

MARC FORSTER
Prof. Dr. iur., Rechtsanwalt
Schweizerisches Bundesgericht
CH-1000 Lausanne 14

Tel.: 021 318 91 51
E-Mail: marc.forster@bger.ch

Gutachten zur Masterarbeit von Frau Aline Haerri:

«International Legal Assistance by Switzerland regarding Assets of Politically Exposed Persons»

I. Kurzbeurteilung und Notenantrag

Die Masterarbeit ist sowohl inhaltlich als auch formal von **hervorragender** Qualität. Die Bearbeiterin hat das juristisch anspruchsvolle und hochaktuelle internationalstrafrechtliche Thema der sogenannten "Potentatengelder" in **englischer Sprache** souverän bewältigt. Zum einen ermöglicht die englische Fassung eine fachliche Ausstrahlung und Rezeption der Studie über den deutschsprachigen Raum hinaus. Zum andern hatte die Bearbeiterin den hohen und spezifischen Wissenschaftsstandards des internationalen rechtswissenschaftlichen Diskurses Rechnung zu tragen. Dies ist ihr glänzend gelungen. Der Referent beantragt die **Höchstnote 6,0** und schlägt die Arbeit für einen der *akademischen Preise* vor.

II. Thematik und Aufbau der Arbeit

Die Masterarbeit befasst sich mit dem schweizerischen **internationalen Rechtshilferecht** als Instrument zur Aufspürung, strafprozessualen Beschlagnahme und Rückgabe **illegal erwirtschafteter Vermögenswerte** von **politisch exponierten Personen** ("PEPs"), insbesondere früheren Machthabern korrupter Regimes und deren Umfeld. Untersucht werden primär Rechtslage und PEP-Fälle nach dem Bundesgesetz über die internationale Rechtshilfe in Strafsachen (IRSG, Kap. 2) und dem (am 1. Februar 2011 in Kraft getretenen) einschlägigen Bundesgesetz über die Rückerstattung unrechtmässig erworbener Vermögenswerte politisch exponierter Personen (RuVG, Kap. 3-4). Aufbau und Gliederung der Arbeit (s. näher unten, Ziff. IV) sind klug durchdacht und konsequent.

III. Arbeitstechnik

Die **Literatur-** und **Quellenauswahl** ist sehr reichhaltig und aktuell.¹ Es erfolgt eine sachgerechte Unterteilung in wissenschaftliche Literatur und weitere Fundstellen. Die einschlägigen eidgenössischen und internationalen Rechtsquellen werden übersichtlich und sorgfältig dokumentiert.² Die formale **Zitiertechnik** im Fussnotenapparat und die Quellenverzeichnisse entsprechen den hohen internationalen juristischen Wissenschaftsstandards.³ Die Masterarbeit ist in gepflegtem **Legal English** abgefasst; sie erscheint nahezu frei von Sprachfehlern und ist auch stilistisch angenehm lesbar.

IV. Inhaltliche Anmerkungen

Kap. 1:

In Kap. 1 werden zunächst die internationalen Bemühungen und Schwierigkeiten bei der *Definition* des *PEP-Begriffes* (bzw. bei der konkreten Erfassung auf verbindlichen Listen) sowie der *normative Kontext* (Legal Framework) der Potentatengelder-Problematik sorgfältig beleuchtet und analysiert (insbes. GwG, GwV-FINMA, FATF 40, UNCAC, StAR, ICAR). Laut FATF gehört die Schweiz zu den Staaten, welche die Compliance-Empfehlungen betreffend PEPs gesetzlich am konsequentesten umgesetzt haben (S. 18). Bemerkenswert ist der Befund, dass im Rahmen der rechtshilferechtlichen Voraussetzung der

-
- 1 Angesichts der überschaubaren schweizerischen Literatur zum Rechtshilferecht hätten im Literaturverzeichnis auch noch Erwähnung finden dürfen: M. FORSTER, Internationale Rechtshilfe bei Geldwäschereiverdacht, ZStrR 2006, S. 274 ff., insbes. betreffend die (laut Masterarbeit, S. 4) themennahe Geldwäscherei in *Korruptionsfällen*; ders., Internationales Strafrecht im Spannungsfeld der Weltpolitik, in: FS 25 Jahre juristische Abschlüsse an der Universität St. Gallen, Zürich 2007, S. 165 ff., insbes. betreffend den Fall *Adamov*. Bei ZIMMERMANN fehlt ein Hinweis auf die Auflage (2. Aufl. 2009) des Standardwerks.
 - 2 Von Kleinigkeiten abgesehen: Für deutschsprachige Leser hätten auch die geläufigeren deutschen Abkürzungen der wichtigsten Gesetze (IRSG, RuVG usw.) im *Quellenverzeichnis* miterwähnt werden dürfen, wie es bei den völkerrechtlichen Verträgen (RVUS usw.) sowie im Abkürzungsverzeichnis (S. II) gehandhabt wurde. (Zur "S. II" siehe die nachfolgende Fussnote 3.) ICAR und UNODC (S. 16 unten) finden sich nicht im Abkürzungsverzeichnis. Der Aktualitätsstand der konsultierten Druckausgabe der Gesetze ("Stand am..."/"Status as of...") ist nicht von Interesse. Dies um so weniger, als bei den wichtigsten Gesetzen davon auszugehen ist, dass bei Abgabe der Masterarbeit (Mai 2012) die *aktuelle* Version im Internet konsultiert wurde. Wichtiger wäre die Angabe des *Inkrafttretens* der Gesetze. (Rein zufällig fiel beim RuVG das Inkrafttreten mit dem Stand der letzten SR-Druckausgabe zusammen.)
 - 3 Auch hier gibt es nur sehr wenig auszusetzen. Etwas unglücklich ist die Seitennummerierung im Vorspann der Arbeit: Nach dem Abschnitt Inhaltsverzeichnis bis Materialien (S. I-XXVI) wird bei den nachfolgenden Abkürzungen wieder neu mit S. I-II nummeriert (anstatt konsequent weiter mit S. XXVII-XXVIII), mit der ungünstigen Folge, dass je zwei unterschiedliche S. I und II existieren. Bei den beiden Publikationen von BERTOSSA fehlt im Literaturverzeichnis ein identifizierender Abkürzungsvermerk. Dass die Autorennamen im Haupttext nicht in "Kapitälchenschrift" formatiert wurden, erschwerte die Übersichtlichkeit und teilweise das Leseverständnis (z.B. S. 4: "Richter", "Dannacher", S. 7: "Wyss"). "FC" (z.B. S. 35, 36, 40, gemeint ist: Swiss Federal Council) findet sich nicht im Abkürzungsverzeichnis.

beidseitigen Strafbarkeit der Tatbestand der *kriminellen Organisation* (Art. 260ter StGB) im Rahmen von PEP-Verfahren in der Praxis von wichtigster Bedeutung sei.⁴ Dies überrascht bei erstem Hinsehen deshalb, weil der schweizerische Organisationstatbestand *restriktiv* gefasst ist und grundsätzlich *mafiaähnliche* Strukturen bzw. *terroristische* Netzwerke voraussetzt.⁵ Eher zu erwarten gewesen wäre ein Schwergewicht bei Korruptions- bzw. Amtsdelikten (insbes. Art. 314 und Art. 322quater StGB) sowie Geldwäscherei. Ein Rückgriff auf Art. 260ter StGB wird jedenfalls nur bei Verantwortlichen in *hochkorrupten, mafios strukturierten Unrechtsregimes*⁶ zielführend sein.⁷ Der pragmatische Grund für die auffällige Fokussierung auf den Tatbestand der kriminellen Organisation dürfte in Art. 72 StGB liegen, nämlich in der spezifischen "Beweislastumkehr" bezüglich der illegalen Herkunft einziehbarer Vermögen.⁸

Als prominentes Beispiel für einen Fall, bei dem ein früheres Kabinettsmitglied (russischer Nuklearenergieminister) schon deshalb keine strafrechtliche "*Immunität*" beanspruchen konnte, weil der eigene Staat dessen rechtshilfweise Verfolgung (wegen Unterschlagung von staatlichem Vermögen) beantragte, wäre der Fall *Adamov* zu nennen.⁹ Als weiteres Kernproblem in PEP-Fällen (neben der Vielschichtigkeit des Korruptionsbegriffs) ortet die Bearbeiterin die *Politisierung* der Frage, ob eine PEP einem Unrechtsregime zuzurechnen ist bzw. sich unrechtmässig Vermögen angeeignet hat.¹⁰ Hier entlarvt sich die Kurzsichtigkeit und Kurzlebigkeit der internationalen Politik: Machthaber aus menschenrechtlich "zweifelhaften" Regimes (zuletzt etwa Tunesien, Ägypten, Libyen usw.) werden meist jahrelang als hohe staatliche Repräsentanten (und lukrative Geschäftspartner) "hofiert", insbesondere auch von westlichen Regierungen. Nach einem innenpolitischen Umsturz im Herkunftsland der PEPs kann sich diese betonte Wertschätzung dann innert

4 "In legal assistance in connection with PEP assets, Art. 260ter PC played the most important role" (S. 15).

5 Die in der Bundesgerichtspraxis vereinzelt erfolgte Ausdehnung auf gewöhnliche Bandenkriminalität wird in der Lehre fast einhellig kritisiert.

6 Etwa in Fällen wie *Mobutu/Zaire*, *Marcos/Philippinen*, *Abacha/Nigeria*, *Duvalier/Haiti*, *Gadhafi/Libyen*, *Assad/Syrien*.

7 Zur problematischen Qualifikation politischer Regimes als krimOrg s. auch S. 34, 45.

8 Vgl. dazu S. 34 f., 45, 62-64.

9 BGE 132 II 81, vgl. auch M. FORSTER, Internationales Strafrecht im Spannungsfeld der Weltpolitik, in: FS 25 Jahre juristische Abschlüsse an der Universität St. Gallen, Zürich 2007, S. 168 ff. Hier ging es insofern nicht um einen PEP-Fall im *engeren* Sinne des behandelten Themas, als keine rechtshilfweise Beschlagnahme und Rückführung von *Vermögen* der PEP streitig war, sondern deren *Auslieferung* an die USA bzw. Russland.

10 S. 20 f. Zum Problem der "Politisierung" von Rechtshilfverfahren s. auch FORSTER (oben Fn. 9), S. 165 ff.; *ders.*, ZStrR 2005 S. 331 ff.; *ders.*, ZBJV 2005 S. 213 ff.

kürzester Zeit "im Nichts" auflösen, indem die PEPs (von den gleichen westlichen Regierungen) plötzlich geächtet und ihre Vermögenswerte beschlagnahmt werden. Dass im Nachhinein dann (gerade aus Ländern wie Frankreich oder Italien) mit dem "Moralfinger" auf Banken gezeigt wird, welche Vermögen solcher Machthaber verwaltet haben, erscheint bestenfalls opportunistisch.¹¹

Kap. 2:

Das zentrale Kapitel 2 beschäftigt sich einlässlich mit dem *rechtshilferechtlichen* normativen Regelwerk und der *Praxis* in PEP-Fällen nach Schweizer Recht. Der Hinweis auf die bilateralen und multilateralen Rechtshilfeverträge (S. 22) ist etwas kurz geraten.¹² Interessant wäre gewesen, mit welchen Ländern die Schweiz nicht zuletzt aufgrund von PEP-Fällen Rechtshilfeverträge abgeschlossen (bzw. angewendet) hat.¹³ Die allgemeinen Voraussetzungen der akzessorischen Rechtshilfe (primär nach IRSG) werden einer sorgfältigen Analyse unterzogen (Kap. 2.2-2.3).

Die Einrede des *politischen Deliktes* erscheint bei PEP-Fällen von nicht zu vernachlässigender Bedeutung, da viele Verfolgte einwenden werden, sie würden von der politischen Gegnerschaft in ihrem Herkunftsland aus politischen Gründen verfolgt.¹⁴ Etwas verkürzt ist der Hinweis, wonach das EUeR keine *beidseitige Strafbarkeit* verlange ("does not require double criminality", S. 26), da gerade die Schweiz (um deren Rechtshilfegewährung es thematisch geht) für *Zwangsmassnahmen* den entsprechenden Vorbehalt von Art. 5 Ziff. 1 lit. a EUeR mittels förmlicher Erklärung in *Anspruch* genommen hat. Die in der Praxis sehr wichtige Rechtshilfevoraussetzung nach Art. 64 Abs. 1 IRSG wird präzise umrissen und auf die spezifische Potentatengelder-Problematik hin beleuchtet.¹⁵ Sehr

11 Nach Schweizer Recht geht die Tendenz dahin, bei Exponenten von krassen Unrechtsregimes gewisse PEP-Regeln (betreffend Compliance und vorläufige Vermögenssperren, s. auch Art. 184 Abs. 3 BV) schon vor deren Sturz zur Anwendung zu bringen (vgl. Fälle *Gadhafi/Libyen* und *Assad/Syrien* S. 41-43).

12 Zwar erfolgt hier eine ausdrückliche *thematische Ausgrenzung* (S. 3 und 23), deren Begründung fällt allerdings nicht ganz überzeugend aus.

13 *Philippinen*: Fall Marcos; *Peru*: Fall Fujimori; *Mexiko*: Fall Salinas; s. z.B. auch die Verträge z.B. mit *Ägypten* (in Fussnote 184 erwähnt, Fall *Mubarak*), *Kolumbien*, *Chile*, *Brasilien* oder *Argentinien*. Auch das normative Verhältnis zwischen dem IRSG und internationalen Rechtshilfeverträgen hätte kurz geklärt werden können.

14 Der blosser Hinweis, es werde regelmässig gestützt auf "economic crimes" oder andere gemeinrechtliche Straftaten um Rechtshilfe ersucht (und nicht wegen "the PEP's political opinions", S. 25), greift zu kurz. Der Rechtshilferichter wird jedenfalls zu prüfen haben, ob gemeinrechtliche Straftaten nicht bloss *vorge-schoben* werden könnten, um einen früheren politischen Widersacher zu verfolgen.

15 Die Bearbeiterin (bzw. die von ihr zitierte Literatur) unterschätzt allerdings eher die Tragweite und Wichtigkeit des Grundsatzes der beidseitigen Strafbarkeit. Wie der Fall *Adamov* zeigt, setzt der Grundsatz

differenzierte Überlegungen finden sich auch in einigen Fussnoten, etwa zur Umkehrung des "*ordre public*"-Ausschlussgrundes (Art. 1a IRSG) im Fall *Marcos* (BGE 123 II 595 E. 5a).¹⁶

Bei den vorläufigen *Zwangsmassnahmen* (insbes. Vermögensbeschlagnahme, Konten- und Grundbuchsperrung usw. im Hinblick auf eine Herausgabe zur Einziehung oder Rückerstattung) nach IRSG (S. 29-32) fehlt ein Hinweis auf die Anwendbarkeit der einschlägigen Bestimmungen der (am 1. Januar 2011 in Kraft getretenen) *Eidg. StPO* (Einziehungsbeschlagnahme, Hausdurchsuchung, Edition, Siegelung usw.).¹⁷ Die themenspezifischen *rechtshilferechtlichen* Fragen werden äusserst verlässlich und vertiefend behandelt.¹⁸

Die Bearbeiterin schliesst das Kapitel 2 ertragreich ab, indem sie in detaillierter Weise¹⁹ einige wichtige *PEP-Fälle* darlegt. Es handelt sich um die (wegleitenden älteren²⁰) Rechtshilfeprozesse *Marcos-Philippinen*, *Mobutu-Zaire* und *Duvalier-Haiti* sowie um die (neueren) Fälle *Mubarak-Ägypten*, *Gadhafi-Libyen* und *Assad-Syrien*.²¹ Dabei dokumentiert sie insbesondere den Einfluss der betreffenden Rechtsprechung des *Bundesgerichtes* auf die Revision des IRSG bzw. auf den Erlass des RuVG sowie die internationale *Vorreiterrolle* der Schweiz bei der konsequenten Sperrung und Rückerstattung von unrechtmässig erworbenen Potentaten-Vermögen (Kap. 2.4-2.5).

insbesondere einer "extraterritorialen" Anwendung des innerstaatlichen Rechts durch den ersuchenden Staat klare völkerrechtliche Grenzen: Soweit der ersuchte Staat nicht selbst Auslandsachverhalte (analog unter Strafe stellt, hat er die entsprechende "extraterritoriale" Strafverfolgung durch einen ersuchenden Staat nicht zu unterstützen (vgl. dazu FORSTER [oben Fn. 9], S. 168 ff.).

16 Wonach eine *Nichtgewährung* der Rechtshilfe wesentliche Interessen der Schweiz (bzw. ihres Finanzplatzes) tangieren könnte: "Yet it is suggested in this paper that assistance should not only be granted for the preservation of the reputation of the Swiss financial center but also with a concrete view to the good of the people of the requesting state" (Fussnote 237).

17 Die Anwendbarkeit der StPO-Regeln bei der Ausführung von Rechtshilfeersuchen ergibt sich aus Art. 12 Abs. 1 Satz 2 i.V.m. Art. 18 und Art. 63 f. IRSG. Gestützt darauf erübrigt sich ein Rätselraten im Sinne von "it is not specified in art. 18 IMAC what sort of measures are included" (S. 29). Wer erkennt, dass sich das IRSG (für Einziehungsbeschlagnahmen) auf die StPO stützt und die StPO wiederum auf das StGB, benötigt auch keine diffusen "Analogien" (vgl. S. 45 Ziff. 2.5.4) für die Anwendbarkeit von Art. 72 StGB im Rechtshilferecht.

18 Etwa die Problematik der relativ kurzen *Frist* zwischen dem Erlass provisorischer *Sicherungsmassnahmen* und dem von der Schweiz verlangten Eingang des *förmlichen Ersuchens* in PEP Fällen, zumal die betroffenen ersuchenden Staaten sich oft in einer *politisch* und *rechtsstaatlich instabilen Lage* befinden (S. 31 f.). Nicht zuletzt diesem Umstand trägt das neue RuVG (Art. 1-2, dazu Kap. 3) Rechnung. Auch die Analyse der Problematik von Art. 74a Abs. 3 IRSG (grundsätzliche Herausgabevoraussetzung eines "rechtskräftigen vollstreckbaren Entscheids", S. 32-34) überzeugt.

19 Auch gestützt auf informative Beilagen im Annex der Arbeit und auf hilfreiche tabellarische Übersichten.

20 Teilweise vor Inkrafttreten des (1996/1997) revidierten IRSG und vor Inkrafttreten bzw. mit *rückwirkender* Anwendung des RuVG (Fall *Duvalier-Haiti*). Auch auf den Fall *Abacha-Nigeria* wird an geeigneten Stellen eingegangen.

21 Zum ebenfalls aktuellen Fall *Ben Ali-Tunesien* s. Fussnote 366.

Kap. 3-4:

Kapitel 3 widmet sich (in ebenso überzeugender Weise) den Vorschriften des (am 1. Februar 2011 in Kraft getretenen) einschlägigen Bundesgesetzes über die Rückerstattung unrechtmässig erworbener Vermögenswerte politisch exponierter Personen (RuVG).

Danach kann der Bundesrat (im Hinblick auf ein spezifisches Einziehungsverfahren nach RuVG) die *Sperrung* von Vermögenswerten in der Verfügungsmacht einer PEP (und von deren "Umfeld") in der Schweiz verfügen,²² wenn auf *Rechtshilfeersuchen* des Herkunftsstaates einer PEP²³ die *vorläufige Sicherstellung* verfügt worden ist,²⁴ der Herkunftsstaat die Anforderungen an ein förmliches *Rechtshilfeverfahren* wegen "Versagens staatlicher Strukturen" (bzw. des Justizsystems) *nicht erfüllen* kann²⁵ und die "Wahrung der Schweizer Interessen"²⁶ (insbes. aussenpolitisch-humanitärer Art) die Sperrung erfordert (Art. 2 RuVG). Die Sperrung wird hinfällig, wenn innert 10 Jahren nach Eintritt der Rechtskraft der Sperrungsverfügung kein Einziehungsverfahren nach RuVG eingeleitet wurde (Art. 3 RuVG).²⁷ Der Bundesrat kann das EFD beauftragen, vor dem Bundesverwaltungsgericht eine *Klage auf Einziehung* gesperrter (unrechtmässig erworbener) Vermögenswerte zu erheben.²⁸ Die Einrede der *Strafverfolgungsverjährung* ist ausgeschlossen.²⁹ Bei einer Wiederaufnahme des ursprünglich eingeleiteten *Rechtshilfeverfahrens* wird das Einziehungsverfahren nach RuVG ausgesetzt (Art. 5 RuVG).³⁰ Unter gewissen Voraussetzungen wird der *unrechtmässige* Erwerb der gesperrten Vermögenswerte *vermutet* (Art. 6 RuVG).³¹

Abgerundet wird die hervorragende Arbeit (in Kap. 4) mit vertiefenden Ueberle-

22 Dazu S. 48 f.

23 Definitionen der PEP und ihres Umfeldes gemäss Art. 2 lit. b RuVG.

24 Vgl. S. 48 f.

25 Dazu S. 49-51.

26 Vgl. S. 51.

27 Vgl. S. 51.

28 Vgl. S. 51 f.

29 Vgl. S. 55 f.

30 Vgl. S. 57.

31 Dazu S. 51-55 und S. 62-64. Die Problematik der *Unschuldvermutung* bei der Umkehr der Beweislast betreffend (un-)rechtmässigen Erwerb wird m.E. von einem Teil der Lehre verkannt. Selbst bei Einziehungen als strafrechtliche Sanktion wird dem Betroffenen nicht etwa die Beweislast für seine *strafrechtliche Unschuld* auferlegt; vielmehr werden (bei orgKrim und Potentaten aus hochkorrupten Regimes) qualifizierte Beweisregeln zur Frage der *legalen Herkunft* von Vermögensgegenständen aufgestellt. Das ist nicht das gleiche, zumal die Einziehung von Deliktserlös *keine individuelle strafrechtliche Schuld* von Betroffenen voraussetzt.

gungen zu themenspezifischen juristischen Fragen³² und mit einer zusammenfassenden Schlussbetrachtung (S. 72 f.). Die Bearbeiterin weist überzeugend nach, dass die Schweiz auch in den jüngsten Fällen des "arabischen Frühlings" als konsequente *Vorreiterin* bei der Sperrung von Potentatengeldern aufgetreten ist und dass es Gründe gibt, daran zu zweifeln, ob andere wichtige *Finanzplätze* (in der EU, den USA, Singapur, Hongkong sowie diversen "Off-Shore"-Territorien wie den Bahamas etc.) auch nur annähernd intensive Anstrengungen unternehmen wie die Schweiz.³³

Prof. Dr. Marc Forster/16.07.2012

32 Insbes. zur Tragweite von Art. 184 Abs. 3 BV in PEP-Fällen (Kap. 4.1), zu den Implikationen und Konsequenzen für den Schweizer *Finanzsektor* (Kap. 4.3), zum Erfordernis *global* anwendbarer PEP-Regeln (Kap. 4.5) oder zur Grundrechtsproblematik insbes. des Verfahrens nach RuVG (Kap. 4.2). Der in der Literatur vorgebrachte Einwand, das Verfahren nach RuVG ermögliche einseitige "Rechtshilfe" der Schweiz gegenüber Staaten, welche die Grundrechte missachten bzw. keine Rechtsstaatlichkeit gewährleisten (S. 61), überzeugt nicht. Er wirkt sogar zynisch, zumal es regelmässig gerade die fraglichen (sich illegal bereichernden) *Potentaten* sind, welche die Verantwortung für den "Mangel an Rechtsstaatlichkeit" im Herkunftsland tragen. Im *Anhang* der Arbeit (S. 74-89) finden sich diverse vertiefende Dokumentationen (internationale PEP-Definitionen mit einem Vergleich zum Schweizer Recht sowie Detailinformationen zu wichtigen PEP-Fällen).

33 Vgl. S. 69-73. "Clearly, with such an individual approach, questionable assets will soon exit Switzerland. Unfortunately, it appears that other states do not have such a thin skin with regard to questionable assets" (S. 73).