter der Marginalie

«Verbot der doppelten Strafverfolgung» vor, dass jemand, der in der Schweiz rechtskräftig verurteilt oder freigesprochen worden ist, wegen der gleichen Straftat nicht erneut verfolgt werden darf.

2.2 Aus den Sachverhaltsfeststellungen im Urteil *Zolotoukhine* geht hervor, dass Sergeï Zolotoukhine am 4. Januar 2001 auf den Polizeiposten geführt wurde, weil er versucht hatte, eine Frau ins Militärgelände zu bringen, obwohl dies verboten war. Der alkoholisierte Sergeï Zolotoukhine beschimpfte die Polizisten, leistete ihrer Anordnung, er solle Störungen der öffentlichen Ordnung unterlassen, keine Folge und versuchte zu fliehen, so dass die Polizisten sich gezwungen sahen, ihn ruhig zu stellen und ihm Handschellen anzulegen. In der Folge machte der Genannte gegenüber anderen Polizisten beleidigende Äusserungen und sprach Drohungen aus. Am 4. Januar 2002 sprach ihn das Bezirksgericht Gribanovski gestützt auf diesen Sachverhalt schuldig der Widerhandlung gegen Art. 158 des Verwaltungsstrafgesetzes der russischen Föderation, welcher minderschwere Ordnungsstörungen ahndet, und verurteilte ihn zu 3 Tagen Administrativhaft. Dieses Urteil erwuchs in Rechtskraft. Gleichzeitig wurde ein Strafverfahren gegen Sergeï Zolotoukhine eröffnet. Gemäss Anklageschrift vom 5. April 2002 wurde ihm vorgeworfen, sich gemäss Art. 213 Abs. 2 lit. b des Strafgesetzbuches der russischen Föderation (StGBRF) der Störung der öffentlichen Ordnung, der Gewalt gegenüber Beamten (Art. 318 StGBRF) und der Beleidigung von Beamten (Art. 319 StGBRF) schuldig gemacht zu haben. Am 2. Dezember 2001 sprach ihn das Bezirksgericht Gribanovski vom Vorwurf der Verletzung von Art. 213 Abs. 2 lit. b StGBRF frei und sprach ihn schuldig in Bezug auf Art. 318 Abs. 1 und 319 StGBRF. Dieses auf Appellation hin bestätigte Urteil erwuchs in Rechtskraft. Mit Urteil vom 10. Februar 2009 stellte die Grosse Kammer des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (nachfolgend: der Europäische Gerichtshof) eine Verletzung des Prinzips «ne bis in idem» fest.

In seiner Begründung hält der Europäische Gerichtshof fest, dass das Bestehen verschiedener Ansätze zur Prüfung, ob ein Beschwerdeführer gestützt auf einen Straftatbestand, für dessen Verletzung er bereits verurteilt worden war, erneut strafrechtlich verfolgt wurde, eine rechtliche Unsicherheit zur Folge habe, welche mit dem grundlegenden Anspruch, nicht zweimal für dieselbe strafbare Handlung verfolgt zu werden, unvereinbar sei. Er entschied, eine harmonisierte Interpretation des Begriffs «dieselbe Straftat» – das idem-Element des ne bis in idem-Grundsatzes – im Sinne von Art. 4 des 7. Protokolls (zitiertes Urteil, § 78) vorzunehmen. Der Gerichtshof stellte diesbezüglich fest, dass der Ansatz, bei welchem die rechtliche Qualifikation der beiden strafbaren Handlungen im Vordergrund stehe, die Rechte des Einzelnen zu stark einschränke. Denn wenn sich der Gerichtshof darauf beschränke festzustellen, dass der Betroffene wegen strafbaren Handlungen verfolgt worden sei, welche rechtlich unterschiedlich zu qualifizieren seien, laufe er Gefahr, die durch Art. 4 des 7. Protokolls gewährleistete Garantie abzuschwächen, statt sie den Anforderungen der Konvention entsprechend zu konkretisieren und wirksam zu machen (zitiertes Urteil, § 81). Daher müsse Art. 4 des 7. Protokolls als Verbot verstanden werden, eine Person wegen einer zweiten «strafbaren Handlung» zu verfolgen, wenn diese auf einem identischen Sachverhalt beruhe oder auf Tatsachen, die im Wesentlichen dieselben seien (zitiertes Urteil, § 82).

Es gehe demnach darum, einen Ansatz anzuwenden, der strikte auf der Identität der Tatsachen beruhe und nicht die rechtliche Qualifikation dieser Tatsachen als ausschlaggebendes Kriterium erachte.

2.3 Das Schweizerische Recht sieht im Bereich der Ahndung von Verstössen gegen die Strassenverkehrsregeln ein doppeltes Straf- und Verwaltungsverfahren vor: Der Strafrichter entscheidet über die in den strafrechtlichen Bestimmungen des SVG (Art. 90 ff. SVG) und im StGB (Art. 34 ff., 106 und 107 StGB) vorgesehenen Sanktionen (Busse, Geldstrafe, gemeinnützige Arbeit oder Freiheitsentzug), während die zuständigen Verwaltungsbehörden über die in den Art. 16 ff. vorgesehenen Administrativmassnahmen (Verwarnung oder Führerausweisentzug) entscheiden. Vorliegend ist einzig die Frage zu prüfen, ob das durch das SVG vorgesehene doppelte Straf- und Administrativverfahren mit Art. 4 Ziff. 1 des 7. Zusatzprotokolls zur EMRK entsprechend der Auslegung im Urteil *Zolotoukhine* vereinbar ist.

(...)

2.3.2 Nach der konstanten Rechtsprechung des Bundesgerichts verletzt das im schweizerischen Recht vorgesehene doppelte Straf- und Verwaltungsverfahren bei Verletzungen der Verkehrsregeln den Grundsatz «ne bis in idem» nicht. Die Anwendung des besagten Grundsatzes setzt insbesondere voraus, dass dem Richter im ersten Verfahren die Möglichkeit offen gestanden haben muss, den Sachverhalt unter allen tatbestandsmässigen Punkten zu würdigen. Diese Voraussetzung trifft hier aufgrund der beschränkten Beurteilungskompetenz der verschiedenen Behörden nicht zu. Nur beide Behörden zusammen können demnach den Sachverhalt in seiner Gesamtheit unter allen rechtlichen Gesichtspunkten beurteilen (BGE 125 II 402 E. 1b S. 404 ff.). Das Bundesgericht hat indessen präzisiert, dass die Verwaltungsbehörde im Entscheid über den Entzug des Führerausweises grundsätzlich nicht von den Feststellungen eines rechtskräftigen Strafurteils abweichen kann. Aus Gründen

der Rechtssicherheit muss vermieden werden, dass die Unabhängigkeit des Strafrichters und des Verwaltungsrichters zu entgegengesetzten Entscheiden gestützt auf denselben Sachverhalt führt (BGE 109 Ib 203 E. 1 S. 204 = Pra 72 Nr. 268; BGE 96 I 766 E. 4 S. 774). Die Verwaltungsbehörde kann nur unter bestimmten Umständen vom Strafurteil abweichen (BGE 129 II 312 E. 2.4 S. 315 = Pra 2004 Nr. 4; BGE 123 II 97 E. 3c/aa S. 104).

2.3.3 Im Bereich der Verkehrsregelverletzungen hatte der Europäische Gerichtshof bereits Gelegenheit, sich zum Dualismus von Strafverfahren und Administrativmassnahmeverfahren zu äussern. Nachdem der Gerichtshof ausgeführt hatte, dass der Entzug des Führerausweises aufgrund der Schwere des Eingriffs pönalen und abschreckenden Charakter habe und einer strafrechtlichen Sanktion ähnlich sei, hielt er fest, dass der von einer Verwaltungsbehörde verfügte Führerausweisentzug nach erfolgter strafrechtlicher Verurteilung gestützt auf denselben Sachverhalt keine Verletzung von Art. 4 des 7. Protokolls darstelle. Dies, weil die Administrativmassnahme unmittelbar und in vorhersehbarer Weise von der Verurteilung herrühre und nichts anderes als deren Folge darstelle (Entscheidung *Nilsson gegen Schweden* vom 13. Dezember 2005 Nr. 73661/01 Slg. 2005-XIII S. 333 ff.; Entscheidung *R.T. gegen Schweiz* vom 30. Mai 2000, VPB 64.152). Aus der engen Verbindung zwischen den beiden Sanktionen zog der Europäische Gerichtshof den Schluss, dass die Administrativmassnahme einer Zusatzstrafe zur strafrechtlichen Verurteilung gleichkomme und integrierenden Bestandteil derselben bilde (Entscheidung *Maszni gegen Rumänien* vom 21. September 2006, § 69 mit Hinweisen).

2.4 Der Entscheid *Zolotoukhine* hat die Anwendung des Grundsatzes «ne bis in idem» präzisiert und sich für das Kriterium der Identität des Sachverhalts entschieden. Er äussert sich jedoch nicht zur Kumulierung des Strafverfahrens und des Administrativmassnahmeverfahrens im Bereich von Verkehrsregelverletzungen. Diese Materie ist in verschiedener Hinsicht besonders geartet. Zunächst handelt es sich beim Führerausweisentzug, trotz seines strafähnlichen Charakters (BGE 128 II 173 E. 3c S. 176 und die dort zitierten Urteile), um eine von der strafrechtlichen Sanktion unabhängige Verwaltungssanktion mit vorwiegend präventiver und erzieherischer Funktion (BGE 128 II 173 E. 3c S. 177; 125 II 396 E. 2a/aa S. 399 = Pra 2000 Nr. 88). Sein Hauptzweck ist die Gewährleistung der Einhaltung der Strassenverkehrsregeln und der Sicherheit der Strassenbenützer (siehe auch Botschaft zur Änderung des Strafgesetzbuches und des Militärstrafgesetzes sowie zu einem Bundesgesetz über das Jugendstrafrecht vom 21. September 1998, BBl 1999 1979 ff., S. 2059).

Das durch das SVG vorgesehene dualistische System, in welchem der Strafrichter keine Kompetenz hat, den Führerausweisentzug zu verfügen und der Entscheid über die Massnahme von der Verwaltungsbehörde abhängig ist, hat zur Folge, dass nur das Zusammenwirken der beiden Behörden es ermöglicht, den Sachverhalt unter allen rechtlichen Gesichtspunkten zu beurteilen. Nachdem nicht alle Folgen der strafrechtlichen Handlung gemeinsam beurteilt werden können, müssen zwei Behörden mit unterschiedlichen Kompetenzen, welche nicht über dieselben Sanktionsmöglichkeiten verfügen und unterschiedliche Zwecke verfolgen, hintereinander denselben Sachverhalt in zwei verschiedenen Verfahren beurteilen. Dieses System entspricht nicht demjenigen, das durch das Urteil *Zolotoukhine* beanstandet wird. Jene Erwägungen beziehen sich nämlich auf zwei (administrative und strafrechtliche) Verfahren, welche denselben Sachverhalt sanktionieren und durch dasselbe Gericht durchgeführt werden, das über dieselben Sanktionsmöglichkeiten verfügt.

Unter diesen Umständen ist es schwierig abzuschätzen, ob der Europäische Gerichtshof durch den Entscheid *Zolotoukhine* das obgenannte Leiturteil *Nilsson gegen Schweden*, wonach das gleichzeitige Bestehen eines administrativen und eines strafrechtlichen Verfahrens im Bereich der Verletzung von Verkehrsregeln das Prinzip «ne bis in idem» nicht verletze, in Frage stellen wollte. Aus dem knappen § 82 des Urteils *Zolotoukhine* (vgl. oben, E. 2.2) kann auch nicht abgeleitet werden, dass alle in den Rechtsordnungen vorgesehenen doppelten Verfahren abzuschaffen wären.

Diese Überlegung wird darüber hinaus verstärkt durch die Tatsache, dass der Bundesgesetzgeber den Vorschlag, den Entscheid über den Führerausweisentzug dem Strafrichter zu überlassen, klar abgelehnt hat. Im Rahmen der Revision des Allgemeinen Teils des Strafgesetzbuches wurde der Vorschlag, den Führerausweisentzug in die Kompetenz des Strafrichters zu überführen, in der Vernehmlassung lediglich von ungefähr der Hälfte der Kantone befürwortet und von den Fachorganisationen praktisch einhellig abgelehnt (Botschaft vom 21. September 1998, a.a.O., S. 2058). In der Vernehmlassung zur SVG-Revisions-Vorlage sprachen sich 23 Kantone dafür aus, dass das Administrativverfahren gegen fehlbare Fahrzeugführer unabhängig vom Strafverfahren durchgeführt werden können soll (Botschaft vom 21. September 1998, a.a.O., S. 2059). In der Botschaft hält der Bundesrat namentlich fest, dass die schweizerische Praxis auf sehr gute Akzeptanz stosse und dass der unbedingte Führerausweisentzug des SVG als eine Massnahme im öffentlichen Interesse sehr effizient sei (Botschaft vom 21. September 1998, a.a.O., S. 2059).

Kürzlich hat der Bundesrat beschlossen, dass sich Verkehrsgerichte, deren Schaffung die Verfahren betreffend Verkehrswiderhandlungen vereinfachen, straffen und vereinheitlichen würde, gegen den eindeutigen Widerstand von 22 Kantonen nicht einführen lassen (Botschaft vom 20. Oktober 2010 zu Via sicura, Handlungsprogramm des Bundes für mehr Sicherheit im Strassenverkehr, BBl 2010 8447 ff., S. 8490).

Demzufolge besteht kein Anlass von der bisher geltenden Rechtsprechung abzuweichen. Dies umso weniger, als die bundesrechtlichen Strafverfahren und die kantonalen Verwaltungsverfahren alle rechtlichen Garantien im Sinne der Art. 29 und 30 BV und Art. 6 EMRK gewährleisten.

BGE 119 Ib 158: Bindung der Verwaltungsbehörde an Strafurteile

3. a) Am 27. Juli 1991 verfügte das Strassenverkehrs- und Schiffsamt gestützt auf das rechtskräftige Strafurteil den Entzug.

b) Der Beschwerdeführer hatte das Strafurteil des Bezirksgerichts bewusst nicht weitergezogen; er begründete dies damit, dass die Widerhandlung im Sinne von Art. 95 Ziff. 1 SVG unbestritten sei; nicht anerkannt werde das Strafurteil indessen bezüglich des Fahrens in angetrunkenem Zustand.

c) Entgegen der vom Beschwerdeführer vertretenen Auffassung hält die Vorinstanz fest, es bestünden keine Gründe, vom rechtskräftigen Strafurteil abzuweichen.

Es ist somit zu prüfen, ob die Entzugsbehörden vom rechtskräftigen Strafurteil hätten abweichen müssen, oder ob sie davon ausgehen durften, die Voraussetzungen dafür seien nicht erfüllt und das rechtskräftige Strafurteil daher auch für das Führerausweisentzugsverfahren verbindlich.

aa) Von den tatsächlichen Feststellungen im Strafurteil darf die Verwaltungsbehörde nur dann abweichen,

- wenn sie Tatsachen feststellt und ihrem Entscheid zugrunde legt, die dem Strafrichter unbekannt waren oder die er nicht beachtet hat;
- wenn sie zusätzliche Beweise erhebt, deren Würdigung zu einem anderen Entscheid führt, oder wenn die Beweiswürdigung durch den Strafrichter den feststehenden Tatsachen klar widerspricht; hat sie hingegen keine zusätzlichen Beweise erhoben, hat sie sich grundsätzlich an die Würdigung des Strafrichters zu halten;
- wenn der Strafrichter bei der Rechtsanwendung auf den Sachverhalt nicht sämtliche Rechtsfragen abgeklärt, insbesondere die Verletzung bestimmter Verkehrsregeln übersehen hat (vgl. BGE 109 Ib 204, mit Hinweis).

Die Verwaltungsbehörde hat insbesondere dann auf die Tatsachen im Strafurteil abzustellen, wenn dieses - wie hier - im ordentlichen Verfahren mit öffentlicher Verhandlung unter Anhörung der Parteien und Einvernahme von Zeugen ergangen ist, es sei denn, es bestünden klare Anhaltspunkte für die Unrichtigkeit dieser Tatsachenfeststellung; in diesem Fall hat die Verwaltungsbehörde nötigenfalls selbständige Beweiserhebungen durchzuführen (BGE 103 Ib 104, bestätigt in BGE 104 Ib 358; Urteil vom 5. Juni 1981, in RDAF 1982, 362 f.; BGE 105 Ib 19, BGE 106 Ib 398, BGE 109 Ib 204, BGE 115 Ib 164).

bb) Hängt die rechtliche Würdigung sehr stark von der Würdigung von Tatsachen ab, die der Strafrichter besser kennt als die Verwaltungsbehörde (was etwa dann der Fall ist, wenn er den Beschuldigten persönlich einvernommen hat: BGE 104 Ib 359), so ist die Verwaltungsbehörde auch in bezug auf die Rechtsanwendung an die rechtliche Qualifikation des Sachverhaltes durch das Strafurteil gebunden (BGE 102 Ib 196).

BGE 136 II 447: Bindung der Verwaltungsbehörde an Strafurteile

3.1 Le jugement pénal ne lie en principe pas l'autorité administrative. Afin d'éviter dans la mesure du possible des décisions contradictoires, la jurisprudence a admis, s'agissant de se prononcer sur l'existence d'une infraction, que l'autorité administrative ne devait pas s'écarter sans raison sérieuse des faits constatés par le juge pénal ni de ses appréciations juridiques qui dépendent fortement de l'établissement des faits, en particulier lorsque le jugement pénal a été rendu au terme d'une procédure publique ordinaire au cours de laquelle les parties ont été entendues et des témoins interrogés (ATF 124 II 103 consid. 1c/bb p. 106; ATF 123 II 97 consid. 3c/aa p. 100; ATF 121 II 214 consid. 3a p. 217; ATF 119 Ib 158 consid. 3c/aa p. 164). L'autorité administrative ne peut dès lors s'écarter du jugement pénal que si elle est en mesure de fonder sa décision sur des constatations de fait que le juge pénal ne connaissait pas ou qu'il n'a pas prises en considération, s'il existe des preuves nouvelles dont l'appréciation conduit à un autre résultat, si l'appréciation à laquelle s'est livré le juge pénal se heurte clairement aux faits constatés ou si ce dernier n'a pas élucidé toutes les questions de droit, en particu-

lier celles qui touchent à la violation des règles de la circulation (ATF 129 II 312 consid. 2.4 p. 315 et les arrêts cités). Cette dernière hypothèse recouvre notamment le cas où le juge pénal a rendu sa décision sur la seule base du dossier, sans procéder lui-même à des débats (ATF 120 Ib 312 consid. 4b p. 315).

BGE 123 II 97: Bindung der Verwaltungsbehörde an einen Strafbefehl

3.

c) aa) Die Verwaltungsbehörde darf von den tatsächlichen Feststellungen im Strafurteil nur abweichen, wenn sie Tatsachen feststellt und ihrem Entscheide zugrundelegt, die dem Strafrichter unbekannt waren, oder wenn sie zusätzliche Beweise erhebt, sowie wenn der Strafrichter bei der Rechtsanwendung auf den Sachverhalt nicht sämtliche Rechtsfragen abgeklärt hat. Die Verwaltungsbehörde hat vor allem dann auf die Tatsachen im Strafurteil abzustellen, wenn dieses im ordentlichen Verfahren ergangen ist (BGE 119 Ib 158 E. 3c/aa). Sie ist aber unter bestimmten Voraussetzungen auch an einen Strafscheid gebunden, der im Strafbefehlsverfahren gefällt wurde, selbst wenn er ausschliesslich auf einem Polizeirapport beruht. Dies gilt insbesondere dann, wenn der Beschuldigte wusste oder angesichts der Schwere der ihm vorgeworfenen Delikte voraussehen musste, dass gegen ihn ein Führerausweisentzugsverfahren eröffnet würde, und er es trotzdem unterlässt oder darauf verzichtet, im Rahmen des (summarischen) Strafverfahrens die ihm garantierten Verteidigungsrechte geltend zu machen. Unter diesen Umständen darf der Betroffene nicht das Verwaltungsverfahren abwarten, um allfällige Rügen vorzubringen und Beweisanträge zu stellen, sondern ist nach Treu und Glauben verpflichtet, dies bereits im Rahmen des (summarischen) Strafverfahrens zu tun, sowie allenfalls die nötigen Rechtsmittel zu ergreifen (BGE 121 II 214 E. 3a).

BGer, KassH, 1.9.2004, 6A.35/2004: Anspruch auf Unterrichtung

2.3 Geltend gemacht wird schliesslich, aufgrund des Umstands, dass das Administrativmassnahmeverfahren erst am 12. Juli 2001 - mithin fast fünf Monate nach Abschluss des Strafverfahrens - eröffnet wurde, sei Art. 6 Ziff. 3 lit. a EMRK verletzt.

Nachdem das Bundesgericht den Warnungsentzug als strafrechtliche Sanktion im Sinne von Art. 6 Ziff. 1 EMRK qualifiziert hat (vgl. E. 1.1), ist Art. 6 Ziff. 3 lit. a EMRK auf ein entsprechendes Administrativverfahren anwendbar (Andreas Kley-Struller, Die Anwendung der Garantien des Art. 6 EMRK auf Verfahren betreffend den Führerausweisentzug, in: René Schaffhauser (Hrsg.), Aktuelle Fragen des Straf- und Administrativmassnahmerechts im Strassenverkehr, St. Gallen 1995, S. 99 ff., 101 und 126 ff.). Danach hat jede angeklagte Person das Recht, innerhalb möglichst kurzer Frist in einer ihr verständlichen Sprache in allen Einzelheiten über Art und Grund der gegen sie erhobenen Beschuldigungen unterrichtet zu werden.

Zwar wird ein Fahrzeuglenker, dem der Führerausweis entzogen wird, in der Regel bereits in einem vorangehenden Strafverfahren Kenntnis davon erlangen, welches Verhalten ihm vorgeworfen wird. Art. 6 Ziff. 3 lit. a EMRK verlangt jedoch nicht nur, dass dem Angeklagten die Tatsachen bekannt gegeben werden, auf die sich die gegen ihn erhobenen Vorwürfe stützen, er muss auch erfahren, wie die Behörde die ihm zur Last gelegten Handlungen rechtlich qualifiziert (Haefliger/ Schürmann, a.a.O., S. 220). Da der Strafrichter für die Anordnung von Administrativmassnahmen unzuständig ist (vgl. E. 1.1), kann die von Art. 6 Ziff. 3 lit. a EMRK geforderte Unterrichtung somit nur durch die Entzugsbehörde erfolgen (vgl. Kley-Struller, a.a.O., S. 126 f.).

Im vorliegenden Fall hat das Strassenverkehr- und Schifffahrtsamt Nidwalden den Beschwerdeführer mit Schreiben vom 12. Juli 2001 umgehend nach Eröffnung des Massnahmeverfahrens von diesem Umstand in Kenntnis gesetzt und dabei Ort und Datum des zu beurteilenden Vorfalles genannt. Eine solche Auskunft war zum Zeitpunkt der Einleitung des Verfahrens ohne weiteres ausreichend (vgl. Haefliger/ Schürmann, a.a.O., S. 220). Welche gesetzlichen Bestimmungen angewendet wurden, wurde dem Beschwerdeführer nämlich hernach in der Entzugsverfügung

2. Disziplinarmaßnahmen

EGMR, Engel and Others v. The Netherlands, 8.6.1976: Disziplinarischer Freiheitsentzug

83. It is on the basis of these criteria that the Court will ascertain whether some or all of the applicants were the subject of a „criminal charge“ within the meaning of Article 6 para. 1 (art. 6-1).

In the circumstances, the charge capable of being relevant lay in the decision of the commanding officer as confirmed or reduced by the complaints officer. It was undoubtedly this decision that settled once and for all what was at stake, since the tribunal called upon to give a ruling, that is the Supreme Military Court, had no jurisdiction to pronounce a harsher penalty (paragraph 31 above).

84. The offences alleged against Mr. Engel, Mr. van der Wiel, Mr. de Wit, Mr. Dona and Mr. Schul came within provisions belonging to disciplinary law under Netherlands legislation (the 1903 Act and Regulations on Military Discipline), although those to be answered for by Mr. Dona and Mr. Schul (Article 147 of the Military Penal Code), and perhaps even by Mr. Engel and Mr. de Wit (Articles 96 and 114 of the said Code according to Mr. van der Schans, hearing on 28 October 1975), also lent themselves to criminal proceedings. Furthermore, all the offences had amounted, in the view of the military authorities, to contraventions of legal rules governing the operation of the Netherlands armed forces. From this aspect, the choice of disciplinary action was justified.

85. The maximum penalty that the Supreme Military Court could pronounce consisted in four days' light arrest for Mr. van der Wiel, two days' strict arrest for Mr. Engel (third punishment) and three or four months' committal to a disciplinary unit for Mr. de Wit, Mr. Dona and Mr. Schul.

Mr. van der Wiel was therefore liable only to a light punishment not occasioning deprivation of liberty (paragraph 61 above).

For its part, the penalty involving deprivation of liberty that in theory threatened Mr. Engel was of too short a duration to belong to the „criminal“ law. He ran no risk, moreover, of having to undergo this penalty at the close of the proceedings instituted by him before the Supreme Military Court on 7 April 1971, since he had already served it from 20 to 22 March (paragraphs 34-36, 63 and 66 above).

On the other hand, the „charges“ against Mr. de Wit, Mr. Dona and Mr. Schul did indeed come within the „criminal“ sphere since their aim was the imposition of serious punishments involving deprivation of liberty (paragraph 64 above). The Supreme Military Court no doubt sentenced Mr. de Wit to twelve days' aggravated arrest only, that is to say, to a penalty not occasioning deprivation of liberty (paragraph 62 above), but the final outcome of the appeal cannot diminish the importance of what was initially at stake.

The Convention certainly did not compel the competent authorities to prosecute Mr. de Wit, Mr. Dona and Mr. Schul under the Military Penal Code before a court martial (paragraph 14 above), a solution which could have proved less advantageous for the applicants. The Convention did however oblige the authorities to afford them the guarantees of Article 6 (art. 6).

BGE 125 I 104: Anordnung von Einzelhaft im Vollzug von Ausschaffungshaft

Art. 6 Ziff. 1 EMRK; richterliche Prüfung der Anordnung von strikter Einzelhaft im Vollzug von Ausschaffungshaft; abstrakte Normenkontrolle.

Die Regelung im zürcherischen Verordnungsrecht, wonach im Vollzug der Ausschaffungshaft als schärfste Disziplinarmaßnahme «strikte Einzelhaft bis zu 20 Tagen Dauer» verfügt werden kann, ohne dass ein Rechtsmittel an eine richterliche Behörde vorgesehen ist, verstösst nicht gegen Art. 6 Ziff. 1 EMRK (E. 1-3).

2. a) Nach Art. 6 Ziff. 1 EMRK hat jede Person Anspruch darauf, dass ein Gericht über die Stichhaltigkeit einer gegen sie erhobenen strafrechtlichen Anklage befindet. Was eine strafrechtliche Anklage ist, wird von den Organen der Europäischen Menschenrechtskonvention autonom ausgelegt. Nach den vom Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte erstmals im Fall Engel et al. (Urteil vom 8. Juni 1976, Série A, Vol. 22, Ziff. 80-85) entwickelten Kriterien ist als Ausgangspunkt in Betracht zu ziehen, ob die Massnahme nach innerstaatlichem Recht dem Strafrecht oder dem Disziplinarrecht zuzuordnen ist. Weiter sind - unter Berücksichtigung entsprechender Gesetzgebungen in anderen Vertragsstaaten - die Natur der Widerhandlung und deren Folgen zu untersuchen; wird mit der angewendeten Norm ein präventiver oder repressiver Zweck verfolgt und mithin ein für jedermann bestimmtes Verhalten erzwungen, liegt grundsätzlich eine strafrechtliche Angelegenheit vor. Schliesslich ist in einem letzten Schritt die angedrohte Sanktion nach ihrer Natur und Schwere zu berücksichtigen (Frowein/Peukert, Europäische Menschenrechtskonvention. EMRK-Kommentar, 2. Aufl., Kehl/ Strassburg/Arlington 1996, S. 176 ff., Rz. 36-47; Ruth Herzog, Art. 6 EMRK und kantonale Verwaltungsrechtspflege, Bern

1995, S. 110-118; Urteil des Bundesgerichts vom 4. Februar 1994 i.S. V., in ZBI 95/1994, S. 422 ff., E. 3a, mit Hinweisen auf die Rechtsprechung der Strassburger Organe).

b) Das Bundesgericht hat einerseits bei der abstrakten Überprüfung der Zürcher Verordnung über die Bezirksgefängnisse im Zusammenhang mit der Regelung der Disziplinarstrafen (Arrest bis zu 20 Tagen) im Sinne eines obiter dictums ausgeführt, schwere Disziplinarvergehen könnten unter Art. 6 Ziff. 1 EMRK fallen; eine Ergänzung der Verordnung im Sinne der Einführung einer richterlichen Instanz empfehle sich daher dringend, andernfalls entsprechenden Beschwerden im Einzelfall nicht geringe Erfolgsaussichten beschieden sein könnten (BGE 118 Ia 64 E. 3s/bb S. 90). Andererseits hat das Bundesgericht im zitierten Urteil i.S. V. (ZBI 95/1994, S. 422 ff.) nach umfassender Überprüfung entschieden, dass eine Disziplinarstrafe von zehn Tagen Arrest gegenüber einem Gefangenen nicht als strafrechtliche Angelegenheit im Sinne von Art. 6 Ziff. 1 EMRK zu qualifizieren ist.

c) Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte betrachtete im Urteil *Campbell and Fell* vom 28. Juni 1984 (Série A, Vol. 80) die infolge Meuterei und Angriffen auf Gefängnisbeamte ausgesprochene Sanktion, mit der eine allfällige bedingte Entlassung um 570 Tage hinausgeschoben wurde, als Strafe im Sinne von Art. 6 Ziff. 1 EMRK (a.a.O., Ziff. 70-73). Demgegenüber verneinte die Europäische Kommission für Menschenrechte den Strafcharakter im Falle langandauernder Verstösse gegen das Gefängnisreglement, welche in regelmässigen Abständen mit einem weiteren Aufschub einer späteren bedingten Entlassung von 14 bzw. 28 Tagen sowie mit Arrest von drei Tagen kombiniert geahndet wurden (Entscheid *McFeeley et al.* vom 15. Mai 1980, DR 20, 44 [93 ff., Ziff. 95-101]). Keine Strafe stellte der Aufschub einer bedingten Entlassung um 80 Tage dar (Entscheid *Kiss* vom 16. Dezember 1976, DR 7, 55 [71 ff., Ziff. 2]). Eine Arreststrafe von fünf Tagen wegen verspäteter Rückkehr aus dem Urlaub wurde von der Kommission ebenso wenig unter Art. 6 Ziff. 1 EMRK subsumiert wie vom Bundesgericht (Urteil des Bundesgerichts vom 19. Juli 1976, in *EuGRZ* 1976, S. 306 E. 3b; Entscheid der Europäischen Kommission für Menschenrechte i.S. X. c. Schweiz vom 9. Mai 1977, DR 11, 216). Gleich entschied die Kommission im Fall disziplinarischer Bestrafung eines Häftlings mit zwölf Tagen verschärfter Haft und Verlust von 18 Tagen vorzeitiger Haftentlassung wegen Bedrohung anderer mit dem Tode (Entscheid *Pelle* vom 10. Oktober 1986, DR 50, 263) sowie bezüglich 14-tägiger Isolierhaft wegen Vorbereitung eines Ausbruchsversuchs (Entscheid vom 9. Januar 1991, zitiert bei *Frowein/Peukert*, a.a.O., S. 176, Fn. 105). Schliesslich erachteten sowohl das Bundesgericht wie die Kommission eine Arreststrafe gegenüber einer Gefangenen von zwei Tagen nicht als Strafe (BGE 117 Ia 187; Entscheid der Kommission vom 17. Januar 1995, veröffentlicht in *VPB* 59/1995 Nr. 124). Die Kommission hielt in diesem Entscheid darüber hinaus fest, dass selbst eine 20-tägige Arreststrafe nicht als zusätzlicher Freiheitsentzug, sondern (lediglich) als Erschwerung der Haftbedingungen zu qualifizieren sei.

3. a) Die Flughafengefängnisverordnung regelt in allgemeiner Weise den Betrieb und die Organisation des Flughafengefängnisses. Sie enthält ausführliche Bestimmungen über den Vollzug der ausländerrechtlichen Haft, namentlich auch über die Rechte und Pflichten der Insassen. Im Kapitel Disziplinarwesen sind als Disziplinarvergehen Verstösse gegen Vorschriften dieser Verordnung, der Hausordnung und der darauf gestützten Weisungen verzeichnet, sodann vorsätzliche Sachbeschädigung und Anstiftung oder Gehilfenschaft zu Disziplinarverstössen (§ 65 Abs. 1 lit. a-c VoFHG). Als schwere Disziplinarvergehen (§ 65 Abs. 2 VoFHG) gelten die vorsätzliche Sachbeschädigung grösseren Umfangs (lit. a), Tätlichkeiten (lit. b), Ausbruch und Entweichung sowie Versuch dazu (lit. c), auf Antrag verfolgbare gemeinrechtliche Delikte, wenn auf Strafantrag verzichtet wird, (lit. d) und die wiederholte Begehung von Disziplinarverstössen (lit. e). Die strikte Einzelhaft bis zu 20 Tagen Dauer (§ 66 Abs. 1 lit. e VoFHG) als schärfste Disziplinarstrafe ist nur bei schweren Disziplinarvergehen im Sinne von § 65 Abs. 2 VoFHG zulässig (§ 66 Abs. 3 VoFHG).

b) Das kantonale Recht ordnet mit dieser Regelung die strikte Einzelhaft im Sinne des ersten Kriteriums zur Abgrenzung von Strafrecht und Disziplinarrecht klar dem Disziplinarrecht zu. Wohl sind einzelne Disziplinarvergehen zugleich als gemeinrechtliche Delikte erfassbar. Doch wird strikte Einzelhaft im Rahmen des Disziplinarrechts verfügt, und sie soll gerade nur dann zur Anwendung gelangen, wenn bei gemeinrechtlichen Delikten auf Strafantrag verzichtet wird. Auch nach dem Kriterium der Natur der Zuwiderhandlung ist auf Disziplinarrecht zu schliessen. Die fraglichen Bestimmungen haben zum Ziel, den Anstaltsbetrieb zu sichern und die Hausordnung aufrechtzuerhalten. Die mit Disziplinarmassnahmen zu sanktionierenden Verstösse betreffen die interne Ordnung der Anstalt, und die Vorschriften wenden sich nicht an die Allgemeinheit, sondern an eine bestimmte Personengruppe, nämlich die Insassen. Lediglich das dritte Kriterium für die Abgrenzung von Disziplinarrecht und Strafrecht im Sinne von Art. 6 Ziff. 1 EMRK, nämlich die Schwere der Sanktion, könnte allenfalls Anlass dazu geben, die strikte Einzelhaft eher dem Strafrecht zuzuweisen.

c) Die strikte Einzelhaft kann maximal 20 Tage dauern (§ 66 Abs. 1 lit. e VoFHG). Sie wird in dafür besonders bestimmten Zellen mit reduzierter Einrichtung vollzogen. Die Inhaftierten dürfen nicht rauchen, erhalten keine Gaben, dürfen nicht einkaufen, arbeiten, besucht werden oder Briefe schreiben und empfangen. Vorbehalten bleibt, nebst speziell angeordneten Erleichterungen, der Verkehr mit Behörden und der Vertreterin oder dem Vertreter sowie auf Wunsch der Kontakt mit einer Seelsorgerin oder einem Seelsorger. Die Inhaftierten in strikter Einzelhaft können sich täglich eine Stunde allein im Freien aufhalten (§ 71 VoFHG). Die strikte Einzelhaft bedeutet mithin eine erhebliche Verschärfung des Haftregimes, zumal bei ausländerrechtlicher Haft im ordentlichen Vollzug nur Einschränkungen zulässig sind, die zur Gewährleistung des Haftzwecks und zur Sicherstellung des Anstaltsbetriebs erforderlich sind, was zu einer relativ freien Ausgestaltung der Haftbedingungen führt (BGE 122 I 222; BGE 122 II 49 E. 5, 299). Allerdings ändert diese Ausgestaltung der Haftbedingungen im Innern nichts daran, dass ausländerrechtliche Haft Freiheitsentzug ist. Die strikte Einzelhaft, wie sie als Disziplinar-massnahme im Rahmen der Flughafengefängnisverordnung angeordnet werden kann, verschärft deren Bedingungen, stellt aber nicht ihrerseits Freiheitsentzug im eigentlichen Sinne dieses Begriffes dar.

Die bisherige Rechtsprechung der Organe der Europäischen Menschenrechtskonvention hat, wie ausführlich dargelegt (vgl. E. 2c), lediglich dann bei Disziplinarstrafen gegen Gefangene wegen der Schwere der Sanktion Art. 6 Ziff. 1 EMRK als anwendbar erklärt, wenn eine Verlängerung des Freiheitsentzugs von erheblicher Dauer in Frage stand. Nach der Rechtsprechung erfasst diese Bestimmung hingegen nicht Disziplinar-massnahmen, die lediglich die Verschärfung der Haftbedingungen zum Gegenstand haben. Dies gilt selbst für Einzelhaft von 20 Tagen, wie dies der Ordnung und maximalen Dauer der strikten Einzelhaft nach der hier angefochtenen Flughafengefängnisverordnung entspricht (zitiertes Entscheid der Kommission vom 17. Januar 1995, veröffentlicht in VPB 59/1995 Nr. 124). Dass die ausländerrechtliche Haft vergleichsweise frei auszugestaltet ist, rechtfertigt keine andere Beurteilung, denn der gemäss Art. 6 Ziff. 1 EMRK massgebliche qualitative Gesichtspunkt liegt im Übergang von der Freiheit zur Haft und nicht in der Ausgestaltung der Haftbedingungen.

d) Dass die Verhängung strikter Einzelhaft als Disziplinar-massnahme nicht aufgrund der Schwere der Sanktion als Strafsache qualifiziert werden kann, bestätigt sich schliesslich auch bei einem Vergleich mit der Strassburger Praxis zum militärischen Arrest. Dieser stellt gegenüber einem Armeeeingehö- rigen Freiheitsentzug dar, und dennoch wird bei kürzeren Arreststrafen nicht angenommen, es liege eine strafrechtliche Anklage im Sinne von Art. 6 Ziff. 1 EMRK vor. In den Fällen Eggs c. Schweiz (Entscheid vom 4. März 1978, DR 15, 35 [47 ff.]) und X. c. Schweiz (Entscheid vom 8. Juli 1980, DR 20, 240 [246]) wurde scharfer Arrest von fünf Tagen bzw. drei Tagen nicht als strafrechtliche Sanktion beurteilt. Im neueren Fall Borrelli c. Schweiz stand erneut scharfer Arrest von fünf Tagen in Frage (Entscheid der Kommission vom 2. September 1993, Résumé in VPB 57/1993 Nr. 62). Die Kommission führte dazu aus, dass auch ein zehntägiger Arrest nicht als Strafe im Sinne der Konvention zu beurteilen wäre. Hat militärischer Arrest von dieser Dauer nicht Strafcharakter, so kann die Arreststrafe gegenüber einem Gefangenen, welche lediglich eine Verschärfung der Haftbedingungen bewirkt, nicht aber Freiheitsentzug darstellt, selbst bei 20-tägiger Dauer nicht unter Art. 6 Ziff. 1 EMRK fallen. Die Beschwerdeführer berufen sich zwar ihrerseits zum Vergleich auf die Urteile des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte i.S. Belilos vom 29. April 1988 (Série A, Vol. 132) sowie i.S. Öztürk vom 21. Februar 1984 (Série A, Vol. 73), wo eine Busse von Fr. 120.-- bzw. eine Ordnungsbussse von DM 60.- in Frage standen. Sie übersehen indessen, dass der Gerichtshof in diesen Fällen nicht aufgrund der Schwere der Sanktion auf den Strafcharakter schloss, sondern weil sich dieser entweder schon aus der landesrechtlichen Qualifikation (so wohl bei der Verwaltungsstrafe im Fall Belilos) oder aber jedenfalls aufgrund des zweiten Kriteriums der wahren Natur der Widerhandlung (Fall Öztürk) ergab.

e) Nach dem Dargelegten stellt die Verhängung von strikter Einzelhaft als Disziplinar-massnahme in Anwendung der Flughafengefängnisverordnung keine Strafsache im Sinne von Art. 6 Ziff. 1 EMRK dar. Die Konvention verlangt grundsätzlich nicht, dass darüber durch ein Gericht entschieden werde. Ob ausserordentliche Umstände im Einzelfall zu einer abweichenden Beurteilung Anlass geben könnten, ist im Rahmen der abstrakten Normenkontrolle nicht zu entscheiden.

EGMR, Weber v. Switzerland, 22.5.1990: Disziplinarbusse wegen Verletzung der Verfahrensordnung

A. Applicability of Article 6 § 1 (art. 6-1)

29. The Government submitted that the present case did not come within the ambit of this provision, because in Vaud law the proceedings taken against the applicant were not „criminal“ proceedings but disciplinary ones. A majority of the Commission agreed.

30. The Court has already had to determine a similar issue in two cases concerning military discipline (see the *Engel and Others* judgment of 8 June 1976, Series A no. 22) and the maintenance of order in prisons (see the *Campbell and Fell* judgment of 28 June 1984, Series A no. 80). While recognising the right of States to distinguish between criminal law and disciplinary law, it has reserved the power to satisfy itself that the line drawn between these does not prejudice the object and purpose of Article 6 (art. 6). In the instant case it will apply the criteria which have been consistently laid down in the matter in its earlier decisions (apart from the two judgments previously cited, see, among other authorities, the *Öztürk* judgment of 21 February 1984, Series A no. 73).

31. It must first be ascertained whether the provisions defining the offence in issue belong, according to the legal system of the respondent State, to criminal law, disciplinary law or both concurrently. This factor is of relative weight and serves only as a starting-point.

The legal basis of Mr Weber's conviction was provided by Article 185 of the Vaud Code of Criminal Procedure (see paragraph 20 above) and not by Article 293 of the Swiss Criminal Code (see paragraph 21 above). In its judgment of 16 November 1983 the Federal Court recognised that the measure taken against the applicant could have been based on a combination of the two (see paragraph 19 above) but added that this had not happened in the event. The word „peine“ (punishment) in Article 185 gives an indication but is not decisive.

32. The second, weightier criterion is the nature of the offence.

In the Government's submission, the impugned sentence was designed to punish a breach of a rule intended to protect defendants and ensure that proceedings were conducted objectively by shielding the judge in charge of them from any pressure, in particular by the media. The Commission considered that Article 185 applied to a limited number of people who shared the characteristic of taking part in a judicial investigation; although these people did not belong to the staff responsible for the administration of justice, they were in a „special relationship of obligation“ with the relevant authorities, which justified subjecting them to a special discipline.

33. The Court does not accept this submission. Disciplinary sanctions are generally designed to ensure that the members of particular groups comply with the specific rules governing their conduct. Furthermore, in the great majority of the Contracting States disclosure of information about an investigation still pending constitutes an act incompatible with such rules and punishable under a variety of provisions. As persons who above all others are bound by the confidentiality of an investigation, judges, lawyers and all those closely associated with the functioning of the courts are liable in such an event, independently of any criminal sanctions, to disciplinary measures on account of their profession. The parties, on the other hand, only take part in the proceedings as people subject to the jurisdiction of the courts, and they therefore do not come within the disciplinary sphere of the judicial system. As Article 185, however, potentially affects the whole population, the offence it defines, and to which it attaches a punitive sanction, is a „criminal“ one for the purposes of the second criterion.

34. As regards the third criterion - the nature and the degree of severity of the penalty incurred - the Court notes that the fine could amount to 500 Swiss francs (see paragraph 20 above) and be converted into a term of imprisonment in certain circumstances (see paragraph 22 above). What was at stake was thus sufficiently important to warrant classifying the offence with which the applicant was charged as a criminal one under the Convention.

35. In conclusion, Article 6 (art. 6) applied to the instant case.

B. Validity of Switzerland's reservation in respect of Article 6 § 1 (art. 6-1)

36. The Government submitted in the alternative that Switzerland's reservation in respect of Article 6 § 1 (art. 6-1) (see paragraph 23 above) would in any case prevent Mr Weber from relying on non-compliance with the principle that proceedings before cantonal courts and judges should be public; the reservation was separate from the interpretative declaration which the Court had had to deal with in the *Belilos* case (see the judgment of 29 April 1988, Series A no. 132) and was designed to withdraw from the ambit of that principle „proceedings relating to the determination of ... any criminal charge which, in accordance with cantonal legislation, are heard before an administrative authority“. The concepts in a reservation should be understood with reference to the domestic law of the State which made it. In Swiss law, including the settled case-law of the Federal Court, the concept of „administrative authority“ also included judicial authorities where these exercised administrative powers, as when the President of the Criminal Cassation Division and the Cassation Division itself determined disciplinary matters.

The Commission did not discuss the matter in its report since it concluded that Article 6 (art. 6) was not applicable. Before the Court its Delegate argued, however, that if the Court did not take the same

view of that question, it would be bound to find that there had been a breach of the Article (art. 6), notwithstanding the reservation and irrespective of whether the relevant cantonal authorities had performed judicial functions or administrative duties, since in the first case there would have been a clear failure to comply with the requirement that proceedings should be public, while in the second eventuality an administrative body would have determined the merits of a criminal case.

37. The Court must ascertain whether the reservation under consideration satisfies the requirements of Article 64 (art. 64).

38. Clearly it does not fulfil one of them, as the Swiss Government did not append „a brief statement of the law [or laws] concerned“ to it. The requirement of paragraph 2 of Article 64 (art. 64-2), however, „both constitutes an evidential factor and contributes to legal certainty“; its purpose is to „provide a guarantee - in particular for the other Contracting Parties and the Convention institutions - that a reservation does not go beyond the provisions expressly excluded by the State concerned“ (see the Belilos judgment previously cited, Series A no. 132, pp. 27-28, § 59). Disregarding it is a breach not of „a purely formal requirement“ but of „a condition of substance“ (ibid.). The material reservation by Switzerland must accordingly be regarded as invalid.

That being so, it is unnecessary to determine whether the reservation was of „a general character“ contrary to Article 64 § 1 (art. 64-1).

C. Compliance with Article 6 § 1 (art. 6-1)

39. The applicant was consequently entitled in principle to a public hearing in the determination of the „criminal charge“ against him. The President of the Criminal Cassation Division, however, did not hold a hearing at all but gave his decision after a summary investigation entirely in written form, as provided for in Article 185 of the Vaud Code of Criminal Procedure (see paragraph 20 above). The Criminal Cassation Division too dismissed the applicant's appeal without hearing argument, as it was empowered to do by Article 431 §§ 2 and 3 of the same Code (see paragraph 17 above). The fact that the proceedings in the Federal Court were public did not suffice to cure the two defects just noted. Having before it a public-law appeal, the Federal Court could only satisfy itself that there had been no arbitrariness and not determine all the disputed questions of fact and law (see, mutatis mutandis, the Belilos judgment previously cited, Series A no. 132, pp. 31-32, §§ 71-72). Furthermore, the Government did not claim that Mr Weber had waived his right to hearings; and the case did not come within any of the exceptions listed in the second sentence of Article 6 § 1 (art. 6-1).

40. There has therefore been a breach of Article 6 § 1 (art. 6-1).

BGE 128 I 346: Disziplinarbusse gegen Rechtsanwalt

Art. 6 und 7 EMRK; Disziplinaraufsicht über die Rechtsanwälte.

Eine reine Disziplinarbusse in der Höhe von Fr. 5'000.- stellte weder eine strafrechtliche Anklage im Sinne von Art. 6 EMRK noch eine Strafe im Sinne von Art. 7 EMRK dar.

2.3 Der Beschwerdeführer begründet seine Auffassung, gemäss welcher eine strafrechtliche Anklage im Sinne von Art. 6 EMRK vorliegt, mit der Höhe der Geldleistung, zu deren Bezahlung er verpflichtet worden ist. Dabei weist er allerdings selbst darauf hin, dass vorliegend eine Umwandlung der streitigen Geldleistung in Haft nicht möglich ist. Mithin steht - auch wenn es sich bei einer Summe von Fr. 5'000.- nicht mehr um einen unbedeutenden Betrag handelt - keine derart schwere Sanktion in Frage, dass Art. 6 EMRK schon allein wegen deren Gewicht zur Anwendung gelangen müsste: Die Praxis hat bisher einzig Disziplinarbussen, welche bei Uneinbringlichkeit in eine Ersatzfreiheitsstrafe umgewandelt werden können, als strafrechtlich behandelt (zur Bedeutung der Ersatzfreiheitsstrafe für die Qualifikation der Sanktion vgl. Grabenwarter, a.a.O., S. 98 ff.). Einfache disziplinarrechtliche Bussen gelten seit jeher nicht als Strafen im Sinne der Konvention (BGE 126 I 228 E. 2a/aa S. 230; BGE 125 I 417 E. 2b S. 420; Herzog, a.a.O., S. 304 f.), dies im Unterschied zum disziplinarrechtlichen Freiheitsentzug, welcher - je nach Dauer und Art der Vollstreckung - zur Anwendung von Art. 6 EMRK führen kann (vgl. Urteil des EGMR i.S. Engel gegen Niederlande vom 8. Juni 1976, Serie A, Bd. 22, in: EuGRZ 1976 S. 232 Ziff. 82; vgl. auch BGE 121 I 379 E. 3c/aa S. 381 mit Hinweisen). Vorliegend kann offen bleiben, ob allenfalls eine empfindliche Busse dennoch allein wegen ihrer Höhe die strafrechtliche Natur der Widerhandlung zu begründen vermöchte (vgl. hierzu: Herzog, a.a.O., S. 116). Die streitige Geldleistung erreicht so oder anders nicht die erforderliche Schwere: Die Strassburger Organe haben verschiedentlich bezüglich vergleichbarer oder höherer Disziplinarbussen die Anwendbarkeit von Art. 6 EMRK verneint. Weder eine Busse von DM 4'000.- für einen Lehrer, welcher zu einem verbotenen Streik aufgerufen und sich an diesem beteiligt hatte (Entscheid der EKMR i.S. S. gegen Bundesrepublik Deutschland vom 5. Juli 1984, in: DR 39 S. 237 ff.; vgl. auch Herzog, a.a.O., S. 65 f.) noch eine solche von DM 6'000.- bzw. DM 12'000.- (bei einer Strafdrohung von DM 20'000.-) wegen Verstössen

gegen die Standesordnung der Apotheker (Entscheid der EKMR i.S. M. gegen Bundesrepublik Deutschland vom 5. Juli 1985, in: DR 43 S. 5 ff.; vgl. auch Herzog, a.a.O., S. 67; Grabenwarter, a.a.O., S. 97) wurden als strafrechtlich betrachtet. Selbst im Falle einer disziplinarischen Kürzung des Gehalts um einen Viertel für die Dauer von drei Jahren ging die Kommission nicht von einer strafrechtlichen Sanktion aus (Entscheid der EKMR i.S. X. gegen Österreich vom 14. April 1989, in: ÖJZ 45/1990 S. 126 f.; vgl. auch Herzog, a.a.O., S. 66). Soweit sich der Beschwerdeführer auf BGE 126 I 228 beruft, verkennt er, dass der diesem zugrunde liegende Sachverhalt nicht mit seinem Fall vergleichbar ist: Im zitierten Entscheid hat das Bundesgericht Art. 6 EMRK nicht etwa deswegen zur Anwendung gebracht, weil es der verhängten Disziplinarbusse von (lediglich) Fr. 1'000.- strafrechtlichen Charakter attestiert hätte, sondern vielmehr darum, weil es – nachdem der betroffene Rechtsanwalt gleichzeitig für drei Monate im Beruf eingestellt worden war – die zivilrechtliche Natur der Streitigkeit bejahte. Dass es sich beim gegen ihn geführten Disziplinarverfahren, in welchem einzig eine Busse verhängt worden ist, um eine Zivilrechtsstreitigkeit im Sinne von Art. 6 EMRK handle und diese Bestimmung deswegen Anwendung finde, macht der Beschwerdeführer zu Recht nicht geltend: Disziplinarrechtsstreitigkeiten sind nur dann zivilrechtlicher Natur, wenn das Recht des Betroffenen, seinen Beruf auszuüben, eingeschränkt wird (vgl. BGE 125 I 417 E. 2b S. 420 mit Hinweisen), was hier nicht der Fall ist.

2.4 Nach dem Gesagten stellt die streitige Disziplinar massnahme keine Strafe im Sinne der Konvention dar; auf die Beschwerde ist nicht weiter einzugehen, soweit eine Verletzung von Art. 6 EMRK geltend gemacht wird. Nicht einzutreten ist sodann auf die Rüge, das Kantonsgericht habe Art. 30 BV verletzt: Der Beschwerdeführer nimmt in seiner Begründung mit keinem Wort auf diese Verfassungsbestimmung Bezug, weshalb die staatsrechtliche Beschwerde insoweit den Begründungsanforderungen von Art. 90 Abs. 1 lit. b OG nicht genügt. Gleiches gilt, soweit der Beschwerdeführer am Rande noch eine Verletzung des Rechtsgleichheitsgebots rügt.

BGE 129 I 12: Schulausschluss aus disziplinarischen Gründen

10.6.4 Disziplinarregelungen, welche Benutzern von öffentlichen Institutionen bestimmte Verhaltensregeln auferlegen, gelten nicht als strafrechtlich im Sinne von Art. 6 EMRK. Diese Konventionsnorm ist auf Disziplinar massnahmen grundsätzlich nicht anwendbar (BGE 125 I 104 E. 3b ff.; Urteil 1P.102/2000 vom 11. August 2000, E. 1c; BGE 128 I 346 E. 2). Der Schulausschluss aus disziplinarischen Gründen – und nur dieser wird in Art. 28 VSG/BE geregelt – erfordert daher nicht auf Grund der EMRK eine gerichtliche Überprüfung (Ruth Herzog, Art. 6 EMRK und kantonale Verwaltungsrechtspflege, Diss. Bern 1995, S. 267 f.). Streitigkeiten über die Nichtzulassung oder den Ausschluss aus einer öffentlichen Bildungsanstalt stellen auch keine unter Art. 6 Ziff. 1 EMRK fallende Zivilsache dar (BGE 128 I 288 E. 2.7).

BGE 135 I 313: Ordnungsstrafe wegen Verstoss gegen die Verfahrensordnung

2.2 Gemäss Art. 6 Ziff. 1 EMRK hat jede Person ein Recht darauf, dass über Streitigkeiten in Bezug auf ihre zivilrechtlichen Ansprüche und Verpflichtungen oder über eine gegen sie erhobene strafrechtliche Anklage von einem unabhängigen und unparteiischen, auf Gesetz beruhenden Gericht in einem fairen Verfahren, öffentlich und innerhalb angemessener Frist verhandelt wird.

2.2.1 Dieser Anspruch setzt im vorliegenden Zusammenhang voraus, dass es sich um eine „strafrechtliche Anklage“ handelt. Der EGMR prüft diese Frage nach den drei im Urteil *Engel* entwickelten Kriterien (vgl. Urteil *Öztürk gegen Bundesrepublik Deutschland* vom 21. Februar 1984, Ziff. 50, in: EuGRZ 1985 S. 62). Massgeblich sind nach dieser Judikatur erstens die Zuordnung der Vorschrift im nationalen Recht, zweitens die Natur des Vergehens sowie drittens die Art und Schwere der Sanktion (Christoph Grabenwarter, Europäische Menschenrechtskonvention, 3. Aufl., München 2008, S. 317 Rz. 17).

2.2.2 Die Vorinstanz stützt sich auf § 2 lit. c des Gesetzes betreffend die Ordnungsstrafen. Gemäss § 1 Abs. 1 dieses Gesetzes sind Verwaltungsstellen und Gerichte „berechtigt, Disziplinarfehler (...) der bei ihnen in mündlichen oder schriftlichen Verfahren stehenden Privaten durch Ordnungsstrafen zu rügen“. Gemäss § 2 gilt als Disziplinarfehler „jede rechtswidrige und schuldhaftige Verletzung der Dienstpflichten, insbesondere (...) c) die Störung der vorgeschriebenen Verfahrensordnung“. Als „Ordnungsstrafe“ kann gemäss § 4 Abs. 1 Ziff. 1 ein „Verweis“ oder gemäss Ziff. 2 eine „Geldbusse nach den für die Polizeibussen geltenden Ansätzen“ verhängt werden.

(...)

2.2.3 Nach den ersten beiden „*Engel*-Kriterien“ (oben E. 2.2.1), nämlich der Zuordnung der Vorschrift im nationalen Recht und der Natur des Vergehens, ist § 2 lit. c des Gesetzes betreffend die Ord-

nungsstrafen dem Disziplinarrecht zuzuordnen. Dies wird durch die Verjährungsbestimmungen von § 3 des Gesetzes bestätigt, wonach die Verfolgungsverjährung für „Disziplinarfehler“ gegebenenfalls „von der rechtskräftigen Erledigung des Strafverfahrens an“ läuft. Analog erfolgt gemäss § 4 Abs. 2 des Gesetzes bei Behördenmitgliedern, Beamten und Angestellten der Entscheid über eine disziplinarische Bestrafung und den Fortbezug der Besoldung während der vorläufigen Einstellung (...) nach Beendigung des Strafverfahrens“.

Das Gesetz über die Ordnungsstrafen behält somit ein allfälliges Strafverfahren ausdrücklich vor. Dies gilt auch bei den „Privaten“ im Sinne von § 1 des Gesetzes. Die „Störung der vorgeschriebenen Verfahrensordnung“ gemäss § 2 lit. c des Gesetzes erfasst nach dem klaren Wortlaut disziplinarische Störungen. Es handelt sich um eine auch in modernen Gesetzen übliche Umschreibung. So lautet etwa Art. 33 Abs. 1 des auf den 1. Januar 2007 in Kraft gesetzten Bundesgerichtsgesetzes (BGG) unter dem Randtitel „Disziplin“ wie folgt: „Wer im Verfahren vor dem Bundesgericht den Anstand verletzt oder den Geschäftsgang stört, wird mit einem Verweis oder einer Ordnungsbusse bis zu 1000 Franken bestraft.“ Damit ist der Disziplinaratbestand von § 2 lit. c des Gesetzes betreffend die Ordnungsstrafen hinreichend bestimmt umschrieben, was für den Beschwerdeführer, einen forensisch erfahrenen Rechtsanwalt, klar sein musste. Es handelt sich um eine in Prozessgesetzen der Verfahrensleitung regelmässig zugestandene sitzungspolizeiliche Kompetenz, bei Verletzungen der Verfahrensdisziplin gegenüber Parteien, Anwälten und weiteren Verfahrensbeteiligten Verweise und Bussen auszusprechen. Ein strafbares Verhalten ist nicht vorausgesetzt (Franz Riklin, Schweizerisches Strafrecht, 3. Aufl. 2007, S. 11). Der Beschwerdeführer unterstand als einzuvernehmende Auskunftsperson dieser Disziplinargewalt der Untersuchungsbehörde. Gemäss § 149b Abs. 1 StPO/ZH ist die Auskunftsperson zum Erscheinen verpflichtet, wobei gemäss § 149b Abs. 3 i.V.m. § 133 StPO/ZH auch der Vorführungsbefehl zulässig ist.

Entgegen dem Beschwerdeführer unterscheidet sich damit die zu beurteilende Sache massgeblich vom Fall *Öztürk*, in welchem dieser mit seinem Wagen gegen ein parkiertes Fahrzeug gefahren war und an beiden Fahrzeugen einen Sachschaden von etwa 5'000 DM verursacht hatte. Hier hatte der EGMR entschieden, dass es sich trotz der deutschen Zuordnung zum innerstaatlichen Ordnungswidrigkeitsrecht um eine strafrechtliche Anklage handelte. Und anders als im Fall *Weber* wird der Beschwerdeführer wegen Verletzung der Verfahrensdisziplin und nicht wegen eines anderen Sachverhalts (Verletzung des Untersuchungsgeheimnisses im Fall *Weber*) sanktioniert.

2.2.4 Das dritte „*Engel*-Kriterium“, die Art und Schwere der Sanktion, steht der Einordnung als Disziplinarrecht offenkundig ebenfalls nicht entgegen. Die angedrohte Sanktion erscheint ihrer Natur und Schwere nach nicht als Kriminalstrafe. (...)

2.3 Zusammenfassend handelt es sich vorliegend um eine Disziplinarrechtsausnahme zu Art. 6 Ziff. 1 EMRK. Solche Bussen gelten nach der Strassburger Praxis nicht als strafrechtlich im Sinne von Art. 6 EMRK (Riklin, a.a.O.; Haefliger/Schürmann, Die europäische Menschenrechtskonvention und die Schweiz, 2. Aufl. 1999, S. 153). Bereits die Europäische Menschenrechtskommission erklärte Art. 6 EMRK nicht anwendbar bei vom Bundesgericht ausgesprochenen Disziplinarbussen gemäss Art. 31 OG, einer Bestimmung, die dem heutigen Art. 33 Abs. 1 BGG entspricht (oben E. 2.2.3; vgl. die Nachweise in BGE 121 I 379 E. 3c/aa S. 382). Ebenso dient § 2 lit. c des Gesetzes betreffend die Ordnungsstrafen im zu beurteilenden Zusammenhang dem geordneten Geschäftsgang der Behörden und stellt eine reine Disziplinar-massnahme dar. Das Bundesgericht hat in einer Zürcher Beamtin betreffenden Sache bereits entschieden, dass eine Busse von 300 Franken gemäss § 4 dieses Gesetzes keine strafrechtliche Anklage beinhaltet (BGE 121 I 379). Der Beschwerdeführer kann sich somit nicht auf die Verfahrensgarantien von Art. 6 Ziff. 1 EMRK berufen.

3. Verwaltungsstrafen (Nebenstrafen)

EGMR, *Öztürk v. Germany*, 21.2.1984: Ordnungswidrigkeit als strafrechtliche Anklage

46. According to the Government, Article 6 § 3 (e) (art. 6-3-e) is not applicable in the circumstances since Mr. Öztürk was not „charged with a criminal offence“. Under the 1968/1975 Act, which „decriminalised“ petty offences, notably in the road traffic sphere, the facts alleged against Mr. Öztürk constituted a mere „regulatory offence“ (Ordnungswidrigkeit). Such offences were said to be distinguishable from criminal offences not only by the procedure laid down for their prosecution and punishment but also by their juridical characteristics and consequences. The applicant disputed the correctness of this analysis. Neither was it shared by the Commission, which considered that the offence of which Mr. Öztürk was accused was indeed a „criminal offence“ for the purposes of Article 6 (art. 6).

47. According to the French version of Article 6 § 3 (e) (art. 6-3-e), the right guaranteed is applicable only to an „accusé“. The corresponding English expression (person „charged with a criminal offence“) and paragraph 1 of Article 6 (art. 6-1) („criminal charge“/„accusation en matière pénale“) - this being the basic text of which paragraphs 2 and 3 (art. 6-2, art. 6-3) represent specific applications (see the Deweer judgment of 27 February 1980, Series A no. 35, p. 30, § 56) - make it quite clear that the „accusation“ („charge“) referred to in the French wording of Article 6 § 3 (e) (art. 6-3-e) must concern a „criminal offence“ (see, mutatis mutandis, the Adolf judgment of 26 March 1982, Series A no. 49, p. 15, § 30). Under German law, the misconduct committed by Mr. Öztürk is not treated as a criminal offence (Straftat) but as a „regulatory offence“ (Ordnungswidrigkeit). The question arises whether this classification is the determining factor in terms of the Convention.

48. The Court was confronted with a similar issue in the case of Engel and others, which was cited in argument by the representatives. The facts of that case admittedly concerned penalties imposed on conscript servicemen and treated as disciplinary according to Netherlands law. In its judgment delivered on 8 June 1976 in that case, the Court was careful to state that it was confining its attention to the sphere of military service (Series A no. 22, p. 34, § 82). The Court nevertheless considers that the principles set forth in that judgment (*ibid.*, pp. 33-35, §§ 80-82) are also relevant, mutatis mutandis, in the instant case.

49. The Convention is not opposed to States, in the performance of their task as guardians of the public interest, both creating or maintaining a distinction between different categories of offences for the purposes of their domestic law and drawing the dividing line, but it does not follow that the classification thus made by the States is decisive for the purposes of the Convention. By removing certain forms of conduct from the category of criminal offences under domestic law, the law-maker may be able to serve the interests of the individual (see, mutatis mutandis, the above-mentioned Engel and others judgment, *ibid.*, p. 33, § 80) as well as the needs of the proper administration of justice, in particular in so far as the judicial authorities are thereby relieved of the task of prosecuting and punishing contraventions - which are numerous but of minor importance - of road traffic rules. The Convention is not opposed to the moves towards „decriminalisation“ which are taking place - in extremely varied forms - in the member States of the Council of Europe. The Government quite rightly insisted on this point. Nevertheless, if the Contracting States were able at their discretion, by classifying an offence as „regulatory“ instead of criminal, to exclude the operation of the fundamental clauses of Articles 6 and 7 (art. 6, art. 7), the application of these provisions would be subordinated to their sovereign will. A latitude extending thus far might lead to results incompatible with the object and purpose of the Convention.

50. Having thus reaffirmed the „autonomy“ of the notion of „criminal“ as conceived of under Article 6 (art. 6), what the Court must determine is whether or not the „regulatory offence“ committed by the applicant was a „criminal“ one within the meaning of that Article (art. 6). For this purpose, the Court will rely on the criteria adopted in the above-mentioned Engel and others judgment (*ibid.*, pp. 34-35, § 82). The first matter to be ascertained is whether or not the text defining the offence in issue belongs, according to the legal system of the respondent State, to criminal law; next, the nature of the offence and, finally, the nature and degree of severity of the penalty that the person concerned risked incurring must be examined, having regard to the object and purpose of Article 6 (art. 6), to the ordinary meaning of the terms of that Article (art. 6) and to the laws of the Contracting States.

51. Under German law, the facts alleged against Mr. Öztürk - non-observance of Regulation 1 § 2 of the Road Traffic Regulations - amounted to a „regulatory offence“ (Regulation 49 § 1, no. 1, of the same Regulations). They did not fall within the ambit of the criminal law, but of section 17 of the Ordnungswidrigkeitengesetz and of section 24 sub-section 2 of the Road Traffic Act (see paragraph 11 above). The 1968/1975 legislation marks an important step in the process of „decriminalisation“ of petty offences in the Federal Republic of Germany. Although legal commentators in Germany do not seem unanimous in considering that the law on „regulatory offences“ no longer belongs in reality to

criminal law, the drafting history of the 1968/1975 Act nonetheless makes it clear that the offences in question have been removed from the criminal law sphere by that Act (see Deutscher Bundestag, Drucksache V/1269 and, inter alia, the judgment of 16 July 1969 by the Constitutional Court, Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts, vol. 27, pp. 18-36). Whilst the Court thus accepts the Government's arguments on this point, it has nonetheless not lost sight of the fact that no absolute partition separates German criminal law from the law on „regulatory offences“, in particular where there exists a close connection between a criminal offence and a „regulatory offence“ (see paragraph 20 above). Nor has the Court overlooked that the provisions of the ordinary law governing criminal procedure apply by analogy to „regulatory“ proceedings (see paragraph 21 above), notably in relation to the judicial stage, if any, of such proceedings.

52. In any event, the indications furnished by the domestic law of the respondent State have only a relative value. The second criterion stated above - the very nature of the offence, considered also in relation to the nature of the corresponding penalty - represents a factor of appreciation of greater weight.

In the opinion of the Commission - with the exception of five of its members - and of Mr. Öztürk, the offence committed by the latter was criminal in character. For the Government in contrast, the offence in question was beyond doubt one of those contraventions of minor importance - numbering approximately five million each year in the Federal Republic of Germany - which came within a category of quite a different order from that of criminal offences. The Government's submissions can be summarised as follows. By means of criminal law, society endeavoured to safeguard its very foundations as well as the rights and interests essential for the life of the community. The law on Ordnungswidrigkeiten, on the other hand, sought above all to maintain public order. As a general rule and in any event in the instant case, commission of a „regulatory offence“ did not involve a degree of ethical unworthiness such as to merit for its perpetrator the moral value-judgment of reproach (Unwerturteil) that characterised penal punishment (Strafe). The difference between „regulatory offences“ and criminal offences found expression both in procedural terms and in relation to the attendant penalties and other legal consequences.

In the first place, so the Government's argument continued, in removing „regulatory offences“ from the criminal law the German legislature had introduced a simplified procedure of prosecution and punishment conducted before administrative authorities save in the event of subsequent appeal to a court. Although general laws on criminal procedure were in principle applicable by analogy, the procedure laid down under the 1968/1975 Act was distinguishable in many respects from criminal procedure. For example, prosecution of Ordnungswidrigkeiten fell within the discretionary power of the competent authorities and the 1968/1975 Act greatly limited the possibilities of restricting the personal liberty of the individual at the stage of the preliminary investigations (see paragraphs 21, 22 and 24 above).

In the second place, instead of a penal fine (Geldstrafe) and imprisonment the legislature had substituted a mere „regulatory“ fine (Geldbusse - see paragraph 17 above). Imprisonment was not an alternative (Ersatzfreiheitsstrafe) to the latter type of fine as it was to the former and no coercive imprisonment (Erzwingungshaft) could be ordered unless the person concerned had failed to pay the sum due without having established his inability to pay (see paragraph 33 above). Furthermore, a „regulatory offence“ was not entered in the judicial criminal records but solely, in certain circumstances, on the central traffic register (see paragraph 39 above).

The reforms accomplished in 1968/1975 thus, so the Government concluded, reflected a concern to „decriminalise“ minor offences to the benefit not only of the individual, who would no longer be answerable in criminal terms for his act and who could even avoid all court proceedings, but also of the effective functioning of the courts, henceforth relieved in principle of the task of dealing with the great majority of such offences.

53. The Court does not underestimate the cogency of this argument. The Court recognises that the legislation in question marks an important stage in the history of the reform of German criminal law and that the innovations introduced in 1968/1975 represent more than a simple change of terminology. Nonetheless, the Court would firstly note that, according to the ordinary meaning of the terms, there generally come within the ambit of the criminal law offences that make their perpetrator liable to penalties intended, inter alia, to be deterrent and usually consisting of fines and of measures depriving the person of his liberty. In addition, misconduct of the kind committed by Mr. Öztürk continues to be classified as part of the criminal law in the vast majority of the Contracting States, as it was in the Federal Republic of Germany until the entry into force of the 1968/1975 legislation; in those other States, such misconduct, being regarded as illegal and reprehensible, is punishable by criminal penalties. Moreover, the changes resulting from the 1968/1975 legislation relate essentially to procedural matters and to the range of sanctions, henceforth limited to Geldbussen. Whilst the latter penalty appears less

burdensome in some respects than Geldstrafen, it has nonetheless retained a punitive character, which is the customary distinguishing feature of criminal penalties. The rule of law infringed by the applicant has, for its part, undergone no change of content. It is a rule that is directed, not towards a given group possessing a special status - in the manner, for example, of disciplinary law -, but towards all citizens in their capacity as road-users; it prescribes conduct of a certain kind and makes the resultant requirement subject to a sanction that is punitive. Indeed, the sanction - and this the Government did not contest - seeks to punish as well as to deter. It matters little whether the legal provision contravened by Mr. Öztürk is aimed at protecting the rights and interests of others or solely at meeting the demands of road traffic. These two ends are not mutually exclusive. Above all, the general character of the rule and the purpose of the penalty, being both deterrent and punitive, suffice to show that the offence in question was, in terms of Article 6 (art. 6) of the Convention, criminal in nature.

The fact that it was admittedly a minor offence hardly likely to harm the reputation of the offender does not take it outside the ambit of Article 6 (art. 6). There is in fact nothing to suggest that the criminal offence referred to in the Convention necessarily implies a certain degree of seriousness. In this connection, a number of Contracting States still draw a distinction, as did the Federal Republic at the time when the Convention was opened for the signature of the Governments, between the most serious offences (crimes), lesser offences (délits) and petty offences (contraventions), whilst qualifying them all as criminal offences. Furthermore, it would be contrary to the object and purpose of Article 6 (art. 6), which guarantees to „everyone charged with a criminal offence“ the right to a court and to a fair trial, if the State were allowed to remove from the scope of this Article (art. 6) a whole category of offences merely on the ground of regarding them as petty. Nor does the Federal Republic deprive the presumed perpetrators of Ordnungswidrigkeiten of this right since it grants them the faculty - of which the applicant availed himself - of appealing to a court against the administrative decision.

54. As the contravention committed by Mr. Öztürk was criminal for the purposes of Article 6 (art. 6) of the Convention, there is no need to examine it also in the light of the final criterion stated above (at paragraph 50). The relative lack of seriousness of the penalty at stake (see paragraph 18 above) cannot divest an offence of its inherently criminal character.

55. The Government further appeared to consider that the applicant did not have the status of a person „charged with a criminal offence“ because the 1968/1975 Act does not provide for any „Beschuldigung“ („charge“) and does not employ the terms „Angeschuldigter“ („person charged“) or „Angeklagter“ („the accused“). On this point, the Court would simply refer back to its well-established case-law holding that „charge“, for the purposes of Article 6 (art. 6), may in general be defined as „the official notification given to an individual by the competent authority of an allegation that he has committed a criminal offence“, although „it may in some instances take the form of other measures which carry the implication of such an allegation and which likewise substantially affect the situation of the suspect“ (see, as the most recent authorities, the Foti and others judgment of 10 December 1982, Series A no. 56, p. 18, § 52, and the Corigliano judgment of the same date, Series A no. 57, p. 13, § 34). In the present case, the applicant was „charged“ at the latest as from the beginning of April 1978 when the decision of the Heilbronn administrative authorities was communicated to him (see paragraph 11 above).

56. Article 6 § 3 (e) (art. 6-3-e) was thus applicable in the instant case. It in no wise follows from this, the Court would want to make clear, that the very principle of the system adopted in the matter by the German legislature is being put in question. Having regard to the large number of minor offences, notably in the sphere of road traffic, a Contracting State may have good cause for relieving its courts of the task of their prosecution and punishment. Conferring the prosecution and punishment of minor offences on administrative authorities is not inconsistent with the Convention provided that the person concerned is enabled to take any decision thus made against him before a tribunal that does offer the guarantees of Article 6 (art. 6) (see, mutatis mutandis, the above-mentioned Deweer judgment, Series A no. 35, p. 25, § 49, and the Le Compte, Van Leuven and De Meyere judgment of 23 June 1981, Series A no. 43, p. 23, first sub-paragraph).

BGE 121 II 257: Auskunftspflichten und *Nemo tenetur / Ne bis in idem*

Art. 6 EMRK; Art. 4 BV; Art. 89 Abs. 2 und 131 Abs. 1 BdBSt: Rechtmässigkeit der Vollständigkeitsbescheinigung; Auskunftspflicht in einem Steuerhinterziehungsverfahren; Aussageverweigerungsrecht in eigener Sache und Unschuldsvermutung; Grundsatz „ne bis in idem“. Der Steuerpflichtige kann gestützt auf Art. 89 Abs. 2 BdBSt verpflichtet werden, eine Vollständigkeitsbescheinigung beizubringen. Im Falle der Weigerung ist er gemäss Art. 131 Abs. 1 BdBSt strafbar (E. 3). Die im Verlauf eines Steuerhinterziehungsverfahrens gestützt auf Art. 131 Abs. 1 BdBSt ausgesprochene Busse verletzt weder das Aussageverweigerungsrecht in eigener Sache noch die Unschuldsvermutung (E. 4). Die

Zuwiderhandlungen gegen Art. 131 Abs. 1 und Art. 129 Abs. 1 BdBSt können unabhängig voneinander verfolgt werden, ohne dass der Grundsatz „ne bis in idem“ verletzt wäre (E. 5). Bemessung der Busse im vorliegenden Fall (E. 6).

4. Le recourant invoque l'art. 6 par. 2 CEDH et prétend que la sanction fondée sur l'art. 131 al. 1 AIFD et dirigée contre son refus de produire l'attestation d'intégralité dans la procédure ouverte pour soustraction fiscale, violerait son droit à ne pas témoigner contre lui-même et la présomption d'innocence.

a) Selon la jurisprudence récente, la procédure réprimant la soustraction fiscale en matière d'impôt fédéral direct (art. 129 et 132 AIFD) est une procédure de caractère pénal (ATF 119 Ib 311 consid. 2e et 2f p. 316-317; 116 IV 262 consid. 3b p. 266-267). Selon la jurisprudence, le droit de ne pas témoigner contre soi-même est un principe général de la procédure pénale issu de l'art. 4 Cst. (ATF 109 la 166 consid. 2b p. 167-168; ATF 106 la 7 consid. 4 p. 8-9). Il permet à un accusé de se taire sans qu'il en découle pour lui de désavantage. Cependant, le Tribunal fédéral ne pouvant revoir la constitutionnalité du droit fédéral (art. 114bis al. 3 Cst.), il ne peut se fonder sur le principe constitutionnel précité pour déroger au système mis en place par l'arrêté du Conseil fédéral concernant la perception d'un impôt fédéral direct (ATF 119 Ib 311 consid. 3b p. 319 pour le principe „ne bis in idem“). L'art. 14 ch. 3 lettre g du Pacte international du 16 décembre 1966 relatif aux droits civils et politiques (RS 0.103.2; ci-après: le Pacte international) prévoit expressément que toute personne accusée d'une infraction pénale a droit, en pleine égalité, à ne pas être forcée de témoigner contre elle-même ou de s'avouer coupable. L'art. 6 CEDH ne mentionne en revanche pas expressément un tel droit. La doctrine admet toutefois qu'il se déduit de l'art. 6 par. 2 CEDH (Velu/Ergéc, La Convention européenne des droits de l'homme, Bruxelles 1990, n. 561 p. 470; Villiger, Handbuch der Europäischen Menschenrechtskonvention, Zurich 1993, no 488 p. 288). La Cour de justice des Communautés européennes l'a cependant déduit des droits de la défense (art. 6 par. 3 CEDH; arrêt du 18 octobre 1989 en la cause Orkem SA contre Commission de l'Union européenne, 347/87, Recueil de la Jurisprudence de la Cour 1989, ch. 30 et 34 p. 3350-3351). La Cour européenne des droits de l'homme l'a fondé sur l'art. 6 par. 1 CEDH (arrêt du 25 février 1993 en la cause Funke contre France, Publication de la Cour européenne des droits de l'homme, Série A, vol. 256-A, ch. 41-44).

b) Les garanties issues des art. 6 CEDH et 14 du Pacte international ne sont applicables que dans une procédure de caractère pénal.

Selon l'art. 129 al. 1 AIFD, celui qui se soustrait totalement ou partiellement à l'impôt en celant des éléments essentiels à la détermination de l'existence ou de l'étendue de l'obligation fiscale ou en donnant, intentionnellement ou par négligence, des indications inexactes (lettre b), est passible d'une amende allant jusqu'à quatre fois le montant soustrait. Ce montant doit être payé en plus de l'amende. Selon la jurisprudence, celle-ci doit avoir un effet à la fois préventif et répressif. Par ailleurs, les dispositions concernant la soustraction fiscale s'adressent à tous les citoyens en leur qualité de contribuables et visent à protéger le bien juridique que représente la prétention fiscale de la collectivité publique. Les modalités de cette amende, de même que le montant qu'elle peut atteindre (jusqu'à quatre fois le montant soustrait) en font une peine à laquelle s'appliquent donc les garanties issues de l'art. 6 CEDH (ATF 119 Ib 311 consid. 2e et 2f p. 316-318; cf. aussi arrêt du 24 février 1994 en la cause Bendenoun contre France, Publication de la Cour européenne des droits de l'homme, Série A, vol. 248, ch. 47; arrêt du 21 février 1984 en la cause Öztürk contre Allemagne, op.cit., Série A, vol. 73, ch. 53).

Bien que l'amende réprimant la soustraction fiscale selon l'art. 129 AIFD soit une sanction de caractère pénal, tel n'est en revanche pas le cas du rappel d'impôt qui doit être payé en sus de cette amende. Selon la conception actuelle dominante, celui-là ne représenterait pas une prétention fiscale de nature différente de la créance primitive d'impôt. En effet, il s'agirait de prélever, au cours d'une nouvelle taxation, les impôts qui n'ont pas été perçus à tort. Le rappel d'impôt ne serait ainsi rien d'autre qu'une révision en faveur du fisc de la décision de taxation entrée en force et n'aurait en particulier pas de caractère pénal (Blumenstein/Locher, System des Steuerrechts, 4ème édition, Zurich 1992, p. 283 et 285; Höhn, Steuerrecht, 7ème édition, Berne 1993, n. 23-26 p. 593-594; cf. aussi ATF 98 la 22 consid. 2 p. 25).

Cette conception se retrouve à l'art. 129 AIFD dont le texte allemand évite le terme de „Nachsteuer“ qui, en relation avec certaines législations cantonales, peut évoquer certaines fonctions pénales. En outre, la fixation de ce montant ne se fait pas selon des critères de calcul particuliers et ne fait pas l'objet d'une majoration. Le contribuable doit ainsi s'acquitter de l'impôt primitivement dû qui n'a pas été taxé correctement ou qui n'a pas été taxé du tout. Le rappel d'impôt n'a donc pas de caractère pénal ou de réparation; il porte uniquement sur l'obligation fiscale primitive qui ne s'est pas encore éteinte (Känzig/Behnisch, op.cit., n. 147 ad art. 129; Behnisch, Das Steuerstrafrecht im Recht der direkten Bundessteuer, p. 152).

c) Cependant, même si le rappel d'impôt n'est pas une peine au sens de l'art. 6 CEDH, la procédure en soustraction fiscale, au cours de laquelle il est fixé selon l'art. 129 al. 1 AIFD, a en revanche un caractère pénal. Il faut dès lors se demander s'il est possible, au sein d'une telle procédure, de contraindre le contribuable à fournir les renseignements nécessaires à la détermination dudit rappel.

aa) L'autorité compétente dans la procédure en soustraction fiscale a les mêmes droits, obligations et pouvoirs que l'autorité de taxation (art. 89 à 91 AIFD applicables par renvoi de l'art. 132 al. 2 AIFD). Elle ne jouit notamment pas des pouvoirs d'investigation particuliers appartenant à une autorité pénale, tel le droit d'interroger des témoins, de procéder à des perquisitions ou d'ordonner des mesures de surveillance, sous réserve toutefois du cas exceptionnel de l'intervention des organes spéciaux d'enquête prévus à l'art. 139 AIFD. De plus, le fardeau de la preuve est réglé de manière identique dans les deux procédures. Ainsi, l'autorité fiscale doit apporter la preuve des éléments imposables alors que le contribuable doit établir les faits permettant de diminuer ou de supprimer sa dette fiscale (Blumenstein/Locher, op.cit., p. 351 avec les références à la jurisprudence). Par ailleurs, le contribuable doit prouver l'exactitude de sa déclaration d'impôt et de ses explications ultérieures; il incombe en revanche à l'autorité fiscale d'apporter la preuve de l'existence d'éléments imposables qui n'ont pas été annoncés (ATF 72 I 42 consid. 2 p. 46; Rivier, op.cit., p. 309; Höhn, op.cit., n. 16 p. 568 et n. 28 p. 574). Si les preuves recueillies par l'autorité fiscale apportent suffisamment d'informations révélant l'existence d'éléments imposables non déclarés, il appartient à nouveau au contribuable d'établir l'exactitude de ses allégations; il doit justifier l'origine des montants non déclarés et il peut même être obligé de fournir des renseignements supplémentaires sur les rapports contractuels mis à jour par l'autorité fiscale et sur les prestations qui en découlent (art. 89 al. 2 2ème phrase AIFD).

Le contribuable n'est cependant pas contraint de témoigner contre lui-même car la preuve de l'existence d'éléments imposables non déclarés ou de rapports contractuels avec certaines personnes incombe à l'autorité fiscale. Il doit uniquement donner des indications concernant les éléments non déclarés dont l'existence a déjà été établie par l'autorité fiscale. Il est ainsi traité comme tout contribuable tenu à collaborer dans la procédure de taxation. Le droit de ne pas témoigner contre soi-même ne saurait ainsi être invoqué pour se libérer du fardeau de la preuve d'établir la véracité de ce que l'intéressé a avancé dans sa déclaration fiscale et pour échapper au contrôle de l'autorité fiscale (art. 89 al. 1 AIFD). A cet égard, un tel contrôle ne saurait être considéré comme une violation de la présomption d'innocence dont bénéficie le contribuable.

bb) Des obligations similaires à celles mises à la charge du contribuable par l'art. 89 AIFD ne sont pas inhabituelles en droit administratif. Elles imposent d'informer ouvertement et honnêtement les autorités et existent du reste dans les législations d'autres Etats ou de divers cantons. Le devoir de collaboration du contribuable compense le fardeau de la preuve mis à la charge de l'autorité fiscale. Sans cette obligation, celle-ci pourrait en effet être dans l'impossibilité de procéder à une imposition conforme à la loi et à l'égalité de traitement, en raison de la difficulté à réunir les preuves nécessaires concernant la situation financière de l'intéressé. Le législateur aurait certes pu prévoir d'autres moyens d'atténuer la rigueur du fardeau de la preuve mis à la charge de l'autorité fiscale, comme par exemple l'affaiblissement des exigences de preuve ou le renversement du fardeau de la preuve; le devoir de collaboration est cependant la solution la plus „douce“ (Gygi, Bundesverwaltungsrechtspflege, 2ème édition, Berne 1983, p. 282 ss). Par ailleurs, si l'on admettait que le contribuable puisse se taire dans la procédure en rappel d'impôt, l'ensemble de la procédure de taxation serait compromise; il suffirait en effet au contribuable d'invoquer sa propre soustraction fiscale pour échapper à ses obligations et rendre tout contrôle plus laborieux si ce n'est impossible (cf. Konferenz staatlicher Steuerbeamter, Nachsteuer- und Steuerstrafrecht, Bericht einer Expertenkommission an den Regierungsrat des Kantons Zürich vom 5. Januar 1994, Berne 1994, p. 102). Tel ne peut être ni le sens ni le but des art. 6 CEDH et 14 du Pacte international.

cc) Il existe en droit administratif un grand nombre d'obligations qui permettent notamment de confondre l'auteur d'une infraction et auxquelles l'intéressé ne peut se soustraire en prétendant qu'il s'incriminerait lui-même. Ainsi par exemple, l'art. 33 al. 3 de l'ordonnance du 27 août 1969 sur la construction et l'équipement des véhicules routiers (OCE; RS 741.41) impose à certains véhicules d'être équipés de tachygraphes. Bien que cette obligation puisse le cas échéant permettre d'accuser le conducteur de violation des prescriptions concernant la durée du travail et du repos ou les limitations de vitesse, celui-là peut être amendé s'il ne maintient pas le tachygraphe en fonction (art. 85 OCE). De plus, en cas d'accident, il ne peut pas s'opposer à la remise de cet appareil sous prétexte qu'il s'accuserait ainsi d'une infraction. Il en va de même des devoirs incombant aux automobilistes en cas d'accident puisque même si ceux-là servent notamment à déterminer les responsabilités pénales des intéressés (art. 51 de la loi fédérale du 19 décembre 1958 sur la circulation routière [LCR; RS 741.01]), leur violation est punissable en vertu de l'art. 92 LCR. La peine attachée au refus de se soumettre à la prise de sang (art. 91 al. 3 LCR) est un autre exemple particulièrement explicite. Cette sanction con-

cerne en effet la violation d'un devoir ayant comme unique but de s'assurer que le conducteur en état d'ébriété pourra être poursuivi et condamné. Malgré cette conséquence, le refus de se soumettre à la prise de sang est punissable, ce qui est d'ailleurs admissible au regard de la Convention européenne des droits de l'homme (Villiger, op.cit., n. 488 p. 288 et les références citées). On peut aussi citer les différentes dispositions en matière de protection de l'environnement qui obligent l'exploitant d'installations à annoncer les incidents qui y surviennent. Bien que le fait de causer une pollution puisse conduire à l'ouverture d'une procédure pénale, l'Etat peut punir les violations des devoirs d'annoncer afin de protéger l'équilibre écologique (cf. par exemple l'art. 22 al. 3 en relation avec l'art. 71 de la loi fédérale du 24 janvier 1991 sur la protection des eaux [LEaux; RS 814.20]). De même, il doit être possible d'obliger le contribuable, sous peine de sanction pénale, à fournir des renseignements sur ses rapports financiers même s'il devait ainsi dévoiler une soustraction fiscale.

dd) Au vu de ce qui précède, ni le droit de se taire ni la présomption d'innocence issus de l'art. 6 CEDH ne s'appliquent à l'obligation de collaborer faite au contribuable dans le cadre de l'établissement de ses éléments imposables, que ce soit au moment de la taxation ou lors de la détermination du rappel d'impôt dans une procédure pour soustraction fiscale.

d) En l'espèce, le recourant a déposé des déclarations d'impôt incomplètes pour les périodes de taxation 1985-1986 à 1991-1992. L'autorité fiscale a établi, par ses propres moyens, que l'intéressé n'avait pas déclaré les investissements effectués auprès de P. et de la société E. Soucieuse de procéder à un contrôle plus complet des déclarations fiscales en cause, elle a demandé au recourant de fournir des précisions au sujet de ces investissements. Le recourant ayant indiqué que ceux-ci avaient été effectués par l'intermédiaire de la banque S., établissement dont il n'avait jamais fait mention auparavant dans ses déclarations d'impôt, l'autorité fiscale l'a alors prié d'établir au moyen de l'attestation d'intégralité, qu'il avait annoncé l'entier de ses relations d'affaires avec cette banque. Ainsi qu'on l'a vu ci-dessus, le fisc pouvait demander au contribuable de fournir la preuve de l'exactitude de ce que lui-même affirmait et contrôler ses dires sans pour autant violer le droit de ne pas témoigner contre soi-même et la présomption d'innocence.

e) La jurisprudence des instances européennes mentionnées ci-dessus (consid. 4a) n'est pas contraire à la solution retenue par le Tribunal fédéral. En effet, la Cour européenne des droits de l'homme a admis que les autorités douanières françaises avaient violé le droit à un procès équitable en tentant, au moyen d'amendes et d'astreintes, de contraindre une personne à fournir les preuves d'infractions dont les autorités supposaient l'existence (arrêt du 25 février 1993 en la cause Funke contre France, Publication de la Cour européenne des droits de l'homme, Série A, vol. 256-A, ch. 41-44 p. 21-22). La Cour de justice des Communautés européennes a adopté une position semblable en admettant que „la Commission est en droit d'obliger l'entreprise à fournir tous les renseignements nécessaires portant sur des faits dont elle peut avoir connaissances et à lui communiquer, au besoin, les documents y afférents qui sont en sa possession, même si ceux-ci peuvent servir à établir, à son encontre ou à l'encontre d'une autre entreprise, l'existence d'un comportement anticoncurrentiel“. Cependant, „la Commission ne saurait imposer à l'entreprise l'obligation de fournir des réponses par lesquelles celle-ci serait amenée à admettre l'existence de l'infraction dont il appartient à la Commission d'établir la preuve“ (arrêt du 18 octobre 1989 en la cause Orkem SA contre Commission de l'Union européenne, 347/87, Recueil de la Jurisprudence de la Cour 1989, ch. 34 et 35 p. 3351).

En l'espèce, le recourant a été contraint de produire l'attestation d'intégralité uniquement lorsque les autorités fiscales connaissaient déjà les relations contractuelles qui le liaient à la banque S., de même d'ailleurs que les montants investis auprès de P. et soustraits au fisc. Par conséquent, l'obligation imposée au recourant était tout à fait admissible au regard de la jurisprudence précitée des instances européennes.

Il faut encore relever que, selon la Cour européenne des droits de l'homme, l'art. 6 CEDH n'exclut pas un renversement du fardeau de la preuve en défaveur de l'inculpé dans une procédure pénale, si l'Etat tient compte de manière adéquate de la signification du comportement punissable en cause et offre à l'intéressé la possibilité d'utiliser largement les droits de la défense (Villiger, op.cit., n. 488 p. 288 et les références citées). Dans le cas particulier, il ne s'agit cependant pas d'un renversement du fardeau de la preuve mais plutôt de l'obligation de collaboration imposée au contribuable de la même manière que dans la procédure de taxation.

f) (...).

5. Le recourant se plaint encore d'une violation du principe „ne bis in idem“ consacré par l'art. 4 du Protocole no 7 à la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (RS 0.101.07; ci-après le Protocole). Il prétend avoir été sanctionné pour son refus de produire l'attestation d'intégralité, à la fois par la décision attaquée et par la décision susmentionnée du 21 avril 1993 fixant les rappels d'impôt et amendes.

a) Selon l'art. 4 ch. 1 du Protocole, „Nul ne peut être poursuivi ou puni pénalement par les juridictions du même Etat en raison d'une infraction pour laquelle il a déjà été acquitté ou condamné par un jugement définitif conformément à la loi et à la procédure pénale de cet Etat“.

L'application de ce principe suppose que la procédure soit dirigée contre la même personne, qu'il s'agisse du même comportement condamnable, que celui-ci ait fait l'objet d'une première procédure et que les biens juridiquement protégés soient les mêmes (ATF 119 Ib 311 consid. 3c p. 319-320). En outre, des procédures disciplinaires séparées sont autorisées (VILLIGER, op.cit., n. 664 p. 395).

b) L'art. 131 al. 1 AIFD réprime une violation des obligations de procédure du contribuable. Le bien juridiquement protégé est la bonne exécution de la taxation qui est mis en danger par le comportement récalcitrant du contribuable. La sanction vise à contraindre celui-ci à suivre les injonctions qui lui sont faites lorsqu'il n'obéit pas à une obligation qui lui est prescrite par un acte administratif (MOSSU, op.cit., p. 32; Känzig/Behnisch, op.cit., n. 1 et 6 ad art. 131).

L'art. 129 al. 1 AIFD protège la créance fiscale en tant que fortune de la collectivité publique (Archives 59 p. 639 consid. 4b p. 645). Il réprime la soustraction d'impôt en tant que telle.

Les biens protégés par les art. 131 al. 1 et 129 al. 1 AIFD sont donc différents, de sorte que chaque infraction peut être sanctionnée séparément sans que le principe „ne bis in idem“ ne soit violé. De même, le comportement réprimé n'est pas le même. En effet, la violation d'obligations de procédure au sens de l'art. 131 al. 1 AIFD ne se confond pas avec la soustraction de l'art. 129 al. 1 AIFD, les deux infractions pouvant être cumulées ou réalisées chacune indépendamment de l'autre (cf. le texte de l'art. 131 al. 1 in fine AIFD qui précise: „sans que soit posé l'état de fait de l'art. 129“). Il convient cependant, lors de la répression ultérieure d'une infraction selon l'art. 129 al. 1 AIFD, de tenir compte de la sanction infligée en application de l'art. 131 al. 1 AIFD (KÄNZIG/BEHNISCH, op.cit., n. 25 ad art. 131).

c) Dans le cas particulier, l'autorité intimée a confirmé l'amende infligée au recourant selon l'art. 131 al. 1 AIFD, alors même qu'il avait fait précédemment l'objet d'un rappel d'impôt et d'une amende en application de l'art. 129 al. 1 AIFD. Cependant, tant les biens protégés par ces deux dispositions que les comportements sanctionnés sont différents. Même si l'autorité de taxation a mentionné la „récalcitrance“ du recourant dans une lettre du 2 mars 1993 accompagnant les projets de décisions d'impôts supplémentaires, cela ne signifie pas qu'elle ait réprimé une seconde fois le comportement du recourant. Au demeurant, il n'est pas interdit de tenir compte des antécédents d'un délinquant lors de la fixation d'une peine (art. 63 CP). Dans le cas particulier, l'amende infligée au recourant a été fixée à une demi-fois l'impôt soustrait, ce qui paraît modéré. Dès lors, le principe „ne bis in idem“ n'a pas été violé et le grief du recourant doit être écarté.

BGE 121 II 273: Auskunftspflichten und *Nemo tenetur* / *Ne bis in idem*

Art. 6 EMRK; Art. 4 BV; Art. 89 Abs. 2 und 131 Abs. 1 BdBSt; Widerruf von Verfügungen; Auskunftspflicht im Steuerhinterziehungsverfahren; Unschuldsvermutung und Aussageverweigerungsrecht; Grundsatz „ne bis in idem“. Der Widerruf von Veranlagungsverfügungen (Nachsteuerverfügungen) während laufender Rechtsmittelfrist ist zulässig (E. 1). Im Steuerhinterziehungsverfahren kann der Steuerpflichtige gestützt auf Art. 89 Abs. 2 BdBSt verpflichtet werden, Belege über die Herkunft der hinterzogenen Beträge vorzulegen; weigert er sich, so kann er nach Art. 131 Abs. 1 BdBSt gebüsst werden (E. 2).

Diese Busse verletzt weder die Unschuldsvermutung noch das Recht, nicht gegen sich selbst aussagen zu müssen (E. 3).

Der Grundsatz „ne bis in idem“ schliesst nicht aus, dass der Steuerpflichtige, der wiederholten Aufforderungen zur Vorlage derselben Belege nicht nachkommt, jedesmal gebüsst wird (E. 4).

3. Der Beschwerdeführer wendet ein, dass er nicht gezwungen werden könne, im Steuerhinterziehungsverfahren Beweismittel einzureichen. Beim Steuerhinterziehungsverfahren handle es sich nach herrschender Lehre um ein echtes Strafverfahren, für das sowohl aus der Bundesverfassung wie auch aus Art. 6 EMRK folge, dass der Beschuldigte sich nicht selbst belasten müsse. Er könne deshalb nicht gebüsst werden, wenn er sich weigere, über seine Vermögensverhältnisse Auskunft zu geben.

a) Nach der neueren bundesgerichtlichen Rechtsprechung handelt es sich beim Hinterziehungsverfahren im Recht der direkten Bundessteuer (Art. 129, 132 BdBSt) um ein echtes Strafverfahren, für welches die strafprozessualen Garantien gelten (BGE 119 Ib 311 E. 2e, f; vgl. auch BGE 116 IV 262 E. 3b/aa). Aufgrund des Aussageverweigerungsrechts ist der in einem Strafverfahren Beschuldigte berechtigt zu schweigen, ohne dass ihm aus seinem Schweigen Nachteile erwachsen oder daraus nachteilige Schlüsse gezogen werden dürfen. In der Schweiz ist das Aussageverweigerungsrecht des Be-

schuldigten als ein allgemeiner Grundsatz des Strafprozessrechts anerkannt und ergibt sich aus Art. 4 BV (BGE 106 Ia 7 ff.; vgl. auch BGE 109 Ia 166 ff.). Soweit es allerdings um die aus der Verfassung abgeleitete Garantie geht, kann das Bundesgericht wegen seiner Bindung an die Bundesgesetzgebung (Art. 114bis Abs. 3 BV), zu der auch der Bundesratsbeschluss über die direkte Bundessteuer gehört, von der Ordnung, die der Bundesratsbeschluss in dieser Hinsicht aufstellt, nicht abweichen (BGE 119 Ib 311 E. 3b für den Grundsatz „ne bis in idem“).

Eine ausdrückliche Garantie, dass der wegen einer strafbaren Handlung Beschuldigte nicht gezwungen werden darf, „gegen sich selbst als Zeuge auszusagen oder sich schuldig zu bekennen“, enthält ferner Art. 14 Abs. 3 lit. g des Internationalen Pakts über bürgerliche und politische Rechte vom 16. Dezember 1966 (UNO-Pakt II; SR 0.103.2; AS 1993 750). Hingegen erwähnt Art. 6 EMRK das Recht des Beschuldigten, sich nicht selber belasten zu müssen, nicht ausdrücklich. Die Lehre leitet ein solches Recht dennoch aus der Unschuldsvermutung des Art. 6 Ziff. 2 EMRK ab (Velu/Ergec, *La Convention européenne des droits de l'homme*, Bruxelles 1990, S. 470 Ziff. 561; Mark E. Villiger, *Handbuch der Europäischen Menschenrechtskonvention*, S. 288 Rz. 488). Die Rechtsprechung der Europäischen Organe ist nicht einheitlich. Nach der Praxis des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaften kann sich der Anspruch des Beschuldigten, nicht gegen sich selbst aussagen zu müssen, aus dem Recht auf Verteidigung (Art. 6 Ziff. 3 EMRK) ergeben, obschon die Konvention einen solchen Anspruch nicht ausdrücklich erwähnt (Urteil vom 18. Oktober 1989 i.S. Orkem SA gegen Kommission der Europäischen Gemeinschaften, Urteil 374/87, Sammlung der Rechtsprechung des Gerichtshofes 1989, S. 3350, Ziff. 30, 34). Demgegenüber hat der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte in einem neueren Entscheid ein Recht des Beschuldigten zu schweigen unmittelbar aus Art. 6 Ziff. 1 EMRK abgeleitet (Urteil vom 25. Februar 1993 i.S. Funke gegen Frankreich, *Publications de la Cour européenne des droits de l'homme*, Série A, Vol. 256-A, Ziff. 41-44).

b) Die Garantien von Art. 6 EMRK und Art. 14 UNO-Pakt II zugunsten des Beschuldigten gelten allerdings nur in Strafverfahren.

Gemäss Art. 129 Abs. 1 BdBSt unterliegt einer Busse, wer dem Staat einen Steuerbetrag dadurch vorenthält, dass er (lit. b) Tatsachen, die für den Bestand oder den Umfang der Steuerpflicht wesentlich sind, verschweigt oder über sie vorsätzlich oder fahrlässig unrichtige Angaben macht. Diese Busse ist nebst dem entzogenen Steuerbetrag zu bezahlen. Es handelt sich um eine Sanktion, die sowohl präventiv als auch repressiv wirken soll. Die steuerrechtlichen Bestimmungen über die Hinterziehung haben zudem allgemeinen Charakter und richten sich an alle Bürger in ihrer Eigenschaft als Steuerpflichtige. Geschütztes Rechtsgut ist der Fiskalanspruch des Staates. Solche Rechtsnormen unterscheiden sich von Strafnormen, welche das Vermögen Privater schützen, nicht grundsätzlich. Auch die Höhe der angedrohten Busse (bis zum Vierfachen des entzogenen Steuerbetrages) kann sich für den Betroffenen in gleicher Weise auswirken, wie eine strafrechtliche Verurteilung. Art. 6 EMRK ist deshalb auf Verfahren, in denen über eine Hinterziehungsbusse nach Art. 129 BdBSt zu entscheiden ist, anwendbar (BGE 119 Ib 311 E. 2e/f, S. 316 f.; vgl. auch Urteil des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte i.S. Bendenoun vom 24. Februar 1994, Série A, Vol. 284, Ziff. 47; ferner Urteil Öztürk vom 21. Februar 1984, Série A, Vol. 73, Ziff. 53).

Anders als bei der Hinterziehungsbusse nach Art. 129 BdBSt handelt es sich bei der Nachsteuer nicht um eine strafrechtliche Sanktion. Nach heute herrschender Auffassung bildet die Nachsteuer keine vom ursprünglichen Steueranspruch verschiedene Forderung, sondern die Mehrsteuer, die sich aufgrund der Überprüfung der bisherigen Veranlagung ergibt. Vor allem hat sie keine pönale Funktion. Das Nachsteuerverfahren bezweckt einzig die Nachforderung der zuwenig veranlagten Steuer. Es kann daher auch als Revisionsverfahren zugunsten des Fiskus bezeichnet werden. Das Nachsteuerverfahren stellt auf diese Weise das Korrelat zur Revision der Veranlagung zugunsten des Steuerpflichtigen dar (Blumenstein/Locher, a.a.O., S. 283, 285, mit Hinweisen auch auf frühere, abweichende Auffassungen; Ernst Höhn, *Steuerrecht*, 7. Aufl. 1993, S. 593, Ziff. 23, 27; vgl. ferner BGE 98 Ia 22 S. 25).

Diese Auffassung liegt auch dem Bundesratsbeschluss über die direkte Bundessteuer zugrunde. Geschuldet ist nach Art. 129 BdBSt „der entzogene Steuerbetrag“. Der deutsche Text vermeidet den Begriff „Nachsteuer“, der in gewissen kantonalen Steuerordnungen mit pönalen Funktionen verbunden ist. Es gelten für sie keine besonderen Bemessungsgrundsätze, und es wird auf ihr kein Zuschlag erhoben. Der Steuerpflichtige hat lediglich die von Anfang an geschuldete, zu Unrecht nicht oder zu wenig veranlagte Steuer zu bezahlen. Es handelt sich somit nicht um eine Strafe oder um Schadenersatz, sondern um die ursprüngliche Steuerforderung, die nicht erloschen ist (Känzig/Behnisch, a.a.O., N. 147 zu Art. 129; Urs R. Behnisch, *Das Steuerstrafrecht im Recht der direkten Bundessteuer*, Bern 1991, S. 152).

c) Auch wenn es sich bei der Nachsteuer im Sinne von Art. 129 BdBSt nicht um eine Strafsanktion handelt, so wird sie doch in einem Hinterziehungsverfahren festgelegt, für welches die strafprozessualen Garantien gelten. Es stellt sich daher die Frage, ob der Steuerpflichtige gezwungen werden kann, im Hinterziehungsverfahren im Hinblick auf die Festsetzung der Nachsteuerforderung über seine finanziellen Verhältnisse Auskunft zu geben.

aa) Im Hinterziehungsverfahren verfügt die zuständige Steuerbehörde zur Festsetzung der Nachsteuerforderung über die gleichen Untersuchungsmittel wie die Veranlagungsbehörde im ordentlichen Einschätzungsverfahren (Art. 89 bis 91 in Verbindung mit Art. 132 Abs. 2 BdBSt). Weitergehende Massnahmen, wie sie den strafrichterlichen Behörden in einem Untersuchungsverfahren zustehen, beispielsweise das Recht, Zeugen zu befragen, Durchsuchungen vorzunehmen und Beweismittel zu beschlagnahmen oder Überwachungsmassnahmen anzuordnen, sind im Recht der direkten Bundessteuer zur Verfolgung der Steuerhinterziehung (unter Vorbehalt der Ermittlungen durch die besonderen Untersuchungsorgane des Bundes, Art. 139 BdBSt) nicht vorgesehen. Auch die Beweislast ist in beiden Verfahren gleich geregelt. Dabei gilt der in Lehre und Rechtsprechung allgemein anerkannte Grundsatz, dass die Steuerbehörde die Beweislast für die steuerbegründenden Tatsachen trägt, während den Steuerpflichtigen die Beweislast für Tatsachen trifft, welche die Steuerschuld mindern oder aufheben (Blumentstein/Locher, a.a.O., S. 351, mit Hinweisen zur Rechtsprechung). Es ist zudem Sache des Steuerpflichtigen zu beweisen, dass die Darstellung in der Steuerdeklaration und in seinen weiteren Erklärungen zutrifft; andererseits ist der Beweis für nicht versteuertes Einkommen oder Vermögen von den Steuerbehörden zu erbringen (BGE 72 I 42 E. 2; Jean-Marc Rivier, *Droit fiscal suisse, L'imposition du revenu et de la fortune*, S. 309, mit Nachweisen; s. auch Höhn, a.a.O., S. 568 Ziff. 16, S. 574 Ziff. 28). Wenn indessen die von den Steuerbehörden gesammelten Beweise genügend Anhaltspunkte ergeben, dass der Steuerpflichtige unvollständig deklariert hat, so hat wiederum der Steuerpflichtige die Richtigkeit seiner Behauptungen zu beweisen; er muss belegen, woher die Mittel stammen, die nicht deklariert wurden, und kann sogar verpflichtet werden, weitere Auskünfte über die von den Steuerbehörden offengelegten vertraglichen Beziehungen und über Leistungen im Hinblick auf bestimmte Personen zu erteilen (Art. 89 Abs. 2 Satz 2 BdBSt).

Dadurch wird der Steuerpflichtige nicht gezwungen, sich selbst zu belasten, da die Beweislast dafür, dass er bestimmte steuerbare Vermögenswerte und Leistungen nicht deklarierte oder in einem Vertragsverhältnis zu bestimmten Personen stand, den Steuerbehörden obliegt. Er muss lediglich über die Herkunft nicht versteuerter Mittel Auskunft geben, deren Vorhandensein durch die Steuerbehörden bereits hinlänglich nachgewiesen ist. Er wird damit gleich behandelt wie jeder andere Steuerpflichtige auch, der seine Mitwirkungspflichten im Veranlagungsverfahren erfüllen muss.

bb) Verpflichtungen, wie sie den Steuerpflichtigen nach Art. 89 BdBSt treffen, sind im Verwaltungsrecht nicht ungewöhnlich. Es handelt sich um Mitwirkungspflichten, die dem Rechtsunterworfenen auferlegen, die Behörde offen und ehrlich zu informieren. Solche Auskunftspflichten finden sich in den Steuergesetzgebungen anderer Staaten und der Kantone ebenfalls. Sie bilden das Korrelat zur Beweislast, die für die steuerbegründenden Tatsachen den Steuerbehörden obliegt. Würde allein auf die Regeln über die Beweislast abgestellt, so könnte eine gesetzmässige und rechtsgleiche Besteuerung nie gelingen, weil über seine finanziellen Verhältnisse in der Regel allein der Steuerpflichtige umfassende Auskunft geben kann. Die der Veranlagungsbehörde obliegende Beweislast wird daher durch die Mitwirkungspflicht des Steuerpflichtigen gemildert. Dieser hat nicht nur eine Steuererklärung einzureichen, sondern auch deren Richtigkeit nachzuweisen und der Veranlagungsbehörde auf Verlangen Auskunft zu geben über alles, was für die Veranlagung von Bedeutung sein kann. Dem Gesetz stehen noch andere Möglichkeiten offen, wie der Beweisnotstand überwunden werden kann, beispielsweise durch Herabsetzung der Beweisanforderungen oder durch Umkehr der Beweislast (Fritz Gygi, *Bundesverwaltungsrechtspflege*, 2. Aufl. 1983, S. 282 ff.). Bei der Mitwirkungspflicht des Steuerpflichtigen handelt es sich um das mildeste Mittel, um solchen Beweisschwierigkeiten zu begegnen. Würde hier ein Aussageverweigerungsrecht angenommen, so wäre das bisherige Steuersystem ernsthaft in Frage gestellt, weil dann bereits das normale Einschätzungsverfahren unter Umständen nach strafprozessualen Grundsätzen ablaufen müsste; es würde genügen, dass sich der Steuerpflichtige auf die eigene Steuerhinterziehung beruft, um sich auf diese Weise seiner Mitwirkungspflichten entledigen und jede Kontrolle erschweren, wenn nicht gar verunmöglichen zu können (s. auch Konferenz staatlicher Steuerbeamter, *Nachsteuer- und Steuerstrafrecht*, Bericht einer Expertenkommission an den Regierungsrat des Kantons Zürich vom 5. Januar 1994, S. 102). Das kann weder Sinn noch Zweck der durch Art. 6 EMRK und Art. 14 UNO-Pakt I dem Beschuldigten garantierten Rechte sein.

cc) Es gibt im materiellen Recht und insbesondere im Verwaltungsrecht eine grosse Zahl von Verhaltenspflichten, die unter anderem dazu dienen, einen Straftäter zu überführen, denen sich der Betroffene aber nicht mit dem Hinweis, dass er sich allenfalls selbst einer strafrechtlichen Handlung bezichtigen müsste, entziehen kann. Das lässt sich an verschiedenen Beispielen vor allem aus dem Stras-

senverkehr zeigen. Gemäss Art. 33 Abs. 3 der Verordnung über Bau- und Ausrüstung der Strassenfahrzeuge (BAV; SR 741.41) müssen gewisse Fahrzeuge mit einem Fahrtenschreiber ausgerüstet sein. Obwohl diese Pflicht gegebenenfalls dazu dient, den Fahrer einer Verletzung der Vorschriften über die Arbeits- und Ruhezeit sowie allenfalls derjenigen betreffend die Höchstgeschwindigkeit zu überführen, ist es selbstverständlich, dass ein Chauffeur gebüsst werden darf, wenn er den Fahrtenschreiber nicht in Betrieb hält. Er kann bei einem Unfall dessen Herausgabe auch nicht mit dem Hinweis verweigern, dass er damit möglicherweise selbst seine Bestrafung bewirke. Gleich verhält es sich mit den vielfältigen Pflichten, die den Automobilisten bei einem Unfall treffen. Auch wenn diese Pflichten dazu dienen, bei einem Unfall den strafrechtlich Verantwortlichen festzustellen (vgl. Art. 51 Strassenverkehrsgesetz, SVG; SR 741.01), kann kein Zweifel bestehen, dass pflichtwidriges Verhalten bei Unfall im Sinne von Art. 92 SVG strafbar ist. Besonders deutlich zeigt sich dies beim Delikt der Vereitelung der Blutprobe im Sinne von Art. 91 Abs. 3 SVG. Die Pflicht, sich einer Blutprobe zu unterziehen, hat zum vornherein den einzigen Zweck, sicherzustellen, dass der Täter, der in angetrunkenem Zustand gefahren ist, überführt und bestraft werden kann. Trotzdem ist die Vereitelung der Blutprobe strafbar (und muss auch unter dem Gesichtspunkt der Konvention bestraft werden können; Entscheid der Europäischen Kommission für Menschenrechte vom 4. Dezember 1978 i.S. X. gegen Niederlande, *Décisions et rapports* 16 S. 184; Villiger, a.a.O., S. 288 Rz. 488). Hinzuweisen ist schliesslich auf die verschiedenen Bestimmungen des Umweltschutzrechts, welche die Betreiber von Anlagen verpflichten, Störfälle zu melden. Obschon die Verursachung einer Umweltverschmutzung zur Einleitung eines Strafverfahrens führen kann, ist klar, dass der Staat zum Schutz des ökologischen Gleichgewichts die Verletzung der Meldepflichten unter Strafe stellen kann und muss (vgl. etwa Art. 22 Abs. 3 in Verbindung mit Art. 71 des Gewässerschutzgesetzes, SR 814.20). In gleicher Weise muss aber der Steuerpflichtige unter Strafdrohung angehalten werden können, über seine finanziellen Verhältnisse Auskunft zu geben, auch wenn er damit allenfalls eine Steuerhinterziehung eingestehen müsste.

d) Aus den Akten der gegen P. geführten Strafuntersuchung war den Steuerbehörden bekannt, dass der Beschwerdeführer bei dessen Gesellschaften Investitionen tätigte, die er nicht deklarierte. Um sicherzustellen, dass die Mittel für diese Investitionen ihrerseits aus versteuertem Einkommen bzw. Vermögen herrührten, forderten die Steuerbehörden den Beschwerdeführer auf, die Herkunft dieser Mittel offenzulegen. Es geht um die Herausgabe derjenigen Dokumente, zu deren Vorlage der Beschwerdeführer bereits im ordentlichen Veranlagungsverfahren hätte verpflichtet werden können, wenn er vollständig deklariert hätte (Art. 89 Abs. 2 BdBSt), und die nicht erst mit der strafbaren Handlung, d.h. mit der Steuerhinterziehung, hervorgebracht wurden. Wenn daher die Steuerbehörden zu einer Überprüfung der Herkunft der bei P. und dessen Gesellschaften investierten Mittel schritten und den Beschwerdeführer verpflichteten, genau bestimmte Dokumente vorzulegen, so liegt darin weder eine Verletzung der Unschuldsvermutung noch des Rechts, sich nicht selbst belasten zu müssen.

e) Die vorn (E. 3a) erwähnte Rechtsprechung der Europäischen Organe steht dieser Betrachtungsweise nicht entgegen.

Im Urteil Funke betrachtete der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte das Recht auf ein billiges (*faites*) Verfahren deshalb als verletzt, weil die Zollbehörden eine Person mit einem Zwangsgeld (*astreinte*) zwingen wollten, Beweise vorzulegen, deren Vorhandensein sie vermuteten, ohne davon jedoch sichere Kenntnis zu haben (Urteil i.S. Funke, a.a.O., Ziff. 41-44). Ähnlich entschied der Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften im Urteil Orkem SA. Der Gerichtshof befand, dass die Kommission der Europäischen Gemeinschaften das Unternehmen verpflichten könne, ihr alle erforderlichen Auskünfte über ihm eventuell bekannte Tatsachen zu erteilen und die in seinem Besitz befindlichen Schriftstücke herauszugeben, und zwar auch dann, wenn sich daraus der Beweis für ein wettbewerbswidriges Verhalten des betreffenden (oder eines anderen) Unternehmens ergeben könnte. Eine Schranke der Befugnisse der Kommission sah der Gerichtshof immerhin darin, dass die Unternehmung Beweise vorlegen müsste, aus denen eine Verletzung von Wettbewerbsregeln erst folge, da der Beweis für eine solche Zuwiderhandlung von der Kommission zu erbringen sei (Urteil i.S. Orkem SA, a.a.O., S. 3351 Ziff. 34/35).

Im vorliegenden Fall wurde der Beschwerdeführer jedoch nicht deshalb zur Vorlage der Bankauszüge verpflichtet, weil die Steuerbehörden von den hinterzogenen Beträgen keine oder keine sichere Kenntnis hatten („dont elles supposaient l'existence sans en avoir la certitude“, vgl. Urteil i.S. Funke, a.a.O., Ziff. 44) und diese Belege erst den Beweis für eine Straftat liefern sollten. Vielmehr waren den Steuerbehörden die bei P. und dessen Gesellschaften investierten Mittel bereits bekannt, als sie das Hinterziehungsverfahren gegen den Beschwerdeführer eröffneten. Der Beschwerdeführer musste lediglich über die Herkunft der von den Steuerbehörden entdeckten hinterzogenen Mittel Auskunft geben. Auch im Urteil Orkem SA war nicht zu beanstanden, dass die Unternehmung die in ihrem Besitz befindlichen Schriftstücke herauszugeben hatte, mit denen die Kommission nur tatsächliche Informationen erlangen wollte (vgl. Ziff. 37, 40). Aus Gründen der rechtsgleichen Veranlagung mussten

die Steuerbehörden den Beschwerdeführer zudem verpflichten, diese Unterlagen vorzulegen, selbst wenn sich daraus der Beweis ergeben sollte, dass die bei P. investierten Mittel ihrerseits aus unversteuertem Einkommen oder Vermögen stammt (in diesem Sinne auch das Urteil Orkem SA, a.a.O., Ziff. 34, hinsichtlich der Aufgaben der Kommission).

Hinzuweisen ist schliesslich auch auf die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes für Menschenrechte, wonach Art. 6 EMRK nicht ausschliesst, dass die Beweislast zuungunsten des Angeklagten verschoben wird, wenn der Staat die Bedeutung der betreffenden Handlung gebührend berücksichtigt und dem Beschuldigten Gelegenheit gibt, seine Verteidigungsrechte auszuüben (Villiger, a.a.O., S. 288 Rz. 488, mit Hinweis auf das Urteil Salabiaku gegen Frankreich vom 7. Oktober 1988, Série A, Vol. 141 A, und auf das Urteil Hoang gegen Frankreich vom 25. September 1992, Série A, Vol. 243, Ziff. 32 f.). Hier steht keine derartige Umkehr der Beweislast in Frage, sondern es geht lediglich um die Herausgabe derjenigen Dokumente, zu deren Vorlage der Steuerpflichtige bereits im ordentlichen Veranlagungsverfahren hätte gezwungen werden können und die nicht erst mit der strafbaren Handlung, d.h. mit der Steuerhinterziehung, hervorgebracht wurden. Das muss im Lichte der zitierten Urteile erst recht zulässig sein.

f) (...)

g) Dadurch, dass der Beschwerdeführer unter Androhung von Busse verpflichtet wurde, über die Herkunft der nicht deklarierten Mittel Auskunft zu geben und die entsprechenden Dokumente vorzulegen, ist nach dem Gesagten weder das aus Art. 4 BV noch Art. 6 EMRK oder Art. 14 Abs. 3 lit. g UNO-Pakt II fließende Aussageverweigerungsrecht des Beschuldigten verletzt.

EGMR, J.B. v. Switzerland, 3.5.2001: Auskunftspflichten und *Nemo tenetur*

63. The Court recalls at the outset that in proceedings originating in an individual application it has to confine itself, as far as possible, to an examination of the concrete case before it (see *Minelli v. Switzerland*, judgment of 25 March 1983, Series A no. 62, p. 17, § 35). Accordingly, what is at stake in the present case is not the fairness of the proceedings as such which were instituted against the applicant. Rather, the Court is called upon to examine whether or not the imposition of a fine on the applicant for having failed to provide certain information complied with the requirements of the Convention. It follows that the Court is not deciding in the present case the issue whether a State can oblige a taxpayer to give information for the sole purpose of securing a correct tax assessment.

64. Although not specifically mentioned in Article 6 of the Convention, the right to remain silent and the privilege against self-incrimination are generally recognised international standards which lie at the heart of the notion of a fair procedure under Article 6 § 1. The right not to incriminate oneself in particular presupposes that the authorities seek to prove their case without resorting to evidence obtained through methods of coercion or oppression in defiance of the will of the „person charged“. By providing the accused with protection against improper compulsion by the authorities these immunities contribute to avoiding miscarriages of justice and securing the aims of Article 6 (see Funke, cited above; *John Murray v. the United Kingdom*, judgment of 8 February 1996, Reports 1996-I, p. 49, § 45; *Saunders v. the United Kingdom*, judgment of 17 December 1996, Reports 1996-VI, pp. 2064-65, §§ 68-69; and *Serves v. France*, judgment of 20 October 1997, Reports 1997-VI, pp. 2173-74, § 46).

65. In the present case, when on 11 December 1987 the X District Office instituted tax-evasion proceedings against the applicant, he was requested to submit all documents concerning the companies in which he had invested money. When the applicant failed to do so, he was requested on three further occasions to declare the source of the income invested. The applicant not having reacted to these requests, a disciplinary fine of CHF 1,000 was imposed on him on 28 February 1989. After four additional admonitions, a second disciplinary fine, of CHF 2,000, was imposed on the applicant. The latter fine he eventually contested unsuccessfully before the Federal Court. Subsequently he received two further disciplinary fines.

66. Thus, it appears that the authorities were attempting to compel the applicant to submit documents which would have provided information as to his income with a view to the assessment of his taxes. Indeed, according to the Federal Court's judgment of 7 July 1995, it was in particular important for the authorities to know whether or not the applicant had obtained any income which had not been taxed. While it is not for the Court to speculate as to what the nature of such information would have been, the applicant could not exclude that, if it transpired from these documents that he had received additional income which had not been taxed, he might be charged with the offence of tax evasion.

67. It is true that the applicant and the authorities reached an agreement on 28 November 1996 which closed various tax and criminal tax proceedings, including proceedings concerning disciplinary fines. However, the agreement expressly excluded the present application before the European Court which

is directed against the judgment of the Federal Court of 7 July 1995 concerning the disciplinary fine imposed on the applicant on 29 November 1990.

68. The Court notes that in its judgment of 7 July 1995 the Federal Court referred to various provisions in criminal law obliging a person to act in a particular way so as to enable the authorities to obtain his conviction, for instance the obligation to install a tachograph in lorries, or to submit to a blood or a urine test. In the Court's opinion, however, the present case does not involve material of this nature which, like that considered in *Saunders*, has an existence independent of the person concerned and is not, therefore, obtained by means of coercion and in defiance of the will of that person (see *Saunders*, cited above, pp. 2064-65, § 69).

69. The Government have further submitted that the applicant had not been obliged to incriminate himself, since the authorities were in fact already aware of the information in question and he had admitted the amounts concerned. The Court remains unconvinced by this argument in view of the persistence with which the domestic tax authorities attempted to achieve their aim. Thus, between 1987 and 1990 the authorities found it necessary to request the applicant on eight separate occasions to submit the information concerned and, when he refused to do so, they successively imposed altogether four disciplinary fines on him.

70. Finally, the Government have submitted that a separation of proceedings – regular tax proceedings, on the one hand, and criminal tax-evasion proceedings, on the other – would be impractical. The Court recalls that its task is to determine whether the Contracting States have achieved the result called for by the Convention, not to indicate which means a State should utilise in order to perform its obligations under the Convention (see *De Cubber v. Belgium*, judgment of 26 October 1984, Series A no. 86, p. 20, § 35).

71. As a result, and against the above background, the Court considers that there has been a violation of the right under Article 6 § 1 of the Convention not to incriminate oneself.

BGE 131 IV 36: Mitwirkungspflichten und *Nemo tenetur*

Vereitelung einer Blutprobe (Art. 91 Abs. 3 SVG); Verbot des Selbstbelastungszwangs (Art. 6 Ziff. 1 EMRK, Art. 14 Ziff. 3 lit. g UNO-Pakt II über bürgerliche und politische Rechte).

Die Verurteilung des Fahrzeuglenkers wegen Vereitelung einer Blutprobe, begangen durch Verletzung von bestimmten Verhaltenspflichten nach einem Unfall mit Drittschaden sowie durch Nachtrunk, verstösst nicht gegen das Verbot des Selbstbelastungszwangs (E. 2 und 3).

2. Der Fahrzeuglenker hat nach einem Unfall, bei welchem Dritte einen Sachschaden erleiden oder verletzt werden, bestimmte Verhaltenspflichten, die im Gesetz geregelt sind. (...)

3.

3.1 Als allgemeiner, bisher aus Art. 4 aBV abgeleiteter Grundsatz des Strafprozessrechts ist anerkannt, dass niemand gehalten ist, zu seiner Belastung beizutragen. Der in einem Strafverfahren Beschuldigte ist demnach nicht zur Aussage verpflichtet. Vielmehr ist er auf Grund seines Aussageverweigerungsrechts berechtigt zu schweigen, ohne dass ihm daraus Nachteile erwachsen dürfen. Eine ausdrückliche Garantie, dass der Beschuldigte nicht gezwungen werden darf, gegen sich selbst als Zeuge auszusagen oder sich schuldig zu bekennen, enthält Art. 14 Ziff. 3 lit. g UNO-Pakt II. Ferner leiten Lehre und Rechtsprechung das Recht des Beschuldigten, zu schweigen und sich nicht selbst belasten zu müssen, aus Art. 6 Ziff. 1 EMRK ab (zum Ganzen BGE 130 I 126 E. 2.1 mit Hinweisen).

Nach der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes für Menschenrechte (EGMR) gehören das Recht, zu schweigen, und das Recht, nicht zu seiner eigenen Verurteilung beitragen zu müssen, zu den allgemein anerkannten internationalen Normen und zum Kern des fairen Verfahrens im Sinne von Art. 6 Ziff. 1 EMRK. Aus dem Recht des Angeklagten, nicht zu seiner eigenen Verurteilung beitragen zu müssen, ergibt sich insbesondere, dass die Behörden ihre Anklage führen, ohne auf Beweismittel zurückzugreifen, die durch Zwang oder Druck in Missachtung des Willens des Angeklagten erlangt worden sind. Diese Garantien schützen den Angeklagten vor missbräuchlichem Zwang seitens der Behörden und dienen der Vermeidung von Justizirrtümern sowie der Zielsetzung von Art. 6 EMRK (Urteil des EGMR i.S. J.B. gegen Schweiz vom 3. Mai 2001, Nr. 31827/96; Recueil CourEDH 2001-III S. 455; VPB 65/2001 Nr. 128 S. 1336, Ziff. 64). Der EGMR kam im zitierten Entscheid abweichend vom angefochtenen BGE 121 II 273 zum Ergebnis, es verstosse gegen Art. 6 Ziff. 1 EMRK, den Steuerpflichtigen im Hinterziehungsverfahren mit Bussen zu zwingen, Belege über hinterzogene Beträge vorzulegen. Zwar habe das Bundesgericht in BGE 121 II 273 auf verschiedene strafrechtliche Bestimmungen hingewiesen, welche eine Person verpflichteten, in gewisser Weise zu ihrer eigenen Verurteilung beizutragen, beispielsweise ihr Fahrzeug mit einem Fahrtenschreiber auszurüsten oder

sich einer Blut- oder Urinprobe zu unterziehen. Indessen unterschieden sich die Informationen in der zu beurteilenden Steuersache von Tatsachen, die unabhängig vom Willen der betroffenen Person existierten (Ziff. 68). Der EGMR verwies in diesem Zusammenhang auf sein Urteil i.S. Saunders gegen Grossbritannien vom 17. Dezember 1996 (Recueil CourEDH 1996-VI S. 2044). Darin wird ausgeführt, das Recht, nicht zu seiner eigenen Verurteilung beitragen zu müssen, betreffe in erster Linie das Schweigerecht. Dieses erstreckte sich nicht auf die Verwertung von Tatsachen, die unabhängig vom Willen des Verdächtigen existierten, wie Atemluft-, Blut- und Urinproben oder Gewebeproben zum Zwecke einer DNA-Untersuchung. In einem anderen Entscheid erachtete der EGMR eine Bestrafung wegen Einreichens einer falschen Steuerdeklaration als unbedenklich (Urteil i.S. Allen gegen Grossbritannien vom 10. September 2002, Nr. 76574/01; Recueil CourEDH 2002-VIII S. 367). Denn es gehe nicht um den Zwang zur Selbstbelastung, der eine frühere Straftat betreffe, sondern um die Straftat selber. Das Recht, nicht zu seiner eigenen Verurteilung beitragen zu müssen, gewähre nicht eine allgemeine Immunität für Handlungen, die dadurch motiviert seien, einer Steuerkontrolle zu entgehen. Im Übrigen sei nicht jede Massnahme, die darauf abziele, den Einzelnen zu verhalten, den Behörden Informationen zu liefern, welche eventuell in einem späteren Strafverfahren verwendet werden könnten, als ein missbräuchlicher Zwang zu betrachten.

Im Einzelnen ist allerdings die Tragweite des nemo-tenetur-Prinzips in Bezug auf passive und aktive Verhaltenspflichten umstritten, insbesondere auch bezüglich Handlungspflichten, etwa Informationspflichten gegenüber irgendwelchen Behörden oder Privatpersonen, die sich mittelbar selbstbelastend auswirken können (siehe zum Ganzen Torsten Verrel, Nemo tenetur - Rekonstruktion eines Verfahrensgrundsatzes, Neue Zeitschrift für Strafrecht [NSStZ] 1997 S. 361 ff., 415 ff.; Rudolf Müller, Neue Ermittlungsmethoden und das Verbot des Zwanges zur Selbstbelastung, EuGRZ 2002 S. 546 ff.; Regula Schläuri, Das Verbot des Selbstbelastungszwangs im Strafverfahren, Zürich 2003, S. 112 ff., 169 ff.).

3.2 Eine fehlbare Person ist in der Regel nicht verpflichtet, sich den Strafverfolgungsbehörden zur Verfügung zu halten, und zwar auch nicht, wenn aufgrund verdächtiger Umstände eine polizeiliche Kontrolle zu erwarten ist. Bei den in Art. 51 SVG und auch Art. 56 Abs. 2 VRV umschriebenen Konstellationen geht das Interesse an einer Aufklärung des Sachverhalts dem Selbstbegünstigungsinteresse des möglicherweise schuldigen Fahrzeuglenkers vor (siehe zum Ganzen BGE 124 IV 175 E. 4a mit Hinweisen). Dies ist mit Rücksicht auf die vielfältigen Interessen, die bei Strassenverkehrsunfällen mit Personen- oder Sachschaden auf dem Spiel stehen, sachlich gerechtfertigt. Art. 91 Abs. 3 SVG knüpft - wie übrigens auch Art. 92 SVG - an Sachverhalte an, bei welchen das Gesetz eine Verpflichtung, sich zur Verfügung zu halten, auferlegt (BGE 124 IV 175 E. 4a mit Hinweisen). Dies verstösst aus nachstehenden Gründen nicht gegen das Verbot des Selbstbelastungszwangs.

3.3

3.3.1 Soweit Verhaltenspflichten eines Fahrzeuglenkers bei Unfall lediglich gegenüber den übrigen Unfallbeteiligten und den Geschädigten bestehen, verstossen sie und die Bestrafung wegen ihrer Missachtung nicht gegen das Verbot des Selbstbelastungszwangs. Der verfassungs- und völkerrechtlich verankerte Grundsatz „nemo tenetur se ipsum accusare vel prodere“ gilt nur im Verhältnis des Einzelnen zu den staatlichen Behörden. Ein Konflikt mit diesem Grundsatz kann bestehen, wenn die Erfüllung der Verhaltenspflichten bei Unfall direkt oder indirekt zu einem Kontakt mit der Polizei führt und sich der Fahrzeuglenker dadurch dem Risiko aussetzt, dass gegen ihn aufgrund seiner Fahrweise oder aufgrund seines Zustands ein Strafverfahren etwa wegen Verletzung von Verkehrsregeln, Fahrens in angetrunkenem Zustand, fahrlässiger Körperverletzung etc. eingeleitet wird. Solche Verhaltenspflichten, welche direkt oder indirekt zu einem Kontakt mit der Polizei führen, sind insbesondere in Art. 51 Abs. 2 SVG, Art. 51 Abs. 3 Satz 2 SVG und in Art. 56 Abs. 2 VRV festgelegt.

3.3.2 Der Fahrzeuglenker, der diese Pflichten verletzt, wird, auch wenn er erwiesenermassen nüchtern ist bzw. eine allfällige Alkoholisierung überhaupt nicht in Frage steht, wegen pflichtwidrigen Verhaltens bei Unfall gemäss Art. 92 SVG bestraft. Der Beschwerdeführer ficht seine diesbezügliche Verurteilung in der eidgenössischen Nichtigkeitsbeschwerde nicht an. Er macht im Verfahren vor dem Bundesgericht nicht mehr geltend, dass auch seine Verurteilung wegen pflichtwidrigen Verhaltens bei Unfall gemäss Art. 92 SVG gegen den nemo-tenetur-Grundsatz verstosse.

3.3.3 Der Fahrzeuglenker, der die genannten Verhaltenspflichten verletzt, wird zudem wegen Vereitelung einer Blutprobe gemäss Art. 91 Abs. 3 SVG bestraft, wenn sehr wahrscheinlich eine Blutprobe angeordnet worden wäre und er durch sein Verhalten diese Blutprobe eventualvorsätzlich vereitelt hat. Durch den Tatbestand der Vereitelung einer Blutprobe werden keinerlei Verhaltenspflichten bei Unfall begründet, die nicht ohnehin schon auf Grund des Gesetzes bestehen (siehe BGE 115 IV 51 E. 4c; BGE 124 IV 175 E. 4a). Da bei einem Ereignis ohne Drittschaden nach dem Gesetz keine Verhaltenspflichten bestehen, welche der Feststellung der Identität des Fahrzeuglenkers und der Abklärung

des Sachverhalts dienen, fällt - unter dem Vorbehalt des untauglichen Versuchs (vgl. BGE 126 IV 53) - auch eine Verurteilung wegen Vereitelung einer Blutprobe ausser Betracht, selbst wenn das Ereignis den dringenden Verdacht auf Alkoholisierung begründet (siehe dazu BGE 114 IV 154; BGE 124 IV 175 E. 4a). Der Fahrzeuglenker ist nicht wegen eines solchen Verdachts zu irgendeinem aktiven Verhalten verpflichtet, sondern, unabhängig davon, wegen seiner Beteiligung an einem Unfall mit Drittschaden.

Gerade auch mit Rücksicht auf das nemo-tenetur-Prinzip kann der Fahrzeuglenker nicht verpflichtet werden, etwa einen Selbstunfall ohne Drittschaden wegen des durch den Selbstunfall begründeten dringenden Verdachts auf Alkoholisierung der Polizei zu melden. Voraussetzung ist in jedem Fall der Eintritt eines Drittschadens, der die im Gesetz genannten Verhaltenspflichten begründet. Soweit diese Pflichten nicht gegen den nemo-tenetur-Grundsatz verstossen, ist eine Bestrafung wegen ihrer Missachtung zulässig. Die Frage, ob die Verletzung dieser Verhaltenspflichten allein gemäss Art. 92 SVG oder auch, bei hoher Wahrscheinlichkeit der Blutprobe, nach Art. 91 Abs. 3 SVG strafbar ist, berührt den nemo-tenetur-Grundsatz nicht.

3.4 (...)

3.5

3.5.1 Bei Unfällen im Strassenverkehr lässt sich einerseits ein zuverlässiges Bild über die Ursachen und den Hergang des Unfalls oft nur durch möglichst rasche Abklärungen am Unfallort selbst gewinnen und kann sich andererseits der Fahrzeuglenker seiner zivilrechtlichen Verantwortung auf einfache Weise durch Flucht entziehen. In Anbetracht dieser Besonderheiten ist es sachlich gerechtfertigt, den Fahrzeuglenker bei einem Unfall mit Drittschaden unter Strafandrohung zu verpflichten, anzuhalten, dem Geschädigten beziehungsweise dem Unfallbeteiligten Namen und Adresse anzugeben und die Abklärung des Sachverhalts durch die - fakultativ oder obligatorisch beigezogene - Polizei zu dulden. Diese Pflichten sind mit dem nemo-tenetur-Prinzip vereinbar, auch wenn sie zur Einleitung eines Strafverfahrens gegen den Fahrzeuglenker wegen dieser oder jener strafbaren Handlung im Zusammenhang mit dem Unfall führen können. Der Fahrzeuglenker hat im Rahmen seiner Feststellungsduldungspflicht auch die Abklärung einer allfälligen Alkoholisierung mittels Abnahme einer Blutprobe zu dulden.

3.5.2 Dem Strassenverkehrsgesetz lassen sich keine Anhaltspunkte für die Auffassung entnehmen, dass der Fahrzeuglenker bei einem Unfall mit Drittschaden nur die Feststellung von Tatsachen zu dulden habe, welche für die Beurteilung der zivilrechtlichen Ansprüche der übrigen Unfallbeteiligten beziehungsweise der Geschädigten relevant sind. Solches ergibt sich auch nicht aus dem nemo-tenetur-Prinzip. Der Fahrzeuglenker ist schon zum Zwecke der Beweissicherung und Feststellung der zivilrechtlich relevanten Tatsachen verpflichtet, sofort anzuhalten, Namen und Adresse anzugeben und bis zur Entlassung durch die - obligatorisch oder fakultativ beigezogene - Polizei an der Unfallstelle zu bleiben. Es verstösst nicht gegen das Verbot des Selbstbelastungszwangs, den somit ohnehin zur Anwesenheit verpflichteten Fahrzeuglenker unter Strafandrohung zu verpflichten, bei Verdacht der Angetrunkenheit auch die Abklärung einer allfälligen Alkoholisierung mittels Abnahme einer Blutprobe zu dulden, selbst wenn diese im konkreten Fall zivilrechtlich nicht relevant ist und somit einzig dem öffentlichen Strafverfolgungsinteresse dient. Entscheidend ist insoweit, dass der Fahrzeuglenker nicht zwecks Abklärung einer allfälligen Alkoholisierung, sondern, unabhängig davon, schon zum Zwecke der Beweissicherung und Feststellung der für die Beurteilung der zivilrechtlichen Ansprüche relevanten Tatsachen zum Anhalten und zur Anwesenheit verpflichtet ist.

3.5.3 Entsprechendes gilt im Übrigen auch für die in Art. 51 Abs. 3 SVG festgelegte Meldepflicht. (...) Diese Duldungspflicht verstösst nicht gegen das nemo-tenetur-Prinzip. Entscheidend ist auch hier, dass der Fahrzeuglenker die Meldung an die Polizei nicht zwecks Feststellung seiner allfälligen Alkoholisierung, sondern, unabhängig davon, im Interesse des Geschädigten zum Zwecke der Beweissicherung und Feststellung der zivilrechtlich relevanten Tatsachen zu erstatten hat.

3.5.4 Der Fahrzeuglenker darf mit Rücksicht auf den nemo-tenetur-Grundsatz hingegen nicht unter Strafandrohung verpflichtet werden, etwa durch Aussagen über den Unfallhergang und den allfälligen Alkoholkonsum vor und während der Fahrt aktiv zu seiner eigenen Belastung beizutragen. Die Verpflichtung zur Mitwirkung an der Feststellung des Tatbestands beziehungsweise des Sachverhalts (Art. 51 Abs. 2 SVG, Art. 56 Abs. 2 VRV) ist in diesem Sinne einschränkend auszulegen.

3.6 Der Beschwerdeführer ist auch wegen des von ihm geltend gemachten Nachtrunks der Vereitelung einer Blutprobe gemäss Art. 91 Abs. 3 SVG schuldig gesprochen worden. Weshalb und inwiefern seine Verurteilung insoweit gegen das nemo-tenetur-Prinzip verstosse, legt er nicht dar und ist nicht ersichtlich. Durch ein Verbot des Nachtrunks bei hoher Wahrscheinlichkeit der Anordnung einer Blutprobe wird der Fahrzeuglenker nicht gezwungen, zu seiner eigenen Verurteilung etwa wegen Fahrens

in angetrunkenem Zustand beizutragen. Es wird ihm lediglich untersagt, durch aktives Tun den Zweck der Blutprobe zu vereiteln. Dass der Fahrzeuglenker in der Absicht der Selbstbegünstigung handelt, hindert eine Bestrafung nicht. Auch wer etwa eine Urkunde fälscht oder unterdrückt oder eine Person zu falschem Zeugnis anstiftet, macht sich strafbar, auch wenn er in der Absicht handelt, sich in einem Strafverfahren selbst zu begünstigen.

4. Die Verurteilung wegen Vereitelung einer Blutprobe gemäss Art. 91 Abs. 3 SVG läuft entgegen der Meinung des Beschwerdeführers nicht auf eine gegen die Unschuldsvermutung verstossende Verdachtsstrafe hinaus. Der Fahrzeuglenker wird nicht bestraft, weil der Verdacht besteht, dass er angetrunken war. Er wird vielmehr bestraft, weil er eine Blutprobe, die amtlich angeordnet wurde oder nach den massgebenden Umständen sehr wahrscheinlich angeordnet worden wäre, vorsätzlich vereitelte. Art. 91 Abs. 3 SVG schützt die Blutprobe, mithin das wichtigste und zuverlässigste Beweismittel zur Abklärung einer allfälligen Alkoholisierung von Fahrzeuglenkern.

BGE 138 I 367 = Pra 102(2013), Nr. 48, S. 373 ff.: Busse im Beschaffungsrecht

1.2 Die Streitigkeit bezieht sich auf eine Busse von Fr. 61 219.–, über die in Anwendung von Art. 14a Abs. 1 des Waadtländer Gesetzes vom 24. Juni 1996 über das öffentliche Beschaffungswesen (LMP/VD; SRVD 726.01) verfügt wurde. Im Gegensatz zu anderen Gesetzen, z.B. dem Bundesgesetz vom 6. Oktober 1995 über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (KG; SR 251) unterscheidet das Waadtländer Gesetz über das öffentliche Beschaffungswesen nicht klar zwischen den Verwaltungssanktionen (Art. 49a–53 KG) und allfälligen strafrechtlichen Folgen (Art. 54 ff. KG). (...)

1.3 Die vom Gesetzgeber verwendeten Ausdrücke, besonders derjenige der «Busse» [«amende»], können sich sowohl auf eine verwaltungsrechtliche als auch auf eine strafrechtliche Sanktion beziehen. Es empfiehlt sich deshalb, den Begriff im Hinblick auf die anderen vom kantonalen Gesetz über das öffentliche Beschaffungswesen vorgesehenen Sanktionen zu interpretieren, wie die Verwarnung oder den Widerruf des Zuschlags, den Ausschluss von jedem neuen Auftrag für eine Höchstdauer von fünf Jahren und den Ausschluss von der ständigen Liste der qualifizierten Submittenten. Es handelt sich um Administrativmassnahmen, wie auch der Umstand zeigt, dass die Busse alternativ oder kumulativ zum Ausschluss von jedem neuen Auftrag für eine Höchstdauer von fünf Jahren und zum Ausschluss von der ständigen Liste der qualifizierten Submittenten ausgesprochen werden kann. Im Übrigen kann die betreffende von einer Verwaltungsbehörde an Stelle eines Richters verfügte Busse (T. Tanquerel, *Manuel de droit administratif*, 2011, S. 402 N. 1204) nicht in eine Freiheitsstrafe umgewandelt werden (vgl. P. Moor/E. Poltier, *Droit administratif*, Bd. II, 3. Aufl., Bern 2011, S. 161). Schliesslich behält Art. 14a Abs. 3 LMP/VD ausdrücklich andere rechtliche Schritte vor.

Unter diesen Umständen fällt die Streitigkeit in den Bereich des öffentlichen Rechts im Sinne von Art. 82 BGG, was den Anwendungsbereich der in Art. 6 und 7 EMRK verankerten Garantien nicht präjudiziert.

5.

Die Beschwerdeführerin beruft sich auf Art. 5, 27 und 36 BV sowie auf Art. 7 EMRK und rügt die Verletzung des Legalitätsprinzips (*nulla poena sine lege*). Sie macht geltend, dass Art. 14a LMP/VD weder die strafbaren Handlungen noch die zuständige Behörde und auch nicht die Sanktionen genau angibt.

5.2 Art. 7 EMRK bezieht sich auf strafrechtliche Anklagen, wie sie durch Art. 6 Abs. 1 EMRK beschrieben sind (Stefan Sinner, in: Karpenstein/Mayer [Hrsg.], *EMRK Kommentar*, München 2012, N. 8 zu Art. 7 EMRK und die erwähnten Hinweise). Tatsächlich gibt der Wortlaut von Art. 7 Abs. 1 Satz 2 EMRK an, dass der Ausgangspunkt jeder Beurteilung des Vorliegens einer Strafe darin besteht zu bestimmen, ob die betreffende Massnahme als Folge einer Verurteilung wegen einer strafbaren Handlung auferlegt wurde. Gemäss dem EGMR ist in dieser Hinsicht die Art und der Zweck der betreffenden Massnahme, ihre Qualifikation im innerstaatlichen Recht, die mit ihrer Annahme und ihrer Vollstreckung verbundenen Verfahren sowie ihre Schwere massgebend (Urteil des EGMR vom 17. September 2009 i.S. Scoppola c. Italien (Nr. 2), Beschwerde Nr. 10249/03, § 97; Urteil des EGMR vom 9. Februar 1995 i.S. Welch c. Vereinigtes Königreich, Beschwerde Nr. 17440/90 vorerwähnt, § 28). So entschied der EGMR, dass eine Busse von 500 000 Drachmen, die einer Transportgesellschaft auferlegt wurde – wegen Verstosses gegen die für den internationalen Handel geltenden Bestimmungen anlässlich der Einfuhr von Waren in einem Gesamtbetrag von 15 050 Deutschen Mark –, eine strafbare Handlung im Sinne von Art. 6 EMRK darstelle, weil der Gesellschaft eine dem Wert der Waren entsprechende Höchstbusse drohte, das heisst das Dreifache derjenigen, die auferlegt worden war (Urteil des EGMR vom 24. September 1997 i.S. Garyfallou Aebe c. Griechenland, Beschwerde 18996/91, § 32 und 33).

Obwohl die vorliegende Rechtsstreitigkeit unter dem Blickwinkel von Art. 82 BGG als Angelegenheit des öffentlichen Rechts betrachtet werden muss, rechtfertigt vorliegend der Betrag der Busse, welche der Beschwerdeführerin auferlegt wurde, das heisst Fr. 61 219.–, deren Höchstbetrag sich auf Fr. 1 137 899.– hätte belaufen können, dass die in Art. 14a LMP/VD definierte Zuwiderhandlung als strafrechtlich im Sinne der Art. 6 und 7 EMRK qualifiziert wird. Die im Übrigen ordnungsgemäss begründete Rüge (vgl. Art. 106 Abs. 2 BGG) der Verletzung von Art. 7 EMRK ist folglich zulässig.

5.3 Art. 7 Abs. 1 EMRK beschränkt sich nicht darauf, die rückwirkende Anwendung des Strafrechts zum Nachteil des Angeklagten zu verbieten. Er anerkennt in noch allgemeinerer Weise das Legalitätsprinzip im Bereich der Straftaten und der Strafen (*nullum crimen, nulla poena sine lege*). So verbietet er insbesondere die Ausdehnung des Anwendungsbereiches der bestehenden Straftatbestände auf Sachverhalte, die früher keine Straftaten darstellten, und zudem gebietet er, das Strafgesetz nicht extensiv zu Lasten des Angeklagten anzuwenden. Daraus ergibt sich, dass das Gesetz die Straftaten und die Strafen, die sie ahnden, deutlich bezeichnen muss. Diese Voraussetzung ist erfüllt, wenn der Rechtssuchende aufgrund des Wortlauts der einschlägigen Bestimmung und nötigenfalls mit Hilfe der ihr von den Gerichten gegebenen Auslegung wissen kann, welche Handlungen und Unterlassungen seine strafrechtliche Verantwortlichkeit nach sich ziehen. Man kann Art. 7 EMRK nicht so auslegen, dass er die graduelle Klärung der Bestimmungen über die strafrechtliche Verantwortlichkeit durch die richterliche Auslegung von einem Fall zum anderen verbietet, vorausgesetzt, dass das Ergebnis mit dem Gehalt des Straftatbestands kohärent und vernünftigerweise vorhersehbar ist. Bis zu welchem Punkt die Sanktion vorhersehbar sein muss, hängt in weitem Masse vom Inhalt des Wortlauts ab, um den es sich handelt, vom Gebiet, das er abdeckt, sowie von der Anzahl und der Eigenschaft seiner Adressaten. Die Vorhersehbarkeit eines Gesetzes steht dem nicht entgegen, dass die betroffene Person rechtliche Beratung in Anspruch nimmt, um in einem nach den Umständen des Falles zumutbarem Mass die Folgen abzuschätzen, die sich aus einer bestimmten Handlung ergeben können (vorerwähntes Urteil Scoppola, § 93 ff. und die zahlreichen Verweise auf die Rechtsprechung des EGMR).

5.4 Die Erfordernisse des Legalitätsprinzips (*nulla poena sine lege*) von Art. 7 EMRK ergeben sich auch aus den Art. 5, 9 und 164 Abs. 1 lit. c BV. Gemäss der Rechtsprechung des Bundesgerichts muss das Gesetz so formuliert sein, dass der Bürger sein Verhalten danach richten und die Folgen eines bestimmten Verhaltens mit einem gewissen Grad an Gewissheit vorhersehen kann; dies kann nicht abstrakt festgelegt werden, sondern es sind im Gegenteil die Umstände zu berücksichtigen. Der Richter kann, ohne diesen Grundsatz zu verletzen, den Gesetzestext sogar extensiv auslegen, um dessen wirklichen Sinn herauszuarbeiten, der alleine der inneren Logik und dem Zweck der betreffenden Bestimmung entspricht. Zwar kann eine dem Sinn des Gesetzes entsprechende Auslegung vom Wortlaut des Gesetzestextes abweichen, gegebenenfalls zum Nachteil des Angeklagten, doch bleibt es dabei, dass das Prinzip *nulla poena sine lege* es dem Richter untersagt, sich auf Elemente zu stützen, die das Gesetz nicht enthält, das heisst neue Straftatbestände zu schaffen (BGE 138 IV 13 E. 4.1 S. 19 f. und die zahlreichen angeführten Hinweise). Das Legalitätsprinzip verbietet jedoch die Verweisungsnormen nicht, welche die Verletzung der Gesetzesvorschriften ahnden und im Gesetz selbst, in seinen Ausführungsbestimmungen oder auch in anderen eidgenössischen oder kantonalen Erlassen enthalten sind. Die Strafbestimmung muss gelesen werden, wie wenn die Regel zur Konkretisierung einen integralen Bestandteil ihres Wortlauts bilden würde. Das als strafbar bezeichnete Verhalten ist folglich nicht unbestimmt (Urteil 6B_15/2012 vom 13. April 2012 E. 4.1 und die angeführten Hinweise auf die bundesgerichtliche Rechtsprechung und die Lehre).

5.5 Gemäss Art. 14a Abs. 1 LMP/VD können vorsätzliche oder fahrlässige Verletzungen der Bestimmungen über das öffentliche Beschaffungswesen durch einen Submittenten während des Vergabeverfahrens oder der Vertragsausführung entsprechend ihrer Schwere vom Auftraggeber durch Verwarnung oder Widerruf des Zuschlags geahndet werden. Nach Art. 14a Abs. 2 LMP/VD kann das Departement für Infrastrukturen auf Anzeige hin über eine Busse von bis zu 10 % des Endpreises des Angebots und/oder über den Ausschluss von jedem neuen Auftrag für eine Höchstdauer von fünf Jahren und über den Ausschluss von der ständigen Liste der qualifizierten Submittenten verfügen. Es ist ebenfalls die zuständige Behörde, um über den Ausschluss von künftigen Aufträgen des öffentlichen Beschaffungswesens im Sinne von Art. 13 des Bundesgesetzes vom 17. Juni 2005 über Massnahmen zur Bekämpfung der Schwarzarbeit (BGSA; SR 822.41) zu verfügen. Art. 14a Abs. 1 LMP/VD ist eine strafrechtliche Blankettnorm. Solche Normen sind unter den Strafbestimmungen der Spezialgesetze häufig und grundsätzlich unter dem Blickwinkel der Verfassungsmässigkeit zulässig (BGE 106 Ia 100 E. 7a S. 106 f. = Pra 69 Nr. 290; BGE 98 Ia 356 E. 3a S. 360 = Pra 62 Nr. 7).

5.6 Unter den Bestimmungen über das öffentliche Beschaffungswesen figuriert Art. 6 Abs. 1 lit. e LMP/VD, wonach bei der Vergabe öffentlicher Aufträge die Bestimmungen über den Arbeitnehmerschutz und über die Arbeitsbedingungen zu beachten sind. Es ist eine Sache der Auslegung, die Bestimmungen über den Arbeitnehmerschutz zu bezeichnen; eine extensive Auslegung zu Lasten des

Beschuldigten verstösst in dieser Hinsicht nicht gegen das Legalitätsprinzip (vgl. E. 5.4 oben). Art. 14a LMP/VD ist somit hinreichend genau formuliert, um der Beschwerdeführerin zu ermöglichen, ihr Verhalten danach zu richten und die Folgen bestimmter Handlungen vorherzusehen.

(...)