

Markus H. F. Mohler

Anmerkungen zur vorgeschlagenen Revision des Ordnungsbussengesetzes

Ein revidiertes Ordnungsbussengesetz soll nicht nur wie bisher bei Übertretungen des Strassenverkehrsrechts und teilweise des Betäubungsmittelgesetzes, sondern auch bei solchen aus 15 weiteren Spezialgesetzen des Bundes anwendbar sein. Der Autor analysiert kurz die weiteren vorgeschlagenen Neuerungen, so die Möglichkeit der Übertragung der Auferlegung von Ordnungsbussen an Private – da es sich dabei nicht um eine staatliche Aufgabe handle, sondern um eine untergeordnete Hilfstätigkeit –, die gegebenenfalls obligatorische Einziehung von Gegenständen und Vermögenswerten sowie den Ausschluss der Rechtsweggarantie nach Bezahlung einer Ordnungsbusse.

Beitragsarten: Beiträge

Rechtsgebiete: Übriges Verfassungsrecht; Verwaltungsstrafrecht; Strafrecht

Zitiervorschlag: Markus H. F. Mohler, Anmerkungen zur vorgeschlagenen Revision des Ordnungsbussengesetzes, Jusletter 10. August 2015

Inhaltsübersicht

- I. Einleitung
 - 1. Bisheriger behördlicher Werdegang
 - 2. Ziel und Inhalt der Revision
- II. Zum bisherigen und vorgeschlagenen Ordnungsbussenrecht
 - 1. Grundsätzlich
 - 2. Ausweitung der Anwendbarkeit der OB nach dem E OBG
- III. Zum Rechtscharakter der Ordnungsbussen
 - 1. Strafrecht oder nicht?
 - 2. Implizite Änderung des Rechtscharakters der OB?
 - 3. Abgrenzung der Ordnungsbussen nach E OBG zu denjenigen nach VStrR
 - 4. Umschreibung der im OBV zu ahndenden Übertretungen
- IV. Zur Regelung der Organzuständigkeit
 - 1. Delegationsmöglichkeit an nicht exekutivpolizeiliche Behörden
 - 2. Ermächtigung von privatem Sicherheitspersonal
 - 2.1. Verweis auf Art. 178 Abs. 3 BV
 - 2.2. Die notwendige gesetzliche Grundlage
 - a. Bereichsspezifische Gesetzesgrundlage erforderlich
 - b. Kantonale Regelungen
 - 2.3. Zur Argumentation für die Möglichkeit der Kompetenzübertragung an Private
 - a. Nicht vorhandener Handlungsspielraum
 - b. Von staatlichem Personal eng kontrolliert
 - c. Unterschätzte Ausbildungsanforderungen an die Organe
 - 3. Nicht erwähnte und erwähnte Zwangsmassnahmenbefugnisse
 - 3.1. Anhaltung von Personen
 - 3.2. Sicherstellung und Einziehung
- V. Zur Frage der Folgen von Fehlerhaftigkeit
- VI. Form und Rechtscharakter der Quittung bzw. der Bedenkfrist-Formulare
- VII. Zum staatlichen Gewaltmonopol
- VIII. Schlussbemerkung

I. Einleitung

1. Bisheriger behördlicher Werdegang

[Rz 1] Nach einem Vernehmlassungsverfahren im Jahre 2013 hat der Bundesrat am 17. Dezember 2014 Botschaft und Entwurf zu einer Totalrevision des Ordnungsbussengesetzes als Ersatz des bisherigen von 1970 dem Parlament vorgelegt.¹ Das Geschäft ist zum Zeitpunkt der Abfassung dieser Anmerkungen in der Rechtskommission des Erstrates (Ständerat) noch nicht behandelt. Vorgesehen ist eine verkürzte Fraktionsdebatte, offenbar weil die Gesetzesvorlage als problemlos beurteilt wird.² Die Vorlage wirft indessen ganz erhebliche Rechtsfragen auch von grundsätzlicher Bedeutung auf, zumal diese Bestimmungen u.a. für sehr häufige bzw. massenweise Gesetzesverstösse gültig sind, grosse Bevölkerungsteile betreffen und einem Verfahren folgen, in dem die beschuldigten Personen kaum je einen rechtlichen Rat einholen können.

¹ BBl 2015 959 (Botschaft) und 995 (Entwurf, im Folgenden: E OBG); Geschäft Nr. 14.099.

² Behandlungskategorie IIIb URL: http://www.parlament.ch/d/suche/seiten/geschaefte.aspx?gesch_id=20140099 (alle Internetquellen zuletzt besucht am 6. August 2015).

2. Ziel und Inhalt der Revision

[Rz 2] Hauptziel der Revision ist es, die Anwendbarkeit des bisher auf Bundesebene ausschliesslich zur Ahndung von Übertretungen der Strassenverkehrserlasse und seit 2013 teilweise auch des Betäubungsmittelgesetzes³ vorbehaltenen Ordnungsbussenverfahrens auf 15 weitere Bundesgesetze auszudehnen. Die einzelnen Übertretungstatbestände in diesen Spezialgesetzen, deren Erfüllung nach dem vorgeschlagenen Ordnungsbussengesetz zu ahnden wären, sollen in einer Verordnung und in einer vom Bundesrat zu bestimmenden Bussenliste aufgezählt werden.⁴ Die maximale einfache Busse soll weiterhin 300 Franken betragen,⁵ die kumulierte wie bisher höchstens 600 Franken.⁶

[Rz 3] In der Botschaft wird der Ordnungsbusse, entgegen der bisherigen noch bis ins Vernehmlassungsverfahren vertretenen Rechtsauffassung des Bundesrates, der Rechtscharakter einer strafrechtlichen Sanktion implizit abgesprochen (dazu nachfolgend, Rz. 12 ff.).⁷

[Rz 4] Neu enthält der Gesetzesentwurf darüber hinaus eine Bestimmung, wonach mit der Erhebung der Ordnungsbusse gegebenenfalls die Sicherstellung und Einziehung von Gegenständen und Vermögenswerten nach Art. 69 und 70 StGB vorgeschrieben wird.⁸

[Rz 5] Der Botschaft, nicht dem Gesetzesentwurf, ist sodann zu entnehmen, dass Personen, die eine Ordnungsbusse nicht direkt bezahlen wollen, zu identifizieren seien, wobei offen gelassen wird, wer zur entsprechend allenfalls nötigen Freiheitsbeschränkung als Grundrechtseingriff befugt sein soll.

[Rz 6] Ferner wird in der Botschaft unter Hinweis auf Art. 178 Abs. 3 BV festgestellt, dass auch Private als zur Auferlegung von Ordnungsbussen (und der erwähnten Zwangsmassnahmen) ermächtigte Organe bezeichnet werden können; bei der Auferlegung von Ordnungsbussen handle es sich nicht um die Übertragung einer staatlichen Aufgabe, da die Ausführungsorgane lediglich eine von staatlichen Amtsträgern eng kontrollierte Hilfsfunktion ohne Handlungsspielraum ausüben würden.⁹

[Rz 7] Im Entwurf wird schliesslich – entgegen den diesbezüglichen Ausführungen im Vernehmlassungsverfahren – vorgesehen, nach bezahlter Busse eine Nichtigkeitsbeschwerde auszuschliessen, auch wenn bspw. ein unzuständiges Organ diese auferlegt hat.¹⁰

³ Bundesgesetz über die Betäubungsmittel und die psychotropen Stoffe v. 3. Oktober 1951, SR 812.121, Art. 28 ff.

⁴ Art. 1 Abs. 2 E OBG.

⁵ Art. 1 Abs. 4 E OBG.

⁶ Art. 5 Abs. 2 E OBG, *argumentum e contrario*.

⁷ In Deutschland besteht auf Grund der seinerzeitigen Abtrennung der ordnungs- und gefahrenabwehrbezogenen Verwaltungsaufgaben von der Polizei (besatzungsrechtliche Anordnungen mit Nachwirkungen bis heute, vgl. VOLKMAR GÖTZ, Allgemeines Polizei- und Ordnungsrecht, 15. Aufl., München 2012, Rz. 3 ff.) eine Überlagerung: das Ordnungswidrigkeitsrecht gehört grundsätzlich zum Verwaltungsrecht, wobei in Bezug auf die Verfolgung und Ahndung von Ordnungswidrigkeiten das Opportunitätsprinzip herrscht; verfahrensrechtlich ist indessen (Ausnahmen vorbehalten) die Strafprozessordnung massgebend, vgl. ERHARD DENNINGER, in Lischen/Denninger, Handbuch des Polizeirechts, 5. Aufl., München 2012, B 213 ff.; CHRISTOPH GUSY, Polizei- und Ordnungsrecht, 8. Aufl., Tübingen 2011, Rn. 54 ff., 152 ff.; DIETER KUGELMANN, Polizei- und Ordnungsrecht, 2. Aufl., Berlin 2012, 3/34 ff.

⁸ Art. 8 E OBG.

⁹ Botschaft (Fn. 1), 983.

¹⁰ Botschaft (Fn. 1), 990, zu Art. 11 E OBG.

II. Zum bisherigen und vorgeschlagenen Ordnungsbussenrecht

1. Grundsätzlich

[Rz 8] Bisher kennt das Bundesrecht zwei Arten von Ordnungsbussen (OB): Zum einen die allseits aus dem Strassenverkehrsrecht¹¹ bekannten Bussen bzw. Bussenzettel mit Bedenkfrist, zum andern die weniger bekannten Ordnungsbussen nach Art. 3 des Bundesgesetzes über das Verwaltungsstrafrecht (VStrR)¹² bzw. gemäss verschiedenen Spezialgesetzen des Bundes. Nach Art. 3 VStrR ist eine Ordnungswidrigkeit «die vom einzelnen Verwaltungsgesetz als solche bezeichnete oder die mit *Ordnungsbusse* bedrohte Übertretung». Die Ordnungsbusse gemäss VStrR ist eine nach dem *Verwaltungsstrafrechtsverfahren* auferlegte *strafrechtliche*¹³ Sanktion, die auch beschwerdefähig ist.¹⁴

[Rz 9] Demnach gibt es bisher auch zwei unterschiedliche Verfahren zur Auferlegung von OB ebenso wie unterschiedliche Kategorien von zuständigen Organen, die primär¹⁵ zu deren Erteilung ermächtigt werden können: Zum einen sind es die von den Kantonen und Gemeinden nach Art. 4 Abs. 1 des (geltenden) Ordnungsbussengesetzes bezeichneten Polizeiorgane,¹⁶ zum andern die *in den jeweiligen Spezialgesetzen* bezeichneten Behörden bzw. ihre dazu ermächtigten Angehörigen im Rahmen des Verwaltungsstrafverfahrens.¹⁷

2. Ausweitung der Anwendbarkeit der OB nach dem E OBG

[Rz 10] Nun scheint eine Mutation der beiden Ordnungsbussenarten zu einer Art Hybridform angestrebt zu werden: Übertretungen, die bisher im Verwaltungsstrafrechtsverfahren mit einer OB (bis max. CHF 5'000¹⁸) bedroht sind, sollen *teilweise* im System des bisherigen Ordnungsbussengesetzes geahndet werden können. Die Maximalbeträge (einfach und kumuliert) einer OB für die aufzulistenden Übertretungen aus den abschliessend aufgezählten Spezialgesetzen sollen jedoch gleich bleiben (vorstehend, Rz. 2). Die Ablehnung der OB wegen einer Übertretung gemäss einem der Spezialgesetze ebenso wie ein Widerspruch gegen die Höhe der Busse (bspw. Kumulierung) führt nach Art. 13 Abs. 2 E OBG zum ordentlichen Strafverfahren. Dies entspricht der bisherigen

¹¹ Ordnungsbussengesetz v. 24. Juni 1970 (OBG), SR 741.03.

¹² Bundesgesetz über das Verwaltungsstrafrecht vom 22. März 1974, SR 313.0.

¹³ Der *Strafrechtscharakter*, obwohl in der Botschaft zum Entwurf eines Bundesgesetzes über das Verwaltungsstrafrecht vom 21. April 1971 (BB1 1971 I 993) nicht ausdrücklich festgehalten, ergibt sich schon aus der gesetzlich vorgesehenen Maximalhöhe von Ordnungsbussen von CHF 5000 ebenso wie aus der Bestimmung im ehem. Art. 102 (heute Art. 99 Abs. 1 VStrR), wonach dem Beschuldigten bei *Einstellung, Freispruch oder Auferlegung einer Ordnungsbusse* für erlittene Untersuchungshaft oder andere Nachteile eine Entschädigung auszurichten ist.

¹⁴ Vgl. z.B. den ausdrücklichen Hinweis in Art. 91 Abs. 2 (Ordnungsbussen) des Bundesgesetzes über die Alters- und Hinterlassenenversicherung (AHVG, SR 831.10): «Die Bussenverfügung ist zu begründen. Sie kann mit Beschwerde angefochten werden.»

¹⁵ Ordnungsbussen können auch im ordentlichen Strafverfahren durch die Justizbehörden ausgefällt werden (Art. 11 Abs. 1 OBG; Art. 14 E OBG).

¹⁶ Botschaft über die Änderung des Bundesgesetzes über Ordnungsbussen im Strassenverkehr (OBG) v. 8. September 1993 (BB1 1993 III 769), 772.

¹⁷ Vgl. z.B. Art. 116a Abs. 2 des Asylgesetzes v. 26. Juni 1998, SR 142.31: Das Staatssekretariat für Migration (SEM) für Ordnungsbussen bis CHF 5000.

¹⁸ So z.B. Art. 32a der Verordnung über die Einführung des freien Personenverkehrs, SR 142.203; Botschaft, (Fn. 1), 975, oder Art. 116a des Asylgesetzes vom 26. Juni 1998, SR 142.31.

Regelung nach Art. 10 Abs. 2 OBG.

III. Zum Rechtscharakter der Ordnungsbussen

1. Strafrecht oder nicht?

[Rz 11] Die beabsichtigte Änderung der massgebenden Kompetenzvorschriften für die Auferlegung von Ordnungsbussen führte den Bundesrat zu bemerkenswerten Ausführungen über den Rechtscharakter des Ordnungsbussenverfahrens.

[Rz 12] Noch im Erläuternden Bericht für das Vernehmlassungsverfahren hiess es: «Beim Ordnungsbussenverfahren handelt es sich um ein vereinfachtes Strafverfahren.»¹⁹ Für das ursprüngliche OBG, auf das im Erläuternden Bericht eingangs verwiesen wird, galt noch: «Die Ordnungsbussen [...] sind [...] trotz ihrer Abhängigkeit von der Zustimmung des Täters eine echte Strafe.»²⁰ Eine gleichlautende Aussage findet sich in der aktuellen Botschaft jedoch aus durchsichtigen Gründen nicht.²¹

2. Implizite Änderung des Rechtscharakters der OB?

[Rz 13] In deren Erläuterung zu Art. 2 Abs. 1 über die zuständigen Organe wird zur Begründung, weshalb auch *privates Sicherheitspersonal* für die Auferlegung von Ordnungsbussen eingesetzt werden dürfe, ausgeführt, es gehe dabei *nicht um die Übertragung einer staatlichen Aufgabe* an Private, denn es handle sich um eine untergeordnete Funktion, die zudem von staatlichem Personal eng kontrolliert werde.²²

[Rz 14] Nach dieser Argumentation ist die Ausstellung einer Ordnungsbusse, ob von staatlichem Personal oder von Privaten ausgesprochen, keine staatliche Aufgabe und somit auch keine strafrechtliche Sanktion für eine Übertretung, denn die Übertragung einer (staatlichen) Aufgabe ändert deren Rechtscharakter nicht. Die Aufgabe wird dadurch nicht «entstaatlicht».²³ Im Umkehrschluss bedeutete dies, dass auch die von Justizbehörden (Art. 11 OBG, Art. 14 E OBG) oder von Polizeiangehörigen verhängten OB keine staatlichen Sanktionen wären.

[Rz 15] Es macht den Anschein, als werde hier zwischen strafrechtlichen Sanktionen (also Strafrecht) und Ordnungsbussen, die keine strafrechtlichen Sanktionen sein sollen, nach graduellen Gesichtspunkten unterschieden. Oberhalb von CHF 300 bzw. 600 handelte es sich demnach um eine strafrechtliche Sanktion und also eine staatliche Aufgabe, darunter nicht, wobei es beide Male um ein und denselben Tatbestand gehen kann.²⁴ Eine solche graduelle Grenzziehung haben M.A. NIGGLI/CHR. RIEDO überzeugend als rechtsdogmatisch unhaltbar abgelehnt.²⁵

¹⁹ Erläuternder Bericht vom 15. März 2013 (<http://www.admin.ch/ch/d/gg/pc/ind2013.html>), 6.

²⁰ Botschaft zum Entwurf eines Bundesgesetzes über Ordnungsbussen im Straßenverkehr vom 14. Mai 1969 (BBl 1969 I 1090), 1093. Vgl. STEFAN MAEDER, Sicherheit durch Gebühren? Zur neuen Halterhaftung für Ordnungsbussen nach Art. 6 OBG, in: AJP 5/2014, 679 ff., 681.

²¹ Vgl. nachfolgend (Rz. 16).

²² Botschaft (Fn. 1), 983.

²³ GIOVANNI BIAGGINI, St. Galler Kommentar (3. Aufl., 2014), Rz. 26 zu Art. 178 BV.

²⁴ Vgl. dazu die bezeichnende Ausführungen in der Botschaft, a.a.O (Fn. 1), 975 f.

²⁵ MARCEL ALEXANDER NIGGLI/CHRISTOPH RIEDO, Quasi-Strafrecht, Strafrecht im engeren und weiteren Sinne

[Rz 16] Auch in der weiteren Literatur wird festgehalten, dass Bussen für Ordnungswidrigkeiten und Verwaltungsstrafen zweifelsfrei Strafen seien.²⁶ Es geht indessen nicht an, zweifelsfrei strafrechtliche Tatbestände und deren Sanktionen dem Strafrecht zu entziehen,²⁷ um auf diese Weise einerseits Verfügungskompetenzen uferlos auszuweiten und andererseits den Rechtsmittelweg zu begrenzen (dazu nachfolgend, Rz. 48 ff.).

3. Abgrenzung der Ordnungsbussen nach E OBG zu denjenigen nach VStrR

[Rz 17] Nach Art. 1 Abs. 3 *E OBG* ist das Gesetz *nicht* anwendbar, sofern Übertretungen nach dem VStrR zu verfolgen und beurteilen sind.

[Rz 18] Das *VStrR* ist seinerseits nach seinem Art. 1 anwendbar, soweit die Verfolgung und Beurteilung von Widerhandlungen einer *Verwaltungsbehörde des Bundes* übertragen ist.

[Rz 19] Demzufolge soll das *vorgeschlagene OBG* in den Kantonen (nur) anwendbar sein, *sofern die Kantone* für die Umsetzung einschliesslich Sanktionierung von Übertretungen nach den aufgeführten *Spezialgesetzen des Bundes* zuständig sind²⁸; unter dieser Voraussetzung kann der Bundesrat einzelne Übertretungen in die Liste derjenigen aufnehmen, die durch kantonale Organe nach dem OBV zu ahnden sind.

4. Umschreibung der im OBV zu ahndenden Übertretungen

[Rz 20] In der Botschaft wird sodann festgehalten, das OBV sei auf Übertretungen anwendbar, die durch kantonale Polizeiorgane und Behörden verfolgt und beurteilt werden.²⁹ Dies bedeutet, das Pferd am Schwanz aufzuzäumen³⁰: Das OBV richtet sich nicht nach den im Föderalismus unterschiedlich bezeichneten Polizeiorganen und Behörden, sondern die Kantone haben die Behörden und Organe zu bezeichnen, die ein bestimmtes Verfahren, hier das OBV, für die Ahndung strafrechtlich hinreichend präzise umschriebener Tatbestände anzuwenden ermächtigt werden.

und «Sozialethisches Unwerturteil», in: Marc Amstutz/Inge Hochreutener/Walter Stoffel (Hrsg.): Die Praxis des Kartellgesetzes im Spannungsfeld von Recht und Ökonomie, 2011, 91 ff.

²⁶ NIGGLI/RIEDO (Fn. 25), 107 sowie statt vieler: PIERRE TSCHANNEN/ULRICH ZIMMERLI/MARKUS MÜLLER, Allgemeines Verwaltungsrecht, 4. Aufl. 2014, § 32, Rz. 55.

²⁷ CHRISTOPH GRABENWARTER/KATHARINA PABEL, Europäische Menschenrechtskonvention, 5. Aufl., 2012, § 24, Rz. 16 ff.; siehe dazu auch MAEDER (Fn. 20), 684, in Bezug auf den neuen Art. 6 des geltenden OBG.

²⁸ Spezialgesetzliche Ausnahmen vorbehalten, vgl. Fn. 17.

²⁹ Botschaft (Fn. 1), 983.

³⁰ Vgl. NIGGLI/RIEDO (Fn. 25), 95.

IV. Zur Regelung der Organzuständigkeit

1. Delegationsmöglichkeit an nicht exekutivpolizeiliche Behörden

[Rz 21] Die Botschaft hält sodann fest, das geltende Recht schliesse eine Delegation nicht aus; die Kantone bestimmten nach Art. 14 StPO ihre *Strafbehörden*.³¹ Gemeint ist damit, dass auch Organe von Behörden, die nicht zur (exekutiven) Polizei gehören³², zur Anwendung des OBV ermächtigt werden dürfen. Damit werden die bisherigen Kompetenzregelungen des Verwaltungsstrafrechts auch in den E OBG übernommen, was Art. 17 StPO³³ entspricht, nach dem Bund und Kantone die Verfolgung und Beurteilung von Übertretungen Verwaltungsbehörden übertragen können.

2. Ermächtigung von privatem Sicherheitspersonal

[Rz 22] *Ohne im E OBG explizit genannt zu werden*, sollen gemäss Botschaft darüber hinaus *auch Private* zur Auferlegung von OB ermächtigt werden können.³⁴

2.1. Verweis auf Art. 178 Abs. 3 BV

[Rz 23] In genereller Art wird zunächst auf Art. 178 Abs. 3 BV verwiesen. Diese Ermächtigungsbestimmung findet sich in der Verfassung jedoch im 6. Titel, Bundesbehörden, und im 3. Kapitel, Bundesrat und Bundesverwaltung, unter dem Abschnitt Organisation und Verfahren. Sie ist *nicht generalklauselartig* für alle drei staatsrechtlichen Stufen gültig, sondern *bezieht sich auf die Bundes(zentral)verwaltung*.³⁵

[Rz 24] Da das vorgeschlagene OBV – mit Ausnahme der Eidg. Zollverwaltung (Art. 2 Abs. 2 E OBG) – nur zur Anwendung kommen soll, wenn die *kantonalen Behörden* für die Sanktionierung der Übertretungen zuständig sind (vorstehend, Rz. 19), erscheint der Verweis auf Art. 178 Abs. 3 BV in dieser generellen Form merkwürdig, zumal es sich bei OB ja gemäss Botschaft nicht um staatliche Aufgaben handeln soll (vorstehend, Rz. 14 und nachstehend, Rz. 30).

2.2. Die notwendige gesetzliche Grundlage

[Rz 25] Immerhin lassen sich aus dieser Verfassungsbestimmung die für die Gesetzgebung zur Übertragung hoheitlicher Aufgaben an Private massgebenden Anforderungen aber ableiten.

³¹ Botschaft (Fn. 1), 983. Zur generellen Frage der immer diffuser werdenden Abgrenzung zwischen Strafrecht, mithin Bussen, und Verwaltungsrecht, mithin Gebühren, für bestimmte Verhaltensweisen vgl. MAEDER (Fn. 20), 687 ff. m.w.H.

³² Wie das für das bisherige auf den Strassenverkehr und einige Betäubungsmittelübertretungen beschränkte OBV der Fall ist.

³³ Strafprozessordnung v. Oktober 2007, SR 312.0.

³⁴ Botschaft (Fn. 1), 961, 983.

³⁵ Näheres dazu bei BIAGGINI (Fn. 23), Rz 5, 26, 28 zu Art. 178.

a. Bereichsspezifische Gesetzesgrundlage erforderlich

[Rz 26] Art. 178 Abs. 3 BV bindet die Übertragung von Verwaltungsaufgaben an den Gesetzesvorbehalt; sie bedarf der Regelung in einem formellen *bereichsspezifischen Gesetz*.³⁶

[Rz 27] Die summarische Aufzählung der Verwaltungsgesetze in Art. 1 Bst. a E OBG genüge indessen nicht, denn «bereichsspezifisch» bedeutet, dass *in den genannten Spezialgesetzen des Bundes* die Gesetzesgrundlage für eine Ahndung der in einer zugehörigen Verordnung aufgeführten Übertretungen im OBV geschaffen werden müsste.

b. Kantonale Regelungen

[Rz 28] Ergänzt wird in der Botschaft sodann, es obliege den Kantonen, «die Delegation nach Massgabe der dafür geltenden Regeln festzulegen, d.h. im kantonalen Recht eine hinreichende Rechtsgrundlage für die Delegation zu schaffen.» Der Gesetzestext enthält keine entsprechende Bestimmung, was der Klarheit und Zugänglichkeit dieser Kompetenzübertragung nicht zuträglich ist.

[Rz 29] Zugleich soll es den Kantonen freigestellt sein, das OBV auf Übertretungen des kantonalen und kommunalen Rechts für anwendbar zu erklären.³⁷ Die Übertragung der Kompetenz zur Ausfällung von Ordnungsbussen an Private in den Kantonen, ob gemäss den bundesrechtlichen Spezialgesetzen oder gemäss kantonalen oder kommunalen Rechts, bedürfte in den Kantonen indessen einer expliziten kantonalen Gesetzesgrundlage.³⁸

2.3. Zur Argumentation für die Möglichkeit der Kompetenzübertragung an Private

[Rz 30] Die Behauptung, es handle sich nicht um die Übertragung einer staatlichen Aufgabe (vorstehend Rz. 13), wird – wie erwähnt – damit begründet, dass «privates Sicherheitspersonal in untergeordneten Funktionen eingesetzt» werde, d.h. es wird «bei der Ausübung seiner Tätigkeit von staatlichem Personal eng kontrolliert und hat [...] keine eigenen Handlungsspielräume». In solchen Fällen übe das private Sicherheitspersonal eine blosser Hilfstätigkeit für staatliche Stellen aus.³⁹

[Rz 31] Nicht nur das *Ausfüllen einer Ordnungsbusse*, sondern auch die gleichzeitig *im Gesetzesentwurf vorgesehenen Zwangsmassnahmen* nach Art. 8, Sicherstellung und Einziehung, sollen demnach keine staatliche Aufgabe sein, denn diese werden im Gesetzesentwurf von der generellen Möglichkeit der Kompetenzübertragung an Private nicht ausgenommen.

[Rz 32] Bei dieser seltsamen Logik fragt sich, weshalb der Bundesrat denn Art. 178 Abs. 3 BV als Voraussetzung für die Übertragung der Ordnungsbussenkompetenz an Private überhaupt er-

³⁶ BIAGGINI (Fn. 23), Rz. 32 zu Art. 17.

³⁷ Botschaft (Fn. 1), 975.

³⁸ Art. 46 Abs. 2 und Art. 47 Abs. 1 BV.

³⁹ Botschaft, 983. So in allgemeiner Form bereits im Bericht des Bundesrates in Erfüllung des Postulats Malama 10.3045 vom 3. März 2010, Innere Sicherheit. Klärung der Kompetenzen (BB1 2012 4459), 4542.

wähnt.⁴⁰

a. Nicht vorhandener Handlungsspielraum

[Rz 33] Die Feststellung, dieses Hilfspersonal habe *keinen eigenen Handlungsspielraum*, geht fehl. Sie übersieht zunächst offensichtlich das durch die überaus lange Liste der Ordnungsbussen allein im Strassenverkehrsrecht vorausgesetzte *Tatbestandsermessen*; die Liste umfasst nach Anhang I zur geltenden Ordnungsbussenverordnung⁴¹ auf 21 Seiten über 400 einzelne Tatbestände, welche im OBV mit Bussen zwischen CHF 10 und CHF 260 zu ahnden sind. Vorausgesetzt wird dafür eine erhebliche *Dispositionsbefugnis* und also *Entscheidungsmacht*, gegenüber wem, weswegen (welcher OBV-fähige Tatbestand) und wie⁴² vorzugehen ist.⁴³

[Rz 34] Die nach dem OBV zu ahnenden Übertretungstatbestände der bundesrechtlichen Spezialgesetze sind für jedes einzelne dieser Gesetze entweder in diesem Gesetz selbst oder in einer entsprechenden Verordnung mit Bussenliste festzulegen.⁴⁴ Dies dürfte nicht immer einfach sein, etwa wenn eine Übertretungsbestimmung zusammengefasst mehrere Tatbestände unterschiedlicher Schwere umfasst und generell mit Busse bedroht,⁴⁵ im nachfolgenden Absatz jedoch bestimmt, dass in leichten Fällen von einer Bestrafung abgesehen werden kann.⁴⁶ In vielen Fällen beruht diese *Entscheidungsmacht* auf einem erheblichen *Ermessen*.

b. Von staatlichem Personal eng kontrolliert

[Rz 35] Es trifft auch nicht zu, dass diese Privaten von staatlichem Personal «eng kontrolliert» würden, handeln die zur Ausstellung von Ordnungsbussen Ermächtigten doch meist allein und unbeaufsichtigt. Ist die gebüsste Person – auch im Falle eines Bussenzettels mit Bedenkfrist – mit der Höher der Busse nicht einverstanden oder bestreitet sie den Sachverhalt überhaupt, steht, selbst im allenfalls folgenden Strafverfahren, Aussage gegen Aussage. Eine nachträgliche Überprüfung kann sich allenfalls auf die sachliche Zuständigkeit des Organs beziehen; schon die Prüfung, ob der beanstandete Sachverhalt mit dem OB-Tatbestand übereinstimmt, stösst jedoch rasch an Grenzen.⁴⁷

⁴⁰ Entweder handelt es sich um die Übertragung von staatlichen, d.h. hoheitlichen Verwaltungsaufgaben, hier in Form von Ordnungsbussen und andern Massnahmen, oder es handelt sich nicht um solche; dann bedarf es auch keiner Regelung im Sinne von Art. 178 Abs. 3 BV, zumal es sich mit der Ausnahme der EZV (nach Art. 2 Abs. 2 E OBG) um kantonale oder kommunale Verwaltungen handelt.

⁴¹ OBV vom 4. März 1997 (Stand 1. Januar 2014), SR 741.031.

⁴² Vgl. Art. 6 Abs. 1 («angehalten»), Art. 8, Art. 10 E OBG.

⁴³ MARKUS H.F. MOHLER, Staatliches Gewaltmonopol, in: Sicherheit & Recht, 3/2012, 152 ff., 160), 152 ff., 160; BGE 136 I 87, E. 5.2, BGE 109 Ia 146 E. 4b.

⁴⁴ Noch offen gemäss Botschaft (Fn. 1), 973.

⁴⁵ Der Höchstbetrag einer Busse, sofern es das Gesetz nicht anders bestimmt, beträgt nach Art. 106 Abs. 2 StGB, SR 311.0, CHF 10'000.

⁴⁶ Vgl. Art. 34 des Bundesgesetzes v. 20. Juni 1997 über Waffen, Waffenzubehör und Munition (WG), SR 514.54. Eine solche Gesetzesbestimmung kann durch eine Verordnung nicht geändert werden.

⁴⁷ In den meisten Polizeidiensten ist es den Vorgesetzten auch nicht erlaubt, auf eine Reklamationen der gebüssten Personen hin, gegen den Willen der Polizeibediensteten, welche die OB ausgestellt haben, diese zu annullieren, um jede Gefahr rechtsmissbräuchlicher Eingriffe zu vermeiden; es wird auf das übliche Verfahren der richterlichen Beurteilung verwiesen.

c. **Unterschätzte Ausbildungsanforderungen an die Organe**

[Rz 36] Soweit es sich nicht um sehr einfache Übertretungen handelt wie bspw. Parkierregelungen oder Missachten von Fahrverboten u. dgl. wachsen die Anforderungen an die zur Auferlegung von OB ermächtigten Organe stark. Die sehr umfangreiche Bussenliste der geltenden Ordnungsbussenverordnung (vorstehend, Rz. 33) weist sehr detaillierte Tatbestandsbeschreibungen auf, die *genaue Kenntnisse der zu Grunde liegenden Vorschriften* voraussetzen,⁴⁸ was eine hinreichende Ausbildung erheischt.

[Rz 37] In der Botschaft⁴⁹ wird Art. 24 UWG⁵⁰ als für das OBV geeignet beschrieben. Art. 24 UWG umfasst 5 Tatbestände.⁵¹ Abgesehen von den hohen Höchstbussbeträgen im Verhältnis zu den im OBV zulässigen als generelles Fragezeichen zur Eignung, ist selbst bei einer nochmaligen Verfeinerung der Tatbestände für die Bussenliste allemal durch die handelnden Organe zu entscheiden, wer in einer Firma denn verantwortlich ist und ob Vorsatz oder Fahrlässigkeit vorliege. Art. 24 UWG als Beispiel für viele ähnliche Tatbestände dürfte sich für die Ahndung im OBV gerade nicht eignen.

3. Nicht erwähnte und erwähnte Zwangsmassnahmenbefugnisse

3.1. Anhaltung von Personen

[Rz 38] *Nicht ausdrücklich* erwähnt wird die Befugnis der Organe, eine Person zur Identifizierung anzuhalten. Art. 6 Abs. 1 E OBG lautet: «Wird die beschuldigte Person [...] angehalten» und in Abs. 2 folgt: «Bezahlt sie nicht sofort, so muss sie ihre Personalien angeben». Mit der Formulierung in Abs. 2 wird lediglich die Pflicht der Namenangabe der beschuldigten Person stipuliert, sofern sie die Busse nicht auf der Stelle bezahlt. Aus dem Wortlaut von Abs. 1 muss geschlossen werden, dass diese Person zur Identifikation durch das zur Erhebung der Ordnungsbusse ermächtigte Organ, also auch Privaten, wenn ihnen diese Aufgabe übertragen worden ist, angehalten werden kann. Dies wird durch die Ausführungen in der Botschaft bestätigt: «Erforderlich ist eine Identifikation auch, wenn eine betroffene Person das Ordnungsbussenverfahren ablehnt».⁵² Eigenartigerweise wird zuvor ausgeführt, «der Begriff «identifiziert» (werde) in den Bestimmungen zum allgemeinen Verfahren und zum Verfahren bei der Halterhaftung aufgrund der in der Vernehmlassung geäußerten Kritik durch den Begriff «angetroffen oder angehalten» ersetzt.»

[Rz 39] Dasselbe gilt für die Bestimmung in Art. 10 E OBG über beschuldigte Personen ohne

⁴⁸ Aus der Bussenliste der Ordnungsbussenverordnung, SR 741.031, z.B.: Nr. 104 Nichtmitführen 1. der SDR-Ausbildungsbescheinigung (Art. 21 Bst. c SDR) CHF 20, 2. des SDR-Beförderungspapiers (Art. 21 Bst. c SDR) CHF 140; 208. 1. Parkieren neben einer Sicherheitslinie, wenn nicht eine wenigstens 3 m breite Durchfahrt frei bleibt (Art. 18 Abs. 2 Bst. c und 19 Abs. 2 Bst. a VRV), bis 60 Minuten CHF 120, 2. Halten neben einer Sicherheitslinie, wenn nicht eine wenigstens 3 m breite Durchfahrt frei bleibt (Art. 18 Abs. 2 Bst. c VRV) CHF 80.

⁴⁹ (Fn. 1), 976.

⁵⁰ Bundesgesetz v. 19. Dezember 1986 gegen den unlauteren Wettbewerb, SR 241.

⁵¹ Wer a. die Pflicht zur Preisbekanntgabe (Art. 16) oder zur Grundpreisbekanntgabe (Art. 16a) verletzt; b. den Vorschriften über die Preisbekanntgabe in der Werbung (Art. 17) zuwiderhandelt; c. in irreführender Weise Preise bekannt gibt (Art. 18); d. die Auskunftspflicht im Zusammenhang mit der Preisbekanntgabe (Art. 19) verletzt; e. den Ausführungsvorschriften des Bundesrates über die Preisbekanntgabe oder die Grundpreisbekanntgabe (Art. 16, 16a und 20) zuwiderhandelt, wird bei Vorsatz mit einer Busse bis zu CHF 20'000, bei Fahrlässigkeit mit einer Busse bis CHF 10'000 (vgl. Fn. 45) bestraft.

⁵² Botschaft (Fn. 1), 971.

Wohnsitz in der Schweiz. Sofern diese die Busse nicht sofort bezahlen, hätten sie den Betrag zu hinterlegen oder eine angemessene Sicherheit zu leisten. Was, wenn sich diese Person weigert, dies zu tun? Auch dann ist eine Identifikation nötig, sofern nicht auf die Durchsetzung der Ordnungsbusse (Dispositionsbefugnis) verzichtet wird.

[Rz 40] Eine Bestimmung über eine Anhaltung zur Identifikation der beschuldigten Person, die im E OBG nicht zu finden ist, würde allerdings bereits die gesetzliche Grundlage für eine, wenn auch leichte Einschränkung der persönlichen Freiheit (Art. 10 Abs. 2 BV) und des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung (Art. 13 Abs. 2 BV) darstellen.⁵³ Offenbar scheut man sich vor einer klaren Regelung, weshalb schon der Ausdruck «identifiziert» ersetzt wurde (s.o.). Damit fehlt es aber auch an der nach Art. 36 Abs. 1 BV notwendigen gesetzlichen Grundlage zur Einschränkung dieser Grundrechte im Rahmen des OB-Verfahrens, sofern es sich nicht Polizeiangehörige handelt, die auf Grund der einschlägigen Polizeigesetze zu entsprechenden polizeilichen Zwangsmassnahmen befugt sind.

3.2. Sicherstellung und Einziehung

[Rz 41] Sodann findet sich im E OBG eine dem bisherigen OBV fremde Bestimmung:

«Art. 8 Sicherstellung und Einziehung

¹ Mit der Erhebung der Ordnungsbusse werden Gegenstände und Vermögenswerte, die nach den Artikeln 69 und 70 des Strafgesetzbuches einzuziehen sind, sichergestellt.

²Die sichergestellten Gegenstände und Vermögenswerte gelten mit der Bezahlung der Busse als eingezogen.»

[Rz 42] Das sind *strafrechtliche Zwangsmassnahmen*, die im Übrigen einen individuellen Tatbestandsmässigkeits- und *Ermessensentscheid* verlangen, was dem OBV grundsätzlich widerspricht.

[Rz 43] Art. 69 StGB⁵⁴ regelt die Sicherungs-Einziehung von Gegenständen, die zur Begehung einer Straftat gedient haben oder bestimmt waren oder die durch eine Straftat hervorgebracht worden sind, sofern diese Gegenstände die Sicherheit von Menschen, die Sittlichkeit oder die öffentliche Ordnung gefährden. Hierzu ist zu bemerken, dass bis anhin *nur* Übertretungstatbestände (nach SVG) im OBV geahndet werden können, die *per definitionem nicht als gefährdend* erscheinen.⁵⁵

[Rz 44] Es handelt sich um eine «Muss-Vorschrift» mit einer Bedingung, und also nicht um eine «Kann-Vorschrift». Es lassen sich, neben der manchmal heiklen Frage, ob es sich um *instrumenta* oder *producta sceleris* handelt, im Rahmen einiger der Spezialgesetze, die einbezogen werden sollen, Situationen vorstellen, die bei der Beurteilung, ob die öffentliche Ordnung gefährdet sei, zu Dilemmata führen können.⁵⁶

⁵³ MARKUS H.F. MOHLER, Grundzüge des Polizeirechts in der Schweiz, 2012, Rz. 1310 ff.

⁵⁴ Schweizerisches Strafgesetzbuch vom 21. Dezember 1937, SR 311.0.

⁵⁵ MAEDER (Fn. 20), 681.

⁵⁶ Z.B. Frage der Einziehung von Skis (bspw. durch Angestellte einer Seilbahn) nach Art. 14 Abs. 2 Bst. a i.V.m. 43 Abs. 1 Bst. c des Bundesgesetzes über den Wald (Waldgesetz, SR 921.0) und Art. 1 Bst. a Ziff. 14 E OBG,

[Rz 45] Art. 70 StGB sieht die Einziehung von Vermögenswerten, die durch eine Straftat erlangt worden sind oder dazu bestimmt waren, eine Straftat zu veranlassen oder zu belohnen, «sofern sie nicht dem Verletzten zur Wiederherstellung des rechtmässigen Zustandes ausgehändigt werden». In den Absätzen 2 und 5 werden obligatorische und fakultative Ausnahmen geregelt, in Abs. 3 die Verjährung und in Abs. 4 die Pflicht zur Bekanntmachung. Das sind schwierige Entscheide, die sich in Abwägung aller Umstände kaum auf der Stelle fällen lassen.⁵⁷

[Rz 46] Für beide diese Zwangsmassnahmen sieht das *StGB* als zuständige Behörde denn auch «*das Gericht*» vor. Sie sind (auch) grundrechtsrelevant.⁵⁸

[Rz 47] Dass damit ein materiell-rechtlicher Konflikt mit Art. 45 Abs. 2 VStrR geschaffen wird, der festschreibt, dass im Falle einer Ordnungswidrigkeit Zwangsmassnahmen nicht zulässig seien, wurde offenbar übersehen. Weshalb eine solche Zwangsmassnahmenkompetenz in ein OBV einbezogen werden soll, ist nicht ersichtlich, jedoch bedenklich.

V. Zur Frage der Folgen von Fehlerhaftigkeit

[Rz 48] Im Erläuternden Bericht zum VE OBG stand zu lesen, dass die Missachtung der Voraussetzungen für das Ordnungsbussenverfahren von Art. 1-3 VE OBG, bei denen es sich um *Gültigkeitsvorschriften* handle, zur Nichtigkeit der Busse führe.⁵⁹ Nun heisst es in der Botschaft, es bestehe – anders als zuvor hinsichtlich der Nichtigkeit bei einer Verletzung von Gültigkeitsvorschriften angenommen – «kein Anlass, auf ein rechtskräftig abgeschlossenes Ordnungsbussenverfahren zurückzukommen, dies aus Gründen der Rechtssicherheit und der verfahrensrechtlichen Besonderheiten».⁶⁰

[Rz 49] Ein Verfahren, das auf Grund einer gravierenden Fehlerhaftigkeit zur Nichtigkeit führt, kann *nicht rechtskräftig* abgeschlossen.⁶¹ Nichtigkeit führt dazu, dass eine Verfügung, hier die Ordnungsbussenverfügung, keine Rechtswirkungen nach sich ziehen kann,⁶² auch wenn die Busse aus Rechts-Unkenntnis, Irrtum oder mangelnder Zivilcourage bezahlt worden ist. Bei dieser Vielfalt von Behördenzuständigkeiten und Tatbeständen kann durchaus eine Nichtigkeit begründende funktionale oder sachliche Unzuständigkeit oder ein gravierender formaler Fehler vorliegen. Also muss es auch ein Rechtsmittel geben, um nachträglich die allfällige Nichtigkeit richterlich feststellen zu können.⁶³

wenn Skifahrer Sperrzonen missachten.

⁵⁷ Ein Blick auf Art. 26 des Bundesgesetzes vom 20. Juni 1986 über die Jagd und den Schutz wildlebender Säugtiere und Vögel (Jagdgesetz, JSG, SR 922.0; s. Art. 1 Bst. a Ziff. 15 E OBG) verdeutlicht die Problematik: «Die Kantone regeln für den Vollzug dieses Gesetzes die Durchsuchung von Räumen und Einrichtungen sowie die Beschlagnahme von Gegenständen. Sie verleihen den Vollzugsorganen die Eigenschaft von Beamten der gerichtlichen Polizei.» Die Grundrechtskonformität dieser Bestimmung und des ganzen VStrR wird hier nicht diskutiert.

⁵⁸ MICHAEL GUERY, Die Privatisierung der Sicherheit und ihre rechtlichen Grenzen, in: ZBJV, Bd. 142, 2006/4, 273 ff., 289.

⁵⁹ Erl. Ber. (Fn. 19), 11 f.

⁶⁰ Botschaft (Fn. 1), 990.

⁶¹ Urteile des Bundesgerichts 1C_322/2014 vom 22. April 2015, E. 3; 2P.223/2004 vom 18. Mai 2005, E. 5.2.

⁶² ULRICH HÄFELIN/GEORG MÜLLER/FELIX UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht, 6. Aufl. 2010, Rz. 955 ff.; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER (Fn. 26), § 31, Rz. 14 ff.

⁶³ HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN (Fn. 62); MARKUS SCHEFER, Grundrechtliche Schutzpflichten und die Auslagerung staatlicher Aufgaben, in: AJP 10/2002, 1131 ff., 1139; anders: TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER (Fn. 62), Rz. 17.

[Rz 50] Die Rechtsweggarantie nach Art. 29a BV kann nicht ausgeschlossen werden; der Ausnahmevorbehalt nach Satz 2 ist für die hier zur Diskussion stehende Materie irrelevant.⁶⁴ Zudem besteht auch bei Ordnungsbussen (selbst mit niedrigen Beträgen) als strafrechtliche Sanktion ein Anspruch auf eine richterliche Überprüfung nach Art. 6 EMRK⁶⁵, subsidiär auf ein Beschwerderecht nach Art. 13 EMRK.

VI. Form und Rechtscharakter der Quittung bzw. der Bedenkfrist-Formulare

[Rz 51] Im gleichen Zusammenhang wird in der Botschaft ausgeführt, «(d)as Ordnungsbussenverfahren [...] zeichne sich durch die rasche und *formlose* (sic!) Erledigung aus».⁶⁶ Auch dies trifft nicht zu. Art. 9 E OBG verweist wie Art. 3 der derzeit gültigen Ordnungsbussenverordnung⁶⁷ auf die mindestens notwendigen Angaben, die im Formular Ordnungsbussenverfahren enthalten sein müssen.⁶⁸ Alle in der Fussnote 68 kursiv aufgelisteten Angaben, sind vom die Busse auferlegenden Organ selber auszufüllen.

[Rz 52] Sowohl die Quittung für Ordnungsbussen wie auch die Bedenkfrist-Formulare sind *Urkunden* zunächst i.S.v. Art. 110 Abs. 3 StGB.⁶⁹ Sie sind bestimmt und geeignet, Tatsachen von rechtlicher Bedeutung zu beweisen, so insbesondere wer am angeführten Ort zum angegebenen Zeitpunkt vom aufgeführten Organ selber unmittelbar beobachtet (Ausnahme: elektronische Erfassung) einen genau definierten (angekreuzten) Tatbestand erfüllt bzw. die entsprechende Übertretung begangen hat, im Falle der Quittung auch, dass die gebüsste Person den aufgeführten Betrag bezahlt hat.

[Rz 53] Der Bussenzettel ist bei Ablehnung des OBV oder Bestreitung des Sachverhaltes oder der Bussenhöhe auch Grundlage für das Strafverfahren.⁷⁰ Beide Formulare sind auch *öffentliche Urkunden* i.S.v. Ziff 4 von Art. 110 StGB, wenn sie von Mitgliedern einer Behörde, Beamten und «Personen öffentlichen Glaubens in Wahrnehmung hoheitlichen Funktionen ausgestellt werden». Die letztgenannte Kategorie zielt auf «*funktionelle* Beamte», die für ein Gemeinwesen tätig sind. «Bestehen diese Funktionen in der Erfüllung öffentlicher Aufgaben, so sind die Tätigkeiten amtlich und die sie verrichtenden Personen Beamte im Sinne des Strafrechts.»⁷¹ Von Formlosigkeit kann daher nicht die Rede sein.

⁶⁴ ANDREAS KLEY, St. Galler Kommentar (Fn. 23), Rz. 8, 21 f. zu Art. 29a.

⁶⁵ Urteil des EGMR i.S. *Öztürk gegen Deutschland* vom 21. Februar 1984, Nr. 85744/79, §§ 54 ff. (Busse nach Strassenverkehrsrecht von DM 60, strafrechtliches Verfahren im Schutzbereich von Art. 6 EMRK); GRABENWARTER/PABEL (Fn. 27), § 24, Rz. 16; NIGGLI/RIEDO (Fn. 25), 100.

⁶⁶ Botschaft (Fn. 1), 990.

⁶⁷ SR 741.031.

⁶⁸ Anhang II: A. Die Quittung muss mindestens folgende Angaben enthalten: a. Polizeikorps; b. *Datum der Widerhandlung*; c. *angewendete Ziffer der Bussenliste*; d. *Bussenbetrag*; e. *Polizeiorgan*. B. Bedenkfrist-Formulare 1. Das Formular muss zusätzlich zu den Angaben nach Buchstabe A noch folgendes enthalten: a. *Name, Vorname, Geburtsdatum, Heimatort und Wohnort der Täterin oder des Täters*; b. *Nummer des Kontrollschildes sowie Marke und Kategorie des Fahrzeugs*; c. *Zeit und Ort der Widerhandlung*; d. *Datum der Abgabe des Formulars*; e. Hinweis, dass bei Nichtbezahlung innert dreissig Tagen das ordentliche Verfahren durchgeführt wird.

⁶⁹ MARKUS BOOG in Basler Kommentar zum StGB, 3. Aufl. 2014, N 58 zu Art. 110 Abs. 4 StGB.

⁷⁰ Art. 6 Abs. 4, 13 Abs. 2 E OBG.

⁷¹ BGE 135 IV 198 E. 3.3.

VII. Zum staatlichen Gewaltmonopol

[Rz 54] Hinzuweisen ist schliesslich darauf, dass das staatliche Gewaltmonopol nicht nur auf die Anwendung physischen Zwangs beschränkt ist; es umfasst alle *hoheitlich einseitigen Beschränkungen* individueller Rechtspositionen, die nötigenfalls auch durchgesetzt werden können.⁷² Diese Einschränkung beginnt mit der Erhebung von Personalien, sofern diese nicht wissentlich und freiwillig (bspw. zum Erhalt einer Identitätskarte) angegeben werden.⁷³

[Rz 55] Der Einsatz *hoheitlicher Verfügungsmacht* zur Aufrechterhaltung oder Wiederherstellung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung durch die zuständigen staatlichen Organe gehört zum verfassten Rechtsstaat. Dies bringen Art. 5 Abs. 1 und Art. 9 BV zum Ausdruck; für das dafür unverzichtbare Vertrauen sorgt Art. 5 Abs. 3 BV.⁷⁴ Die hoheitliche Verfügungsmacht ist damit untrennbar mit den grundrechtlichen Schutzpflichten verbunden (Art. 35 BV).⁷⁵

[Rz 56] Wird jedoch ermöglicht, dass einer Vielzahl privater Akteure die Kompetenz zur Ausübung auch dem staatlichen Gewaltmonopol zuzuordnender Handlungen übertragen werden kann, erleidet der Rechtsstaat einen gravierenden Einbruch in einen seiner Kerngehalte.

[Rz 57] Es geht bei der Übertragung der Kompetenz zur Ausübung hoheitlicher Tätigkeiten an Private nicht nur um die formelle Ermächtigung. Die Legalität und Legitimität der Einschränkung von Rechtspositionen bezieht sich nicht nur auf die Rechtmässigkeit des angestrebten Erfolgs (Tatbestandsmässigkeit des beanstandeten Verhaltens), sondern ebenso sehr auf die Art und Weise der praktischen Umsetzung, d.h. der strikten Einhaltung des Verhältnismässigkeits-, einschliesslich des Störerprinzips.⁷⁶ Dies alles setzt eine intensive Schulung und Führung voraus.

[Rz 58] Zum *Vertrauen in den Rechtsstaat* gehört, dass die betroffenen Personen ohne Weiteres erkennen können, ob die intervenierende Person überhaupt zu einer Intervention – und sei es auch nur eine Personenkontrolle oder eben die Auferlegung einer OB – befugt ist, ohne unter misslichen Bedingungen nachfragen und schlecht lesbare Identitätsausweise prüfen zu müssen, um dann immer noch nicht wissen zu können, worin gegebenenfalls ihre Befugnisse bestehen und wo deren Grenzen liegen.

VIII. Schlussbemerkung

[Rz 59] Die Gesetzesvorlage weist zahlreiche Eigentümlichkeiten und Widersprüche auf, die mit der übergeordneten Rechtsordnung nicht in Einklang stehen. Eine Vielzahl von Übertretungen umfasst zahlreiche unterschiedliche und unterschiedlich schwer einzustufende Tatbestände auf. Diese setzen ein weitgehendes Ermessen voraus, was dem Ordnungsbussenverfahren grundsätzlich widerspricht. Deren Erfüllung wird in den Spezialgesetzen bisher oft mit einer gleichlautenden Höchstbusse, die weit über dem maximalen Bussbetrag nach dem OBG liegt, bedroht. Darin liegt – auch bei einer

⁷² MOHLER, Gewaltmonopol (Fn. 43), 153 f. m.w.N.

⁷³ BGE 136 I 87 E. 5.1.

⁷⁴ Im Ergebnis gleich: KLEY (Fn. 64).

⁷⁵ SCHEFER (Fn. 63), a.a.O.; PETER ÜBERSAX, Privatisierung der Verwaltung, in: Zentralblatt für Staats- und Verwaltungsrecht, 102. Jahrgang (2001), 393 ff., 421.

⁷⁶ MARCO GAMMA, Möglichkeiten und Grenzen der Privatisierung polizeilicher Gefahrenabwehr, Diss. Freiburg, Bern 2001, *passim*; WALTER KÄLIN, ANDREAS LIENHARD, JUDITH WYTTENBACH, Auslagerung von sicherheitspolizeilichen Aufgaben, in: ZSR Bd. 126 (2007), 63 ff.; MOHLER, Grundzüge (Fn. 53), Rz. 74, 1293.

entsprechenden Liste der Übertretungstatbestände nach Art. 1 Abs. 2 E OBG – dann auch die Gefahr, dass die Subsumption im Einzelfall eher nach verfahrensökonomischen Gesichtspunkten statt nach den tatbestandsmässigen Kriterien vorgenommen werden könnte.

[Rz 60] Eine vertiefte Behandlung dieser Vorlage ist daher dringend angezeigt.

Dr.iur. MARKUS H.F. MOHLER, ehem. Lehrbeauftragter für öffentliches, speziell Sicherheits- und Polizeirecht an den Universitäten von Basel und St. Gallen, vorher Kommandant der Kantonspolizei Basel-Stadt, zuvor Staatsanwalt.