

## Gewinneinziehung – ein probates Mittel für den Fiskus



**Isabelle Häner**  
Prof. Dr. iur., Rechtsanwältin  
Telefon +41 58 258 11 00  
isabelle.haener@bratschi-law.ch

**W**enn unvermittelt eine Verfügung der Aufsichtsbehörde mit einem Einzahlungsschein ins Haus flattert, auf welchem ein Betrag von mehreren Millionen Franken aufgedruckt ist, wird wohl der Empfänger oder die Empfängerin beim Öffnen der Post zunächst einmal tief durchatmen. Wer den Humor nicht verliert, kann immerhin für sich noch denken – schön, wenn ich doch das bezahlen könnte.

Dass unrechtmässig erzielter Gewinn eingezogen werden kann, wenn eine Straftat begangen worden ist – beispielsweise bei Drogenhandel, Betrug oder Nötigung – ist wohl geläufig, im Strafgesetzbuch seit je so vorgesehen und auch nicht zu beanstanden. Nun hat indessen der Gesetzgeber das Instrument der Gewinneinziehung auch für das Verwaltungsrecht entdeckt und in jüngster Zeit erheblich ausgebaut. Weil im Verwaltungsrecht das Gesetzmässigkeitsprinzip gilt und die Bundesgesetze zudem vom Gericht auch angewendet werden müssen, kommt dem Gesetzgeber, das heisst dem National- und Ständerat (allenfalls mit den Stimmberechtigten), auch eine erhebliche Entscheidungsfreiheit zu, derartige Sanktionen in das Gesetz aufzunehmen. In einigen Fällen zumindest scheint diese Art der Sanktionierung auch ein probates Mittel für den Fiskus zu sein. In anderen Fällen jedoch wäre eine Befolgung der Gesetze ohne solche Sanktionsmöglichkeiten nur schwer zu erreichen.

### 1. Beispiel: Radio und Fernsehen

Im Bereich von Radio und Fernsehen zum Beispiel sieht der Gesetzgeber die Möglichkeit der Gewinnabschöpfung gleich doppelt vor. Dort heisst es im Gesetz, dass die durch eine Rechtsverletzung erzielten Einnahmen beim Bund abzuliefern sind. In der nachfolgenden Bestimmung heisst es weiter,

dass wer gegen eine behördliche Anordnung verstösst oder z.B. Vorschriften über Werbung und Sponsoring verletzt, mit bis zu 10 % des in den letzten drei Jahren durchschnittlich erzielten Jahresumsatzes belastet werden kann bzw. diesen abliefern muss, wenn dies die Behörden so verfügen. Immerhin machte das zuständige Bundesamt bislang von dieser busseähnlichen Sanktion offenbar noch keinen Gebrauch. Allerdings lässt es der Gesetzgeber vollkommen offen, von welchem Zeitpunkt weg zu dieser drastischen Sanktion der Einziehung von 10 % des Jahresumsatzes gegriffen werden darf. Auch weiss das Unternehmen im praktischen Alltag häufig auch nicht im Voraus, ob eine Werbung zulässig ist oder nicht. Gerade hier ist der Ermessensspielraum der Behörde erheblich. Immerhin lassen sich Unsicherheiten vermeiden und läuft man nicht direkt ins Messer, wenn man versucht, von der Behörde eine verbindliche Auskunft zu erhalten.

### 2. Beispiel: Kartellrecht

Bussen im Kartellrecht können ebenfalls sehr hoch ausfallen und betragen im schlechtesten Fall ebenfalls 10 % des in den letzten drei Jahren durchschnittlich erzielten Jahresumsatzes. Die Bussen hat der Gesetzgeber erst im Jahr 2004 in Kraft gesetzt, weil sich das schweizerische Kartellrecht bei Weitem als zu wenig griffig erwies. Der Gesetzgeber hat indessen dennoch ein differenziertes und unternehmerfreundliches Verfahren eingeführt, damit das Unternehmen vorab die Meinung der für das Aussprechen der Sanktion zuständigen Wettbewerbskommission einholen und damit einem allenfalls kartellrechtlich verpönten Verhalten ausweichen kann (sogenanntes Melde- und Widerspruchsverfahren). Vorausgesetzt ist allerdings, dass die allenfalls wettbewerbswidrige Abrede nicht umgesetzt wird, bevor die Meinung der Wettbewerbskommission klar ist. Ansonsten trägt das Unternehmen das erhebliche Sanktionsrisiko weiterhin.

### 3. Beispiel: Heil- und Lebensmittelrecht

Wohl bereits älter, indessen nicht weniger problematisch, fallen die Sanktionen im Heil- und insbesondere Lebensmittelrecht aus. Das Lebensmittelgesetz sieht kein dem Kartellrecht ähnliches Verfahren vor, wo sich das Unternehmen versichern kann, ob zum Beispiel die Bewerbung ihres neu lancierten Produktes zulässig ist oder nicht. Im Heilmittelrecht ist eine Vorprüfung möglich gegen Gebühr und eine – für die Unternehmen meist zu lange – Bearbeitungszeit. Kommt es zu einem Strafverfahren, kann auch das allgemeine Strafrecht einschliesslich der Bestimmungen über die Einziehung angewendet werden. Unter Umständen ist das Unternehmen in der Folge damit konfrontiert, dass es die Strafbehörde nicht einmal zulässt, dass die Herstellungs- und Vertriebskosten für das Produkt vom Gewinn abgezogen werden dürfen. Dies ist gerade dann stossend, wenn es nur um die unzulässige Bewerbung eines Produktes geht und das Produkt selbst nicht unzulässig und damit insbesondere auch nicht schädlich ist.

### 4. Beispiel: Verbotenes Bauen

Auch im Baurecht gibt es viele – und bekannte Fälle – welche zu Sanktionen führten, die erheblich ins Portemonnaie gehen können. Zudem muss mit einer Busse gerechnet werden. Ein drastischer Fall aus dem Kanton Zürich wurde bekannt, als ein Generalunternehmer in einer Nacht- und Nebelaktion ein ganzes Waldstück abholzte, um für die von ihm erstellten Wohnungen Seesicht zu verschaffen. Er

musste die Bäume wieder aufforsten. Die Behörde schöpfte zudem den Mehrwert der Wohnungen im Betrag von fünf Millionen Franken ab.

#### Fazit: Vorbeugen ist besser als heilen

Im Beispiel Nr. 4 kann man wohl einwenden, dass sich dieser Unternehmer des unrechtmässigen Tuns sehr wohl bewusst war, hätte er seine zweifelhafte Aktion ansonsten nicht auf die nächtlichen Stunden verschoben. Bei den anderen Beispielen jedoch ist für die Betroffenen die Einschätzung der Rechtslage bei Weitem schwieriger. Zudem – etwa bei der Platzierung von Werbung in Radio und Fernsehen oder bei der Lancierung oder Bewerbung eines neuen Produktes im Lebensmittelbereich – besteht häufig zeitliche Dringlichkeit. Auch im Kartellrecht wollen oder können – wie auch ein jüngster Bundesgerichtsentscheid zeigt – die Unternehmen aus wirtschaftlichen Gründen nicht immer zuwarten. Auf der anderen Seite können jedoch die Konsequenzen, wenn die Behörde die Auffassung, alles verlaufe gesetzmässig, nicht zu teilen vermag, einschneidend sein. Die Zeit, welche eine Abklärung der Rechtslage – selbstverständlich unter Einbezug der zuständigen Behörde – in Anspruch nimmt, kann unerfreuliche und insbesondere hohe finanzielle Folgen vermeiden.

---

#### Bratschi Wiederkehr & Buob in Kürze

Bratschi Wiederkehr & Buob, eine führende Schweizer Anwaltskanzlei mit über 60 Anwältinnen und Anwälten in den Wirtschaftszentren der Schweiz, bietet schweizerischen und ausländischen Unternehmen und Privatpersonen professionelle Beratung und Vertretung in allen Bereichen des Wirtschaftsrechts, im Steuerrecht und im öffentlichen Recht, aber auch im Medien- und Kommunikationsrecht sowie in notariellen Angelegenheiten.

**Zürich** Bahnhofstrasse 46/106, Postfach 1130, CH-8021 Zürich  
Telefon +41 58 258 10 00, Fax +41 58 258 10 99  
zuerich@bratschi-law.ch

**Bern** Bollwerk 15, Postfach 5576, CH-3001 Bern  
Telefon +41 58 258 16 00, Fax +41 58 258 16 99  
bern@bratschi-law.ch

**St.Gallen** Vadianstrasse 44, Postfach 262, CH-9001 St.Gallen  
Telefon +41 58 258 14 00, Fax +41 58 258 14 99  
stgallen@bratschi-law.ch

**Basel** Gerbergasse 14, CH-4001 Basel  
Telefon +41 58 258 19 00, Fax +41 58 258 19 99  
basel@bratschi-law.ch

**Zug** Unter Altstadt 28, CH-6300 Zug  
Telefon +41 58 258 18 00, Fax +41 58 258 18 99  
zug@bratschi-law.ch

[www.bratschi-law.ch](http://www.bratschi-law.ch)