

# Der Einfluss des internationalen Rechts auf das Schweizer Strafrecht

MARK PIETH\*

---

\* Prof. Dr. iur., Ordinarius für Strafrecht an der Universität Basel



## Inhaltsverzeichnis

A.	Die Herausforderungen . . . . .	237
B.	Kriminalisierung ohne kriminalpolitisches Konzept . . . . .	240
C.	Methoden der internationalen Strafrechtsharmonisierung . . . . .	241
	I. Traditionelle Regulierungs- und Durchsetzungsmechanismen . . . . .	241
	1. Rechtsetzung . . . . .	241
	2. Durchsetzung . . . . .	242
	II. «Soft law» . . . . .	242
	1. Rechtsetzung . . . . .	243
	2. Durchsetzung . . . . .	244
D.	Wirtschaftsstrafrecht . . . . .	244
	I. Geldwäscherei . . . . .	245
	1. Regulierungsbedürfnis . . . . .	245
	2. Entwicklung der internationalen Regulierungsinstrumente . . . . .	246
	3. Internationale Durchsetzung der Standards . . . . .	247
	4. Selbstregulierung . . . . .	248
	a. Die Sorgfaltspflichtvereinbarung der Schweizer Banken (VSB) . . . . .	248
	b. Die Wolfsberg Principles . . . . .	248
	5. Nationale Umsetzung . . . . .	249
	a. Strafrecht . . . . .	249
	aa. Art. 305 <sup>bis</sup> StGB . . . . .	250
	bb. Art. 305 <sup>ter</sup> Abs. 1 StGB . . . . .	251
	cc. Einziehungsrecht . . . . .	251
	dd. Unternehmenshaftung . . . . .	252
	ee. Rechtshilferecht . . . . .	252
	b. Verwaltungsrecht . . . . .	252
	aa. Aufsichtsorgane . . . . .	252
	bb. Pflichten der Finanzdienstleister . . . . .	253
	c. Verzahnung der Rechtsgebiete . . . . .	254
	II. Korruption . . . . .	254
	1. Motive der Regulierung . . . . .	255
	2. Internationale Instrumente . . . . .	255
	a. OECD . . . . .	255
	b. EU . . . . .	257
	c. Europarat . . . . .	257
	d. UNCAC . . . . .	257
	e. G20/B20 . . . . .	258
	3. «Hard law» oder «soft law»? . . . . .	258
	4. Selbstregulierung . . . . .	259
	a. Generische Regulierung . . . . .	259
	b. «Collective Action» . . . . .	260
	5. Nationale Umsetzung . . . . .	261
	a. Anpassung der Straftatbestände . . . . .	262
	b. Unternehmenshaftung . . . . .	263
	c. Einziehung . . . . .	265
	III. Schlussfolgerungen aus den Beispielen: «Ko-Regulierung» . . . . .	267
E.	Das Verhältnis der Schweiz zur EU . . . . .	268
	I. Sektorielle «Assoziierung» statt Beitritt . . . . .	268

II.	Die Schengen-Assoziierung . . . . .	270
III.	Das Betrugsbekämpfungübereinkommen . . . . .	271
IV.	Einschätzung des Assoziierungsmodells . . . . .	272
F.	Der Solidaritätsgedanke im internationalen Strafrecht . . . . .	273
I.	Grundsätze des Völkerstrafrechts . . . . .	274
1.	Der Ausbau des Völkerstrafrechts . . . . .	274
2.	Die Teilnahmelehre . . . . .	274
a.	Joint Criminal Enterprise (JCE) . . . . .	275
aa.	«JCE I» . . . . .	275
bb.	«JCE II» . . . . .	275
cc.	«JCE III» . . . . .	275
b.	«Command Responsibility» . . . . .	276
3.	Der Einfluss des Völkerstrafrechts auf das nationale Recht . . . . .	276
II.	«Recht ohne Grenzen»? . . . . .	277
1.	Strafanwendungsrecht . . . . .	277
2.	Die Grenzen des Schweizer Strafrechts . . . . .	278
a.	Im Bereich der Haftungsvoraussetzungen . . . . .	279
aa.	Individualhaftung . . . . .	279
bb.	Verbandshaftung . . . . .	279
b.	Im Bereich des Strafanwendungsrechts . . . . .	280
aa.	Individualhaftung . . . . .	280
bb.	Verbandshaftung . . . . .	281
c.	Strafprozessrechtliche Fragen . . . . .	281
III.	Potentatengelder . . . . .	282
1.	Die Ausgangslage . . . . .	282
2.	Das Verfahren nach RuVG . . . . .	283
a.	Die Vermögenssperre . . . . .	283
b.	Einziehungsverfahren . . . . .	283
c.	Rückwirkung . . . . .	284
3.	Kritik . . . . .	284
G.	Die Auswirkungen der EMRK auf das Schweizer Straf- und Strafprozessrecht . . . . .	285
I.	Die EMRK . . . . .	285
II.	EMRK und Strafprozessrecht . . . . .	285
1.	Geschichtliche Entwicklung . . . . .	285
2.	Die Schweizerische StPO und die EMRK . . . . .	287
III.	EMRK und Verwahrung . . . . .	289
1.	Das «dualistisch-vikariierende» Prinzip des Sanktionenrechts . . . . .	289
2.	Die Verwahrungsmassnahme . . . . .	290
3.	Völkerrecht vs. Volksrechte? . . . . .	292
H.	Schlussbemerkungen . . . . .	293

## A. Die Herausforderungen

Die Schweiz steht nicht isoliert da. Sie ist wirtschaftlich, kulturell und sozial stark mit dem Ausland verflochten. Das traditionelle Modell des souveränen Staates, der den Nachbarn bei Bedarf beisteht, im Übrigen aber sich selbst genügt, passt selbst im Strafrecht, wo das nationale Gewaltmonopol noch am längsten hochgehalten wurde<sup>1</sup>, nicht mehr. Die Schweiz wird auch strafrechtlich in mancherlei Beziehung in Pflicht genommen:

Mit der Intensivierung der wirtschaftlichen Globalisierung seit den 1970er Jahren ist eine Öffnung der Grenzen einhergegangen. Der freie Personen-, Waren- und Dienstleistungs-Verkehr, zumal mit den EU-Staaten, ist für die Schweizer Wirtschaft essentiell. Zugleich aber birgt die Öffnung auch Risiken. Die Schweiz zieht Personen an, die aus sehr bedrängten Verhältnissen stammen und versuchen – nicht immer mit legalen Mitteln – zu Geld zu kommen. In einem weiteren Sinne wird die Schweiz aufgrund der Liberalisierung mit Formen fremder Kriminalität konfrontiert: Während bei uns der Begriff «organisierte Kriminalität» umstritten war<sup>2</sup> und Zweifel am Regulierungsbedarf bestanden<sup>3</sup>, ist heute unzweifelhaft, dass es Weltgegenden gibt, in denen kriminelle Organisationen die staatlichen Strukturen ausmanövrieren können. Sie etablieren quasi einen Staat im Staat<sup>4</sup>. Insbesondere Schweizer Finanzintermediäre haben ihre Institutionen solchen Organisationen zur Verfügung gestellt (man denke an Finanzdienstleistungen für die italienische Mafia<sup>5</sup> oder kolumbianische Drogenkartelle<sup>6</sup>). Damit wurden wir zwangsläufig zum Teil des illegalen internationalen Wirtschaftskreislaufes.

Die Länder der EU sind die stärksten Wirtschaftspartner der Schweiz.<sup>7</sup> Auch wenn die Schweiz nicht EU-Mitglied ist, sind ihre Beziehungen zur EU intensiv. Das EU-Recht, einschliesslich des Strafrechts, ist daher für Exporteure und Importeure gleichermaßen von Bedeutung. Zudem versteht sich, dass die EU ein Interesse daran hat, in ihrem Zentrum einen verlässlichen Kooperationspartner zu haben, zumal wenn es sich um den Schutz des EU-Budgets vor Schmugglern, Betrügern und Steuerhinterziehern geht. Nach einer langen Phase, in der die Schweiz – es muss gesagt werden – solchen Schmugglern und Steuerhinterziehern aus dem EU-Raum Unterschlupf gewährt hat<sup>8</sup>, ist ein komplexes bilaterales Vertragswerk entstanden, in dem sich die ungleichen Partner Beistand verspre-

1 CAPUS 2010, S. 5 ff.

2 BESOZZI 2002, S. 71 ff., ESTERMANN et al. 2002; VEST 1994, S. 125 ff.

3 ROULET 1997.

4 HASSEMER 1993, S. 664 ff.; PIETH 2009, S. 8.

5 BERNASCONI 1985, S. 345 ff.

6 Div. Rechtshilfeersuchen der USA an die Schweiz gegen Ende der 1980er Jahre.

7 Integrationsbüro EDA/EVD, Bilaterale Abkommen Schweiz-Europäische Union, Faktenblätter, Ausgabe Juli 2007, S. 9 f.

8 Medienmitteilungen BJ, 28. November 2000 und 29. Juni 2001; NZZonline vom 20. Februar 2008.

chen. Ein wichtiger Teil der sogenannten «Bilateralen II» betrifft die Rechts- und Amtshilfe in Strafsachen.

Auch jenseits der unmittelbaren Nachbarn gehört die Schweiz verschiedenen internationalen Organisationen an, die danach streben, aufgrund der Anerkennung gemeinsamer Grundregeln, die Kooperation zu stärken. Im Rahmen des Europarates wurden die essentiellen Grundrechte definiert (EMRK). Sie werden mithilfe des Europäischen Gerichtshofes für Menschenrechte (EGMR) in einem dynamischen Prozess durchgesetzt. Die EMRK ist in der Schweiz direkt anwendbar und sie übt einerseits erheblichen Einfluss insbes. auf den Strafprozess aus. Dies ist anlässlich der Vereinheitlichung der Schweizerischen Strafprozessordnung deutlich geworden. Andererseits entstehen immer wieder Spannungen zwischen dem Völkerrecht und dem nationalen Recht, zumal wenn die Schweizer Behörden zulassen, dass völkerrechtswidrige Volksbegehren zur Abstimmung gelangen.

Bisherige Versuche der internationalen Strafrechtsvereinheitlichung blieben aber bescheiden.<sup>9</sup> Demgegenüber waren Harmonisierungsbestrebungen, die mit Hilfe internationaler Abkommen Standards definierten, die dann – unter Respektierung eines gewissen Umsetzungsspielraumes – ins nationale Recht übersetzt wurden, erfolgreicher. Unter Ländern, die sich vertraut sind (insbesondere innerhalb der EU), wird vorerst die materiellrechtliche Vereinheitlichung durch die Anerkennung<sup>10</sup> auf der Durchsetzungsebene ersetzt.

Die wirtschaftliche Globalisierung hat aber bisher die starken Spannungen zwischen den armen und den reichen Ländern sowie die Spannungen zwischen arm und reich innerhalb der Entwicklungsländer nicht beseitigt. Sowohl im West-Ost- wie im Nord-Süd-Gefälle stecken erhebliche politische und auch strafrechtsrelevante Risiken: Typischerweise sind Entwicklungsstaaten und auch Schwellenländer institutionell schwach, obwohl sie vielfach über wertvolle Bodenschätze<sup>11</sup> verfügen oder interessante Exportmärkte darstellen. Die Industrienationen und die bei ihnen domizilierten Unternehmen sind einem harten Konkurrenzkampf um Märkte und um den Zugang zu Rohstoffen ausgesetzt. Das ganz reale Risiko besteht, dass sie ihre Konkurrenten mit unlauteren Wettbewerbsmethoden, einschliesslich der Korruption ausländischer Amtsträger, ausstechen.

Eine Vielzahl weiterer Formen grenzüberschreitender Wirtschaftsdelinquenz veranlasst die Schweiz – im Interesse eines geordneten internationalen Handels – international angepasstes Recht zu schaffen (man denke an die klassischen Begehrensformen wie Grossbetrügereien, Insidertransaktionen oder *cyber crime*).

Als präferiertes Domizil von Multinationalen Unternehmen und Holding Gesellschaften, aber auch als einer der grossen Finanzplätze der Welt, der legale wie illegale Transaktionen bedient, ist die Schweiz weiteren erheblichen

9 DELMAS-MARTY 1997, S. 12 ff.; PIETH 1997, S. 766 ff.

10 GLESS 2011, S. 134 f.

11 ERKLÄRUNG VON BERN 2011.

Risiken ausgesetzt. Das geltende Strafrecht ist in mancher Weise diesen neuen Herausforderungen nicht gewachsen, da es auf Individualitäten von überwiegend desozialisierten Delinquenten ausgerichtet ist. Wirtschaftsstrafrecht, einschliesslich der Haftung des Unternehmens<sup>12</sup>, der Einziehung<sup>13</sup>, neuer Tatbestände<sup>14</sup> und entsprechender Prozessformen<sup>15</sup> sind über weite Strecken *terra incognita*. Als besonders schwierig erweist sich dabei der rechtliche Umgang mit Straftaten, begangen in Tochtergesellschaften im Ausland. Das Strafanwendungsrecht entspricht dem klassischen souveränen Nationalstaat und ist auf internationale Solidarität nur marginal ausgerichtet.<sup>16</sup> Der Grundsatz «*Strafrecht ohne Grenzen*» bleibt vorerst politische Forderung.<sup>17</sup>

Die Spannungen im Osten oder im Süden sind noch keineswegs behoben. Immer wieder brechen Bürgerkriege aus; es kommt zu schwersten Menschenrechtsverletzungen. Die Staatengemeinschaft hat sich, ein halbes Jahrhundert nach den Nürnberger Prozessen, unter dem Eindruck der Massaker in Ex-Jugoslawien und Ruanda<sup>18</sup> dazu durchgerungen, erst ad hoc-Tribunale und dann einen ständigen Internationalen Strafgerichtshof (ICC<sup>19</sup>) für grobe Menschenrechtsverletzungen ins Leben zu rufen. Er nimmt seine Verantwortung der komplementär zu den territorial zuständigen Ländern wahr. Die Schweiz hat die Gründung unterstützt. Sie schuldet der Staatengemeinschaft aber auch durch fallbezogene Kooperation mit dem ICC<sup>20</sup> und durch Erlass eines nationalen Völkerstrafrechts<sup>21</sup> Beistand.

Spät ist erkannt worden, dass der Finanzplatz auch von Diktatoren, die ihre Mittel durch ungetreue Amtsführung oder Bestechung erlangt haben, missbraucht wird. Vielfach kommen hier die beschriebenen Probleme zusammen: Brutale Gewaltherrscher (wie Abacha in Nigeria<sup>22</sup> oder Duvalier in Haiti<sup>23</sup>) plündern typischerweise auch die Staatskasse systematisch aus. Die Schweiz hat sich nach einigen schwierigen Erfahrungen der Vergangenheit<sup>24</sup> dazu durchgerungen, pro-aktiv zu intervenieren, wenn es einem *failed state* schwer fällt, die veruntreuten Gelder mit eigenen Kräften wieder zu beschaffen.<sup>25</sup>

---

12 S.u. D.II.5.b.

13 S.u. D.I.5.a.cc. und II.5.c.

14 Insbes. das Börsenstrafrecht, Computertatbestände, aber auch die Geldwäscherei.

15 Vgl. interne Untersuchungen durch Unternehmen und Absprachen im Strafprozessrecht.

16 S.u. F.II.1.

17 Vgl. [www.rechtohnegrenzen.ch](http://www.rechtohnegrenzen.ch).

18 GLESS 2011, S. 202 f., 207 f.; SATZGER 2010, S. 240 ff.

19 GLESS 2011, S. 209 ff.; SATZGER 2010, S. 247 ff.

20 Vgl. das BG über die Zusammenarbeit mit dem Internationalen Strafgerichtshof (ZISG) vom 22. Juni 2001, SR 351.6.

21 BG über die Änderung von Bundesgesetzen zur Umsetzung des Römer Statuts des Internationalen Strafgerichtshofs vom 18. Juni 2010 (AS 2010 4963).

22 DANNACHER 2012, S. 14 ff.; MONFRINI 2008, S. 41 ff.; DANIEL/MATON 2008, S. 63 ff.

23 DANNACHER 2012, S. 22 ff.

24 Zum Fall Marcos: SALVIONI 2008, S. 79 ff.

25 Vgl. unten F.III.

## B. Kriminalisierung ohne kriminalpolitisches Konzept

Strafrecht wird vielfach als relativ einfache Option der Rechtsvereinheitlichung gesehen. Es ist zutreffend, dass etlichen der oben erwähnten Erscheinungen nur mit Strafrecht beizukommen ist. Allerdings sind die klassischen Konventionen (und erst recht die stark handlungsorientierten Formen des internationalen *soft law*<sup>26</sup>) einseitig auf Kriminalisierung ausgerichtet. Selbst wenn, fast mantra-artig, in den Texten der EU, des Europarates und auch der OECD, *effective, proportionate and dissuasive sanctions* verlangt werden<sup>27</sup>, liegt das Hauptgewicht auf der Effizienz. Kaum je wird die *proportionality*, im Sinne des landesrechtlichen Verhältnismässigkeitsprinzips, das heisst als Begrenzungsinstrument, verstanden. In der eindimensionalen Kriminalisierungsforderung steckt das Risiko der Disproportionalität und gerade die demokratisch schwach abgestützten Task Forces<sup>28</sup>, die etwa zu Terrorfinanzierung, Geldwäsche und organisiertem Verbrechen im Eilzugtempo Regeln erlassen, sind an einem ausgewogenen Zugang auch nicht besonders interessiert.

Dabei lehrt uns die Erfahrung aus der nationalen Beschäftigung mit Strafrecht, dass Kriminalisierung und Entkriminalisierung stets zusammengedacht werden müssen: Die *ultima ratio*-Tradition der Aufklärung<sup>29</sup> ist eng verhängt mit anderen liberalen Grundsätzen, wie dem Präzisionsgebot, dem Rückwirkungsverbot und dem *ne bis in idem*-Prinzip.<sup>30</sup> Wer kriminalisiert, muss im Grunde immer schon das Ausstiegsszenario der Entkriminalisierung mitbedenken. Dies ist eine Erfahrung, die wir etwa im Betäubungsmittelrecht erst mühsam machen mussten.<sup>31</sup> Um es auf einen Nenner zu bringen: Kriminalisierung mag sektoriell notwendig sein, sie muss allerdings Ausdruck eines kriminalpolitischen Konzeptes sein. Wenn dazu auf den ersten Blick Internationale Organisationen schlecht in der Lage scheinen, weil sie auf schlichte politische Ja-nein-Entscheide und auf Aktion ausgerichtet sind, muss man allerdings bedenken, dass sich etwa der Europarat<sup>32</sup> und in Ansätzen auch die EU<sup>33</sup> durchaus (kriminal-)wissenschaftliche Beratungsgremien leisten. Ein glaubwürdiges kriminalpolitisches Konzept müsste – auch auf internationaler Ebene – vorab präventive und repressive Massnahmen in Beziehung setzen. Strafrecht muss auch international *ultima ratio* bleiben. Im Rahmen der Sanktionen müssten sodann die Leistungsfähigkeit und die Legitimation von Strafrecht im Vergleich zu sei-

26 S.u. C.II.

27 Europarat, Strafrechtsübereinkommen über Korruption, 27.1.1999, SEV Nr. 173, Art. 19 s. 1; Art. 3 s. 1 OECD Convention on Combating Bribery of Foreign Public Officials in International Business Transactions of 17 December 1997.

28 MEYER 2012, S. 809 ff.

29 LÜDERSSEN 1998, S. 25 ff.

30 Art. 11 StPO.

31 Vgl. ALBRECHT 2007, S. 11 ff.

32 European Committee on Crime Problems.

33 ECPE; vgl. Manifest zur Europäischen Kriminalpolitik, ZIS 2009, S. 697 f.

nen (privatrechtlichen und verwaltungsrechtlichen) Alternativen diskutiert werden. Entgegen verbreiteter Auffassung ist die Lösung ernsthafter gesellschaftlicher Probleme aber selten in einem Entweder-oder-Verhältnis von Strafrecht und nichtstrafrechtlichen Alternativen<sup>34</sup> zu suchen. Eine holistische Betrachtung<sup>35</sup> des Sanktionenrechts kommt der Praxis viel näher (so wird z.B. bei Bestechung durch Unternehmen im Vergabewesen häufig neben strafrechtlichen Folgen die Aussperrung von künftigen Aufträgen greifen. Sie ist für das Unternehmen regelmässig bedeutsamer als eine reine Geldstrafe).

### C. Methoden der internationalen Strafrechtsharmonisierung

Die Methoden der internationalen Strafrechtsharmonisierung werden bisher wissenschaftlich noch wenig diskutiert. Dabei ist ihr Einfluss auf die nationale Rechtsentwicklung beachtlich.<sup>36</sup> Es ist erkannt worden, dass gegenüber den Methoden des Völkerrechts ein Paradigmenwechsel eingesetzt hat. Wenn in der Lehre gelegentlich von «transnationalem Strafrecht»<sup>37</sup> gesprochen wird, beschränkt sich der Wandel nicht auf die Erweiterung des klassischen Instrumentariums der internationalen Vereinbarung und ihrer Durchsetzungsmechanismen um Formen des *soft law*. Vielmehr müssen rechtlich verbindliches Konventionsrecht, bloss verbindliche Empfehlungen und auch neue Formen der Evaluation durch Gleichgestellte (*peer evaluation*) als Gesamtheit betrachtet werden.

#### I. Traditionelle Regulierungs- und Durchsetzungsmechanismen

##### 1. *Rechtsetzung*

Die traditionellen Wege internationaler Rechtsetzung sind zwar langatmig, sie vermitteln dafür aber erhöhte demokratische Legitimation.<sup>38</sup> Konventionen müssen ausgehandelt und von Mitgliedstaaten unterzeichnet, von den nationalen Parlamenten ratifiziert und anschliessend umgesetzt werden. Staatsvertragsrecht wird daher im Konsens beschlossen, gilt *inter partes* und bedarf zur Änderung oder Ergänzung wiederum einer Einigung. Ausgelegt wird es mit Hilfe des Wiener Vertragsrechtes.<sup>39</sup> Während der Europarat oder die UNO auf diesem Weg wesentlich zur Rechtsvereinheitlichung beigetragen haben, waren die Wege der Rechtsetzung in der EU vor dem Lissabon-Vertrag uneinheitlich: Im

34 HASSEMER 1995, S. 489.

35 PIETH 2002, S. 318 f.

36 MEYER 2012, S. 35 f.

37 MEYER 2012, S. 37.

38 MEYER 2012, S. 936 f.

39 Wiener Übereinkommen über das Recht der Verträge, SR 0.111.

Rahmen der sog. «Ersten Säule» konnte der Rat Recht zur Herbeiführung des gemeinsamen Wirtschaftsraumes setzen, das keiner nationalen Ratifikation bedurfte. In diesem Rahmen hatte der Rat die Zuständigkeit, Verwaltungsstrafrecht zum Schutze des freien Marktes (Kartellrecht) und zur Bekämpfung der Betrügereien (insbes. durch Schaffung von OLAF<sup>40</sup>) zu erlassen. Die «Dritte Säule», zu der auch der Bereich der «Polizeilichen und Justiziellen Zusammenarbeit in Strafsachen» (PJZS)<sup>41</sup> gehörte, wurde erst mit Hilfe von traditionellem intergouvernementalem Recht entwickelt (so z.B. die Übereinkommen über die Betrugsbekämpfung<sup>42</sup>). Während schon vorher mit der Figur des «Rahmenbeschlusses» Ansätze zur Supranationalität bestanden, hat die EU seit dem Lissaboner Vertrag einerseits ihren Rechtsetzungsprozess demokratisiert<sup>43</sup>, andererseits aber die direkte Schaffung von Strafrecht innerhalb der EU erleichtert.<sup>44</sup> Auf die Schweiz hat dieser Wandel allenfalls indirekt im Rahmen des *Schengen Acquis* Auswirkungen.

## 2. Durchsetzung

Auf Durchsetzungsebene muss prinzipiell die supranationale Gerichtsbarkeit (die erst in Ansätzen besteht) von der Umsetzung eines internationalen Instrumentes durch Mitgliedsstaaten unterschieden werden. Klassischerweise sind die Vertragsstaaten eines internationalen Abkommens für die Durchsetzung verantwortlich. Streitigkeiten unter Staaten werden im Rahmen besonderer Streitbeilegungsverfahren behandelt, die im Vertragswerk vorgesehen sein können. Allenfalls wird der Internationale Gerichtshof (IGH) in Den Haag befasst. Die Auslegung der Staatsverträge erfolgt mit Hilfe des Wiener Vertragsrechtes (insbes. Art. 31 f. der Wiener Vertragsrechtskonvention<sup>45</sup>). Allerdings darf man die internationale Durchsetzungskraft von klassischem Staatsvertragsrecht gegenüber unwilligen Staaten, die entweder die Regeln nicht in ihr Recht übersetzen oder sie nicht anwenden, nicht überschätzen. Vielfach werden daher, jedenfalls auf der Durchsetzungsebene, Methoden des *soft law* zu Hilfe genommen.

## II. «Soft law»

*Soft law* kann auf multinationaler, auf nationaler oder sub-nationaler Ebene von staatlichen Behörden erlassen oder von Privaten vereinbart werden. Das Spekt-

40 GLESS 2011, S. 146 ff.; SATZGER 2010, S. 185 f.

41 GLESS 2011, S. 128 ff.

42 Convention drawn up on the basis of Article K.3 of the Treaty on European Union, on the Protection of the European Community's Financial Interests (OJ C316, 27/11/1995, pp. 49–57).

43 GLESS 2011, S. 131.

44 GLESS 2011, S. 144 f.; SATZGER 2010, S. 100.

45 S.o. Anm. 39.

rum der Formen ist weit.<sup>46</sup> Es reicht von schlichten Erklärungen, *Action Plans*, Schlussakten von Regierungskonferenzen bis hin zu Beschlüssen oder Empfehlungen (*Recommendations*), die politische Verbindlichkeit beanspruchen. Privaten Texten wird bisweilen internationale oder auch (nationale) staatliche Anerkennung zuteil. Damit etablieren sich zunehmend Zwischenformen staatlicher und privater Regulierung.<sup>47</sup>

### 1. *Rechtsetzung*

*Pressure Groups*, die an schneller Regulierung interessiert sind (z.B. der G7, G8 oder G20), bestellen technische Foren (*Task Forces*) mit handverlesenen Mitgliedern<sup>48</sup> oder nutzen existierende internationale Foren<sup>49</sup> zu möglichst rascher Regulierung beschränkter Themenfelder (z.B. Geldwäsche, Korruption, Finanzierung des Terrorismus, organisiertes Verbrechen, Betäubungsmittelhandel etc.). Die *Task Forces* bewegen sich frei zwischen den Regulierungswelten; typischerweise erlassen sie Empfehlungen, sie können aber auch Staatsverträge ausarbeiten. Soweit sie politisch (und nicht rechtlich verbindliche) Rechtsformen wählen, müssen sie sich zwar mit Einstimmigkeit auf einen Text einigen, es bedarf aber keiner landesrechtlichen Ratifikation; es wird lediglich erwartet, dass die Mitgliedstaaten die Regeln selbständig umsetzen. Während in der Welt des *hard law* die Änderung, Ergänzung oder Aufhebung des Staatsvertrags formell geregelt ist und Staatsverträge durch Zusatzprotokolle mit Einstimmigkeit der Vertragsstaaten und anschliessender nationaler Ratifikation durch die Mitgliedstaaten ergänzt werden, mutieren die *task forces* gelegentlich unversehens zu supranationalen Regulierungsgremien: Wie gleich ausgeführt wird<sup>50</sup>, findet etwa die Rechtsfortbildung der Korruptionsregeln in der OECD (obwohl im strafrechtlichen Bereich durch Staatsvertrag geregelt) nicht über Zusatzprotokolle, sondern über Ratsempfehlungen und Evaluationen einzelner Staaten statt. Die Kritik und «Empfehlungen» der Evaluationsgruppe an ihren Mitgliedstaaten werden mit «Einstimmigkeit minus eins» beschlossen. Die Praxis passt damit den Standard laufend neuen Gegebenheiten an. Ausdruck der «*de facto* Supranationalität»<sup>51</sup> ist auch, dass Mitgliedstaaten aufgefordert werden, bestimmte Straffälle an die Hand zu nehmen und ordnungsgemäss zu behandeln.

Internationales *soft law* entsteht oftmals nicht im klassischen demokratischen Prozess der Verhandlungen einer Konferenz der Mitgliedstaaten (*Conference of State Parties*), allerdings haben die Zivilgesellschaft und der Privatsek-

46 PETERS 2008, S. 130 ff.

47 PIETH 2002, S. 325; s.u. D.III.

48 So die FATF on Money Laundering, dazu unten D.I.2.

49 So die OECD Working Group on Bribery; dazu unten D.II.2.a.

50 S.u. II.3.

51 MEYER 2012, S. 908.

tor typischerweise ein gewichtigeres Wort mitzureden als bei traditionellen internationalen Regulierungsformen.<sup>52</sup> Zudem werden gelegentlich privat verhandelte Instrumente auch auf internationaler Ebene als wegweisend anerkannt.

## 2. Durchsetzung

*Soft law* zählt zur Durchsetzung der Regeln auf die nationale Justiz, bei privaten Erlassen u.U. auch auf besondere Schiedsgerichte.<sup>53</sup> Vielfach bleibt aber die reine Selbstregulierung in der Umsetzung unzureichend.<sup>54</sup>

Im Laufe der letzten 15 Jahre hat sich allerdings eine wichtige Ergänzung ergeben. Aufbauend auf älteren – und auch sanfteren Formen der *peer review*<sup>55</sup> – wurden vor allem im Bereiche der Geldwäsche und der Korruptionsbekämpfung wesentlich schärfere Formen des Monitoring und der *peer pressure* entwickelt. Sie werden als Modelle moderner integrierter Regulierungsmuster gleich anschliessend beispielhaft dargestellt; dabei interessiert, wie die Entscheidungsfindung international stattfindet und welche Auswirkungen sie aufs nationale (Straf-)Recht hat.

## D. Wirtschaftsstrafrecht

Mit einer erheblichen Zeitverschiebung zum Handelsrecht und zum IPR ist das Bedürfnis der internationalen Rechtsangleichung auch im Strafrecht gewachsen. Die Harmonisierung ist vor allem Konsequenz der Notwendigkeit, mit transnationalen Sachverhalten umzugehen, sei es durch Rechtshilfe im klassischen Sinn oder durch das Bedürfnis der Koordination von grenzüberschreitend geführten Strafverfahren. Bei der Rechtshilfe stehen Fragen der beidseitigen Strafbarkeit, resp. ihrer Ersetzung durch modernere Konzepte<sup>56</sup>, im Vordergrund, bei grenzüberschreitenden Strafverfahren die Anerkennung von im Ausland vorgenommenen Verfahrenshandlungen. Zentral sind dabei Fragen, wie die Verwertbarkeit von Beweisaufnahmen und die Wahrung der Verteidigungsrechte.<sup>57</sup>

In der Sache ist das Spektrum der Herausforderungen weit: Es reicht von Kreditkartenmissbrauch über *cyber crime*<sup>58</sup>, Insidermanipulationen, transnationales organisiertes Verbrechen, Geldwäsche, Korruption, Embargoverletzungen, Terrorismusfinanzierung bis hin zu den klassischeren Formen der interna-

52 Inbes. da sie regelmäßig Teil des Monitoring Prozesses sind.

53 Vgl. zur Sorgfaltspflichtvereinbarung der Schweizer Banken (VSB) unten D.I.4.a.

54 So etwa die Erfahrungen der International Chamber of Commerce mit ihrem Instrument gegen die Korruption von 1977.

55 *Peer review* war bereits geraume Zeit ein klassisches Instrument der OECD.

56 CAPUS 2010, S. 335 ff.

57 GLESS 2011, S. 6f.

58 Übereinkommen über Computerkriminalität, SEV Nr. 185; Medienmitteilung EJPd, 15. September 2011.

tionalen Betrügereien, ungetreuer Geschäftsbesorgung und Konkursdelikten. Als Beispiele zweier integraler Regulierungszyklen werden im Folgenden Geldwäsche und Korruption herausgegriffen, weil sie die Schweiz in besonderer Weise betreffen.

## I. Geldwäscherei

### 1. Regulierungsbedürfnis

Die Geldwäschereiregulierung passt zu einem typischen Handlungsmuster der Schweiz. Aus der Innensicht wurde vielfach beklagt, dass die Schweiz – nach Vorläufern im Insiderhandel<sup>59</sup> und der Rechtshilfe – nun vom Ausland (zumal den USA) auch noch gezwungen werde, Regeln gegen die Geldwäscherei und zur Einziehung von Vermögenswerten, insbesondere von Drogenhändlern, zu erlassen.<sup>60</sup> Die Aussenwahrnehmung weicht davon deutlich ab: Ende der 1980<sup>er</sup> Jahre wurden Schweizer Banken systematisch von Drogenhändlern aus Südamerika zur Anlage ihrer Erträge missbraucht.<sup>61</sup> Wie bereits früher wurde vom Schweizer Gesetzgeber übersehen, dass das Schweizer Territorium für Aktivitäten missbraucht wurde, die andernorts Schäden verursachten (man denke an illegalen Kunsthandel, Waffenhandel, Embargoverletzungen, Steuerbetrug, organisierten Schmuggel, etc.). Von daher gesehen hatte die Schweiz einen Nachholbedarf gegenüber dem entstehenden ausländischen Standard. Allerdings war die Schweiz, insbes. aufgrund ihrer Regelung der Kundenidentifikation, in der Lage, von Anfang an in internationalen Gremien mitzureden.

Die offizielle Schweiz war nicht nur bei den Verhandlungen, die zur Wiener Betäubungsmittelkonvention von 1988<sup>62</sup> führten, präsent (auch wenn sie diese erst geraume Zeit später ratifizieren sollte<sup>63</sup>); 1988/89 war ein Schlüsseljahr für die Geldwäschereibekämpfung: Das *Basel Committee on Banking Supervision* erliess 1988 das *Basel Statement of Principles*, ein *soft law*-Instrument, das aber erhebliche politische Bedeutung erlangen sollte, das sich mit Details zur Kundenidentifikation befasste. Es gelang den Schweizer Bankaufsehern, ihr Konzept, das seit 1977 auf der Basis von Selbstregulierung in der Schweiz galt (die Sorgfaltspflichtvereinbarung der Schweizer Banken, VSB<sup>64</sup>), zu internationalisieren. Die kurz darauf von Frankreich und den USA ins Leben gerufene *Financial Action Task Force on Money Laundering (FATF)*<sup>65</sup> nahm diese Konzepte

59 SCHUBARTH 1984, S. 303 ff.

60 STRATENWERTH 1992, S. 97 ff.

61 Diverse Rechtshilfegesuche der USA an die Schweiz Ende der 1980<sup>er</sup> Jahre.

62 Übereinkommen der Vereinten Nationen gegen den unerlaubten Verkehr mit Betäubungsmitteln und psychotropen Stoffen, 1988, SR 0.812.121.03.

63 Hinterlegung der Ratifikationsurkunde am 14. September 2005: AS 2006, 531.

64 Vereinbarung über die Standesregeln zur Sorgfaltspflicht der Banken (VSB 08), 2008; unten 4.

65 The FATF Recommendations, International Standards on Combating Money Laundering and the Financing of Terrorism & Proliferation, revidiert 1996, 2003 und 2012.

auf und definierte in ihren 40 Empfehlungen von 1990 zum ersten Mal den weltweiten Straf- und verwaltungsrechtlichen Mindeststandard der Geldwäsche-Abwehr. Wiederum war die Schweiz an der Ausarbeitung dieses *soft law*-Instrumentes intensiv beteiligt.<sup>66</sup>

## 2. *Entwicklung der internationalen Regulierungsinstrumente*

Inzwischen haben sich diese Empfehlungen in mehrfacher Hinsicht zur Plattform der Geldwäschebekämpfung entwickelt.

Zunächst auf der Regulierungsebene: Sie wurden etappenweise erweitert (1996, 2003, 2012). Zum einen wurde die Liste der Vortaten zur Geldwäscherei von Betäubungsmittelhandel kontinuierlich auf schwere Straftaten überhaupt (einschliesslich Terrorismus, Vermögensdelikte, Korruption, usw.) und nun auch auf einen weiteren Kreis von mittelschweren Vortaten ausgedehnt. Zudem wurde das Konzept der Geldwäsche (das Verbergen von Werten illegalen Ursprungs) auf atypische Fälle (insbes. die Finanzierung des Terrorismus oder der Herstellung von Massenvernichtungswaffen sowie in jüngster Zeit auch auf Steuerstraftaten) ausgedehnt. Diese Fälle passen bestenfalls analog, sie verfehlen aber gerade das Wesentliche, die unzweifelhaft verbrecherische Herkunft der Mittel.

Zum anderen wurden die aufsichtsrechtlichen Abwehrkonzepte (insbes. die Verpflichtung, den Kunden zu identifizieren, Unklarheiten nachzugehen und Verdacht an eine Meldestelle zu melden) auf weitere Berufsgruppen ausgedehnt. Stand am Anfang Misstrauen gegen die Banken im Vordergrund, wurde der Ansatz mit Hilfe des *gate-keeper*-Bildes salonfähig gemacht: Unter die Pflichten als Finanzdienstleister<sup>67</sup> fällt, wer auf einem privilegierten «Aussichtsposten» sitzt. Das erlaubt, ihn in Pflicht zu nehmen (nunmehr fallen auch Versicherer, Börsenmakler, Spielbanken, Treuhänder und u. U. Anwälte, Notare unter den Begriff des «Finanzintermediärs»<sup>68</sup>).

Schon bald nach 1990 wurde das *soft law*-Konzept der FATF regional und national zu verbindlichem Recht. Wichtig waren dabei die Konventionen des Europarates von 1990<sup>69</sup> und von 2005<sup>70</sup>. Um die Reichweite der Regulierung auch regional auszudehnen, wurde der FATF-Club der ursprünglich zwölf Staaten bald auf die gesamte Mitgliedschaft der OECD ausgedehnt. Es wurden aber auch zusätzliche Staaten aus dem heutigen G20-Bereich aufgenommen. Weiter

---

66 Bereits im dritten Jahr übernahm sie die Präsidentschaft der FATF (1991).

67 FATF Recommendations 2012, Rec. 10 ff.

68 FATF Recommendations, S. 115.

69 Europarat, Übereinkommen über Geldwäsche sowie Ermittlung, Beschlagnahme und Einziehung von Erträgen aus Straftaten, SEV Nr. 141, 8. November 1990.

70 Konvention des Europarates über Geldwäsche, Terrorismusfinanzierung sowie Ermittlung, Beschlagnahme und Einziehung von Erträgen aus Straftaten, SEV Nr. 198, 16. Mai 2005.

wurden sog. Satelliten in weiteren Regionen gebildet (etwa die Caribbean Financial Action Task Force oder GAFISUD für Lateinamerika<sup>71</sup>).

Schliesslich griff die FATF für unwillige Länder zu einem, im Kontext des *soft law* unüblichen Instrument: Es setzte kurzerhand Staaten wie Russland, Israel und Nigeria und weitere kleinere Finanzplätze<sup>72</sup> auf eine «Schwarze Liste» und drohte ihnen, sie vom internationalen Finanzkreislauf auszuschliessen. In einzelnen Fällen (Russland und Israel) erwies sich die Drohung als äusserst motivierend; schon bald waren diese Länder Vollmitglieder der FATF.<sup>73</sup>

### 3. Internationale Durchsetzung der Standards

Die wohl wichtigste Funktion übernahm die FATF aber mit der periodischen Landesprüfung. Zunächst handelt es sich um einen vollständig intergouvernementalen Prozess. Seit einigen Jahren aber werden die Berichte veröffentlicht und dienen den Finanzdienstleistern als Richtwerte für ihre Risikoabschätzung.<sup>74</sup>

In periodischen Abständen wird die Umsetzung der Empfehlungen in allen Mitgliedstaaten evaluiert. In einem zeitintensiven Prozess werden anhand von Fragebögen Daten erhoben. Experten besuchen das betreffende Land und führen Gespräche mit Behördenvertretern (einschliesslich Regulatoren, Staatsanwälten und Richtern), mit Mitgliedern der Finanzbranche und der Zivilgesellschaft.

Der Bericht wird in einer kontradiktorischen Verhandlung des Plenums, in dem die Anträge der Evaluatoren vorgetragen werden und das Land angehört wird, beschlossen. Dabei werden die Berichte stets umfangreicher, technischer und vielleicht auch formaler. Die Empfehlungen in den publizierten Berichten haben zwar keine direkte rechtliche Verbindlichkeit, sie werden aber politisch sehr ernst genommen. Die Staaten müssen in *follow-up* Evaluationen erklären, wie sie die Empfehlungen umgesetzt haben.

Die Schweiz ist 2005 zum dritten Mal und 2009 zum vierten Mal von der FATF evaluiert worden. Der Bundesrat hat die Empfehlungen aufgenommen und dem Parlament entsprechende Anträge zu Gesetzesrevisionen unterbreitet.<sup>75</sup>

---

71 Caribbean Financial Action Task Force (CFATF), Asia/Pacific Group on Money Laundering (APG), Eastern and Southern Africa Anti-Money Laundering Group (ESAAMLG), South American Financial Action Task Force (GAFISUD).

72 Sog. NCCTs, vgl. FATF Criteria for Defining Non-Cooperative Countries and Territories, 14. Februar 2000.

73 Vgl. NZZ vom 20. Juni 2003, S. 23.

74 Vgl. Basel Institute on Governance, The Basel AML Index, Country Risk Ranking.

75 Botschaft zur Umsetzung der revidierten Empfehlungen der Groupe d'action financière (GAFI), 15. Juni 2007, BBl 2007, 6269 ff.; BG zur Umsetzung der revidierten Empfehlungen der Groupe d'action financière vom 3. Oktober 2008, AS 2009, 361.

Die jüngste generelle Anpassung der 40 Empfehlungen der FATF von 2012 schliesslich, dürfte zu einem neuerlichen Regulierungsschub führen, da wiederum neue Vortaten aufgenommen worden sind<sup>76</sup>, insbesondere Schmuggel- und Steuerdelikte.

#### 4. *Selbstregulierung*

##### a. *Die Sorgfaltspflichtvereinbarung der Schweizer Banken (VSB)*

Auf nationaler Ebene hat die Schweizerische Bankier-Vereinigung 1977 die Initiative ergriffen und wichtige Teilfragen geregelt. Nach dem Bankenskandal der SKA von Chiasso<sup>77</sup>, der entscheidende regulatorische Schwächen offenlegte, verpflichtete sich die Gesamtheit der Schweizer Banken, Kunden inskünftig zu identifizieren. Die detaillierten Regelungen der VSB<sup>78</sup> (die seither mehrfach angepasst wurden<sup>79</sup>), sind aber nicht ganz freiwillig erlassen worden: Die Schweizerische Nationalbank und die Eidgenössische Bankenkommission drohten damals mit staatlicher Regulierung.<sup>80</sup> Unkenntnis des Kunden und eines allenfalls dahinter stehenden Berechtigten war nicht nur wegen dem Risiko, Verbrechern behilflich zu sein, problematisch: Unkenntnis der wahren Kunden konnte auch zu einem «Klumpenrisiko» für die Bank führen. Sodann nutzte man die Gelegenheit, der damals offensichtlich verbreiteten aktiven Anwerbung von ausländischen Steuerdelinquenten einen Riegel vorzuschieben.

Das frühe – nationale – Selbstregulierungsinstrument ist auch deshalb von Bedeutung, weil es mit einer Schiedskommission<sup>81</sup> und mit einer Kompetenz zu Konventionalstrafen von bis zu CHF 10 Mio. ausgestattet wurde.

Da die Kundenidentifikation ab 1990 zu einem der Eckpfeiler der internationalen und nationalen Geldwäscheabwehr wurde, anerkannten die Behörden die VSB als Bestandteil einer «hybriden» öffentlich-privaten Regulierung.<sup>82</sup>

##### b. *Die Wolfsberg Principles*

Um Jahre später reagierte die weltweite Finanzbranche auf die stetig ansteigenden Anforderungen, indem sie ein Stückweit das Heft selbst in die Hand nahm: Ursprünglich auf Anregung der Zivilgesellschaft (der Antikorruptions-Nicht-Regierungsorganisation Transparency International und des Basel Institute on Governance<sup>83</sup>), trafen sich Vertreter der zwölf grössten Geschäftsbanken der

76 FATF Recommendations 2012, S. 111 f.

77 BERNASCONI 1981, S. 379 ff.

78 Sorgfaltspflichtvereinbarung der Schweizer Banken von 1977, immer wieder aktualisiert bis 2008.

79 S.o. Anm. 64.

80 Insbesondere der Direktor der Schweizerischen Nationalbank Fritz Leutwiler.

81 FRIEDLI 1990, S. 128 ff.

82 FINMA Sonderbulletin zum Geldwäschereigesetz 1/2011, «Sorgfaltspflichten», S. 289.

83 [www.wolfsberg-principles.com](http://www.wolfsberg-principles.com); PIETH/AIOLFI 2003, S. 359 ff.

Welt und beschlossen einen Standard der Geldwäsche-Prävention. Sie strebten damit gleich mehrere Ziele an: Ungleichen Wettbewerbsbedingungen entgegen zu treten (*leveling the playing field*), sich auf – aus Geschäftsperspektive – sinnvolle und bewältigbare Massnahmen zu konzentrieren (*risk and expectation management*) sowie sich kollektiv als glaubwürdigen Gesprächspartner für die unterschiedlichen nationalen Aufsichtsorgane und die FATF zu präsentieren.

Die Wolfsberg Gruppe kann als Musterbeispiel einer erfolgreichen *Collective Action*<sup>84</sup> oder *multi-stakeholder group*<sup>85</sup> im Bereich Geldwäsche-, Terrorismus- und Korruptionsprävention angesehen werden. Seit ihrer Gründung 1999 trifft sich die Wolfsberg Gruppe vier Mal pro Jahr. Ihre Mitglieder machen ca. 60% des Weltmarktes in der Finanzbranche aus. Einmal pro Jahr öffnet sich die Gruppe zum «Wolfsberg Forum», zu dem Regulatoren sowie ca. 50 weitere Banken eingeladen werden. Die Gruppe hat inzwischen eine Vielzahl von spezialisierten Texten erlassen.<sup>86</sup> Ein Problem, das auch in anderen Bereichen der Selbstregulierung bekannt ist, gilt es aber auch hier zu bedenken: Für die Nicht-Mitglieder ist es allenfalls schwer zu verstehen, dass die Regeln der Wolfsberg Gruppe von nationalen Regulatoren auch auf weitere Geschäftsbanken ausgedehnt werden.<sup>87</sup>

Ihre überzeugendste Leistung hat die Wolfsberg Gruppe vermutlich dadurch erzielt, dass sie die FATF dazu gebracht hat, vom sog. *rule based approach* in der *anti money laundering compliance* zu einem *risk based approach* überzugehen.<sup>88</sup> Der *risk based approach* (RBA) erlaubt es, den Aufwand im Bereich des geringen Risikos (zupal im Alltagsgeschäft) drastisch zu senken und dabei viel Geld zu sparen und sich bei den vertieften Abklärungen vor allem auf Hochrisikosituationen zu konzentrieren.

## 5. Nationale Umsetzung

Die Normen zur Bekämpfung zur Geldwäscherei auf nationaler Ebene finden sich über die klassischen drei Regelungsgebiete verteilt, im Straf-, im Verwaltungs- und im Privatrecht.

### a. Strafrecht

Im Strafrecht sind zunächst zwei neue Tatbestände erlassen worden: zum einen der eigentliche Tatbestand der Geldwäscherei (Art. 305<sup>bis</sup> StGB), zum andern

84 S.u. D.II.4.b.

85 PIETH 2007a, S. 81 ff.

86 The Wolfsberg Trade Finance Principles, 2011; Wolfsberg Statement – Anti-Money Laundering Guidance for Mutual Funds and Other Pooled Investment Vehicles, 2006; Wolfsberg Statement on Monitoring Screening and Searching, 2003.

87 So etwa durch die Monetary Authority of Singapore (MAS) auf sämtliche Geschäftsbanken in Singapur.

88 FATF Recommendations 2012, Interpretive Note zu Rec. 10, H; PIETH/AIOLFI 2003, S. 276 f.

der Tatbestand der «mangelnden Sorgfalt bei Geldgeschäften» (Art. 305<sup>ter</sup> StGB).

aa. Art. 305<sup>bis</sup> StGB

Verständlicherweise begegneten Lehre und Praxis einem Tatbestand, der keine Geschichte hatte und der es nötig hatte, sich der Bildersprache zu bedienen, um deutlich zu machen, worum es ging, mit grosser Skepsis.<sup>89</sup> Die technische Fassung der Schweizer Variante kommt denn auch wesentlich trockener daher. Als Rechtspflegedelikt<sup>90</sup> ist Geldwäscherei im Schweizer Recht als eine Art Sachbegünstigung umschrieben: die Vereitelung der Einziehung. Der objektive Tatbestand setzt voraus, dass «*die Ermittlung der Herkunft, die Auffindung oder die Einziehung von Vermögenswerten*» vereitelt wird, die «*aus einem Verbrechen herrühren*». Der subjektive Tatbestand setzt Vorsatz, einschliesslich *dolus eventualis*, bezogen auf diese Elemente voraus. Im Detail stellen sich viele Einzelfragen sowohl zur Tathandlung<sup>91</sup> wie zur Frage, wie präzise das Wissen des Täters um den verbrecherischen Hintergrund denn eigentlich sein muss<sup>92</sup>. Um sicher zu stellen, dass der Geldwäschetatbestand auch grenzüberschreitende Aktivitäten erfasste, wurde in Art. 305<sup>bis</sup> Ziff. 3 StGB festgehalten, dass der Täter auch bestraft werde, «*wenn die Haupttat im Ausland begangen wurde und diese auch am Begehungsort strafbar ist*».

Anders als in den Nachbarstaaten (etwa Deutschland), hat sich in der Schweiz relativ rasch eine reiche Rechtspraxis zu den Geldwäschetatbeständen ergeben.

Im Laufe der andauernden Nachbesserungen der FATF wurde die Schweiz durch internationalen Gruppendruck veranlasst, den Einzugsbereich der Anlasstaten der Geldwäscherei zu erweitern. Eine Gemengelage der 2003 revidierten FATF-Empfehlungen und Kritik am Schweizer Rechtszustand anlässlich der dritten Evaluation der Schweiz 2005 sowie der Vorarbeiten an den Bilateralen Abkommen mit der EU (insbesondere dem Betrugsbekämpfungsabkommen<sup>93</sup>) bewirkten, dass der Bundesrat 2007 die Erweiterung der Vortaten der Geldwäscherei auf bandenmässigen Schmuggel und qualifizierte Warenfälschung und Produktpiraterie sowie Menschen schmuggel vorschlug.<sup>94</sup> Das entsprechende Gesetz ist am 3. Oktober 2008 vom Parlament verabschiedet worden.<sup>95</sup> Die weitere Forderung nach Aufwertung des Insiderhandels und der

89 DIETZI 2002, S. 67 ff.

90 PIETH 2007b, N 42 zu den Vb. vor Art. 305<sup>bis</sup>.

91 PIETH 2007b, N 35 ff. zu Art. 305<sup>bis</sup>.

92 PIETH 2007b, N 46 ff. zu Art. 305<sup>bis</sup>.

93 S.u.E.III.

94 Botschaft zur Umsetzung der revidierten Empfehlungen der Groupe d'action financière (GAFI), 15. Juni 2007, BBl. 2007, 6269 ff. (6276 ff.).

95 BG zur Umsetzung der revidierten Empfehlungen der Groupe d'action financière vom 3. Oktober 2008, AS 2009, 361.

Kursmanipulation zu Geldwäschereivortaten wurde in einer separaten Vorlage, der Revision des Börsengesetzes<sup>96</sup>, aufgenommen. Qualifizierte Begehungsweisen (bei einem Vermögensvorteil von mehr als einer Million Franken, vgl. Art. 40 Abs. 2 und Art. 40a Abs. 2 BEHG) werden nun neu mit Verbrechenstrafe belegt.<sup>97</sup>

Kaum ist aber die erste Phase der Nachbesserung vollzogen, zeichnet sich am Horizont schon eine weitere ab: Die erneute Revision der FATF-Empfehlungen vom 16. Februar 2012<sup>98</sup> ersucht die Mitgliedsstaaten, auch schwere Steuerdelikte<sup>99</sup> zur Vortat der Geldwäscherei zu erheben. Das Thema passt schlecht zum traditionellen Begriff der Geldwäscherei, der die Herkunft der Mittel aus Verbrechen voraussetzt: Typischerweise stellt hinterzogenes Vermögen legal erworbenes Geld dar, das aber teilweise durch das Steuerdelikt bemakelt wird.<sup>100</sup> Trotzdem ist es ausgemacht, dass jedenfalls der Steuerbetrug zur Vortat der Geldwäsche werden wird.

bb. Art. 305<sup>ter</sup> Abs. 1 StGB

Bei Art. 305<sup>ter</sup> Abs. 1 StGB handelt es sich eigentlich um ein aufsichtsrechtliches Delikt, das deshalb ins Kernstrafrecht übernommen wurde, weil es damals keine einheitliche Aufsichtsbehörde in der Finanzbranche gab.<sup>101</sup>

cc. Einziehungsrecht

Hinzudenken muss man sich zu den Tatbeständen aber das Einziehungsrecht, in der Fassung nach der Reform von 1994, als insbes. die Vermögenseinziehung (in der heutigen Nummerierung Art. 70 StGB) neben der traditionellen Sicherungseinziehung (Art. 69 StGB) erheblich erweitert wurde. Es handelte sich um ein weiteres Anliegen der 1988<sup>er</sup> UN Betäubungsmittelkonvention (Art. 5).<sup>102</sup> Das neue Einziehungsrecht setzt sich auch mit den delikaten Fragen der Einziehung bei Dritten und der Ersatzeinziehung auseinander (Art. 70 Abs. 2 und 71 StGB). Weiter wurde eine Form der Einziehung hinzugefügt, die sonst nur in Ländern wie Kolumbien oder Italien (wo die Bekämpfung des organisierten Verbrechen einen sehr hohen Stellenwert einnimmt) vorkommt: Art. 72 StGB erlaubt es, bei Personen von denen angenommen wird, dass sie sich an einer kriminellen Orga-

---

96 Botschaft zur Änderung des Börsengesetzes (Börsendelikte und Marktmissbrauch), 31. August 2011, BBl 2011, 6918 ff.

97 HASLER 2011, S. 383; PORTMANN/BOCHUD 2012, S. 22 ff.; REINWALD 2011, S. 518 ff.

98 FATF Recommendations 2012.

99 FATF Recommendations 2012, S. 111 f.

100 ACKERMANN 2010, S. 178.

101 PIETH 2002, S. 22.

102 Übereinkommen der Vereinten Nationen gegen den unerlaubten Verkehr mit Betäubungsmitteln und psychotropen Stoffen, 1988, SR 0.812.121.03; Europarat, Übereinkommen über Geldwäsche sowie Ermittlung, Beschlagnahme und Einziehung von Erträgen aus Straftaten, SEV Nr. 141, 8. November 1990.

nisation beteiligt oder sie unterstützt haben, die Verfügungsmacht der Organisation bis zum Beweis des Gegenteils zu vermuten. Dieser Artikel ist viel diskutiert<sup>103</sup> und wenig angewandt worden. Wo er angewandt wurde, geht es aber nicht um die typischen Fälle, für die er geschaffen worden ist (man denke an den Potentatenfall Abacha<sup>104</sup>).

dd. Unternehmenshaftung

Die 2003 eingeführte Unternehmenshaftung (Art. 102 StGB) hat das Geldwäscherecht abermals erheblich verschärft und auch zu ersten Fällen geführt.<sup>105</sup> Die Details werden weiter unten, im Rahmen des Korruptionsrechtes diskutiert.<sup>106</sup>

ee. Rechtshilferecht

Schliesslich definiert das internationale Recht einen Mindeststandard der Rechtshilfe in Geldwäschesachen<sup>107</sup>, dem aber das Schweizer Recht – nach Einführung des Tatbestandes – ohne weiteres entspricht.

b. *Verwaltungsrecht*

aa. Aufsichtsorgane

Zur Prävention und zur Erleichterung der Aufspürung der Geldwäsche enthält das Verwaltungsrecht eine Vielzahl von Normen. Sie sind komplex, weil sie im Laufe der letzten 20 Jahre immer wieder angepasst werden mussten. Eine der Hauptherausforderungen war zunächst, dass nicht die gesamte Finanzbranche reguliert, geschweige denn, einheitlich geregelt war. Anfangs mussten drei Kategorien von Finanzintermediären unterschieden werden: die spezialgesetzlich beaufsichtigten (namentlich die Banken, Versicherungen, Börsenmakler und Spielbanken), dann jene, die bereit waren, für sich selbst eine Selbstregulierungsorganisation (SRO) zu gründen und nur im Grundsätzlichen von der sog. «Kontrollstelle Geldwäscherei» des Finanzdepartementes beaufsichtigt werden mussten (insbes. die Treuhänder, Anwälte, Notare soweit sie als Finanzdienstleister tätig waren). Schliesslich musste eine unbestimmte Vielzahl von weiteren (überwiegend kleinen) Einheiten, die Finanzoperationen vornehmen konnten, der Kontrollstelle direkt unterstellt werden (die DUFI). Dabei kam es bald zu ausgedehnten Konflikten über die Unterstellung etwa von Hoteliers und Tankwarten, die bloss gelegentlich als Geldwechsler auftraten. Daneben gelang es

---

103 Hinweise bei DANNACHER 2012, S. 101 ff.

104 DANNACHER 2012, S. 14 ff.; MONFRINI 2008, S. 41 ff.

105 Vgl. NZZ, 20. April 2011, S. 12: Postfinance Solothurn.

106 S.u. D.5.b.

107 Übereinkommen der Vereinten Nationen gegen den unerlaubten Verkehr mit Betäubungsmitteln und psychotropen Stoffen, 1988, SR 0.812.121.03.

den Rohstoffhändlern (*traders*), sich mit Hilfe des nötigen politischen und wirtschaftlichen Drucks auf das Finanzdepartement, trotz eindeutigem Gesetzestext aus der Geldwäscheregelung zu verabschieden.<sup>108</sup> Erst in der neuesten Runde wird nun daran gedacht, auch die Immobilienhändler den Geldwäscheregelungen zu unterstellen.<sup>109</sup> Mit der Schaffung der vereinheitlichten Finanzmarktaufsicht (FINMA<sup>110</sup>) ist vieles einfacher geworden. Die Aufgabe der integrierten Finanzmarktaufsicht (mit Ausnahme der Spielbankenaufsicht) ist bei einer Behörde konzentriert. Auch die Aufgabe der «Kontrollstelle» ist an die FINMA übergegangen, die nun auch integral für die Umsetzung des GwG verantwortlich ist.<sup>111</sup> Sie hat denn auch gleich mit dem vorher bestehenden «Verordnungssalat» aufgeräumt und eine einheitliche Geldwäschereiverordnung erlassen.<sup>112</sup>

#### bb. Pflichten der Finanzdienstleister

Inhaltlich sind seit 1990 stets dieselben Regeln weiter verfeinert worden. Abgesehen von der Grundregel des *fit and proper conduct* des Finanzdienstleisters, die es der Aufsichtsbehörde erlaubt, einzelne Personen aus der Finanzbranche zu entfernen, die keine Gewähr für ordnungsgemässe Geschäftstätigkeit bieten, stehen vor allem konkrete Vorschriften im Kundenverkehr im Vordergrund:

- die Pflicht, den Kunden (und u.U. auch einen wirtschaftlich Berechtigten sowie allfällige Sitzgesellschaften) nach den detaillierten Regeln der Kunst zu identifizieren,
- die Pflicht, bei unüblichen Transaktionen oder Geschäftsgebaren Klarheit zu suchen,
- soweit die Hintergründe unklar bleiben oder sich Verdacht auf eine Vortat der Geldwäscherei einstellt, Meldung an die Meldestelle (MROS) zu erstatten und die betreffenden Werte vorerst intern zu blockieren,
- die entsprechenden Schritte zu dokumentieren und
- eine formelle Compliance-Funktion einzurichten.

Diese ganz generellen Regeln bestehen in der einen oder anderen Form seit 1990. Sie sind laufend an die internationalen Entwicklungen angepasst worden. Insbesondere die Übernahme des RBA durch die Eidgenössische Bankenkommision (und dann die FINMA) hat zu einer Ausdifferenzierung der Risikoabklärungen geführt.<sup>113</sup>

Im Übrigen divergieren die detaillierten Regelungen je nach Typus von Finanzdienstleistern. Zum Teil sind sie auf der Ebene der Selbstregulierung

108 NZZ am Sonntag, 12.2.2012, S. 28; Tages-Anzeiger, 25. November 2011.

109 Vgl. die Meldung der JuSo vom 8. November 2011 (Standesinitiative eingereicht); Tages-Anzeiger, 25. Oktober 2011; Zentralschweiz am Sonntag, 10. Juli 2011.

110 BG über die Eidgenössische Finanzmarktaufsicht vom 22. Juli 2007 (FINMAG, SR 956.1)

111 Art. 1 FINMAG.

112 Verordnung vom 8. Dezember 2010 der Eidgenössischen Finanzmarktaufsicht über die Verhinderung von Geldwäscherei und Terrorismusfinanzierung (GwV-FINMA, SR 955.033.0).

113 Art. 6 Abs. 1 GwG.

(SRO)<sup>114</sup> anzusiedeln, über die die FINMA lediglich eine Art Oberaufsicht ausübt.<sup>115</sup> Für die spezialgesetzlich beaufsichtigten und die direkt unterstellten Finanzdienstleister bestehen allerdings öffentlich-rechtliche Detailregelungen.<sup>116</sup>

Eine weitere wichtige Neuerung ist in Arbeit: Bislang hatte die Meldestelle Geldwäscherei (MROS) Schwierigkeiten in der Amtshilfe mit ihren ausländischen Schwesterbehörden. Vom Bankgeheimnis geschützte Bankdaten durfte sie nicht weitergeben. Entsprechend erhielt sie aus dem Ausland auch kaum Daten. Im Rahmen der Dachorganisation der Meldestellen (Financial Intelligence Units, FIU), der «Egmont-Gruppe», sei die Schweiz das einzige von 127 Ländern, das in der Kooperation derart beschränkt sei.<sup>117</sup> Zur Vermeidung der Suspendierung ihrer Mitgliedschaft in der Egmont-Gruppe hat der Bundesrat einen Vorentwurf zur Änderung des GwG zur Ermöglichung der internationalen Amtshilfe in die Vernehmlassung gegeben. Die Egmont-Gruppe hat der Schweiz zur Nachbesserung eine Frist von einem Jahr gegeben. Es handelt sich um ein weiteres Beispiel, wie auf informellem Wege internationale *Task Forces* nationale Gesetzgeber zum Handeln zwingen.

### c. Verzahnung der Rechtsgebiete

Geldwäscherei kann nur vorsätzlich begangen werden. Schon die (glaubhafte) Annahme, es handle sich um un versteuertes Geld, hat in der Vergangenheit immer wieder zu Freisprüchen geführt. Bereits vor der Ausdehnung der Vortaten auf Steuertatbestände haben es aber die verwaltungsrechtlichen Bestimmungen den Finanzdienstleistern schwieriger gemacht, schlichte Ausreden zu präsentieren: Die Anforderungen, zumal an die Identifikation des wahren Berechtigten und die Abklärung von unklaren Transaktionen, sind derart erhöht worden, dass sich der Finanzdienstleister vielleicht noch auf Fahrlässigkeit hinausreden kann, dann aber mit aufsichtsrechtlichen Sanktionen (bis hin zum Bewilligungsentzug) rechnen musste.

## II. Korruption

Als zweites Beispiel im Rahmen der internationalen Harmonisierung von Wirtschaftsstrafrecht wird die Korruptionsabwehr erörtert. Auch hier treffen sämtliche Ebenen eines komplexen internationalen und nationalen, staatlichen und privaten Regulierungsmechanismus zusammen.

---

114 Vgl. die besonderen Bestimmungen für einzelne Berufsgruppen gemäss Art. 37 ff. GwV-FINMA.

115 Vgl. Art. 1 GwV-FINMA.

116 Vgl. Art. 39 ff. GwV-FINMA.

117 Medienmitteilung des Bundesamtes für Polizei, 18. Januar 2012.

### 1. *Motive der Regulierung*

Auf internationaler Ebene haben unterschiedliche Motive zu einer Rechtsvereinheitlichung im Laufe der letzten 20 Jahre geführt, obwohl es sich bei der Korruption um ein Jahrtausende altes Problem handelt. Zunächst waren starke Wirtschaftsinteressen ausschlaggebend. Insbesondere die aktive Bestechung von inländischen und ausländischen Amtsträgern im Geschäftsverkehr (z.B. im Rahmen von Vergabeverfahren, bei Infrastrukturbauten, bei der Vergabe von Lizenzen zur Ausbeutung von Bodenschätzen oder der Verleihung von Bewilligungen aller Art) wird als Form des unlauteren Wettbewerbs verstanden.<sup>118</sup> Dieses Motiv war auf internationaler Ebene vor allem bei der OECD massgebend.<sup>119</sup> Unter Nachbarn wird sodann eine Rechtsangleichung angestrebt, um gemeinsame Interessen zu wahren (so in der EU, wenn es um den Schutz des gemeinsamen Budgets geht<sup>120</sup>) oder die justizielle Zusammenarbeit wird gestärkt (so, wenn der Europarat analoge Normen propagiert, um die beidseitige Strafbarkeit bei der Rechtshilfe sicherzustellen). Gleichzeitig steht international der Schutz von Entwicklungsinteressen im Zentrum<sup>121</sup> (endemische Bestechung in der Dritten Welt kann die Ernährung, Bildung und medizinische Versorgung weiterer Kreise der Bevölkerung in Frage stellen).

Auf nationaler Ebene, zumal in Regionen mit einem geringeren Korruptionsniveau, ist das Interesse abstrakter gefasst: Korruption stellt in den Augen der Öffentlichkeit das Funktionieren staatlicher Institutionen (insbesondere rechtsstaatlicher Errungenschaften und der Demokratie) in Frage. Sie destabilisiert damit die öffentliche Ordnung.

### 2. *Internationale Instrumente*

In den letzten 20 Jahren sind fast ebenso viele internationale Abkommen zur Rechtsangleichung im internationalen Bestechungsrecht erlassen worden. Einige sollen hier erwähnt werden:

#### a. *OECD*

Angefangen hat die Entwicklung auf der einen Seite gestützt auf die Wettbewerbsagenda: Bereits 1977 hatten die USA unilateral ein Gesetz erlassen, das Individuen und Unternehmen dafür unter Strafe stellte, dass sie ausländische Amtsträger bestachen (die *Foreign Corrupt Practices Act, FCPA*<sup>122</sup>). Das Gesetz ist inzwischen mehrfach revidiert worden.<sup>123</sup> Nachdem in der UNO ein ent-

---

118 PIETH 2007b, N 12 Vb. vor Art. 322<sup>ter</sup>.

119 PIETH 2007c, S. 5 ff.

120 S.o. Anm. 42.

121 OECD Convention (s.o. Anm. 27), Preamble, erstes Alinea.

122 Pub. L. No. 95–213, Stat. 1494 (FCPA 1977).

123 Pub. L. No. 100–148, 102 Stat. 1107 (FCPA 1988, Omnibus Trade and Competition Preventive-

sprechendes Projekt Ende der 1970er Jahre gescheitert war, wurde in den USA erwogen, aus Wettbewerbsmotiven die FCPA abzuschaffen. Der Präsident erhielt 1988 den Auftrag, einen letzten Versuch mit den wichtigsten Wirtschaftsnationen, der G7 im Kontext der OECD, zu unternehmen und eine analoge Regulierung herbeizuführen.<sup>124</sup> Es war die Zeit, in der auch die FATF gegründet wurde und zu der der Osten sich öffnete. Damit wurden viele Märkte zur Neuverteilung frei (nicht nur im Osten, sondern auch etwa in Afrika) und die G7-Staaten erkannten, dass Konkurrenz auf der Basis von Bestechung statt Preis und Leistung doch sehr irrational war. Da konnte jeder, auch derjenige, der schlechte Produkte offerierte, leicht obsiegen und jeder konnte unversehens zum Verlierer werden. Dies war der Ausgangspunkt einer Entwicklung, die noch heute andauert: Zwischen 1989 und 1994 wurde im Rahmen der OECD eine Grundsatzposition ausgearbeitet<sup>125</sup>, eine Empfehlung des Rats, die bis 1997<sup>126</sup> – nach dem von der FATF vorgelebten Beispiel – konkretisiert wurde. Anders als im Rahmen der FATF wurde den Mitgliedstaaten nun aber klar, dass die Strafrechtsharmonisierung gestützt auf traditionelle völkerrechtliche Mittel betrieben werden musste. Diverse Mitgliedstaaten verlangten im Mai 1997, bei Erlass der revidierten Empfehlung durch den Rat der OECD, dass Strafrecht auf der Basis von *hard law* erlassen werden solle. Wer mit einem langen Prozess rechnete, täuschte sich aber: Bereits im November war das Abkommen ausgehandelt und im Dezember von den betreffenden Ministern unterzeichnet. Die Konvention der OECD ist äusserst fokussiert auf die aktive Auslandsbestechung im Geschäftsverkehr. Allerdings geht sie – mit Hilfe der Empfehlung, die 2009/10 erneut angepasst wurde<sup>127</sup> – über blosses Strafrecht hinaus. Sie hebt sich von anderen internationalen Initiativen dadurch ab, dass sie einen besonders rigorosen *follow up*-Prozess aufweist. Das *Monitoring* ist deshalb so direkt, weil es dem geprüften Land zwar ein Mitsprache- aber kein Mitentscheidungsrecht gewährt (*unanimity minus one*). Die wenig diplomatisch gefassten Texte werden sofort publiziert. Ihre Kritikfreudigkeit hat ihre Ursache in der Zielsetzung, den unlauteren Wettbewerb zu bekämpfen. Die Schweiz ist 2012 gerade zum dritten Mal geprüft worden.

Im Rahmen der OECD stehen Themen, wie die Haftung der juristischen Person, Compliance sowie die Behandlung von Drittpersonen (z.B. Agenten) im Vordergrund.<sup>128</sup>

---

ness Act of 1988); Pub. L. No. 105–366, 112 Stat. 3302 (FCPA 1998, International Anti-Bribery and Fair Competition Act of 1998).

124 PIETH 2007c, S. 8 f.

125 PIETH 2007c, S. 11 ff.

126 PIETH 2007c, S. 13 ff.

127 OECD Recommendation for Further Combating Bribery of Foreign Public Officials in International Business Transactions, 2009.

128 Vgl. ZERBES 2007, S. 45 ff.

b. EU

Demgegenüber ging es der EU mit ihren Antikorruptions-Instrumenten (zunächst gestützt auf Abkommen im Rahmen der «3. Säule» und nach Lissabon auch durch europäische Institutionen<sup>129</sup>) um die Sicherung der eigenen finanziellen Interessen. Neben den nationalen Behörden, die die Instrumente landesrechtlich umsetzen müssen, ist auf europäischer Ebene das «Europäische Amt für Betrugsbekämpfung» (OLAF)<sup>130</sup> zuständig.

c. Europarat

Der Europarat hat zwei umfassende Instrumente zur Korruptionsbekämpfung<sup>131</sup> vorgelegt und zugleich ein glaubwürdiges Überprüfungssystem geschaffen (die *Monitoring*-Institution «GRECO»<sup>132</sup>). Sein Hauptanliegen ist die Annäherung der Bestechungsnormen sowohl auf transnationaler wie auf lokaler Ebene, um die internationale Kooperation unter Nachbarn zu erleichtern und die Oststaaten dem EU-Standard näher zu bringen.

d. UNCAC

Die UNO hat 2003<sup>133</sup> eine weltweite Antikorruptions-Konvention erlassen, die angesichts der zu erwartenden Widerstände erstaunlich weitreichend ist. Sie enthält ein vollständiges Programm präventiver und repressiver Themen, einschliesslich der Rechtshilfe und der Rückführung gestohlener Werte. Die UNO (UNODC) hat sogar ihrerseits den Schritt zu einem Ländermonitoring gemacht, auch wenn es vorerst noch relativ wenig «Biss» aufweist. Die UN-Konvention dient zum einen den Entwicklungsinteressen. Sie ermöglicht es, auch in Staaten mit einem ausgeprägten Korruptionsproblem, das Thema anzusprechen. Sodann hat auch die Wirtschaft der industrialisierten Staaten ein Interesse an dieser Konvention, weil sie nach Wegen sucht, sich aus der «Erpressungsfalle» zu befreien: In vielen Staaten werden Unternehmen zu illegalen Zahlungen veranlasst, um einen Auftrag oder eine Bewilligung zu erhalten. Sie finden sich immer wieder in der wenig attraktiven Alternative, zu zahlen und damit Strafverfolgung zu riskieren (sog. *solicitation* ist keine Rechtfertigung<sup>134</sup>) oder auf den Auftrag zu verzichten. Die UN-Konvention könnte, wird sie umgesetzt, dabei helfen.

---

129 Zu Art. 325 AEUV: GLESS 2011, S. 145 und SATZGER 2010, S. 100.

130 GLESS 2011, S. 145 ff.; SATZGER 2010, S. 158 ff.

131 Europarat, Strafrechtsübereinkommen über Korruption, 27. Januar 1999, SEV Nr. 173; Zivilrechtsübereinkommen über Korruption, 4. November 1999, SEV Nr. 174.

132 HUBER, S. 233 ff.

133 Übereinkommen der Vereinten Nationen gegen Korruption vom 31. Oktober 2003, SR 0.311.56.

134 OECD Recommendation for Further Combating Bribery of Foreign Public Officials in International Business Transactions, 2009, Annex I, A.

e. *G20/B20*

Die G20 ist keine Internationale Organisation im eigentlichen Sinn, vielmehr eine ad hoc gebildete Gruppierung mit gemeinsamen politischen und wirtschaftlichen Interessen. Sie ist im Bereich der Korruptionsabwehr eine Art antechamber der traditionellen Organisationen wie die OECD und die UNO. Ihre Working Group on Bribery (WGB) hat aber in kürzester Zeit auch sonst eher zurückhaltende Staaten wie China oder Saudi-Arabien in einen gemeinsamen Standard einbinden können. Die parallel zur G20 tagende B20, bestehend aus Arbeitsgruppen von grossen Unternehmen der G20-Staaten und vertreten durch deren Vorstandsvorsitzende, hat ihrerseits eine erhebliche Dynamik entwickelt.

3. «*Hard law*» oder «*soft law*»?

Auf der Rechtsetzungsebene sind unterschiedliche Modelle anzutreffen: Während die UNO und der Europarat ausschliesslich mit Abkommen arbeiten, haben die OECD und bis zu einem gewissen Grad auch die EU die Ebenen gemischt. Ausgeprägt bei der OECD finden sich sogar Strafrechtsfragen im begleitenden *soft law*: Die Empfehlung von 2009 und ihre Anhänge<sup>135</sup> erläutern, was die Konvention genau meint. Insbesondere die von der Konvention vorgeschriebene Haftung der juristischen Person (Art. 2) wird hier verdeutlicht. Es wird unter anderem klaggestellt, dass sowohl eine Kausalhaftung im US-Sinne (*vicarious liability*<sup>136</sup>), wie ein «Identifikationsansatz»<sup>137</sup> im britischen oder auch im deutschen Verständnis den Anforderungen genügt.<sup>138</sup> Das Schweizer Modell der objektiven Haftung bei Organisationsversagen passt ebenfalls, folgt man der Empfehlung und ihrem Anhang 1. Entscheidend ist aber der Anhang 2, der eine *Good Practice Guidance on Internal Controls, Ethics and Compliance* enthält: Hier – vordergründig gestützt auf äusserst weiches *soft law* – wird der neue Weltstandard der Antikorruptions-Compliance<sup>139</sup> skizziert, der letztlich darüber entscheiden wird, ob ein Unternehmen für das Fehlverhalten von Mitarbeitern und Agenten einzustehen hat. Insofern sind *hard law* und *soft law* verschränkt.

Sie sind es noch viel grundsätzlicher auf Rechtsanwendungsebene. Die Umsetzung sämtlicher internationaler Abkommen zur Korruption wird nun durch *monitoring* überprüft. Damit entscheidet ein typisches *soft law*-Instrument über die Anwendung auch von *hard law*. Die Rechtsfortbildung findet, obwohl deren Basis *hard law* ist, nicht auf dem Weg der Zusatzprotokolle, sondern der

135 OECD Recommendation for Further Combating Bribery of Foreign Public Officials in International Business Transactions, 2009.

136 PIETH/IVORY 2011, S. 6 ff.

137 Ebd.

138 OECD Recommendation for Further Combating Bribery of Foreign Public Officials in International Business Transactions, 2009, Annex I, B.b.

139 PIETH 2011c, passim.

Evaluationspraxis statt. Die erwähnte *de facto* Supranationalität<sup>140</sup> wird hier sogar so weit getrieben, dass es der OECD Working Group on Bribery möglich ist, von einem Staat Rechenschaft zu verlangen, weshalb ein bestimmter Fall eingestellt worden ist. In extremis sind Länder bereits zur Wiederaufnahme einzelner Fälle aufgefordert worden.<sup>141</sup> Schliesslich wurde mehreren Ländern angedroht, dass die bei ihnen domizilierten Unternehmen pauschal von ihren ausländischen Vertragspartnern einer vertieften Prüfung (*increased due diligence*) unterworfen würden, falls entsprechende Gesetze nicht bald erlassen würden.<sup>142</sup>

#### 4. Selbstregulierung

Die Selbstregulierung bei der Korruptionsabwehr strahlt von der internationalen Ebene auf die betriebsspezifische Sphäre aus. Es sind ähnliche Motive wie bei der Geldwäsche-Bekämpfung, die zur Selbstregulierung veranlassen. Konkurrenten sind daran interessiert, mit beschränktem Aufwand einen vergleichbaren Regulierungsstandard zu erreichen. Sie wollen dabei die staatlichen Vorgaben in möglichst vielen Ländern mit einem einzigen hausinternen Compliance Programm erreichen. Bei allem Interesse an einem positiven Image (*best in class* oder *the business case for anti-corruption*), sind Risiko- und Aufwandminimierung wichtige Anliegen.

##### a. Generische Regulierung

Auf hoher Abstraktionsebene lässt sich leicht regulieren, zumal wenn keine verbindlichen Verpflichtungen eingegangen werden müssen. Die wohl kürzeste Formel hat der *Global Compact* der UNO in ihrem 10<sup>th</sup> Principle gefunden. Entsprechend hat sie die Gefolgschaft von Tausenden von Unterzeichnern erwirkt.<sup>143</sup> Die *Rules of Conduct and Recommendation* der ICC (Commission on Anti-Corruption) sind schon 1977<sup>144</sup>, zu einer Zeit intensiver Konflikte um die Rolle von Multinationalen Unternehmen zumal in Entwicklungsstaaten, erlassen und seither mehrfach angepasst worden.<sup>145</sup> Inzwischen gehört dieser Text zu den modernsten, da er schwierige Fragen, wie die Auswahl von Agenten und anderen Geschäftspartnern, ihre Unterweisung und Kontrolle im Detail regelt. Allerdings hat dieser Text nie den Anspruch erhoben, verpflichtend zu sein. Demgegenüber ist der auf der Basis der *Transparency International Busi-*

---

140 MEYER 2012, S. 908.

141 So die Türkei und Grossbritannien in der Phase 2-Evaluation.

142 OECD, United Kingdom: Phase 2<sup>bis</sup>; Report on the Application of the Convention on Combating Bribery of Foreign Public Officials in International Business Transactions and the 1997 Recommendation on Combating Bribery in International Business Transactions, 16. Oktober 2008; ähnlich der Tschechischen und der Slowakischen Republik.

143 The United Nations Global Compact, <[www.unglobalcompact.org](http://www.unglobalcompact.org)>.

144 International Chamber of Commerce, Combating Extortion and Bribery: ICC Rules of Conduct and Recommendations, 1977.

145 International Chamber of Commerce, ICC Rules on Combating Corruption, 2011 edition.

*ness Principles*<sup>146</sup> entwickelte Standard des World Economic Forum (*Partnering Against Corruption Initiative*<sup>147</sup>), der in Kooperation mit Transparency International und dem Basel Institute on Governance sowie Vertretern dreier Branchen (Öl und Gas, Minen und Metalle sowie Bau) ausgearbeitet wurde, zwar ausführlicher, aber immer noch generisch. Er befasst sich vor allem mit Compliance-Fragen aus dem Graubereich zwischen zweifelsfrei erlaubtem und unerlaubtem Verhalten. Er verlangt von den Unternehmen einen expliziten Beitritt durch Unterzeichnung des Dokumentes durch den Vorstandsvorsitzenden. Die Unternehmen werden Mitglieder einer privaten *task force*, sie werden zudem eingeladen, sich mindestens einem Selbstevaluations-, evtl. gar einem Drittevaluationsprozess zu unterwerfen.

b. «*Collective Action*»

Von diesen generischen Initiativen, die meist durch Vermittlung der Zivilgesellschaft zustande kamen (*multi-stakeholder groups*<sup>148</sup>), unterscheiden sich branchenspezifische Zusammenschlüsse zur Vermeidung der Bestechung: Unter dem Stichwort *Collective Action* treffen sich Mitglieder einer bestimmten Industrie, zusammen mit Mediatoren, deren Hauptaufgabe darin besteht, auf die Einhaltung von kartellrechtlichen Bestimmungen zu achten. Die Ziele divergieren. *Collective Actions* können abstrakt in der Erarbeitung einer gemeinsamen Plattform, einem weltweiten Standard, z.B. für die Firmen, die schwere Industriegüter herstellen (Transformatoren, Turbinen, schnelle Züge, etc.). Sie können aber stärker fokussieren: Etwa wenn die Öl- und Gas-Gesellschaften, die in Nigeria tätig sind, gemeinsam mit der Regierung ins Gespräch kommen wollen. Noch konkreter können alle Anbieter an einem bestimmten Infrastrukturprojekt daran interessiert sein, zu versprechen, ohne Korruption zu konkurrieren. Vieles hängt natürlich abermals von der Überprüfung solcher *commitments* ab. Glaubwürdige Überprüfung setzt Drittparteien (*Zivilgesellschaft* oder *auditing firms*) voraus.

Nachdem die Standards als solche im Wesentlichen festgeschrieben sind, interessieren sich *Collective Actions* vermehrt für konkretere Ziele. Drei Beispiele mögen dies illustrieren:

- Um dem klassischen Dilemma der *solicitation* (Nötigung) zu entkommen, haben Unternehmen – wiederum aufgrund von Vermittlungsbemühungen der Zivilgesellschaft – einen sog. *High Level Reporting Mechanism* (HLRM) propagiert: In schwierigen Märkten soll dem Staat beliebt gemacht werden, an höchster Regierungsstelle (etwa im Präsidialamt) einen Ombudsmann einzusetzen, der Unternehmen anhört, die beispielsweise im öffent-

146 Transparency International, *Business Principles for Countering Bribery*, 2009.

147 *Partnering against Corruption Initiative (PACI)*, *Principles for Countering Bribery*, World Economic Forum Transparency International, 2005.

148 PIETH 2007a.

lichen Ausschreibungsverfahren zur Leistung illegaler Zahlungen genötigt werden. Da die Klage eingeht, bevor Zahlungen geleistet werden, gelingt es womöglich, das Problem ohne Unterbrechung des Ausschreibungsverfahrens (und die entsprechenden Verluste) und noch ohne dass aktive Bestechung stattgefunden hat, zu bereinigen. Der Vorstoss<sup>149</sup> wird gegenwärtig in der Wirtschaft heftig diskutiert. Die in der B20-Gruppe vereinten Unternehmen haben die Forderung in das Dokument für den Gipfel von Cannes 2011 integriert und am Gipfel der G20/B20 in Mexico 2012 erneut zur Sprache gebracht.

- Um dem ebenso alltäglichen wie lästigen Phänomen der *facilitation payments*, den kleinen Zahlungen für an sich legale Gegenleistungen, die sich aber durch ihre Häufung sowohl für die Zahlenden wie für die Bevölkerung der sog. «Opferstaaten» zu einem echten Problem auswachsen können, beizukommen, haben sich Unternehmen der Logistik- und Transport-Branche zu einer *Collective Action* zusammengefunden: Sie unterstützen mit Hilfe der PACI-Initiative einen Pilotversuch der vietnamesischen Regierung und der World Customs Organisation: In Vietnam soll mit der technischen und finanziellen Hilfe der Logistikbranche ein elektronisches Verzollungssystem eingerichtet werden. E-Customs reduziert per definitionem die Möglichkeiten von Zollbeamten für Einzelhandlungen private Zusatzleistungen zu verlangen, abgesehen davon, dass der Verzollungsvorgang sehr viel effizienter abläuft.
- Ein drittes aktuelles Beispiel einer *Collective Action* besteht darin, dass Unternehmen der Medizinaltechnik im Fernen Osten beschlossen haben, wechselseitig ihre Meldesysteme für Bestechungsvorgänge (*whistle blower hotlines*) für Mitarbeiter der Konkurrenten zu öffnen. Damit erhalten die Unternehmen bald ein sehr viel realistischeres Bild jedenfalls dessen, was über sie gesagt wird.

Gegenwärtig bestehen Bestrebungen, die Welt der *Collective Actions* besser zu erforschen und zu systematisieren. Angesichts der zunehmenden internationalen Risiken für Unternehmen, bei Bestechung zu hohen Sanktionen verurteilt zu werden, besteht ein ausgeprägtes Interesse daran, sich einen Überblick über vorhandene Initiativen zu machen (gefordert wird ein *hub* für *Collective Actions*<sup>150</sup>).

## 5. Nationale Umsetzung

Wie bei der Geldwäschethematik gehen die internationalrechtlichen Vorgaben weit über das Strafrecht hinaus. Mitgliedstaaten der diversen internationalen In-

---

149 <[www.baselgovernance.org](http://www.baselgovernance.org)>.

150 Vgl. etwa das International Center for Collective Action (ICCA) des Basel Institute on Governance ([www.collective-action.com](http://www.collective-action.com)).

strumente sind angehalten, Mindestvorschriften im Rechnungslegungsrecht<sup>151</sup> zu erlassen, steuerrechtlich dafür zu sorgen, dass Bestechungsgelder nicht absetzbar sind<sup>152</sup>, im Bereich des öffentlichen Vergaberechts das Bestechungsrisiko mit präventiven Massnahmen (z.B. zwingend öffentliche Ausschreibungen ab einem gewissen Schwellenwert, öffentliche Öffertöffnung, Vieraugenprinzip, etc.<sup>153</sup>) und als besondere Sanktion die Aussperrung von verurteilten Unternehmen bei künftigen Ausschreibungen<sup>154</sup> vorzusehen. Im Zentrum stehen allerdings die strafrechtlichen Bestimmungen, einschliesslich der Rechtshilfe.<sup>155</sup>

#### a. Anpassung der Straftatbestände

Anlässlich der Reform von 1999/2000 konzipierte der Schweizer Gesetzgeber das nationale Bestechungsrecht in Anlehnung an den internationalen Konsens grundsätzlich neu. Während früher die passive Bestechung als besondere Form der Amtspflichtverletzung deutlich schwerer als die aktive bestraft wurde, wurden nunmehr mit Art. 322<sup>ter</sup> StGB beide Formen auf Verbrechensniveau gleichgestellt. Damit wurden die Bestechungstatbestände zugleich zu Vortaten der Geldwäscherei.

Anstelle des alten Tatbestandes der «Annahme von Geschenken»<sup>156</sup>, der einen nachweisbaren Bezug auf eine konkrete (aber nicht pflichtwidrige) Amtshandlung voraussetzte und keine Entsprechung auf der Aktivseite hatte, traten nun die wesentlich offener gefassten Tatbestände der «Vorteilsgewährung» und «-annahme» (Art. 322<sup>quinquies</sup> und <sup>sexies</sup> StGB). Bei diesen Tatbeständen des «Anfütterns» ist der Bezug auf die Gegenleistung soweit «verdünnt», dass lediglich verlangt wird, dass die Leistung «*im Hinblick auf die Amtsführung*» versprochen oder erbracht wird.<sup>157</sup>

Neu war 2000 der Tatbestand der Bestechung fremder Amtsträger (Art. 322<sup>septies</sup> StGB). Er setzt die Anforderungen der OECD um. Er entspricht im Detail den Voraussetzungen des internationalen Rechts<sup>158</sup>, insbesondere wenn er auch bloss funktionale Beamte, einschliesslich Mitarbeiter von Staatsbetrieben und internationalen Organisationen erfasst. Zu Spannungen geführt hat allerdings der – ohne viel Überlegung – 2006 angefügte Abs. 2, der – in Umsetzung der

151 OECD Recommendation for Further Combating Bribery of Foreign Public Officials in International Business Transactions, 2009, X.

152 OECD Recommendation for Further Combating Bribery of Foreign Public Officials in International Business Transactions, 2009, VIII.

153 OECD Recommendation for Further Combating Bribery of Foreign Public Officials in International Business Transactions, 2009, XI, iii).

154 OECD Recommendation for Further Combating Bribery of Foreign Public Officials in International Business Transactions, 2009, XI, i).

155 OECD Recommendation for Further Combating Bribery of Foreign Public Officials in International Business Transactions, 2009, XIII.

156 Art. 316 StGB.

157 PIETH 2007b, N 9 zu Art. 322<sup>quinquies</sup>.

158 ZERBES 2007, S. 57 ff.

Europarats- und der UN-Konvention – spiegelbildlich auch die Bestechlichkeit ausländischer Amtsträger unter Strafe stellt. Abgesehen davon, dass sie regelmäßig von der Immunität profitieren werden, passt die «autonome Definition» des fremden Amtsträgers nach Abs. 1<sup>159</sup> nicht zur Definition des Abs. 2, die sich akzessorisch zum ausländischen Recht bestimmt.<sup>160</sup>

Ebenfalls 2006 wurde die Privatbestechung dem internationalen Standard angepasst, nachdem ein ähnlicher Vorstoss 1998 bereits im Vernehmlassungsverfahren gescheitert war. Nunmehr stellt Art. 4a UWG sowohl die aktive wie die passive Privatbestechung im Geschäftsverkehr unter Strafe. Allerdings wurde nur die Förderung eines pflichtwidrigen Verhaltens (die eigentliche Bestechung) übernommen. Zudem bleibt der UWG-Tatbestand nur auf Antrag hin verfolgbar.<sup>161</sup>

### b. *Unternehmenshaftung*

Die internationale Harmonisierung des Bestechungsrechts hat wesentlich zur Schaffung einer strafrechtlichen Unternehmenshaftung in der Schweiz beigetragen. Zwar bemühte sich der Bundesrat bereits 1991 – vor allem im Zusammenhang mit schweren Umweltdelikten<sup>162</sup> – um eine Unternehmenshaftung, die dem französischen Vorbild und den Vorgaben des Europarats nachempfunden war.<sup>163</sup> Den Lobbyisten der Schweizer Wirtschaft gelang es damals noch, die Unternehmenshaftung zu verhindern, resp. eine abgedämpfte Variante in die Botschaft zur Totalrevision des Allgemeinen Teils des StGB<sup>164</sup> einfließen zu lassen: Sie sollte nur subsidiär greifen, wenn die Tat wegen der mangelhaften Organisation des Unternehmens keiner bestimmten natürlichen Person zugerechnet werden konnte. Es ging lediglich darum, die negativen Konsequenzen der an sich erlaubten und auch notwendigen Delegation in Grossbetrieben aufzufangen.

Auf nationaler Ebene hatte in der Zwischenzeit das Bundesgericht die Geschäftsherrenhaftung auch für Unterlassungsdelikte weiterentwickelt. Nach den Anfängen im Fall *Bührle*, der noch die Zuschreibung von Verhalten der Untergebenen an den alleinherrschenden Patron zum Thema hatte<sup>165</sup>, wurde seit dem Fall *von Roll*<sup>166</sup> der Vorwurf auf das (vom Firmenchef zu verantwortende) Fehlen eines *Compliance*-Systems verlagert.

---

159 Ebd.

160 PIETH 2007b, N 19b ff. zu Art. 322<sup>septies</sup>.

161 SCHAFFNER/SPITZ, N 69 ff. zu Art. 23 UWG.

162 Vorentwurf und erläuternder Bericht zur Revision des Strafgesetzbuches und des Militärstrafgesetzes betreffend Strafbarkeit der kriminellen Organisation, die Einziehung, das Melderecht des Financiers sowie die Verantwortlichkeit des Unternehmens; EJPD, Bern 1991.

163 Recommendation (88) 18 of the Committee of Ministers of the Council of Europe of Member States concerning Liability of Enterprises having legal Personality for Offences committed in the Exercise of their Activities.

164 BBl 1998 I 159 ff.

165 BGE 96 IV 174 ff.

166 BGE 122 IV 128 ff.

An dieser Stelle setzen auch die internationalen Vorgaben, insbes. im Korruptionsrecht, an: Sämtliche Anti-Korruption-Konventionen<sup>167</sup> fordern die Einführung einer Unternehmenshaftung. Zum Teil waren die Vorgaben zunächst noch recht schlicht<sup>168</sup>. Inzwischen hat sich sowohl im Rahmen des EU-Rechts<sup>169</sup>, der Europaratskonvention<sup>170</sup> und der OECD<sup>171</sup> ein gemeinsamer Standard ergeben. Man ist sich einig, dass das bloss subsidiäre Einstehen des Unternehmens ungenügend ist.<sup>172</sup> Sodann ist auch die klassische *common law*-Identifikationstheorie ungenügend, solange sie das Unternehmen nur für (vorsätzliches) Fehlverhalten des obersten Unternehmensleiters eintreten lässt. Entweder muss das Unternehmen kausal für das (vorsätzliche) Fehlverhalten sämtlicher Mitarbeiter und Agenten geradestehen<sup>173</sup> oder zumindest für die ungenügende Organisation des Betriebs, die Unterlassung der Sorgfalt bei der Anstellung, Unterweisung oder Überwachung des Personals.<sup>174</sup>

Diesem Anspruch sollte der Schweizer Art. 102 StGB (alt Art. 100<sup>quater</sup> StGB<sup>175</sup>) genügen. Während sich die Rechtskommission des Ständerates für dieses Modell entschied, wurde spät im parlamentarischen Verfahren, diesmal unter Druck der Gewerbetreibenden, eine komplexe Zweiteilung vorgenommen<sup>176</sup>: Eine echte, primäre Unternehmenshaftung sollte jene Bereiche abdecken, in denen sich die Schweiz international zum Erlass einer glaubwürdigen Unternehmenshaftung verpflichtet hatte (Art. 102 Abs. 2 StGB: Organisiertes Verbrechen, Terrorismus, Terrorismusfinanzierung, Geldwäsche und aktive Formen der Bestechung). Für alle anderen Straftaten (man denke etwa an den Einsturz einer Schwimmhalle mit Toten und Verletzten aufgrund von Kunstfehlern am Bau<sup>177</sup>) greift lediglich die subsidiäre Haftung von Art. 102 Abs. 1 StGB. Es lässt sich kaum bestreiten, dass die geltende Regelung komplex und wenig überzeugend ist. Eine Revision mit Blick auf die internationale Rechtsentwicklung der letzten 20 Jahre wäre an dieser Stelle ratsam.

Auf einer grundsätzlicheren Ebene ist die Haftung der juristischen Person ein Musterbeispiel der aktuellen Mechanismen des Einflusses des internationalen Rechts auf das nationale Strafrecht: Im Laufe der letzten zehn Jahre sind praktisch alle *civil law*-Länder dazu übergegangen, sich strafrechtliche oder

167 OECD (Anm. 27) Art. 2; Europa Rat (Anm. 131) Art. 18; UNCAC (Anm. 133) Art. 26.

168 Bsp. OECD Art. 2.

169 Vgl. Second Protocol to the Convention on the protection of the European Communities' financial interests of 19 June 1997, Art. 4.

170 Anm. 131, Art. 18 Ziff. 2.

171 OECD Recommendation 2009, Anne I (Anm. 134).

172 Zur OECD Evaluationspraxis: PIETH 2007c, S. 33 ff.

173 Anm. 138, B.a.

174 Anm. 138, B.b.

175 PIETH 2004, S. 597 ff.

176 PIETH 2003, S. 358 ff.

177 In Anlehnung an BGE 115 IV 199.

verwaltungsstrafrechtliche<sup>178</sup> Verbandshaftungsformen zu geben. Im *common law*-Bereich wurden ältere Muster, die seit der industriellen Revolution bestanden, stark nachgerüstet.<sup>179</sup> Um die Härte der Kausalhaftung abzumildern, wurden von den meisten Staaten aber Haftungsbeschränkungen für überzeugende Organisationsbemühungen vorgesehen: Ein adäquates *Compliance*-Programm führt im US-Recht, aufgrund der *US Sentencing Guidelines (USSG)* zu einer entscheidenden Strafmilderung. Im neuen *UK Bribery Act* von 2010 wurde neben die klassische *common law*-Haftung der juristischen Person eine zusätzliche Haftung für den *failure of commercial organisations to prevent bribery (section 7)* eingeführt. Eine Ausnahme von der strikten Haftung ist möglich, wenn das Unternehmen nachweist, dass es *adequate procedures* zur Prävention von Korruption vorgesehen hatte.<sup>180</sup> In ähnlicher Weise finden Compliance-Überlegungen in die Praxis zum deutschen § 130 i.V.m. § 30 OWiG,<sup>181</sup> Der Schweizer Art. 102 Abs. 2 der davon spricht, dass das Unternehmen «*nicht die erforderlichen und zumutbaren organisatorischen Vorkehrungen getroffen hat, um eine solche Straftat zu verhindern*», passt zur aktuellen Rechtsentwicklung.<sup>182</sup>

Die OECD hat 2010 im Anhang 2 ihrer Empfehlung von 2009<sup>183</sup> ausgeführt, welche Anforderungen sie an eine taugliche Antikorruptions-Compliance durch Unternehmen stellt. Über den Anhang 1 werden diese Anforderungen direkt zur Unternehmenshaftung in Bezug gesetzt. Da die OECD die Rechtsprechung der Mitgliedstaaten in Zukunft evaluiert, ist zu erwarten, dass sich damit auch im zwischenstaatlichen Recht ein gemeinsamer Compliance-Standard entwickeln wird.<sup>184</sup>

### c. Einziehung

Das Einziehungsrecht ist weltweit bereits im Kontext der Bekämpfung des organisierten Verbrechens<sup>185</sup> und der Geldwäsche<sup>186</sup> angepasst worden. Die Schweiz hat diese Schritte 1994 nachvollzogen.<sup>187</sup> Im Kontext der Korruptionsregulierung wurden diese Massstäbe abermals präzisiert: Nunmehr steht fest, dass sowohl die Bestechungssumme wie der Ertrag aus dem bestechungsbetroffenen Geschäft einziehbar sind. Gestritten wird allenfalls über die Berechnungsmethoden. Während in Deutschland die vom Betäubungsmittelhandel her bekannte Bruttomethode angewandt wird, ist man in der Schweiz geneigt,

---

178 So Deutschland, Italien und Russland.

179 Zu GB: vgl. WELLS 2001.

180 O'SHEA 2011, S. 129 ff.; RAPHAEL 2010, S. 57 ff.

181 Cf. Nachweise bei PIETH 2011b, S. 28 ff.

182 PIETH 2004, S. 606 ff.

183 S.o. Anm. 138.

184 PIETH 2011c.

185 S.o. A.

186 S.o. D.I.1.

187 S.o. D.I.5.a.cc.

die Aufwendungen für das an sich rechtmässige Grundgeschäft vom illegalen Ertrag abzuziehen (Nettomethode)<sup>188</sup>. Dies wird dann nicht möglich sein, wenn das Grundgeschäft so schwer angeschlagen ist, dass es *ab initio* nichtig ist. Dann kommt nur eine Rückabwicklung in Frage. Nach beiden Methoden wird gerade in Bestechungsfällen häufig aber zum Schätzungsprinzip gegriffen werden müssen (Art. 70 Abs. 5 StGB).

Erhebliche Probleme haben die in der Exportindustrie immer wieder vorkommenden «schwarzen Kassen» hervorgerufen. Um in der Lage zu sein, ohne dass es in der Buchhaltung aufscheint, illegale Zahlungen zu machen, werden Werte aus der offiziellen Buchführung ausgeschleust und mit dem Arsenal der Geldwäsche an «*off-shore*»-Finanzplätzen verborgen. Die entsprechenden Beträge werden dann bei Bedarf bestimmten Geschäften zugeordnet und zur Bestechung von Amtsträgern abgerufen. Solange die Werte noch nicht zugeordnet sind – selbst wenn ihre generelle Bestimmung für korruptive Zwecke feststeht – ist die «Tat» noch nicht in ein strafbares Stadium eingetreten. Allenfalls liegt ein Verstoss gegen Buchführungsvorschriften vor. Sowohl in Deutschland wie in der Schweiz haben sich im Kontext des *Siemens*-Falles Rechtsfragen im Umgang mit schwarzen Kassen ergeben. Während in Deutschland rasch mittels eines «Deals» zwischen der Justiz und dem Unternehmen mehrere Hunderte von Millionen Euro «eingezogen» wurden<sup>189</sup>, haben die Parteien in der Schweiz erst Rechtsgutachten in Auftrag gegeben. Aus Unternehmenssicht lag möglicherweise Veruntreuung oder ungetreue Geschäftsbesorgung zum Nachteil des Unternehmens vor, eine Einziehung zu Lasten des Unternehmens kam daher von vornherein nicht in Frage. Korruption als Basis musste aber ausscheiden, weil die Einziehung nach Art. 70 StGB zumindest eine teilverwirklichte Straftat voraussetzte.<sup>190</sup> Massnahmen des StGB setzen prinzipiell eine mindestens ins Versuchsstadium oder doch in die strafbare Vorbereitung getretene Straftat voraus.<sup>191</sup> Demgegenüber argumentierte die Bundesanwaltschaft und ihre Gutachter<sup>192</sup>, dass beim Ausschleusen und dem späteren Abdisponieren aus schwarzen Kassen eine Art Gesamttat vorliege. Die Bundesanwaltschaft kann für sich in Anspruch nehmen, dass Art. 69 StGB gestattet, die Einziehung von Gegenständen, die zur Begehung einer Straftat «*bestimmt waren*», und Art. 70 StGB Vermögenswerte, die dazu «*bestimmt waren, eine Straftat zu veranlassen oder zu belohnen*» einzuziehen. Auch wenn es richtig ist, dass die Massnahmen des StGB eine Anlasstat voraussetzen (es handelt sich schliesslich nicht um reines Polizeirecht), lässt der Wortlaut beider Artikel einen Bezug zur Tat auch bloss im Vorfeld zu. Gefährliche Gegenstände

188 PIETH 2007c, S. 259 f.

189 GRAEFF/SCHRÖDER/WOLF 2009.

190 SCHUBARTH 2010, S. 214 ff.

191 DANNACHER 2012, S. 95.

192 SCHMID 2008, S. 9.

können auch in der (noch nicht strafbaren) Vorbereitungsphase beschlagnahmt und eingezogen werden.<sup>193</sup> Während sich die Lehre einig ist, dass bereits zur Bestechung ausgesonderte Werte eingezogen werden können (so wie man den bereitgestellten Killerlohn einziehen kann), beschränken sich die Differenzen auf das Vorfeld, in dem noch kein Vorsatz im technischen Sinne gefasst worden ist, da man den konkreten Anwendungsfall noch gar nicht kennt.<sup>194</sup> Nun kann aber nicht gesagt werden, dass es sich um völlig neutrales Verhalten handelt, immerhin hatten im Fall *Siemens* die befragten Mitarbeiter klar ausgesagt, dass das Geld zur Bestechung bestimmt sei. Der Deliktsbezug würde zwar nicht für eine Verurteilung *in personam* reichen, er ist allerdings auf die Sache bezogen vorhanden. Natürlich wäre es vorzuziehen, wenn diese Frage von der Rechtsprechung oder vielleicht auch vom Gesetzgeber geklärt würde.

### III. Schlussfolgerungen aus den Beispielen: «Ko-Regulierung»

Beide Beispiele haben gezeigt, wie sehr nationales (Straf-)Recht von internationalen Vorgaben geprägt ist. Dabei sind die Vorgaben lange nicht alle mit den traditionellen Mitteln des Völkerrechtes erlassen worden. Zum Teil beruhen sie auf *soft law*, gelegentlich sind öffentliche und private Regeln verzahnt, vielfach wird auch *hard law* oder eine Mischung von *hard* und *soft law* durch *peer evaluations* weiter entwickelt. Das traditionelle Mittel des Zusatzprotokolls fällt ausser Gebrauch und dient allenfalls noch dem Nachvollzug einer bereits etablierten (Evaluations-)Praxis.

Allerdings wird anhand dieser beiden Beispiele deutlich, dass die klassische Selbstregulierung (zumal der Finanzbranche vor 1990 oder der Industrie im Exportwesen vor 2000) nicht ausreichte, um genügende Verhaltensanreize zu geben. Sowohl bei der Geldwäsche- wie der Korruptionsabwehr greift eine hybride Regulierungsform<sup>195</sup>, man spricht gelegentlich von *co-regulation*<sup>196</sup>, auch der Begriff *governance-at-a-distance*<sup>197</sup> ist verwendet worden. Internationale Organisationen und Staaten geben Impulse, regelmässig werden sie dabei von ihren *peers* scharf beobachtet. Die nationale und lokale Justiz greift die Impulse auf. Das rechtliche Risiko für Unternehmen steigt drastisch an. Banken befürchten, ihre Lizenz zu verlieren, gelegentlich kann auch eine Anklage gegen die Bank bereits den Ruf so schädigen, dass sie das «Aus» für die Bank bedeutet.<sup>198</sup> Im Industrie- und Dienstleistungssektor werden vor allem die hohen Bussen und die Abschöpfungseinziehung gefürchtet. Die Verbandshaftung bei Bestechung nähert sich der Praxis im Wettbewerbsrecht. Wohl am drastischsten wirkt aber

---

193 BGE 125 IV 188 f.

194 STRATENWERTH 2006, S. 372.

195 PIETH 2002, S. 318 f.

196 Vgl. PIETH 2002, S. 325.

197 GARLAND 1996, S. 445 ff.

198 Vgl. den Fall der Bank Wegelin, NZZ, 28. Januar 2012, S. 29.

eine nicht-strafrechtliche Sanktion: die Aussperrung von künftigen Vergabeverfahren (sei es national oder international, etwa durch die Entwicklungsbanken<sup>199</sup>). Unternehmen sehen sich veranlasst, sich konsequente «Compliance-Programme» zu geben. Dabei liegt ihnen daran, dass sie sich weltweit eine einheitliche Regelung geben, die zugleich dem Weltstandard entspricht. Auch wenn die Anforderungen der nationalen und lokalen Justiz divergieren mögen, etabliert sich mit der OECD Empfehlung von 2009 ein harmonisierter Standard der Antikorruptions-Compliance. Eine ähnliche Entwicklung wurde zwischen der FATF und der Wolfsberg-Gruppe mit dem Übergang zum RBA festgestellt.

Mit ein Aspekt der Ko-Regulierung ist die holistische Betrachtung des Sanktionenrechts. Seit den 1970er Jahren haben liberale Strafrechtler immer wieder auf die Notwendigkeit der Entwicklung von Alternativen zum Strafrecht hingewiesen.<sup>200</sup> Gedacht wurde an Verwaltungsrecht, an Verwaltungsstrafrecht oder an ein «Interventionsrecht».<sup>201</sup> Aus der aktuellen Sicht, aufgrund der Entwicklung der letzten zwei Jahrzehnte erhält das «ultima ratio»-Prinzip eine etwas andere Bedeutung: Gewissen Verhaltensweisen – zumal auch im internationalen Wirtschaftsverkehr ist nur mit harten Sanktionen beizukommen. Vielleicht ist die Unternehmenshaftung der Ort wo das simplistische Bild vom «*homo oeconomicus*» noch am ehesten passt. Allerdings sollte eine Gesamtbetrachtung Platz greifen: Es ist nicht gesagt, dass eine verwaltungsrechtliche Sanktion, wie der Ausschluss von künftigen Aufträgen, weniger eingreifend ist als das klassische Strafrecht, auch wenn ihr das «sozialethische Unwerturteil» abgeht. Kurz, man muss die Gesamtheit der Sanktionen bedenken. Im Übrigen bestehen Möglichkeiten, unnötige Drittschäden zu reduzieren (durch Bussen in Millionenhöhe werden vor allem die Aktionäre getroffen und Arbeitsplätze gefährdet): Die aus den USA bekannten Formen der *Compliance-Monitors* oder *Advisors*<sup>202</sup> (Bewährungshelfer für Unternehmen) würden auch in unserem Recht erlauben, in einem pro-aktiven Sinne zu intervenieren. Allerdings müsste die 1991 abgelehnte «Unternehmenskuratel», die mittlerweile auch in vielen europäischen Staaten eingeführt ist<sup>203</sup>, neu erwogen werden.

## E. Das Verhältnis der Schweiz zur EU

### I. Sektorielle «Assoziierung» statt Beitritt

Es ist bereits oben<sup>204</sup> darauf hingewiesen worden, dass die politischen, kulturellen und vor allem wirtschaftlichen Bezüge der Schweiz zur EU und ihren Mit-

199 World Bank Group Sanctions Regime: An Overview, 2010, vgl. dazu PIETH 2011b, S. 12.

200 HASSEMER 1995, S. 489; LÜDERSSEN 1998, S. 25 ff.

201 HASSEMER 1998, 386; DERS. 1992, S. 383.

202 NANDA 2011, S. 84 f.

203 Europarat, Strafrechtsübereinkommen über Korruption, 27. Januar 1999, SEV Nr. 173, Art. 18.

204 S.o. A.

gliedstaaten äusserst intensiv sind. Die EU umfasst einen Wirtschaftsraum von ca. 500 Millionen Personen, über zwei Drittel der Exporte der Schweiz gehen in den EU-Raum und ca. vier Fünftel der Schweizer Importe stammen aus der EU.<sup>205</sup> Das EU-Recht, einschliesslich des EU-Strafrechts<sup>206</sup>, ist daher für die Schweiz von erheblicher Bedeutung.

Die Schweiz hat aber bekanntlich ihr 1992 eingereichtes Beitritts-gesuch zur EU nach der Ablehnung des Beitritts zum EWR durch das Volk suspendiert. Sie verfolgt seither den Weg der bilateralen Annäherung. In seltener Offenheit beschreibt die offizielle Schweiz ihren Weg als eine *«Interessenpolitik auf bilateralem Weg»*<sup>207</sup>. Auch wenn eher Misstrauen als Euphorie die gegenseitigen Beziehungen prägt, werden im Rahmen der beiden bisher geschlossenen Bilateralen Abkommen<sup>208</sup> *«konkrete Anliegen und Probleme ... in klar umgrenzten Bereichen geregelt»*<sup>209</sup>. Kurz: es herrscht Realpolitik.

Aus strafrechtlicher Sicht stehen zwei Komponenten des Bilateralen Abkommens II im Vordergrund: Das Schengen Assoziierungsabkommen (SAA<sup>210</sup>) und das Betrugsbekämpfungsabkommen (BBA<sup>211</sup>). Schon bald nach Inkrafttreten der Bilateralen I interessierte sich die Schweiz für einen Anschluss an das Schengen-System, das zum einen eine Grenzöffnung und zum andern eine intensivierte Polizeizusammenarbeit bringen sollte. Die EU war erst nicht besonders an weiteren bilateralen Abkommen interessiert<sup>212</sup>, erkannte aber bald das Bedürfnis, die Schweiz in ihr Betrugsbekämpfungsdispositiv einzubinden. Die EU verlor Jahr für Jahr einen erheblichen Teil ihres Budgets (die Schätzungen variieren zwischen 2 und 10%<sup>213</sup>) an betrügerische Machenschaften. Dabei spielte die Schweiz als Flucht- und Tätigkeitsort, insbesondere von organisierten Zigarettschmugglern, eine erhebliche Rolle.<sup>214</sup> Die EU konnte nicht an einem «schwarzen Loch» in ihrem Zentrum interessiert sein.<sup>215</sup>

Die Assoziierung erfolgt zunächst auf dem Weg des traditionellen Staatsvertragsrechts. Insofern weicht die Rechtsangleichung in diesem Bereich von den beschriebenen neuen multilateralen Harmonisierungsformen über Gruppendruck ab (oben D.). Es wird auch kein supranationales Gremium geschaf-

---

205 Integrationsbüro EDA/EVD, Bilaterale Abkommen Schweiz-Europäische Union, Faktenblätter, Ausgabe Juli 2007, S. 10.

206 GLESS 2011, S. 119; HECKER 2007; SATZGER 2010, S. 88 ff.

207 Integrationsbüro EDA/EVD, Bilaterale Abkommen Schweiz-Europäische Union, Faktenblätter, Ausgabe Juli 2007, S. 5.

208 Bilaterale I vom 21. Juni 1999; Bilaterale II vom 26. Oktober 2004.

209 Integrationsbüro EDA/EVD, Bilaterale Abkommen Schweiz-Europäische Union, Faktenblätter, Ausgabe Juli 2007, S. 5.

210 SR 0.362.31.

211 SR 0.351.926.81.

212 GLESS 2011, S. 169 ff.; PIETH/EYMANN 2009, S. 346.

213 Vgl. Nachweise bei PIETH/EYMANN 2009, S. 343.

214 BGE 121 IV 280 und oben Anm. 8.

215 PIETH/EYMANN 2009, S. 344.

fen, das Recht setzen oder anwenden könnte.<sup>216</sup> Zur Sicherung der Anwendung und zur Streitbeilegung werden für Einzeldossiers der Bilateralen Abkommen sogenannte «*Gemischte Ausschüsse*» geschaffen, deren Regelungskompetenz aber beschränkt ist. Für die meisten Teilbereiche wurden denn auch statische Staatsverträge geschlossen. Allerdings verliessen die Vertragsparteien für das «Schengener Assoziierungsabkommen» (SAA) den traditionellen völkerrechtlichen Rahmen: Es handelt sich um ein «evolutives Abkommen».<sup>217</sup> Gemäss Art. 2 Abs. 1 SAA übernimmt die Schweiz den Schengen-Besitzstand (Acquis). Dazu gehören das Schengener Übereinkommen (SÜ) von 1985<sup>218</sup>, Teile des Schengener Durchführungübereinkommens (SDÜ) von 1990<sup>219</sup> sowie weitere, im Anhang B des SAA aufgezählte Rechtsakte der EU. Entscheidend und «*ungewöhnlich*»<sup>220</sup> ist aber, dass die Schweiz sich auch verpflichtet, auch künftiges Schengen-Recht zu übernehmen. Sie wird zwar vorgängig zu dessen Erlass angehört (Art. 6 SAA), hat aber kein eigentliches Mitspracherecht (Art. 7 SAA). Es bleibt ihr, will sie die neuen Normen nicht übernehmen, nur der Austritt aus dem Schengen-Raum. Einzig zum Schutz des Bankgeheimnisses wurde eine Sonderlösung geschaffen. Die Schweiz kann einem Rechtsakt der EU, der das Bankgeheimnis gefährdet, die Gefolgschaft verweigern, ohne damit die berichtigte «*Guillotine-Klausel*» zu aktivieren. Man spricht von einem dauerhaften «*opt out*» (Art. 7 Abs. 5 SAA).<sup>221</sup>

## II. Die Schengen-Assoziierung

Mit dem SAA wurde zum einen die Personenfreizügigkeit umgesetzt, zum anderen aber die ausgleichenden Sicherungsmassnahmen des SDÜ für die Schweiz in Kraft gesetzt. Das SAA bringt eine deutliche Erleichterung der Rechtshilfe (sowohl der Auslieferung wie der kleinen Rechtshilfe<sup>222</sup>). Erwartungsgemäss war der Hauptstreitpunkt bis zum Schluss der Verhandlungen der Umgang mit dem Bankgeheimnis. Mit der «*opt out*»-Möglichkeit ist zwar eine Lösung gefunden worden. Vieles wird aber vom konkreten Umgang mit neuen Elementen des Schengen-Systems durch den «Gemischten Ausschuss» abhängen, dem die konkrete Durchführung der Übernahme neuer Bestimmungen obliegt.<sup>223</sup>

Sodann stehen im Rahmen des SDÜ die grenzüberschreitende polizeiliche Zusammenarbeit sowie die Teilnahme am Schengener Informationssystem

216 PETERS/JUNG 2005, S. 957.

217 PETERS/JUNG 2005, S. 955.

218 SÜ: ABI L 239 v. 22. September 2000, S. 13 ff., in Kraft seit 2. März 1986.

219 SDÜ: ABI L 239 22. September 2000, S. 19 ff., in Kraft seit 26. März 1995.

220 GLESS 2011, S. 172 unter Hinweis auf PETERS.

221 GLESS 2011, S. 176.

222 GLESS 2011, S. 174 ff.

223 PETERS/JUNG 2005, S. 957.

(SIS) im Vordergrund. Das Schweizer «SIRENE»-Büro beim BAP ist für die Umsetzung des SIS zuständig. Im Detail stellen sich komplexe datenschutzrechtliche Fragen.<sup>224</sup>

### III. Das Betrugsbekämpfungübereinkommen

Beim BBA<sup>225</sup> handelt es sich um ein klassisches, statisches Übereinkommen, das aber – angesichts der Präzision der Bestimmungen – *«self executing»* ist.<sup>226</sup> Thematisch ist es zwar auf die indirekte Fiskalität begrenzt, allerdings ist die Definition der relevanten Straftatbestände gemäss Art. 2 Ziff. 1 lit. a BBA diffus: *«Betrug und sonstige rechtswidrige Handlungen»*. Der «Vereinbarten Niederschrift der Verhandlungen»<sup>227</sup> ist zu entnehmen, dass damit Schmuggel, Korruption, Geldwäsche, Steuerhinterziehung, Steuerbetrug, Subventionserleichung und Submissionsbetrug gemeint ist.<sup>228</sup>

Insbesondere die Regelung der Geldwäscherei bei Abgabedelikten geht ungewohnte Wege: Während nach innerschweizerischem Recht Geldwäscherei als Vortat ein Verbrechen voraussetzt, ist nach BBA Amts- und Rechtshilfe bereits geschuldet, wenn die Vortat nach dem Recht beider Vertragsstaaten mit einer Freiheitsstrafe von mehr als sechs Monaten im Höchstmass bedroht wird. Damit nicht das gesamte Schweizer Geldwäschereirecht in Frage gestellt wurde, hielt eine «Gemeinsame Erklärung über die Geldwäsche»<sup>229</sup> zwar fest, dass sowohl Steuerbetrug wie gewerbsmässiger Schmuggel als Vortaten zur Geldwäscherei gelten sollen. Mit Hilfe des BBA erlangte Informationen der Schweiz können von der EU und ihren Mitgliedsstaaten verwendet werden, es sei denn in Verfahren, die gegen *«schweizerische Personen»* gerichtet sind und bei denen alle Tathandlungen ausschliesslich in der Schweiz begangen wurden. Problematisch ist die Definition der *«schweizerischen Person»* gemäss Botschaft<sup>230</sup>, die den Terminus schlicht mit *«in der Schweiz tätige Personen»* übersetzt.<sup>231</sup> Nach Schweizer Rechtsauffassung lösen aber diese Erweiterungen der Vortat zur Geldwäscherei für den bilateralen Kontext keine landesinterne Meldepflicht nach Art. 9 GwG aus.

Das BBA sieht sodann in Art. 3 eine Bagatellgrenze vor. Es greift ab hinterzogenen, beziehungsweise erschlichenen Beträgen von Euro 25 000 an oder ab Deliktsgut im Warenwert von Euro 100 000. Zudem enthält es den klassischen Ausschluss der Kooperation gestützt auf den *«ordre public»* (Art. 4). Es sta-

---

224 GLESS 2011, S. 177 f.

225 S.o. Anm. 211.

226 PETERS/JUNG 2005, S. 956.

227 BBl 2004 6526 und oben Anm. 211.

228 Krit. PIETH/EYMANN 2009, S. 348.

229 BBl 2004 6525 und oben Anm. 211.

230 BBl 2004 6188.

231 Krit. PIETH/EYMANN 2009, S. 349.

tuiert die sogenannte «Inländerbehandlung»: Den Vertragsparteien sollen die gleichen Rechtsbehelfe zustehen, wie sie im Inland zur Anwendung gelangen.<sup>232</sup>

Das BBA baut im Wesentlichen die Möglichkeiten der Amtshilfe im indirekten Fiskalbereich aus. Erhebliche Probleme bereitet dabei, dass Elemente des «Neapel II»-Übereinkommens der EU<sup>233</sup> in das BBA hineinkopiert worden sind, die einen Amtshilfebegriff verwenden, der mit dem herrschenden Schweizer Begriff<sup>234</sup> nicht übereinstimmt. Das hat vor allem Auswirkungen im Rechtsschutzbereich: Art. 83 lit. h BGG lässt keine Beschwerde ans Bundesgericht bei internationaler Amtshilfe zu. Allerdings würden die Fälle, die gemäss BBA Zwangsmassnahmen voraussetzen, auch wenn sie dort dem Bereich der «Amtshilfe» zugeordnet werden, seitens der Schweiz «autonom» interpretiert und in den Bereich der Rechtshilfe eingeordnet werden müssen. Damit wird jedenfalls bei einem «*besonders bedeutenden Fall*» und bei bestimmten Zwangsmassnahmen nach Art. 84 BGG ein Rechtsweg ans Bundesgericht eröffnet.<sup>235</sup>

Im Bereich der Rechtshilfe findet sich eine Reihe von Spezialnormen zur Durchsuchung, Beschlagnahme, Kontoüberwachung, kontrollierter Lieferung etc. Sowohl bei der Amts- wie bei der Rechtshilfe wird die spontane Zusammenarbeit detailliert geregelt (Art. 20, 37 BBA). Die spontane Rechtshilfe geht allerdings hier weiter als die allgemeine landesinterne Regelung nach Art. 67 a IRSG, die eine Übermittlung von Beweismitteln, die dem Geheimbereich zuzuordnen sind, ausschliesst (Abs. 4) und nur die Übermittlung von «Informationen» zulässt (Abs. 5).<sup>236</sup>

#### IV. Einschätzung des Assoziierungsmodells

Auf den ersten Blick wirken die Bilateralen Übereinkommen mit der EU wie klassisches Staatsvertragsrecht. Sie mögen Stückwerk sein, das liegt aber in der Natur des politisch beabsichtigten «Assoziierungs»- statt «Integrations»-Modells. Bei näherem Zusehen erweist sich sodann zumindest das SAA aber als «ungewöhnlich»<sup>237</sup>, zumal hier einseitig Übernahme von künftigem Schengen-Recht versprochen wird, ohne dass klare Kriterien dafür existierten, was dazu gehört. Immerhin wird es bei den einzelnen EU-Erlassen zum Schluss angemerkt, ob sie zum Schengen Acquis gehören. Natürlich kann die Schweiz aussteigen, wenn sie künftiges Schengen-Recht nicht übernehmen möchte, und

232 KOLLER 2005, S. 916

233 Übereinkommen aufgrund von Art. K3 des Vertrages über die Europäische Union über gegenseitige Amtshilfe und Zusammenarbeit der Zollverwaltungen vom 18. Dezember 1997, ABI C 24 v. 23. Januar 1998, S. 2 ff.

234 PIETH/EYMANN 2009, S. 350 f.

235 PIETH/EYMANN 2009, S. 355 f.

236 GLUTZ VON BLOTZHEIM 2010, S. 100 ff.

237 S.o. Anm. 220.

am wohl sensibelsten Punkt, dem Bankgeheimnis, besteht ein permanentes «*opt out*»-Privileg. Die Schweiz wird vor der Erweiterung des Schengen-Rechts zwar konsultiert (Art. 6 SAA), ein eigentliches Mitentscheidungsrecht hat sie indessen nicht. Es bleibt dem «Gemeinsamen Ausschuss», im Nachgang der Schweiz die Anpassung schmackhaft zu machen. Die Rede vom «dynamischen» Prozess verschleiert das Legitimationsdefizit. Ob dieses «ungewöhnliche» Regelungsmodell durch das Ziel der Erhaltung der formalen Eigenständigkeit gerechtfertigt wird, ist zweifelhaft.

## F. Der Solidaritätsgedanke im internationalen Strafrecht

Die Schweiz ist Teil der weiteren Welt, in der zum Teil sehr schwere Delikte begangen werden. Man denke an schwerste Menschenrechtsverletzungen im Kontext von Bürgerkriegen. Hintergrund der Auseinandersetzungen mögen ethnische oder religiöse Konflikte sein, häufig geht es aber um ökonomische Verteilungskämpfe, zumal um den Zugang zu Rohstoffen. Die Schweiz hat – nicht zuletzt als Depositarstaat der Genfer Konvention – eine gesteigerte Pflicht zur Solidarität. Sie wird durch politische Unterstützung und rechtliche Kooperation mit den ad hoc Tribunalen<sup>238</sup> und dem Internationalen Strafgerichtshof (International Criminal Court, ICC<sup>239</sup>) wahrgenommen. Die Schweiz hat sich nun aber auch ein eigenes Völkerstrafrecht gegeben.<sup>240</sup>

Die Schweiz weist sodann eine stets zunehmende Zahl von multinational tätigen Unternehmen auf. Da diese Unternehmen vielfach in schwierigen Weltregionen konkurrieren und immer wieder dem Risiko ausgesetzt sind, selbst in Konflikte hineingezogen zu werden oder mit problematischen Mitteln zu arbeiten (Umweltschädigung, Kinderarbeit, Handel mit Bürgerkriegsparteien, Korruption sind nur einige der Risiken), stellt sich die Frage der Haftbarkeit von Unternehmern und Unternehmen nach Schweizer Recht für Straftaten abhängiger Einheiten im Ausland.

In diesem Kapitel werden daher drei sehr unterschiedliche Themen angesprochen:

- Aspekte des Völkerstrafrechts, insbesondere die Regeln der Haftung Tatbeteiligter (I),
- das Strafanwendungsrecht und die Haftung des Unternehmers und des Unternehmens für Straftaten im Ausland (II),
- der Umgang mit Potentatengeldern (III).

---

238 BG über die Zusammenarbeit mit den Internationalen Gerichten zur Verfolgung schwerwiegender Verletzungen des humanitären Völkerrechts (BZIG) vom 21. Dezember 1995, SR 351.20.

239 BG über die Zusammenarbeit mit dem Internationalen Strafgerichtshof (ZISG) vom 22. Juni 2001, SR 351.6.

240 BG über die Änderung von Bundesgesetzen zur Umsetzung des Römer Statuts des Internationalen Strafgerichtshofs vom 18. Juni 2010, AS 2010, 4963.

## I. Grundsätze des Völkerstrafrechts

### 1. *Der Ausbau des Völkerstrafrechts*

Die ad hoc Militärtribunale in Nürnberg<sup>241</sup> und Tokio<sup>242</sup> nach dem Zweiten Weltkrieg waren zweifellos ein wichtiger Schritt in der Entwicklung des Völkerrechts. Dadurch, dass sie von den Siegermächten eingerichtet wurden, fiel es allerdings in der Folge leicht, ihre seriöse Arbeit als «Siegerjustiz» in Frage zu stellen.<sup>243</sup> Obwohl eine kontinuierliche Reihe von schweren Menschenrechtsverletzungen auch während des «Kalten Kriegs» stattfand (man denke an den Korea- oder den Vietnamkrieg oder die Befreiungskämpfe in Algerien), fand die Weiterentwicklung des Völkerrechts vorerst hinter geschlossenen Türen und ohne praktische Auswirkungen statt.<sup>244</sup> Erst eine Reihe von schweren Konflikten nach dem Ende des «Kalten Kriegs», in Ex-Jugoslawien, Ruanda, aber auch die Massaker an der Zivilbevölkerung in Kambodscha und Sierra Leone rüttelten die Weltbevölkerung auf. Ad hoc Tribunale, die von den Vorarbeiten der UNO profitieren konnten, wurden geschaffen. Die Zeit schien nun aber reif für einen ständigen Internationalen Strafgerichtshof (ICC). Mit dem Römer Statut<sup>245</sup> wurde die Rechtsgrundlage erarbeitet. Auch wenn vorerst die Grossmächte sich gegen den potentiellen Verlust an Souveränität zu Gunsten einer sektoriellen supranationalen Justizbehörde wehrten, hat der ICC rasch an Gefolgschaft gewonnen. In der Praxis haben der Aufbau und der Weg zu den ersten Verurteilungen eines erheblichen Zeitaufwandes bedurft. Dies liegt aber daran, dass das Gericht nicht über eine eigene Polizeibehörde verfügt und dass anspruchsvolle Verfahrensfragen ausserhalb eines etablierten Rechtssystems erst geklärt werden mussten. Immerhin hat die Praxis der ad hoc Tribunale, insbesondere des Jugoslawien Tribunals (ICTY) viel zum Aufbau des ICC beigetragen.

### 2. *Die Teilnahmelehre*

Mit Blick auf die Auswirkungen des Völkerstrafrechts auf das Schweizer Recht interessiert insbesondere die internationalrechtliche Teilnahmelehre. Ziel der Teilnahmelehre im Völkerstrafrecht ist es, Schreibtischtäter ebenso wie die physischen Täter zur Rechenschaft ziehen zu können. Gedacht wird sowohl an die Planer eines Genozids, an jene, die über Radio dazu aufrufen, Menschen einer bestimmten Ethnie umzubringen wie an Generäle, die mit Übergriffen ihrer Truppen rechnen (müssen). Zwar erlaubt die Schweizer Rechtspraxis<sup>246</sup>,

241 SATZGER 2010, S. 236 ff. (IMG).

242 SATZGER 2010, S. 238 f. (IMGFO).

243 GLESS 2011, S. 202; SATZGER 2010, S. 238.

244 Vgl. die Arbeiten der International Law Commission (ILC) der UNO.

245 Römer Statut des Internationalen Strafgerichtshofs vom 17. Juli 1998, SR 0.312.1.

246 BGE 130 IV 58, 66; 120 IV 265, 271 f.

ausnahmsweise auch solche Beteiligte als Täter zur Rechenschaft zu ziehen, die am Tatort nicht zugegen waren, allerdings muss ihre Tatherrschaft dargetan werden.<sup>247</sup> Davon weichen die internationalen Regeln ab.

In der Praxis des ICTY und des ICTR sind Grundsätze entwickelt worden, die sich im Römer Statut wiederfinden. Im Vordergrund steht die Beteiligungslehre (insbesondere das Konzept der Mittäterschaft: die *joint criminal enterprise*) und die Vorgesetztenhaftung (*command responsibility*).

a. *Joint Criminal Enterprise (JCE)*

Wie im nationalen Recht setzt die Mittäterschaft einen gemeinsamen Tatentschluss und die arbeitsteilige Verwirklichung voraus. In der Praxis des ICTY wurden aber mehrere Formen unterschieden. Im Zentrum standen insbesondere die Fragen, ob unter Umständen der Vorsatz aus der objektiven Rolle des Beschuldigten erschlossen werden kann sowie, ob der Beschuldigte unter Umständen gar für Exzesstaten seiner Mittäter einzustehen hat. Es versteht sich, dass dabei Spannungen zum Schuldprinzip unausweichlich sind.

aa. «JCE I»

Unter dem Stichwort «JCE I» wird die Grundform abgehandelt<sup>248</sup>: In der völkerstrafrechtlichen Dogmatik werden der gemeinsame Plan und der Vorsatz<sup>249</sup> separat ausdifferenziert. Hinzutritt beim JCE ein «signifikanter» Tatbeitrag.<sup>250</sup>

bb. «JCE II»

Der «JCE II» ist verwendet worden für die jugoslawischen KZ-Fälle, in denen die Misshandlungen oftmals zwar spontan erfolgten, Schreibtischtäter für die Misshandlungen aber haftbar gemacht werden, wenn sie Kenntnis der systematischen Natur der Misshandlungen hatten und den Vorsatz hatten, das System als solches zu fördern.<sup>251</sup> Dieser Fall ist eng verknüpft mit der anschliessend zu diskutierenden «*command responsibility*».

cc. «JCE III»

Der dritte Fall geht über eine blosse Beweiserleichterung hinaus: Danach werden Hintergrundtäter unter Umständen auch für Exzesstaten ihrer Mittäter haftbar gemacht, wenn sie voraussehbar waren, der Hintermann sie auch in Kauf nahm und die Absicht hatte, das kriminelle Unternehmen als solches zu unterstützen. Diese Form ist vom ICTY entwickelt, bisher vom ICC aber in An-

247 STRATENWERTH 2011, § 13 N 61 f.

248 GLESS 2011, S. 233 u. V. auf das *Tadić*-Urteil des ICTY.

249 GLESS 2011, S. 217 f.; SATZGER 2010, S. 271 ff.

250 GLESS 2011, S. 232.

251 GLESS 2011, S. 233; SATZGER 2010, S. 283.

wendung von Art. 25 Abs. 3 des Römer Status abgelehnt worden.<sup>252</sup> Die auf die nationale Rechtsdogmatik gestützten Einwände, es handle sich um eine Kausalhaftung, greifen jedoch nach Schweizer Recht dann nicht, wenn ein Mittäter mit dem Exzess seines Komplizen im Sinne des *dolus eventualis* gerechnet hat.<sup>253</sup>

b. «*Command Responsibility*»

Bereits das Militärgericht von Tokio hatte japanische Generäle dafür haftbar gemacht, dass sie mit Massakern ihrer Truppen hatten rechnen müssen und dagegen keine Vorsorge trafen.<sup>254</sup> Nach weiteren Vorläufern in den Statuten des ICTY und des ICTR hat Art. 28 Römer Statut eine «*command responsibility*» eingeführt. Sie wird aktiviert:

- wenn der betreffende Beschuldigte tatsächlich Befehlsgewalt oder Kontrolle über Untergebene hatte, die eine Menschenrechtsverletzung begangen haben,
- wenn er um die Verletzung wusste oder hätte wissen müssen (im Sinne der *wilfull blindness*),
- wenn er es unterliess, zu intervenieren, obwohl er konnte.<sup>255</sup>

Art. 28 Römer Statut fügt noch den Fall hinzu, dass der Vorgesetzte die Straftaten nicht der zuständigen Behörde meldet.

Im neuen nationalen Völkerstrafrecht wird die Figur der «*command responsibility*» in Art. 264k StGB explizit aufgegriffen: Der Vorgesetzte ist strafbar, wenn er weiss, dass eine ihm unterstellte Person eine schwere Menschenrechtsverletzung begeht oder begehen wird und er nicht angemessene Massnahmen ergreift, um diese Tat zu verhindern. Die Nichtverhinderung ist ebenfalls strafbar, wenn sie fahrlässig erfolgt. Strafbar ist schliesslich auch das Unterlassen der Ahndung.<sup>256</sup>

Die Formel entspricht den bereits vom Bundesgericht zur Garantenpflicht des Geschäftsherrn beim Unterlassungsdelikt entwickelten Regeln.<sup>257</sup>

3. *Der Einfluss des Völkerstrafrechts auf das nationale Recht*

Das Völkerstrafrecht ist in kürzester Zeit zu einer nur schwer überschaubaren Materie angewachsen. Auf nationaler Ebene ist die Schweiz die Verpflichtung zur formalen Kooperation eingegangen. Der Zusammenarbeit der Schweiz mit den ad hoc Tribunalen dient ein besonderes Bundesgesetz, das BZIG vom

---

252 GLESS 2011, S. 234; SATZGER 2010, S. 284.

253 BGE 126 IV 84, 88; STRATENWERTH 2011, § 13 N 53.

254 RADAKOVIC 2006 (Fall *Yamashita*).

255 GLESS 2011, S. 236 f.; SATZGER 2010, S. 287 ff.

256 GLESS 2011, S. 278; VEST 2012, N 7 zu Art. 264k.

257 BGE 122 IV 128 f. («Von Roll»).

21. Dezember 1995<sup>258</sup>, der Kooperation mit dem Internationalen Strafgerichtshof das ZISG vom 22. Juni 2001<sup>259</sup>. Sodann hat die Schweiz sich auch materiellrechtlich an die Umsetzung des Römer Statuts gemacht. Die «Revision 2010», die auf den 1. Januar 2011 in Kraft getreten ist, enthält eine Reihe von «gemeinsamen Bestimmungen» (Art. 264k–n StGB). Im Übrigen gilt der Allgemeine Teil des StGB auch für diese Tatbestände. Die eigentlichen Tatbestände sind in den Artikeln 259, 260<sup>bis</sup>, 264 ff. StGB geregelt. Die Reform kann dabei zum Teil auf früher bestehendes Recht (so etwa den Völkermordtatbestand) zurückgreifen. Neu ist insbesondere der Tatbestand der Verbrechen gegen die Menschlichkeit (Art. 264a StGB).

## II. «Recht ohne Grenzen»?

### 1. Strafanwendungsrecht

Fundamental ist der Solidaritätsgedanke auch für die Entwicklung des Strafanwendungsrechts. Der allmähliche Ausbau der Prinzipien<sup>260</sup> reflektiert die Phasen der Entwicklung moderner Staatlichkeit. Dem Nationalstaat entspricht das Territorialitätsprinzip. Mit zunehmender Konkurrenz der Nationalstaaten werden entsprechende Ausdehnungen vorgenommen: abgesehen vom Flaggenprinzip und vom Staatsschutzprinzip<sup>261</sup>, auch die Indiennahme des eigenen Bürgers durch ein vorerst aggressiv formuliertes aktives Personalprinzip (ohne Rücksicht auf die beidseitige Strafbarkeit) und das Misstrauen gegenüber fremden Justizorganen, das sich im passiven Personalprinzip niederschlägt. In der Abdämpfung der aktiven Personalität nach Einführung der beidseitigen Strafbarkeit, durch die Einführung des Weltrechtsprinzips gestützt auf Staatsverträge und schliesslich des unilateralen Weltrechtsprinzips zum Schutze fremder Interessen (vor allem dem Schutze von Kindern vor Sexualdelinquenten<sup>262</sup>) kündigt sich das Solidaritätsprinzip an.

Im bisherigen Schweizer Recht stehen alle diese überkommenen Prinzipien nebeneinander: In alt Art. 3, 4 und 7 StGB kommt das Territorialitätsprinzip<sup>263</sup>, in alt Art. 5 und 6<sup>bis</sup> StGB die Ausdehnung des Solidaritätsprinzips zum Ausdruck.<sup>264</sup> Der neue Art. 7 ist dagegen recht intransparent formuliert. Implizit enthält Abs. 1 nach wie vor das aktive und passive Personalprinzip. Abs. 2 (unter Verweis auf Abs. 1) fügt das Prinzip der stellvertretenden Strafrechtspflege für zwei Fälle hinzu:

---

258 S.o. Anm. 238.

259 S.o. Anm. 239.

260 CAPUS 2010, S. 157 ff.; SATZGER 2010, S. 45 ff.

261 STRATENWERTH 2011, § 5 N 6 sowie 10 ff.

262 Zum neuen Art. 5 StGB: GLESS 2011, S. 54.

263 CASSANI 1996, S. 237 f.; GLESS 2011, S. 46 ff.

264 CASSANI 1996, S. 239 ff.; GLESS 2011, S. 52 ff.

- falls die Auslieferung aus einem Grund, der nicht die Art der Tat betrifft (zum Beispiel wegen des Non-Refoulement-Prinzips), abgewiesen wurde (*aut dedere aut iudicare*) oder
- wenn der Täter ein besonders schweres Verbrechen begangen hat, das von der internationalen Rechtsgemeinschaft geächtet wird.

Dieser zweite Fall soll die Anwendung des Völkerstrafrechts sicherstellen. Unverständlich ist aber, dass auch dieser Fall der beidseitigen Strafbarkeit von Abs. 1 lit. a unterstellt wird.<sup>265</sup> Die Verfolgung von Völkermördern vom Recht des Tatorts abhängig zu machen, widerspricht dem Grundprinzip des Völkerstrafrechts, die schwersten Menschenrechtsverletzungen unabhängig von nationalen Rechten zu verfolgen.<sup>266</sup>

## 2. Die Grenzen des Schweizer Strafrechts

Die Zurückhaltung des Schweizer Gesetzgebers, die bei der stellvertretenden Strafrechtspflege zum Vorschein kommt, wirkt sich auch auf den Umgang mit «traditionellen» Delikten aus.

Es ist darauf hingewiesen worden, dass die Schweiz eine Vielzahl von multinationalen Unternehmen beherbergt.<sup>267</sup> Die Zahl nimmt gegenwärtig rapide zu, nicht nur wegen des günstigen steuerlichen und regulatorischen Umfeldes, sondern weil sich bestimmte Märkte zunehmend in die Schweiz verlagern: Ein Grossteil der weltweiten Rohstoffbörsen, der *trading houses* und der Rohstoff-financiers haben ihre Zelte in der Schweiz aufgeschlagen.<sup>268</sup> Zunehmend fragen Nichtregierungsorganisationen (NRO), aber auch Wissenschaftler nach, ob die (natürlich erlaubte) Verlagerung des Firmenstandorts in die Schweiz nicht auch nach einer entsprechenden Regulierung ruft.<sup>269</sup> Sie sprechen der bisherigen Selbstregulierung durch die Unternehmen die nötige Durchsetzungskraft ab<sup>270</sup> und fordern zivilrechtliche, zivilprozessuale und auch strafrechtliche Massnahmen.

Vorab sollen, anhand des geltenden Strafrechts, mögliche Defizite ausgemacht werden. Sie scheinen auf drei Ebenen auf:

- bei den materiellrechtlichen Haftungsvoraussetzungen,
- dem Strafanwendungsrecht und
- im Prozessrecht.

Dabei gilt es, die Haftung von Individuen und Verbänden getrennt zu betrachten.

---

265 Krit. TRECHSEL/VEST 2008, Art. 7 N 14.

266 Vgl. GLESS 2011, S. 202 f.

267 Kampagne Recht ohne Grenzen ([www.rechtohnegrenzen.ch](http://www.rechtohnegrenzen.ch)).

268 ERKLÄRUNG VON BERN 2011.

269 Recht ohne Grenzen, Factsheet, Corporate Social Responsibility: Die Grenzen der Selbstregulierung.

270 Recht ohne Grenzen, Forderungen.

a. *Im Bereich der Haftungsvoraussetzungen*

aa. Individualhaftung

Beim typischen Fall, dass Mitarbeiter, Agenten usw. eines Schweizer Unternehmens im Ausland oder aber Mitarbeiter einer Tochterfirma oder eines Joint Ventures im Ausland ein Delikt begehen (man denke an Geschäfte mit Bürgerkriegsparteien, denen schwere Menschenrechtsverletzungen angelastet werden oder an Umweltdelikte oder an Wirtschaftsstraftaten<sup>271</sup>), ist die Haftungskette typischerweise lang und brüchig.

In Frage kommt das Entstehen des Einzelnen in der Schweiz als Mittäter (zur Gehilfenschaft gleich unten b.). Voraussetzung ist aber nicht nur der gemeinsame Tatentschluss, sondern auch die arbeitsteilige Verwirklichung im Sinne der Tatherrschaft.

Viel häufiger wird ein indirekter Bezug sein: Man denke an den Fall der Untätigkeit des Schweizer Managers trotz Wissens um die Täterschaft eines anderen. Hier könnte unter bestimmten (allerdings eng gefassten) Umständen die Geschäftsherrenhaftung greifen: Der Firmenchef müsste zur Verhinderung der Straftaten zuständig sein. Zuständigkeit im Rechtssinne könnte sich aus einer Garantenpflicht ergeben. Sie mag für das unmittelbar von ihm geleitete Unternehmen vorliegen. Für Agenten, Mitarbeiter etc. von Tochterfirmen und Joint Ventures dürfte sie aber wesentlich schwerer zu begründen sein. Der bisherigen Rechtsprechung sind zwei wichtige Anforderungen zu entnehmen:

- Der Geschäftsherr darf nicht bloss auf dem Papier, sondern er muss auch faktisch «Patron» sein.<sup>272</sup> Dieses Kriterium findet sich im Übrigen sowohl in Art. 25 des Römer Statuts wie in der Interpretation des neuen Art. 264 k StGB wieder.<sup>273</sup>
- Er muss entweder dem Fehlverhalten selbst zugestimmt oder aber seiner Aufsichtspflicht nicht nachgekommen sein. Während sich die erste Variante aus der klassischen Lehre ergibt, ist die zweite eine im nationalen Recht unübliche Form des Einstehens des Fahrlässigkeitstäters für eine fremde Vorsatztat (falls die Tat fahrlässig begehrbar ist). Sie ergibt sich jedenfalls im Völkerstrafrecht aus dem Römer Statut und der Praxis der ad hoc Tribunale im Bereiche der «*command responsibility*». Sie ist auch in Art. 264 k Abs. 1 Satz 2 zu finden: «*verhindert der Vorgesetzte die Tat fahrlässig nicht, so ist die Strafe Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder Geldstrafe.*»

bb. Verbandshaftung

Wie bereits oben erläutert<sup>274</sup>, ist die Schweizer Verbandshaftung infolge politischer Intervention von Wirtschaftskreisen unzureichend: Sie macht einen

---

271 S.o. A.

272 BGE 96 IV 155 («Bührle»); BGE 105 IV 172.

273 GLESS 2011, S. 237.

274 S.o. D.II.5.b.

schwer zu vertretenden Unterschied zwischen einzelnen Wirtschaftsdelikten und den restlichen Tatbeständen, bei denen das Unternehmen nur subsidiär haftet, wenn infolge eines Organisationsversagens keine bestimmte Person haftbar gemacht werden kann. Es fällt insbesondere schwer, zu begründen, dass die Unterstützung schwerster Menschenrechtsverletzungen oder gravierende Umweltschädigungen – anders als die Geldwäscherei und die Korruption – nicht einer eigenständigen Verbandshaftung Wert sind. Doch bleibt es diesbezüglich beim rechtspolitischen Desiderat, die Haftung des Unternehmens erneut zu überdenken. Dies liegt umso näher, als ausländische Rechtsordnungen die Schweiz bei weitem überholt haben.<sup>275</sup>

De lege lata bleibt es bei in der Praxis wohl seltenen Fällen im Sinne von Art. 102 Abs. 1 StGB. Ausnahmsweise fällt die betreffende Tat in den Kontext des organisierten Verbrechens, der Korruption oder der Geldwäscherei. Dann käme ein direktes Einstehen des Mutterkonzernes für Verhalten ihrer Mitarbeiter, von Agenten oder anderen Intermediären in Frage. Die direkte Haftung für Mitarbeiter von rechtlich selbständigen Unternehmen ist aber bisher unerprobt. Wie nach dem Recht anderer Staaten<sup>276</sup>, könnte sie allenfalls in Frage kommen, wenn das kontrollierte Tochterunternehmen zugleich als Verkaufsfürer für die Mutter handelt, dann ist eine genügend enge Beziehung hergestellt, die für die Haftung nach Art. 102 Abs. 2 StGB ausreicht.<sup>277</sup> Das Zentrum der Fragestellung verlagert sich in diesem Fall auf die Frage des Organisationsversagens.<sup>278</sup>

## *b. Im Bereich des Strafanwendungsrechts*

### *aa. Individualhaftung*

Wie bereits dargestellt<sup>279</sup>, steht das Territorialitätsprinzip im Zentrum<sup>280</sup>, ausnahmsweise ist an eine extraterritoriale Anwendung schweizerischen Rechts zu denken (insbesondere die aktive oder passive Personalität oder die Fälle des Weltrechtsprinzips und ganz ausnahmsweise der Art. 7 Abs. 2 StGB): Schweizer Täter und ausnahmsweise auch Ausländer können also auch für ihre Auslandstaten zur Rechenschaft gezogen werden. Allerdings gilt hier das Prinzip der beidseitigen Strafbarkeit.

Soll der in der Schweiz tätige Manager für Verhalten in der Schweiz zur Rechenschaft gezogen werden, unterscheidet das Bundesgericht danach, ob ihm Täterschaft oder blosser Teilnahme vorgeworfen wird. Akzessorische Beteiligungsformen in der Schweiz sollen bei Auslandstaten keinen separaten Anknüpfungspunkt zur Anwendung von schweizerischem Recht begründen.<sup>281</sup>

275 PIETH 2011a, S. 393 ff.

276 USA: PIETH 2011b, 54.

277 PIETH 2007c, S. 189.

278 PIETH 2004, S. 604 ff.

279 S.o. F.II.1. zur Rechenschaft zu ziehen.

280 Detailliert CASSANI 2010a, S. 25 ff.

281 BGE 104 IV 77, 86.

Diese Praxis ist zufällig und formalistisch, sie missachtet die Schweizer Verantwortung in einer globalisierten Welt. Sie ist denn auch von internationalen Gremien kritisiert worden.<sup>282</sup>

bb. Verbandshaftung

Mittlerweile hat sich die Meinung durchgesetzt, dass in der Schweiz niedergelassene Unternehmen nach dem aktiven Personalitätsprinzip für Verhalten im Ausland nach Schweizer Recht einstehen.<sup>283</sup> Anknüpfungspunkt für die Unternehmenshaftung ist sowohl der Ort der Anlasstat (einschliesslich des Erfolgsortes) wie der Ort des Organisationsversagens.<sup>284</sup>

c. *Strafprozessrechtliche Fragen*

Von der Kampagne «Recht ohne Grenzen» wird, bezogen auf das Schweizer Strafprozessrecht moniert, dass einschlägige Verbände nicht über Klageerzwingungsmöglichkeiten verfügten.<sup>285</sup>

Dazu ist zu sagen, dass Staatsanwälte nach dem Legalitätsprinzip an sich verpflichtet sind, auf einen Anfangsverdacht hin tätig zu werden (Art. 7 StPO). Ausnahmsweise erlaubt das «gemässigte Opportunitätsprinzip», davon Abstand zu nehmen. Unter den Gründen findet sich der Fall, dass eine Straftat bereits von einer ausländischen Behörde verfolgt oder die Verfolgung an eine solche abgetreten wird (Art. 8 Abs. 3 StPO).

Soweit Individuen oder Kollektive konkret zu Schaden gekommen sind, können sie – je nach Art der Schädigung – als «Opfer» oder als «Privatklägerschaft» im Prozess intervenieren und Rechtsmittel gegen die «Nichtanhandnahme» bzw. die «Einstellung» ergreifen (Art. 393 ff. StPO). Schwieriger ist es zweifellos, wenn die Tat sich gegen Kollektivinteressen richtet. Hier könnten Parteirechte für spezialisierte NRO, wie sie in einzelnen Staaten vorgesehen sind, de lege ferenda eine nützliche Kontrollfunktion übernehmen.<sup>286</sup>

---

282 OECD, Switzerland: Phase 2: Report on the Application of the Convention on Combating Bribery of Foreign Public Officials in International Business Transactions and the 1997 Recommendation on Combating Bribery in International Business Transactions, 24. Dezember 2004, paras 101 ff.; krit. CASSANI 2010, S. 23 ff.

283 BERTOSSA 2003, S. 207 f.

284 CASSANI 2010a, S. 33 ff.

285 F. MEMBREZ, Les remèdes juridiques face aux violations des droits humains et aux atteintes à l'environnement commises par les filiales des entreprises suisses, 2012, E. 4.2 ([www.rechtohne.grenzen.ch/media/medialibrary/2012/03/membrez\\_executive\\_summary\\_def\\_dt.pdf](http://www.rechtohne.grenzen.ch/media/medialibrary/2012/03/membrez_executive_summary_def_dt.pdf)).

286 Bsp. Frankreich.

### III. Potentatengelder

#### 1. Die Ausgangslage

Eine weitere heikle Baustelle im Nord-Süd-Verhältnis, auf der die Schweiz in besonderer Weise gefordert ist, sind die sogenannten Potentatengelder. Im Laufe der letzten 50 Jahre versuchten insbesondere ehemalige Kolonialmächte und die bei ihnen niedergelassenen Unternehmen ihren Einfluss durch Bestechung und ähnliche Verhaltensweisen zu erhalten. Zu ihnen gesellten sich bald weitere «players», insbesondere die Grossmächte (USA, Russland, China), die die Methoden der alten Herren kopierten. Sie stiessen in den jungen Staaten auf neue Eliten, die nur allzu bereit waren, die Rohstoffe ihres Landes für privaten Verdienst zu verkaufen oder die neuen Märkte gegen Zusatzzahlungen zu öffnen. So kamen mit Hilfe von Bestechlichkeit und ungetreuer Amtsführung ungeheure Summen zusammen, während die Bevölkerung der betreffenden Länder regelmässig in Armut lebt. Die betreffenden Werte werden über Finanzplätze des Nordens angelegt.<sup>287</sup> Die Schweiz hatte dabei aufgrund ihres starken Bankgeheimnisses, aber auch einer besonders effizienten Finanzbranche einen Wettbewerbsvorteil. Es muss beigefügt werden, dass es auch eine Zeit gab, zu der sich Schweizer Finanzhäuser aktiv um Potentaten bemühten.

Die Schweiz hat seither eine doppelte Erfahrung gemacht. Es wurden bei ihren Finanzinstituten zwar in erheblichem Umfange Potentatengelder gefunden, sie hat sich aber auch – wie kaum ein anderer Staat – bemüht, das Stigma des «Piratenhafens» loszuwerden und solche Werte an die geschädigten Länder zurückzuführen (man denke nur an die Fälle Marcos<sup>288</sup>, Abacha<sup>289</sup> und Montesinos<sup>290</sup>). Der Fall Marcos hat zu einer umfassenden Revision des IRSG im Jahre 1997 geführt. Der Bundesrat hat durch seine verfassungsunmittelbaren Vermögenssperren (nach Art. 184 Abs. 3 BV) wiederholt dafür gesorgt, dass der Ruf der Schweiz erhalten blieb. Allerdings warf diese Form der exekutiven Vermögenssperre auch erhebliche Probleme auf. Sie führte – wenn Rechtshilfverfahren nicht in Gang kamen – regelmässig nicht wirklich weiter. Während es im Fall Abacha gelang, den Art. 72 StGB anzuwenden und über eine Umkehr der Beweislast die Gelder einzuziehen und an Nigeria zurückzuerstatten<sup>291</sup>, misslangen ähnliche Versuche in den Fällen Mobutu<sup>292</sup> und Duvalier<sup>293</sup>. Gerade der Fall Duvalier liess den politischen Handlungsdruck noch erheblich ansteigen. Der Gesetzgeber erliess am 1. Oktober 2010 ein Gesetz, das in der Öffentlichkeit nur als «*lex Duvalier*» bezeichnet wird, das Bundesgesetz über die

287 PIETH 2008, S. 4 ff.

288 S.o. Anm. 24.

289 S.o. Anm. 22.

290 JORGE 2008, S. 111 ff.

291 DANNACHER 2012, S. 14 ff.

292 DANNACHER 2012, S. 18 ff.

293 DANNACHER 2012, S. 22 ff.

Rückerstattung unrechtmässig erworbener Vermögenswerte politisch exponierter Personen (RuVG).<sup>294</sup>

## 2. Das Verfahren nach RuVG

Das neue Gesetz unterscheidet zunächst zwei Stufen, die Vermögenssperre und die Einziehung.

### a. Die Vermögenssperre

Gemäss Art. 2 RuVG setzt die Vermögenssperre voraus:

- dass die Vermögenswerte aufgrund eines Rechtshilfeersuchens des Herkunftsstaates vorläufig sichergestellt werden,
- dass sie der Verfügungsmacht von politisch exponierten Personen oder deren Umfeld unterstehen,
- dass der Herkunftsstaat die Anforderungen an ein Rechtshilfeverfahren wegen des völligen oder weitgehenden Zusammenbruchs oder der mangelnden Verfügbarkeit seines Justizsystems nicht erfüllen kann (*failed state*) und
- die Wahrung der Schweizer Interessen die Sperrung dieser Vermögenswerte erfordert.

Ein Blick auf diese Erfordernisse zeigt, dass sie nicht nur widersprüchlich sind (der *failed state* soll ein Rechtshilfeersuchen stellen), sondern dass die Hauptmotivation nicht wirklich die Hilfe an den *failed state*, sondern die Schweizer Interessen sind.

### b. Einziehungsverfahren

Das Einziehungsverfahren verläuft nach Verwaltungsrecht. Der Bundesrat beauftragt das Eidgenössische Finanzdepartement, vor Bundesverwaltungsgericht auf Einziehung zu klagen. Dieser Weg ist gewählt worden, da man eine Umkehr der Beweislast beabsichtigte, sich allerdings vor dem Eingreifen des EGMR fürchtete. Voraussetzung der Einziehung ist der unrechtmässige Erwerb der Werte (Art. 5 RuVG). Entscheidend ist dabei die Bestimmung von Art. 6 RuVG, die eine Vermutung der Unrechtmässigkeit statuiert, wenn

- das Vermögen der Person, deren Verfügungsmacht die Vermögenswerte unterliegen in Zusammenhang mit der Ausübung des öffentlichen Amtes durch die politisch exponierte Person ausserordentlich stark gestiegen ist und
- der Korruptionsgrad des Herkunftsstaats oder der betreffenden politisch exponierten Personen während deren Amtszeit anerkanntermassen hoch war.

---

294 SR 196.1; dazu CASSANI 2010b, S. 465 ff.; DANNACHER 2012, S. 133 ff.

### c. *Rückwirkung*

Gemäss den Übergangsbestimmungen von Art. 14 RuVG werden von diesem Gesetz alle Vermögenswerte erfasst, die zur Zeit des Inkrafttretens bereits aufgrund einer Verfügung des Bundesrates nach Art. 184 Abs. 3 BV gesperrt sind. Diese Form der Rückwirkung ist verschiedentlich kritisiert worden.<sup>295</sup>

### 3. *Kritik*

Das RuVG ist nicht wirklich ein Gesetz, das auf der selbständigen Einziehung in der Schweiz aufbaut. Es geht weiterhin von der Fiktion eines Rechtshilfverfahrens aus. Die Verantwortung wird dem Herkunftsland des Diktators zugeschoben, daher verlangt es nominell ein Rechtshilfeersuchen zur Blockierung der Werte. Man beurteilt dann aber nach politischen Kriterien in der Schweiz, ob man dem Staat die Erfüllung der Rechtshilfekriterien und die Führung eines lokalen Strafverfahrens zutrauen kann. Schliesslich überlegt man sich, ob es für das Schweizer Renommée gut wäre, in diesem Fall stärker als beim üblichen Rechtshilfeverfahren zu Hilfe zu kommen. Unter diesen Umständen ist man zur verwaltungsrechtlichen Einziehung bereit und dort gar zur Umkehr der Beweislast. Dieses Vorgehen hat der Schweiz international zwar einigen Applaus eingetragen, ein Kontrollblick auf die betroffenen Staaten des arabischen Frühlings zeigt aber, dass die Wirkung des Gesetzes beschränkt ist: Tunesien wird wohl kaum als *failed state* angesehen werden können. Es wird wie viele andere Staaten die Anforderungen an das ordentliche Rechtshilfeverfahren erfüllen müssen. Ägypten ist zwar in grosser Aufruhr und die Institutionen sind nach wie vor von Parteigängern des alten Regimes durchsetzt. Abermals handelt es sich aber nicht um ein Land, das auf die gleiche Stufe mit Zimbabwe, Haiti oder den Kongo zu stellen wäre. Von daher wird man vermutlich bei Ägypten auf den Art. 72 StGB ausweichen müssen. Bei Libyen würde man wohl am ehesten noch einen *failed state* bejahen, allerdings sind die grossen Summen, von denen zu lesen war, unter der Kontrolle des nationalen Anlagefonds und können daher direkt der neuen Regierung übertragen werden.

Insgesamt mag man bedauern, dass nicht eine generellere Lösung gewählt wurde. Nach wie vor wäre wohl eine explizite Ausdehnung von Art. 72 StGB auf Potentaten wesentlich effizienter gewesen.<sup>296</sup> Zugleich hätte man – analog zum österreichischen Recht – die Zuständigkeit des Schweizer Strafrichters auf Werte kriminellen Hintergrundes, die sich bei uns befinden, ausdehnen können.

295 Krit. CASSANI 2010b, S. 478 ff.; DANNACHER 2012, S. 157.

296 CASSANI 2010b, S. 479 ff.; DANNACHER 2012, S. 176 ff.; PIETH 2007d, S. 497 ff. (505).

## G. Die Auswirkungen der EMRK auf das Schweizer Straf- und Strafprozessrecht

### I. Die EMRK

Die wohl klassischste Fragestellung zum Einfluss des internationalen Rechts auf das nationale Strafrecht wird in diesem Überblick an den Schluss gestellt: Die Europäische Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten vom 4. November 1950 (EMRK) hat das Schweizer Recht vermutlich am grundsätzlichen berührt, und sie weist auch über den heutigen Rechtszustand hinaus.

Die EMRK trat für die Schweiz am 28. November 1974 in Kraft.<sup>297</sup> Seither sind diverse Zusatzprotokolle hinzugekommen.<sup>298</sup> Von besonderer Bedeutung ist das 11. Zusatzprotokoll von 1998, mit dem (neben der klassischen Staatenbeschwerde) ein Individualbeschwerderecht geschaffen und das Rechtssystem insgesamt reformiert wurde. Seither liegt die Rechtsprechung ganz in den Händen des Europäischen Gerichtshofes für Menschenrechte (EGMR). Der EGMR gewährt zwar den Mitgliedstaaten bei der Auslegung der Konvention einen Ermessensspielraum (*margin of appreciation*), allerdings hatte die Praxis die Konvention «dynamisch» fortentwickelt. Die Anforderungen werden also laufend angepasst.<sup>299</sup>

Das Recht der EMRK ist für Schweizer Behörden und Gerichte direkt anwendbar<sup>300</sup> und verleiht Individuen Rechte. Sie hat in verschiedener Hinsicht die Schweizer Rechtsentwicklung nachhaltig beeinflusst. Zwei Fragenkreise aus dem Bereich des Strafrechts werden hier herausgegriffen: das Strafprozessrecht und das Sanktionenrecht (insbesondere die Verwahrung).

### II. EMRK und Strafprozessrecht

#### 1. Geschichtliche Entwicklung

Nach dem Ende der «Helvetischen Republik» wurden im Strafprozessrecht der Schweiz die Uhren besonders gründlich zurückgestellt. Mit der Restauration wurden fast alle Elemente des alten Inquisitionsprozesses wieder aufgenommen (mit Ausnahme vielleicht der Folter). Insbesondere die im Laufe der Aufklä-

297 Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten, SR 0.101.

298 Protokoll Nr. 6 vom 28. April 1983 über die Abschaffung der Todesstrafe, SR 0.101.06; Protokoll Nr. 7 vom 22. November 1984, SR 0.101.07; Protokoll Nr. 11 vom 11. Mai 1994 über die Umgestaltung des durch die Konvention eingeführten Kontrollmechanismus, SR 0.101.09; Protokoll Nr. 13 vom 3. Mai 2002 über die vollständige Abschaffung der Todesstrafe, SR 0.101.093; Protokoll Nr. 14 vom 13. Mai 2004 über die Änderung des Kontrollsystems der Konvention, SR 0.101.094.

299 Das Verhältnis von Völkerrecht und Landesrecht, Bericht des Bundesrates vom 5. März 2010, BBl 2010, 2263, 2312.

300 RHINOW 2010, N 95 m.w.H.

rung erstrittene Gewaltenteilung wurde weitgehend rückgängig gemacht. Die klare Trennung von Staatsanwalt, respektive Untersuchungsrichter und Entscheidungsinstanz wurde in Frage gestellt. Der Staatsanwalt war auch für die Haftentscheidung zuständig. Ein eigentliches Recht auf Verteidigung bestand erst nach Abschluss des Vorverfahrens, ein Beweisanspruchsrecht, das diesen Namen verdient, gibt es bis heute nicht, und an die Stelle des alten Geschworenenprozesses trat an vielen Orten die mittelbare Hauptverhandlung vor gewählten Richtern. An diesem Zustand hat sich bis nach dem Zweiten Weltkrieg wenig geändert, ausser dass mit dem Sozialstaat eine gewisse Bereitschaft entwickelt wurde, die Kosten der Verteidigung von Unbemittelten durch den Staat (bzw. die Anwaltschaft) zu übernehmen – soweit Strafverteidigung überhaupt zugelassen war.

Als Kontrast zum geringen rechtsstaatlichen Niveau des schweizerischen Strafprozessrechts muss die demokratische Legitimation der Justiz angesehen werden. Erstinstanzliche Richter wurden regelmässig vom Volk gewählt, Staatsanwälte zum Teil vom Volk, meist aber vom Parlament. Das Laienelement in der Schweizer Justiz blieb bis in die Gegenwart sehr ausgeprägt.<sup>301</sup> Auch heute noch hat der Bürger nicht einmal einen Anspruch darauf, dass der vorsitzende Richter ein Jurist ist.<sup>302</sup> Es verwundert daher nicht, dass NOLL sagen konnte «*die Schweiz ist vielleicht eine Demokratie, aber kein Rechtsstaat*»<sup>303</sup>.

Obwohl die Schweiz Sitz des UN-Menschenrechtsrates und Depositarstaat der Genfer Konventionen war, hatte sie landesintern einen erheblichen Nachholbedarf. Es ist denn auch davon auszugehen, dass die offizielle Schweiz von der Lebendigkeit und Dynamik der Strassburger Rechtsprechung überrascht wurde. Andererseits hat die Schweiz mit den Professoren WILDHABER und TRECHSEL zwei der markantesten Vertreter gestellt, die in der Aufbauphase die Organe der EMRK weitgehend gestalten sollten.

Die Anpassung des Strafprozessrechts an die EMRK erfolgte erst zögerlich, zum Teil auch aufgrund der Kritik der Europäischen Kommission für Menschenrechte oder des EGMR.<sup>304</sup> Sie lässt sich in verschiedenen Reformetappen nachzeichnen. Als beispielsweise der Kanton AR sich 1978 eine neue StPO gab, musste er erst noch die Unschuldsvermutung einführen.<sup>305</sup> BS entschied sich bei seiner Reform 20 Jahre später, den Beschuldigten im Vorverfahren Ver-

301 PIETH 1989, S. 199 ff.

302 Vgl. Art. 5 Abs. 2 BGG; BGE 134 I 36; Ausnahmen bspw. gem. § 7 GOG BS (SG 154.100), welcher für Gerichtspräsidenten und Statthalter juristische Requisiten vorschreibt; § 33 GOG BL (SGS 170), welcher für die (Vize)Präsidien (mit Ausnahme der Vizepräsidien der Bezirksgerichte), Gerichtsschreiber und Jugendanwälte eine rechtswissenschaftliche Ausbildung verlangt.

303 NOLL *passim*.

304 RHINOW 2010, N 92 ff.

305 Gem. Art. 74 Abs. 2 StPO AR vom 26. April 1914 wurde Schweigen als Schuldingiz gewertet.

teidigungsrechte zu gewähren und eine prinzipiell unmittelbare Hauptverhandlung einzuführen.<sup>306</sup>

## 2. Die Schweizerische StPO und die EMRK

Die vereinheitlichte Schweizerische StPO, die am 1. Januar 2011 in Kraft getreten ist, gibt ein ambivalentes Bild ab. Der Gesetzgeber ist mit dem Anspruch angetreten, schweizweit der EMRK Nachachtung zu verschaffen.<sup>307</sup> Er hat dieses Ziel in bestimmter Hinsicht konsequent verfolgt: Zum einen ist die Gewaltenteilung nun durchgehalten, soweit es um die Anordnung schwerer Zwangseingriffe geht. Über die Anordnung der Untersuchungshaft entscheidet das Zwangsmassnahmengericht in einer kontradiktorischen Verhandlung. Verdrängt wird aber gerne, dass es Polizei und Staatsanwaltschaft in der Hand haben, den Beschuldigten insgesamt bis zu 96 Stunden ohne Gerichtsentscheid in Haft zu behalten. Der EGMR hatte im Fall *Moulin v. France*<sup>308</sup> klargestellt, dass jedenfalls die *garde à vue* von fünf Tagen die EMRK verletzt. Die neue StPO gewährt dem Beschuldigten zudem bereits früh im Verfahren wichtige Verteidigungsrechte: Schon die Polizei muss den Beschuldigten über seine Verfahrensrolle, seine Rechte und den Vorwurf aufklären. Der Beschuldigte hat ein Recht, bereits von Anfang an einen Verteidiger beizuziehen. Auch hier zeigt aber näheres Hinschauen, dass der Teufel im Detail steckt: Der «Verteidiger der ersten Stunde» (Art. 159 Abs. 1 StPO) hat noch keine garantierte vollständige Akteneinsicht, und mehrere Kommentatoren sind überdies der Meinung, dass die Behörde die Befragung nicht unterbrechen müsse, um dem Beschuldigten das Recht zum unbeaufsichtigten Verkehr mit dem Verteidiger zu gewähren.<sup>309</sup> Seit dem Fall *Pishchalnikov v. Russia* ist allerdings deutlich geworden, dass Art. 159 Abs. 3 StPO, der dem Beschuldigten kein Recht auf Verschiebung der Einvernahme gewähren will, konventionskonform ausgelegt werden muss.<sup>310</sup> Wie bereits im alten, inquisitorisch geprägten Verfahren zeigt sich, dass der abgebrühte, versierte Beschuldigte gegenüber dem Erstmaligen Vorteile hat.

Die Stärkung der Gewaltenteilung und der Verteidigungsrechte ist allerdings nur das eine Gesicht der neuen Verfahrensordnung: Sie ist stark auf Effizienz ausgerichtet, hat den Untersuchungsrichter und die Überweisungsbehörde abgeschafft. Die Anklageschrift kann nicht mehr angefochten werden. Im Übrigen spielt sich die Beweiserhebung überwiegend im Vorverfahren ab, in dem der

---

306 Bspw. § 103 Abs. 2 (Akteneinsicht des Verteidigers), § 104 Abs. 1 (Beantragung von Beweismassnahmen durch den Angeschuldigten), § 107 (Recht des Verteidigers auf Teilnahme an Einvernahmen) und § 121 Abs. 3 (grundsätzlich unmittelbare Beweiserhebung in der Hauptverhandlung) StPO BS vom 8. Januar 1997.

307 Aus 29 mach 1, Konzept einer eidgenössischen Strafprozessordnung, Bericht der Expertenkommission «Vereinheitlichung des Strafprozessrechts», EJPD, Bern 1997, S. 25.

308 EGMR i.S. *Moulin v. France*, Application No. 37104/06.

309 Hinweise bei RUCKSTUHL/DITTMANN/ARNOLD 2011, S. 108 ff.

310 EGMR i.S. *Pishchalnikov v. Russia*, Application No. 7025/04.

Staatsanwalt nicht Partei, sondern Verfahrensherr ist. Überdies schreibt das neue Verfahren die in vielen Kantonen bereits faktisch vorhandene Übermacht der Polizei rechtlich fest: In Alltagsfällen muss die Staatsanwaltschaft, die eigentlich das Verfahren leitet, erst mit Abschluss der Beweiserhebung überhaupt von der Polizei über das Verfahren informiert werden. Einzig in schweren Fällen, wenn eine Zwangsmassnahme zu ergreifen ist oder wenn die Staatsanwaltschaft dies ausdrücklich verlangt, ist sie früher zu informieren (Art. 307 StPO). Sodann wird bereits heute die ganz grosse Mehrzahl der Fälle mit Strafbefehl erledigt.<sup>311</sup>

Ein eigentliches Beweisantragsrecht ist auch in der vereinheitlichten Prozessordnung nicht vorgesehen. Die Botschaft beruft sich darauf, dass es von der EMRK (noch) nicht verlangt werde.<sup>312</sup> Neben den abstrakt zu beurteilenden Beweisabwehrgründen lässt Art. 139 Abs. 2 StPO nach wie vor die (willkürfreie) «antizipierte Beweiswürdigung» zu.<sup>313</sup> Diese Praxis ist vom deutschen Reichsgericht bereits in seinem ersten Band verboten worden.<sup>314</sup> Eng mit der Zulassung der antizipierten Beweiswürdigung verknüpft ist der Verzicht auf ein wirklich unmittelbares Hauptverfahren. Beweiserhebungen in der Hauptverhandlung sind fakultativ. Es werden im Hauptverfahren im Wesentlichen neue, unvollständige oder nicht ordnungsgemäss erhobene Beweise nochmals erhoben. Bereits im Vorverfahren erhobene Beweise werden gemäss Art. 343 Abs. 3 StPO (nur) dann erhoben, wenn «*die unmittelbare Kenntnis des Beweismittels für die Urteilsfällung notwendig erscheint*».

Das starke Effizienzstreben auch in der Hauptverhandlung wird im Übrigen daran erkennbar, dass die Anklageschrift nicht mehr verlesen<sup>315</sup> und die Aktenzirkulation zum Normalfall erklärt wird.<sup>316</sup>

Das Gesamtbild des neuen Prozesses ist somit durchaus gemischt. Es enthält einerseits einen stark effizienzorientierten «schnellen Prozess» für den Alltag, in dem gewisse Sicherungen, namentlich die Gewaltenteilung und Verteidigungsrechte im Vorverfahren, von der EMRK inspiriert sind. Daneben kennt unser Prozess auch eine rauere Gangart, nach der geheimdienstartige Methoden der Beweissammlung zum Zuge kommen.<sup>317</sup> Dieser «postmoderne Prozess»<sup>318</sup> lässt sich nicht konsequent auf schwerste Delinquenz beschränken. Hier wird sich der EGMR mit Sicherheit mit dem neuen Schweizer Recht befassen müssen.

311 SCHUBARTH 2007, S. 528.

312 PIETH 2009, S. 145.

313 BGE 134 I 140, 148; 124 I 208, 211; so aber auch BGE 124 I 274, 285; 122 II 464; 115 Ia 97; 103 Ia 490.

314 Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen (RGSt) I S. 189 f.

315 Art. 340 Abs. 2 StPO.

316 Art. 330 Abs. 2 StPO.

317 Geheime Zwangsmassnahmen gem. den Art. 269 ff. StPO.

318 PIETH 2009, S. 31 f.

### III. EMRK und Verwahrung

#### 1. Das «dualistisch-vikariierende» Prinzip des Sanktionenrechts

Gegen Ende des 19. Jahrhunderts bekämpften sich zwei kriminalpolitische Richtungen aufs schärfste, die zugleich grössere gesellschaftliche und politische Umwälzungen repräsentierten.<sup>319</sup> Die «historische Schule» hielt das Erbe der Aufklärung und der bürgerlichen Revolution hoch, indem sie darauf insistierte, dass der Mensch von Geburt an frei sei und das Strafrecht am «Andershandelkönnen» des Täters ansetzen müsse. Legitimation von Strafe könne nur Schuld sein. Im krassen Gegensatz dazu stellte die «moderne Schule», die Anleihen bei der frühen Kriminologie (der *scuola positiva* von LOMBROSO, GAROFFALO und FERRI) aufnahm, die Gefährlichkeit des Täters ins Zentrum. Die Konsequenzen hätten unterschiedlicher nicht sein können. Gut beleumdete Erstmalige ins Gefängnis zu stecken erschien der «modernen Schule» als Dummheit<sup>320</sup>, während das Verwahren von Gewohnheitsverbrechern ihren Vertretern keine sonderliche Schwierigkeiten bereitete.<sup>321</sup> STOOSS, der Autor des ersten Schweizer Vorentwurfes zum StGB von 1893<sup>322</sup>, galt als Begründer der Vereinigungstheorien, die sich ein Nebeneinander von schuldangemessener Strafe und gefährlichkeitsorientierter Massnahme vorstellen konnten. Seinem Konzept entsprach gar, Strafe und Massnahme nebeneinander auszusprechen und erst die Massnahme zu vollziehen, um sich anschliessend Gedanken zu machen, ob es eines weiteren Strafvollzuges noch bedurfte.<sup>323</sup> Dieses «dualistisch-vikariierende» Modell ist seinerseits verschiedentlich abgeändert worden. Es gilt heute in der alten Form noch für therapeutische, nicht aber für rein isolierende Massnahmen (so für Art. 57 und Art. 62 lit. b Abs. 3 im Gegensatz zum umgekehrten Vorgehen bei Art. 64 Abs. 2 StGB).

Seit 1942 verfügten die Gerichte mit alt Art. 43 Ziff. 1 Abs. 2 StGB über die Möglichkeit, Täter, die infolge ihres Geisteszustandes die öffentliche Sicherheit in schwerwiegender Weise gefährdeten, zu verwahren. Das Konzept wurde im neuen Recht in Art. 64 Abs. 1 StGB weitgehend übernommen, auch wenn die Voraussetzungen nun detaillierter ausgeführt werden. Sowohl nach dem alten Art. 43<sup>324</sup> wie dem neuen Art. 64 (vgl. auch Art. 64b) muss die zuständige Behörde in regelmässigen Abständen von Amtes wegen prüfen, ob eine bedingte Entlassung möglich ist. Eine fixe Obergrenze kennt aber die Verwahrung gemäss Art. 64 Abs. 1 nicht.

---

319 STRATENWERTH 2011, § 1 N 11 f.

320 VON LISZT 1889 ff., S. 347.

321 VON LISZT in einem Brief an Dochow (1880), zit. bei Roxin 1969, S. 646, Anm. 124.

322 STOOSS 1893/1894.

323 Alt Art. 43 Ziff. 5 Abs. 1 StGB.

324 TRECHSEL 1997, Art. 43 N 2a.

## 2. Die Verwahrungsinitiative

Nach einer Reihe von besonders grausamen Gewalt- und Sexualstraftaten<sup>325</sup>, zum Teil begangen durch entlassene Straftäter, wurde Kritik an den kantonalen Strafvollzugsbehörden und den forensischen Gutachtern laut. Eine Volksinitiative forderte die Einführung einer «lebenslänglichen Verwahrung» (Art. 123a BV).<sup>326</sup> Die Volksinitiative erschwerte die Überprüfung des Freiheitsentzuges erheblich (vgl. Art. 123a Abs. 2 BV: «Nur wenn durch neue, wissenschaftliche Erkenntnisse erwiesen wird, dass der Täter geheilt werden kann und somit keine Gefahr mehr für die Öffentlichkeit darstellt, können neue Gutachten erstellt werden».).

Bedenken zur EMRK-Konformität der Volksinitiative hatten zwar vor allem Wissenschaftler bereits im Vorfeld der Abstimmung geäussert<sup>327</sup>, der Bundesrat hatte in seiner Botschaft von 2001 aber noch die Ansicht vertreten, eine EMRK-konforme Auslegung sei möglich, auch wenn sie «zum Teil dem demokratischen Willen der Initiantinnen und Initianten widerspricht»<sup>328</sup>.

Nachdem die Volksinitiative überraschend mit über 56% der abgegebenen Stimmen angenommen worden war, setzte eine erhebliche Verlegenheit auch bei den Behörden ein: Verwahrung stellt zweifelsohne Freiheitsentzug im Sinne von Art. 5 Abs. 1 EMRK dar.<sup>329</sup> Im Sinne des *habeas corpus*-Prinzips<sup>330</sup> hat die inhaftierte Person nach Art. 5 Abs. 4 EMRK «das Recht, zu beantragen, dass ein Gericht innerhalb kurzer Frist über die Rechtmässigkeit des Freiheitsentzugs entscheidet und ihre Entlassung anordnet, wenn der Freiheitsentzug nicht rechtmässig ist.» Wenn die Dauer des Freiheitsentzugs aber – wie bei der Verwahrung – von persönlichen Eigenschaften abhängt, besteht ein Recht auf periodische Überprüfung der Rechtmässigkeit durch ein Gericht<sup>331</sup>, da sich die Persönlichkeitskonstellation ändern kann. Der EGMR hat in einer detaillierten Praxis Regeln zur Überprüfung der Verwahrung entwickelt. Die für die «ordentliche» Verwahrung nach Art. 64 Abs. 1 StGB vorgesehenen regelmässigen Überprüfungen entsprechen diesen Vorgaben. Das Anliegen der Initianten war indessen gerade, eine regelmässige Haftprüfung für die von ihnen anvisierten Personen zu verhindern. Der Initiativtext gemäss Art. 123a BV verstösst eindeutig gegen Art. 5 Abs. 4 EMRK. In dieser Situation hatte das Parlament im

325 Fälle Ferrari, Peiry, Hauert.

326 Eidgenössische Volksinitiative «Lebenslange Verwahrung für nicht therapierbare, extrem gefährliche Sexual- und Gewaltstraftäter», BBl 2000, 3336.

327 NZZ vom 30. Januar 2004, 15 (G. STRATENWERTH).

328 Botschaft zur Volksinitiative «Lebenslange Verwahrung für nicht therapierbare, extrem gefährliche Sexual- und Gewaltstraftäter» (Botschaft Verwahrungsinitiative), BBl 2001, 3433, 3434.

329 Botschaft zur Änderung des Schweizerischen Strafgesetzbuches in der Fassung vom 13. Dezember 2002 (Umsetzung von Art. 123a der Bundesverfassung über die lebenslängliche Verwahrung extrem gefährlicher Straftäter), BBl 2006, 889, 898.

330 RENZIKOWSKI 2010, Art. 5 N 275.

331 BBl 2006, 899; TRECHSEL 2008, Art. 64c N 12.

Anschluss an die Annahme der Initiative die Wahl zwischen drei gleichermassen unattraktiven Alternativen<sup>332</sup>:

- Die EMRK-widrige Initiative ganz einfach zu ignorieren,
- sie EMRK-konform umzusetzen und damit den Volkswillen zu missachten oder
- einen für beide Positionen unbefriedigenden Kompromiss zu suchen.

Der Gesetzgeber wählte die dritte Option. In Art. 64c StGB führte er einen komplexen mehrstufigen Überprüfungsprozess ein:

- Gemäss Abs. 1 prüft die zuständige (kantonale) Behörde *«von Amtes wegen oder auf Gesuch hin, ob neue, wissenschaftliche Erkenntnisse vorliegen, die erwarten lassen, dass der Täter so behandelt werden kann, dass er für die Öffentlichkeit keine Gefahr mehr darstellt.»* Die Behörde entscheidet gestützt auf den Bericht der Eidgenössischen Fachkommission zur Beurteilung der Behandelbarkeit verwahrter Straftäter, ob neue wissenschaftliche Erkenntnisse vorliegen.<sup>333</sup>
- Bejaht sie die Behandelbarkeit, bietet sie dem Täter eine Behandlung an, die in einer geschlossenen Einrichtung nach den Vollzugsregeln der lebenslänglichen Verwahrung appliziert wird (Abs. 2).
- Zeigt die Behandlung Erfolg, hebt das Gericht die lebenslängliche Verwahrung auf und ordnet eine stationäre therapeutische Massnahme in einer geschlossenen Einrichtung an (Abs. 3) (diese ist ihrerseits zeitlich nicht beschränkt, muss aber nach fünf Jahren gerichtlich verlängert werden). KUNZ spricht von einem blossen «Umtopfen» in ein anderes Gefäss.<sup>334</sup>
- Erst auf dieser Stufe kommt unter Umständen die bedingte Entlassung gestützt auf zwei unabhängige Sachverständige in Frage.

Die Regelung von Art. 64c StGB wurde von den Initiantinnen als «Verschaukelung» kritisiert.<sup>335</sup> Umgekehrt verweist etwa TRECHSEL<sup>336</sup> darauf, dass das Gesuch an die zuständige Behörde schon deshalb Art. 5 Abs. 4 EMRK nicht entspreche, *«weil es gar nicht zu einer Überprüfung der Rechtmässigkeit der Freiheitsentziehung oder zu einer (bedingten) Entlassung führen kann»*. Gemäss MÜLLER und SCHEFER *«scheint keine praktikable Möglichkeit zu bestehen, diese Bestimmung in Übereinstimmung mit der Garantie von habeas corpus umzusetzen»*.<sup>337</sup> Aufgrund der ständigen Praxis des EGMR ist somit mit einer erfolgreichen Anfechtung der lebenslänglichen Verwahrung zu rechnen.<sup>338</sup>

---

332 Zur Debatte in der Literatur vgl. den Hinweis bei MÜLLER/SCHEFER 2008, S. 91, Anm. 23.

333 Bereits Botschaft Verwahrungsinitiative, BBl 2001, 3456.

334 KUNZ 2007, S. 99.

335 NZZ vom 21. Juni 2006, S. 13.

336 TRECHSEL 2008, Art. 64c N 7.

337 MÜLLER/SCHEFER 2008, S. 90.

338 TRECHSEL 2008, Art. 64c N 1.

### 3. *Völkerrecht vs. Volksrechte?*

Unter anderem weil immer wieder Volksinitiativen lanciert werden, deren Völkerrechtskonformität fraglich ist, ist das Verhältnis des nationalen Rechts (sei es Gesetzes- oder Verfassungsrecht) zum Völkerrecht zu einem prominenten Thema avanciert.<sup>339</sup> Die BV geht zwar vom Vorrang des Völkerrechts vor dem Bundesrecht aus. Zumindest sollen Bund und Kantone das Völkerrecht beachten (Art. 5 Abs. 4 und 190 BV). Sodann macht die Verfassung deutlich, dass die «*zwingenden Bestimmungen des Völkerrechts*» weder bei der Total- noch bei Teilrevisionen der Verfassung verletzt werden dürfen (Art. 193 Abs. 4 und 194 Abs. 2 BV). Konsequenterweise hält Art. 139 Abs. 2 BV fest, dass Volksinitiativen auf Teilrevision der BV, die «*zwingende Bestimmungen des Völkerrechts*» verletzen, von der Bundesversammlung ganz oder teilweise für ungültig erklärt werden müssen. Uneins war man sich, ob der Begriff der «*zwingenden Bestimmungen*» den gefestigten (aber sehr engen) völkerrechtlichen Terminus des *ius cogens* meint oder ob er landesrechtlich («*autonom*») auszulegen sei. Überwiegend wird für eine landesrechtliche Deutung optiert.<sup>340</sup> Soweit schlichtes Völkerrecht verletzt wird, ist die Initiative zwar gültig.<sup>341</sup> Damit verlagert sich die Problematik aber auf die Umsetzung und die Rechtsanwendungsebene.

In einem älteren Entscheid (dem sogenannten *Schubert-Fall*<sup>342</sup>) hielt das Bundesgericht fest, dass der Vorrang des Völkerrechtes dann durchbrochen werde, wenn der Gesetzgeber das Völkerrecht bewusst missachtete. In dieser generellen Deutung ist die Praxis wohl aber in der Folge überinterpretiert worden: Ein Staatsvertrag von 1875, der österreichisch-ungarischen Bürgern in der Schweiz Niederlassungsfreiheit gewähren sollte, wurde durch die *Lex Furgler* missachtet. Im Grunde handelte es sich aber um den Fall eines (vielleicht impliziten) Vorbehaltes wichtiger öffentlicher Interessen.<sup>343</sup> In einem späteren Entscheid (dem *PKK-Fall*<sup>344</sup>) wurde demgegenüber festgehalten, dass Bundesrecht unanwendbar werde, wenn es zum Schutze von Menschenrechten erlassenes Völkerrecht verletze. Blosser völkerrechtskonformer Auslegung scheidet bei eindeutig völkerrechtswidrigem Bundesrecht aus. Es wird nicht angewandt.<sup>345</sup>

In BGE 136 III 168 wird die Praxis nochmals nachgezeichnet und die Türe für die «*Schubert-Praxis*» nochmals aufgestossen; in einem Fall, in dem der Schweizer Gesetzgeber bewusst die Einheit der Familie höher gewichtet habe als den Rechtsgleichheitsgrundsatz, wie ihn der EGMR verstehe.<sup>346</sup>

339 Das Verhältnis von Völkerrecht und Landesrecht, Bericht des Bundesrates vom 5. März 2010, BBl 2010, 2263; Zusatzbericht des Bundesrats zu seinem Bericht vom 5. März 2010 über das Verhältnis von Völkerrecht und Landesrecht, BBl 2011, 3613.

340 BBl 2010, 2315; RHINOW 2003, N 3193.

341 BBl 2010, 2328; PETERS 2012, Kap. 8 N 41 ff..

342 BGE 99 Ib 39.

343 Ähnlich PETERS/PAGOTTO 2004, S. 60.

344 BGE 125 II 417.

345 RHINOW/SCHEFER 2009, S. 115; Peters 2012, Kap. 8 N 33 ff.

346 BGE 136 III 168, E. 3.3.4.

Allerdings bleibt offen, wie entschieden würde, wenn es sich um fundamentale Menschenrechte wie die physische Freiheit handeln würde. Hier schlägt HANGARTNER vor, die EMRK «*angesichts ihrer besonderen Stellung im europäischen Integrationsprozess tel quel als (europäisches) ius cogens anzuerkennen*». <sup>347</sup> PETERS kommt diesem Vorschlag nahe, wenn sie für eine «*materielle Betrachtungsweise*» des Verhältnisses von Völkerrecht und Landesrecht nach der Bedeutung der involvierten Normen statt der formalen Regelungsstufe eintritt. <sup>348</sup>

Unabhängig vom Ausgang der Debatte um die Deutung von Art. 139 Abs. 2 BV steht fest, dass der Gesetzgeber die Verwahrunginitiative verfassungskonform auslegen wollte. Ein bewusstes Abweichen mag zwar den Intentionen der Initianten entsprochen haben. Dieselbe Gewissheit besteht schon beim Volk und erst recht beim Parlament nicht mehr. Damit ist die *Schubert-Praxis* hier aus mehreren Gründen nicht relevant.

Das letzte Wort wird der EGMR haben, der es in der Hand hat, die Schweiz – ausgehend von einem Einzelfall – zu weiteren Korrekturen zu veranlassen. Damit beweist das System der EMRK einmal mehr, dass es in der Lage ist, auch Länder, die sich prinzipiell als Rechtsstaaten verstehen, auf Kurs zu halten.

## H. Schlussbemerkungen

Das Bild vom Strafrecht als dem Hort des souveränen Nationalstaates ist definitiv überholt. Die Schweiz ist auf intensivste Weise politisch, kulturell und wirtschaftlich mit dem Ausland verbunden. Sie orientiert sich gemeinsam mit ihren Konkurrenten an Normen im Geschäftsverkehr, sie ist zur Kooperation mit ihren Nachbarn verpflichtet und sie hat eine Solidaritätsverpflichtung auch gegenüber der weiteren Welt.

Mit der Ratifikation der EMRK hat die Schweiz dokumentiert, dass sie sich als modernen Rechtsstaat versteht. Trotz ihres traditionellen Bezugs zu den Menschenrechten war es ein langer Weg bis zu einem nationalen rechtsstaatlichen Strafverfahren. Trotz grossen Fortschritten bestehen allerdings nach wie vor erhebliche Defizite. Immer wieder stösst die Schweiz zudem mit ihrem zögerlichen Umgang mit völkerrechtswidrigen Volksinitiativen auf Schwierigkeiten: Populistische Anliegen müssen sich an rechtsstaatlichen Prinzipien reiben.

Internationale Organisationen und vermehrt auch informeller agierende Task Forces, an denen die Schweiz überwiegend mit einer Stimme beteiligt ist (ausgenommen G8 und G20), geben vor allem im wirtschaftlichen Bereich Regeln

---

<sup>347</sup> HANGARTNER 2008, Art. 190 N 32.

<sup>348</sup> PETERS 2012, Kap. 8, N 46; vgl. auch schon die Botschaft über eine neue Bundesverfassung, BBl 1997, 446.

vor und setzen sie mit Gruppendruck durch. Die Schweiz hat als Sitz einer Vielzahl von multinationalen Unternehmen, insbesondere im Finanzbereich, in der Maschinen- und Uhrenbranche und im Pharmabereich selbst ein Interesse am *level playing field*.

Im Verhältnis zu den unmittelbaren Nachbarn, der EU, ist die Beziehung schwierig, weil sich die Schweiz bewusst abseits hält; entsprechend gering ist ihr Einfluss auf die Normsetzung in der EU. Man trifft sich auf der Ebene der bilateralen «Realpolitik». Die EU ist nicht an einem «schwarzen Loch» in ihrem Zentrum interessiert und die Schweiz möchte möglichst an den Vorteilen des offenen Binnenmarktes partizipieren. Die Resultante ist ein Patchwork aus klassischen Staatsvertrags-elementen und einem dynamischen Staatsvertrag, der eigentlich auf den «Kauf der Katze im Sack» hinausläuft: das SAA.

Mit der weiteren Solidarität hat die Schweiz grössere Schwierigkeiten. Sie ist zwar Willens, im Bereiche des Völkerstrafrechts mitzuhalten, mit den internationalen Tribunalen zu kooperieren und auch selbst Täter zu verfolgen. Sie hat sich inzwischen auch bereitgefunden, das lange ungelöste Potentatenproblem ernsthaft anzupacken, auch wenn die gegenwärtige Lösung nicht in jeder Hinsicht befriedigt. Das geltende Recht ist allerdings unzureichend was die Verantwortung für Auslandstaten von aus der Schweiz kontrollierten Unternehmen anbelangt. Dies wird über kurz oder lang ein Thema sein, mit dem sich die Schweiz zu befassen hat, auch wenn es ihr mit Blick auf die involvierten wirtschaftlichen Interessen dabei unwohl sein mag.

Die eigentliche Herausforderung des nationalen Strafrechts angesichts des internationalen Rechts bleibt aber das Fehlen eines kriminalpolitischen Konzeptes. Über Kriminalisierung (und noch weniger über Entkriminalisierung) wird kaum je systematisch nachgedacht: Der nationale Gesetzgeber lässt sich angesichts internationaler Strömungen treiben. Statt sich zu sträuben, werden vom Bundesrat nun allenfalls neue Entwicklungen proaktiv begrüsst – wie etwa die Ausdehnung der Geldwäscherei auf Steuerdelikte<sup>349</sup>: Kriminalpolitik als Medienereignis? Vorzuziehen wäre dem Management durch «*spindoctors*» ein institutionalisierter Diskurs, der Entwicklungen voraussieht und sie rechtzeitig und nötigenfalls kontrovers erörtert.

---

349 Medienmitteilung des Bundesrats vom 18. April 2012: «Bundesrat leitet Umsetzungsarbeiten der revidierten FATF-Empfehlungen ein».

## Literatur

- ACKERMANN, JÜRIG-BEAT, Kriminelle Organisation als Geldwäschereivortat?, *forum-poenale* 2010, S. 177 ff.
- ALBRECHT, PETER, Die Strafbestimmungen des Betäubungsmittelgesetzes (Art. Art. 19–28 BetmG), 2. Aufl., Bern 2007.
- BERTOSSA, CARLO ANTONIO, Unternehmensstrafrecht – Strafprozess und Sanktionen, Bern 2003.
- BERNASCONI, PAOLO, Die Strafbehörden angesichts der Internationalisierung der Wirtschaftskriminalität, *ZSR* 1985 II, S. 339 ff.
- DERS., Lehren aus den Strafverfahren in den Fällen Texon, Weisscredit und ähnlichen, *ZStrR* 1981, S. 379 ff.
- BESOZZI, CLAUDIO, Organisierte Kriminalität: Synthese, in: Pieth et al. (Hrsg.), *Gewalt im Alltag und organisierte Kriminalität*, Bern 2002, S. 71 ff.
- CAPUS, NADJA, Strafrecht und Souveränität: Das Erfordernis der beidseitigen Strafbarkeit in der internationalen Rechtshilfe in Strafsachen, Bern 2010.
- CASSANI, URSULA, Grenzüberschreitende Korruption – Internationale Zuständigkeit der schweizerischen Strafjustiz, in: Ackermann/Wohlers, *Korruption in Staat und Wirtschaft*, Zürich 2010, S. 17 ff. (zit. CASSANI 2010a).
- DIES., Les avoirs mal acquis, avant et après la chute du «potentat», *SZIER* 4/2010, S. 465 ff. (zit. CASSANI 2010b)
- DIES., Die Anwendbarkeit des schweizerischen Strafrechts auf internationale Wirtschaftsdelikte (Art. 3–7 StGB), *ZStrR* 1996, S. 237 ff.
- DANIEL, TIM/MATON, JAMES, Recovering the Proceeds of Corruption: General Sani Abacha – A Nations's Thief, in: Pieth (ed.), *Recovering Stolen Assets*, Bern 2008, S. 63 ff.
- DANNACHER, MARNIE, Diktatorengelder in der Schweiz, Einziehung und Herausgabe von unrechtmässig erworbenen Vermögenswerten politisch exponierter Personen, Basel 2012.
- DIETZI, HANSPETER, Der Bankangestellte als eidgenössisch konzessionierter Sherlock Holmes? Der Kampf gegen die Geldwäscherei aus der Optik des Ersten Rechtskonsulenten einer Grossbank, in: Pieth (Hrsg.), *Bekämpfung der Geldwäscherei, Modellfall Schweiz?*, Basel et al. 2002, S. 67 ff.
- DELMAS-MARTY, MIREILLE, *Corpus Juris*, Paris 1997.
- ERKLÄRUNG VON BERN (Hrsg.), *Rohstoff, Das gefährlichste Geschäft der Schweiz*, Zürich 2011.
- ESTERMANN JOSEF et al., *Organisierte Kriminalität: Theorie, öffentliche Wahrnehmung und Entwicklung der Strafverfolgung*, Luzern 2002.
- FRIEDLI, GEORG, Die gebotene Sorgfalt nach Art. 305<sup>ter</sup> Strafgesetzbuch für Banken, Anwälte und Notare, in: Pieth (Hrsg.), *Bekämpfung der Geldwäscherei, Modellfall Schweiz?*, Basel et al. 1992.
- DERS., Die Sorgfaltspflichtvereinbarung vom 1. Juli 1987, *WuR* 1990, S. 128 ff.
- GARLAND, DAVID, The Limits of the Sovereign State, Strategies of Crime Control in Contemporary Society, *The British Journal of Criminology* 1996, S. 445 ff.
- GLESS, SABINE, *Internationales Strafrecht, Grundriss für Studium und Praxis*, Basel 2011.

- GLUTZ VON BLOTZHEIM, ALEXANDER, *Die spontane Übermittlung*, Zürich et al. 2010.
- GRAEFF, PETER/SCHRÖDER, KARENINA/WOLF, SEBASTIAN (Hrsg.), *Der Korruptionsfall Siemens*, Baden-Baden 2009.
- HANGARTNER, YVO, Art. 190, in: Ehrenzeller et al. (Hrsg.), *Die schweizerische Bundesverfassung, Kommentar*, 2. Aufl., Zürich et al. 2008.
- HASLER, ANJA, *Gesetzgebung 06/2011, forumpoenale 2011*, S. 381 ff.
- HASSEMER, WINFRIED, *Person, Welt und Verantwortlichkeit, Prolegomena einer Lehre von der Zurechnung im Strafrecht*, in: Lüderssen (Hrsg.), *Aufgeklärte Kriminalpolitik oder Kampf gegen das Böse?*, Band I: *Legitimation*, Baden-Baden 1998, S. 365 ff.
- DERS., *Perspektiven einer neuen Kriminalpolitik*, StV 1995, S. 484 ff.
- DERS., *Innere Sicherheit im Rechtsstaat*, StV 1993, S. 664 ff.
- DERS., *Kennzeichen und Krisen des modernen Strafrechts*, ZRP 1992, S. 379 ff.
- HECKER, BERND, *Europäisches Strafrecht*, 2. Aufl., Berlin et al. 2007.
- HUBER, BARBARA, *Korruptionsbekämpfung in der Europäischen Union*, Köln 2002.
- JORGE, GUILLERMO, *The Peruvian Efforts to Recover Proceeds from Montesinos's Criminal Network of Corruption*, in: Pieth (ed.), *Recovering Stolen Assets*, Bern 2008, S. 111 ff.
- KOLLER, HEINRICH, *Schengen/Dublin und die Bilateralen II – eine neue Dimension in der Integrationspolitik, vom einheitlichen Wirtschafts- zum europäischen Sicherheitsraum*, AJP 2005, S. 909 ff.
- KUNZ, KARL-LUDWIG, *Zum Problem der gesetzlichen Umsetzung der Verfassungsbestimmung über die lebenslängliche Verwahrung extrem gefährlicher Straftäter (Art. 123a der Bundesverfassung): eine Quadratur des Kreises*, ZStrR 125/2007, S. 96 ff.
- LISZT, FRANZ VON, *Kriminalpolitische Aufgaben, (Strafrechtliche) Aufsätze und Vorträge I*, 290 ff., S. 1889 ff.
- LÜDERSEN, KLAUS, *Moderne Wege kriminalpolitischen Denkens – Einführende Bemerkungen zum gesamten Werk*, in: Lüderssen (Hrsg.), *Aufgeklärte Kriminalpolitik oder Kampf gegen das Böse?*, Band I: *Legitimation*, Baden-Baden 1998, S. 25 ff.
- DERS., *Aufgeklärte Kriminalpolitik oder Kampf gegen das Böse*, Baden Baden, I, S. 25 ff.
- MEYER, FRANK, *Strafrechtsgenese in internationalen Organisationen*, Baden-Baden 2012.
- MONFRINI, ENRICO, *The Abacha Case*, in: Pieth (ed.), *Recovering Stolen Assets*, Bern 2008, S. 41 ff.
- MÜLLER, JÖRG PAUL/SCHEFER, MARKUS, *Grundrechte in der Schweiz, Im Rahmen der Bundesverfassung, der EMRK und der UNO-Pakte*, 4. Aufl., Bern 2008.
- NANDA, VED P., *Chapter 2, Corporate Criminal Liability in the United States: Is a New Approach Warranted?*, in: Pieth/Ivory (eds.), *Corporate Criminal Liability: Emergence, Convergence, and Risk*, Berlin et al. 2011, S. 63 ff.
- O'SHEA, EOIN, *The Bribery Act 2010, A Practical Guide*, Bristol 2011.
- PETERS, ANNE, *Völkerrecht, Allgemeiner Teil*, 3. Aufl., Zürich 2012.
- PETERS, ANNE/JUNG, MYRIAM, *Öffentlich-rechtlicher Rechtsschutz im Zusammenhang mit den Bilateralen II*, AJP 2006, S. 954 ff.
- PETERS, ANNE/PAGOTTO, ISABELLA, *Das Verhältnis von Völkerrecht und Landesrecht in der Schweiz, ius.full 2/2004*, S. 54 ff.
- PIETH, MARK, *Schweizerisches Strafprozessrecht, Grundriss für Studium und Praxis*, Basel 2009 (2. Aufl. Basel 2012).

- DERS., Final Remarks: Criminal Liability and Compliance Programs, in: Pieth/Ivory (eds.), *Corporate Criminal Liability: Emergence, Convergence, and Risk*, Berlin et al. 2011, 393 ff. (zit. PIETH 2011a).
- DERS., Anti-Korruptions-Compliance, Praxisleitfaden für Unternehmen, Zürich et al. 2011 (zit. PIETH 2011b).
- DERS., Harmonising Anti-Corruption Compliance, *The OECD Good Practice Guidance 2010*, Zürich et al. 2011 (zit. PIETH 2011c).
- DERS., Recovering Stolen Assets – A New Issue, in: Pieth (ed.), *Recovering Stolen Assets*, Bern 2008, S. 3 ff.
- DERS., Multi-Stakeholder Initiatives to Combat Money Laundering and Bribery, Brüttsch/Lehmkuhl, *Law and Legalization in Transnational Relations*, London et al. 2007, S. 81 ff. (zit. PIETH 2007a).
- DERS., Art. 305<sup>bis</sup>–305<sup>ter</sup>, 322<sup>ter</sup>–322<sup>octies</sup>, in: Niggli/Wiprächtiger (Hrsg.), *Basler Kommentar Strafrecht II*, Basel 2007 (zit. PIETH 2007b).
- DERS., Introduction, Art. 2, in: Pieth/Low/Cullen (eds.), *The OECD Convention on Bribery: A Commentary*, Cambridge 2007, 3 ff., S. 173 ff. (zit. PIETH 2007c).
- DERS., Die Herausgabe illegal erworbener Vermögenswerte an sog. «Failing States», in: FS Riklin, Zürich et al. 2007, S. 497 ff. (zit. PIETH 2007d).
- DERS., Die internationale Entwicklung der Geldwäschebekämpfung, in: Herzog/Mülhausen (Hrsg.), *Geldwäschebekämpfung und Gewinnabschöpfung*, München 2006, S. 36 ff.
- DERS., Risikomanagement und Strafrecht: Organisationsversagen als Voraussetzung der Unternehmenshaftung, in: Sutter-Somm/Hafner/Schmid/Seelmann (Hrsg.), *Risiko und Recht: Festgabe zum Schweizerischen Juristentag 2004*, Basel 2004, S. 597 ff.
- DERS., Die strafrechtliche Verantwortung des Unternehmens, *ZStrR* 2003, S. 353 ff.
- DERS., Staatliche Intervention und Selbstregulierung der Wirtschaft, in: FS Lüderssen, Baden Baden 2002, S. 317 ff.
- DERS., Internationale Harmonisierung von Strafrecht als Antwort auf transnationale Wirtschaftskriminalität, *ZStW* 1997, S. 756 ff.
- DERS., Zur Einführung: Geldwäscherei und ihre Bekämpfung in der Schweiz, in: Pieth (Hrsg.), *Bekämpfung der Geldwäscherei, Modellfall Schweiz?* Basel et al. 1992, S. 1 ff.
- DERS., Zur Bedeutung der Laiengerichtbarkeit in der Schweiz, in: Jung (Hrsg.), *Alternativen zur Strafjustiz und die Garantie individueller Rechte der Betroffenen (participatory models and individual rights)*, Bonn 1989, S. 199 ff.
- PIETH, MARK/AIOLFI, GEMMA, The Private Sector becomes Active: The Wolfsberg Process, *Journal of Financial Crime*, 2003, S. 359 ff.
- PIETH, MARK/EYMANN, STEPHANIE, Amts- und Rechtshilfe im Rahmen des Abkommens über die Betrugsbekämpfung zwischen der Schweiz und der EU, in: Breitenmoser/Gless/Lagodny (Hrsg.), Zürich et al. 2009, S. 343 ff.
- PORTMANN, PASCAL/BOCHUD, PHILIPPE, Banken und Effektenhändler – Die Hektik nimmt zu, *Der Schweizer Treuhänder* 2012, S. 22 ff.
- RADAKOVIC, DRAGANA, Crimes of the Superior: The Concept of Superior Responsibility applied before the ICTY and ICTR and compared with the ICC Statute, *Diss.* Basel 2006.
- RAPHAEL, MONTY, *Blackstone's Guide to the Bribery Act 2010*, Oxford 2010.
- REINWALD, URS, Änderungen im Börsengesetz – eine Übersicht, *GesKR* 2011, S. 518 ff.

- RENKOWSKI, JOACHIM, Art. 5, in: Karl (Hrsg.), Internationaler Kommentar zur Europäischen Menschenrechtskonvention mit einschlägigen Texten und Dokumenten, Köln 2010.
- RHINOW, RENÉ A., Grundzüge des Schweizerischen Verfassungsrechts, Basel 2003.
- RHINOW, RENÉ A. et al., Öffentliches Prozessrecht, 2. Aufl., Basel 2010.
- RHINOW, RENÉ A./SCHEFER, MARKUS, Schweizerisches Verfassungsrecht, 2. Aufl., Basel 2009.
- ROULET, NICOLAS, Das kriminalpolitische Gesamtkonzept im Kampf gegen das organisierte Verbrechen, Bern 1997.
- ROXIN, CLAUS, Franz von Liszt und die kriminalpolitische Konzeption des Alternativentwurfs, ZStW 81, 1969, S. 611 ff.
- RUCKSTUHL, NIKLAUS/DITTMANN, VOLKER/ARNOLD, JÖRG (Hrsg.), Strafprozessrecht, Zürich et al. 2011.
- SALVIONI, SERGIO, Recovering the Proceeds of Corruption: Ferdinand Marcos of the Philippines, in: Pieth (ed.), Recovering Stolen Assets, Bern 2008, S. 79 ff.
- SATZGER, HELMUT, Internationales und Europäisches Strafrecht, 4. Aufl., Baden-Baden 2010.
- SCHAFFNER, DANIEL/SPITZ, PHILIPP, Art. 23, in: Jung/Spitz (Hrsg.), Stämpfli Handkommentar, Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG), Bern 2010.
- SCHUBARTH, MARTIN, Zurück zum Grossinquisitor? Zur rechtlichen Problematik des Strafbefehls, in: FS Riklin, Zürich et al. 2007, S. 527 ff.
- DERS., Insidermissbrauch – Zur Funktion und zum Hintergrund eines neuen Straftatbestandes, in: Gedächtnisschrift Noll 1984, S. 303 ff.
- SPITZ, PHILIPP, Art. 4a, in: Jung/Spitz (Hrsg.), Stämpfli Handkommentar, Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG), Bern 2010.
- STOOSS, CARL, Vorentwurf zu einem schweizerischen Strafgesetzbuch mit Motiven, Bern 1894.
- DERS., Motive zu einem Vorentwurf des schweizerischen Strafgesetzbuches, Allgemeiner Teil, Basel/Genf 1893.
- STRATENWERTH, GÜNTER, Schweizerisches Strafrecht, Allgemeiner Teil I: Die Straftat, 4. Aufl., Bern 2011.
- DERS., Schweizerisches Strafrecht, Allgemeiner Teil II: Strafen und Massnahmen, 2. Aufl., Bern 2006.
- DERS., Geldwäscherei – Ein Lehrstück der Gesetzgebung in: Pieth (Hrsg.), Bekämpfung der Geldwäscherei, Basel et al. 1992, S. 97 ff.
- TRECHSEL, STEFAN, Art. 64c, in: Trechsel (Hrsg.), Schweizerisches Strafgesetzbuch: Praxiskommentar, Zürich et al. 2008.
- DERS., Schweizerisches Strafgesetzbuch, Kurzkommentar, 2. Aufl., Zürich 1997.
- TRECHSEL, STEFAN/VEST, HANS, Art. 7, in: Trechsel (Hrsg.), Schweizerisches Strafgesetzbuch: Praxiskommentar, Zürich et al. 2008.
- VEST, HANS, Art. 264k, in: Trechsel/Pieth (Hrsg.), Schweizerisches Strafgesetzbuch: Praxiskommentar, 2. Aufl., Zürich et al. 2012.
- DERS., «Organisierte Kriminalität» – Überlegungen zur kriminalpolitischen Instrumentalisierung eines Begriffs, ZStR 1994, S. 125 ff.
- WELLS, CELIA, Corporations and criminal responsibility, 2<sup>nd</sup> edition, London 2001.
- ZERBES, INGEBORG, Art. 1, in: Pieth/Low/Cullen (eds.), The OECD Convention on Bribery: A Commentary, Cambridge 2007, S. 45 ff.