

BStGer TPF 2011 42 vom 21. April 2011

Bundesstrafgericht, 2011-04-21, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bstger_TPF_2011_42

FR: TPF TPF 2011 42 du 21 avril 2011

IT: TPF TPF 2011 42 del 21 aprile 2011

Regeste

Anfangsverdacht im Ermittlungsverfahren; verdeckte Ermittlung; Fernwirkung des Beweisverwertungsverbots; Geldwäscherei.

Erwägungen

E. 42

Nach dem Gesagten ist auf die Schadenersatz- und Genugtuungsforderung des Beschuldigten nicht einzutreten.

TPF 2011 42

13. Auszug aus dem Urteil der Strafkammer in Sachen Bundesanwaltschaft gegen Oskar Holenweger vom 21. April 2011 (SK.2010.13)

Anfangsverdacht im Ermittlungsverfahren; verdeckte Ermittlung; Fernwirkung des Beweisverwertungsverbots; Geldwäscherei.

Art. 101 BStP (Art. 299 f. StPO), (Art. 287 ff. StPO), Art. 305bis StGB

Keine Nichtigkeit eines Ermittlungsverfahrens bei Fehlen eines Anfangsverdachts (E. 2.4).

Sachliche und persönliche Voraussetzungen der verdeckten Ermittlung (E. 4.2.1-4.2.2).

Rechtsfolgen bei unzulässiger Einwirkung des verdeckten Ermittlers auf die Zielperson (E. 4.2.3).

Die Verwertbarkeit von mittels illegaler verdeckter Ermittlungen erlangten Sekundärbeweisen beurteilt sich aufgrund einer Interessenabwägung (E. 5.3.1- 5.3.2).

Als Verbrechenslohn bestimmtes Geld stellt kein Tatobjekt der Geldwäscherei dar (E. 9.4.2).

Enquête, soupçon initial; investigation secrète; effets subséquents de l'interdiction d'exploiter des preuves; blanchiment d'argent.

Art. 101 PPF (art. 299 s CPP), (art. 287 ss CPP), art. 305bis CP

Pas de nullité d'une procédure pénale en l'absence d'un soupçon initial (consid. 2.4).

Conditions matérielles et personnelles en matière d'investigation secrète (consid.

4.2.1-4.2.2). Conséquences juridiques en cas d'influence inadmissible de l'agent infiltré sur la personne cible (consid. 4.2.3).

L'exploitabilité de preuves secondaires obtenues au moyen d'investigations secrètes illégales s'examine sur la base d'une pesée des intérêts (consid 5.3.1- 5.3.2).

L'argent destiné à rémunérer le crime ne constitue pas un objet constitutif du blanchiment d'argent (consid 9.4.2).

TPF 2011 42

E. 43

Procedura investigativa, sospetto iniziale; inchiesta mascherata; effetto a distanza del divieto di utilizzo di prove; riciclaggio di denaro.

Art. 101 PP (art. 299 e seg. CPP), (art. 287 e segg. CPP), art. 305bis CP

La mancanza di un sospetto iniziale non implica la nullità della procedura investigativa (consid. 2.4).

Condizioni materiali e personali legate all'inchiesta mascherata (consid. 4.2.1- 4.2.2).
Conseguenze giuridiche dell'influsso inammissibile dell'agente mascherato sulla persona oggetto della misura (consid. 4.2.3).

L'utilizzabilità di prove secondarie derivanti dall'impiego illegale di agenti mascherati va giudicata soppesando gli interessi in gioco (consid. 5.3.1-5.3.2).

Il denaro destinato a ricompensare la commissione di un reato non può essere oggetto costitutivo del reato di riciclaggio di denaro (consid. 9.4.2).

Zusammenfassung des Sachverhalts:

Ende 2002 wurde auf Initiative des Bundesanwalts und des Chefs der Bundeskriminalpolizei (BKP) ein ehemaliger kolumbianischer Drogenhändler mit dem Falschnamen „Ramos“ nach Verbüßung einer langjährigen Freiheitsstrafe wegen Drogendelikte in den USA in die Schweiz geholt, um die Strafverfolgungsbehörden des Bundes im Kampf gegen Drogenhandel und Geldwäschereidelikten zu unterstützen. Eine speziell hierfür geschaffene Arbeitsgruppe der BKP („task force guest“), der auch ein Staatsanwalt des Bundes angehörte, betreute und instruierte „Ramos“ während seines Aufenthaltes in der Schweiz. „Ramos“ bewegte sich als ehemaliger Drogenbaron im Zürcher Milieu und berichtete der polizeilichen Führungsgruppe im Frühjahr 2003, ein Bankier in Zürich biete sich als Geldwäscher an. In der Folge kam es zu einem von der BKP genehmigten Treffen zwischen „Ramos“ und dem betreffenden Bankier – bei diesem handelte es sich um Oskar Holenweger –, bei dem dieser laut „Ramos“ bestätigt haben soll, Geldwäscherei organisieren zu können. Auf entsprechenden Antrag der BKP, der keine Indiziensachverhalte beinhaltete und sich ausschliesslich auf die nicht überprüften Behauptungen von „Ramos“ stützte, ohne diesen als Quelle der Informationen zu benennen, eröffnete die Bundesanwaltschaft am 24. Juli 2003 formell ein Ermittlungsverfahren gegen Holenweger. Mit Verfügung vom 6. August 2003 bewilligte die Bundesanwaltschaft den Einsatz eines deutschen Polizeibeamten als verdeckten Ermittler (VE) in der Schweiz. Unter dem Decknamen „Markus Diemer“ erhielt er den Auftrag zur „Infiltration der Zielperson/en und Überführung der Anbieter von Geldwäschereihandlungen, Feststellung von deren Zusammenwirken und

TPF 2011 42

E. 44

des modus operandi“. „Diemer“ traf sich vor seinem Einsatz zweimal mit „Ramos“, der den Erstkontakt mit Holenweger und „Diemer“ vermittelte. Dieser übernahm das von „Ramos“

vorbereitete Geschäft und übergab Holenweger in diesem Rahmen schliesslich bei zwei Gelegenheiten vorgeblich aus dem Drogenhandel stammendes Geld in Höhe von insgesamt EUR 828'000.–. Holenweger soll gegenüber „Diemer“ für den Rückfluss der einbezahlten Mittel einen schon mehrfach benutzten Weg über eine bahamaische Scheinfirma mit Konten in Singapur in Betracht gezogen haben, über den zur Zeit grosse Schmiergeldzahlungen einer europäischen Anlagebaufirma an Politiker in Asien abgewickelt würden. Effektiv wurden die von „Diemer“ beigebrachten Gelder über eine panamesische Firma in das von „Diemer“ bezeichnete deutsche Bankkonto geleitet.

Die Bundesanwaltschaft informierte in der Folge die Eidgenössische Bankenkommission (EBK) über den Geldwäschereiverdacht gegen Holenweger. Die EBK ordnete daraufhin eine aufsichtsrechtliche Untersuchung an und bestellte die KPMG Fides Peat als Beobachterin der im Besitz von Holenweger stehenden und von ihm geführten Bank. Anlässlich ihrer Befragung übergab eine Bankmitarbeiterin der KPMG Unterlagen, die sie in Holenwegers Auftrag zu Hause verwahrt hatte und die an die Bundesanwaltschaft weitergeleitet wurden. Dies führte zu einer Ausdehnung der Ermittlungen gegen Holenweger, nämlich um den Vorwurf, Gelder des französischen Industriekonzerns Alstom entgegengenommen und zwecks Bestechung ausländischer Beamte weitergeleitet zu haben.

Die Bundesanwaltschaft erhob am 6. Mai 2010 beim Bundesstrafgericht Anklage gegen Holenweger wegen qualifizierter Geldwäscherei und weiterer Delikte.

Der Einsatz von „Ramos“ war in den Strafakten – mit Ausnahme zweier von der Verteidigung eingereichter Dokumente – weder erwähnt, noch dokumentiert; eine gerichtliche Edition der Polizeiakten liess sich nicht realisieren.

Die Strafkammer stellte das Verfahren bezüglich des Vorwurfs versuchter Geldwäscherei im Zusammenhang „Diemer“ ein und sprach ihn im Übrigen frei.

Aus den Erwägungen:

TPF 2011 42

E. 45

2.4 Es kann offen bleiben, ob die Faktenlage bei materieller oder formeller Eröffnung des Ermittlungsverfahrens die Qualität eines hinreichenden Tatverdacht hatte, das heisst einer minimalen Wahrscheinlichkeit dafür, dass eine strafbare Handlung begangen worden ist und allenfalls noch andauert (HÜRLIMANN, Die Eröffnung einer Strafuntersuchung im ordentlichen Verfahren gegen Erwachsene im Kanton Zürich, Diss. Zürich 2006, S. 104 ff.; ACKERMANN, Tatverdacht und Cicero – in dubio contra suspicionem maleficii, in Niggli et al. [Hrsg.], Festschrift Franz Riklin, Zürich 2007, S. 319 ff., 325; HEIMGARTNER, Strafprozessuale Beschlagnahme, Zürich 2011, S. 118 ff.). Denn selbst bei Fehlen eines hinreichenden Tatverdacht ist die Entscheidung der Bundesanwaltschaft über die Verfahrenseröffnung mit ordentlichen Rechtsmitteln nicht anfechtbar (HÜRLIMANN, a. a. O., S. 175); es stehen dem Beschuldigten höchstens Rechtsbehelfe der Aufsicht zur Verfügung (Entscheid des Bundesstrafgerichts BB.2009.84 vom 31. März 2010, E. 4.1, für die Nichtanhandnahme eines Verfahrens gemäss Art. 100 Abs. 3 BStP). Nur dem Opfer (Art. 100 Abs. 5 BStP) steht die ordentliche Beschwerde offen (OBERHOLZER, Grundzüge des Strafprozessrechts, 2. Aufl., Bern 2005, N. 1642–1643; vgl. auch die Hinweise bei LANDSHUT, in Donatsch/Hansjakob/Lieber [Hrsg.], Kommentar StPO, Zürich/Basel/Genf 2010, Art. 300 N. 7 zum geltenden Recht). Ein Verfahrenshindernis für

das Hauptverfahren könnte daher nur angenommen werden, wenn die Einleitung des Vorverfahrens nichtig gewesen wäre.

Verfahrenshandlungen im Strafprozess können nichtig sein und damit jeder Rechtswirksamkeit entbehren; dies ist aber nur anzunehmen, wenn sie an einem besonders schweren Mangel leiden, wenn dieser mindestens leicht erkennbar ist und die Rechtssicherheit durch die Annahme der Nichtigkeit nicht ernstlich gefährdet wird (BGE 118 Ia 336 E. 2a, bestätigt zuletzt in BGE 132 II 342 E. 2.1; für die Anwendung der Evidenztheorie auf Prozesshandlungen: ACKERMANN, in Donatsch et al., Festschrift 125 Jahre Kassationsgericht des Kantons Zürich, Zürich 2000, S. 315 ff., 332 f.). Im gegebenen Zusammenhang bedeutete die Einleitung eines Strafverfahrens, ohne dass ein Tatverdacht überhaupt besteht, einen qualifizierten Mangel, nämlich eine unstatthafte „fishing expedition“ (SCHMID, Strafprozessrecht, 4. Aufl., Zürich 2004, N. 686 Fn. 4; zum Amtshilfverfahren: BGE 128 II 407 E. 5.2.1; GLESS, Basler Kommentar, Schweizerische Strafprozessordnung, Basel 2011, Art. 141 StPO N. 81). Dieser Mangel ist hingegen nicht leicht erkennbar, denn welcher Verdacht gegen den Beschuldigten bestand und ob er die Schwelle des Hinreichenden erreicht habe, ist nur in Ansehung der bei der BKP gesammelten Informationen zu ermitteln, welche dem Gericht nicht zur Verfügung stehen. Ein Beschuldigter ist in einer solchen Rechtslage nicht schutzlos, kann er doch

TPF 2011 42

E. 46

im Hauptverfahren die Verwertbarkeit der ohne genügenden Verdacht gesammelten Beweismittel geltend machen (dazu nachfolgend E. 4.2.3).

4.2 Rechtmässigkeit des Einsatzes von „Ramos“ und „VE-Diemer“

4.2.1 Wie die Aktivität von „Ramos“ zu qualifizieren sei, beantworten die Parteien unterschiedlich. Während er aus Sicht der Bundesanwaltschaft eine Vertrauensperson darstellt, deren Einsatz vor der Eröffnungsverfügung der Bundesanwaltschaft unproblematisch ist, wirft die Verteidigung die Frage auf, ob die Grenze zur verdeckten Ermittlung nicht überschritten worden sei.

a) Der Gesetzgeber hat die verdeckte Ermittlung auf Bundesebene per 1. Januar 2005 geregelt (Bundesgesetz vom 20. Juni 2003 über die verdeckte Ermittlung [BVE; durch die StPO aufgehoben]). Vorher beruhte sie auf Richterrecht: In BGE 108 Ib 525 E. 8 setzte sich das Bundesgericht erstmals mit der Figur des verdeckten Ermittlers auseinander. Es erachtete die gesetzliche Rechtfertigung von Scheinkäufern im Drogenhandel als massgeblich auch für die Drogenbekämpfung im Ausland; Art. 23 Abs. 2 BetmG, auf den es sich dabei bezog, spricht freilich ausdrücklich von Beamten – um einen solchen ging es in jenem Rechtshilfefall –, aber nicht von Privatpersonen. Auf diese gesetzliche Regel nahm es in BGE 112 Ia 18 wieder Bezug und beantwortete die Frage, ob es für den Einsatz eines verdeckt ermittelnden Polizisten einer besonderen gesetzlichen Grundlage bedürfe, negativ (zitiertes BGE, E. 3); allerdings unterliege ein solcher Einsatz dem Erfordernis der Verhältnismässigkeit staatlichen Verhaltens, was in diesem Zusammenhang das Bestehen eines konkreten Verdachts, die Zielperson werde eine gewichtige Straftat begehen, voraussetze (zitiertes BGE, E. 4a). Der Gesetzgeber hielt gleichwohl eine gesetzliche Grundlage für unerlässlich und schuf diese im BVE. Dabei versteht er unter verdeckter Ermittlung „das Knüpfen von Kontakten zu verdächtigten Personen, die darauf abzielen, die Begehung einer strafbaren Handlung festzustellen und zu beweisen, wobei vorwiegend

passiv die deliktische Aktivität untersucht wird“ (Botschaft vom 1. Juli 1998 zu den Bundesgesetzen betreffend die Überwachung des Post- und Fernmeldeverkehrs und über die verdeckte Ermittlung, BBl 1998, S. 4283 [nachfolgend „Botschaft BÜPF und BVE“]). Dieser Definition folgt auch das Bundesgericht (BGE 134 IV 266 E. 3.6.1; Urteil des Bundesgerichts 6B_837/2009 vom 8. März 2010, E. 3.2).

b) „Ramos“ Rolle beschränkte sich keineswegs auf das blosses Rapportieren oder Beobachten in eigener Verantwortung. Er agierte vielmehr auf Anweisungen der BKP. Diese kann zwar im Bereich der organisierten Kriminalität auch ausserhalb eines Strafverfahrens tätig sein,

TPF 2011 42

E. 47

allerdings nur, um interkantonale und internationale Ermittlungen zu koordinieren und von aussen stammende Informationen auszuwerten; der Kampf gegen das organisierte Verbrechen ist ihr allein in diesem Rahmen aufgegeben (Art. 2, 3 und 7 des Bundesgesetzes vom 7. Oktober 1994 über kriminalpolizeiliche Zentralstellen des Bundes [ZentG; SR 360]). Im vorliegenden Fall fand ihre Zusammenarbeit mit „Ramos“ jedoch in einem Zeitraum statt, da sich die Bundesanwaltschaft aktiv in direkte Ermittlungen eingeschaltet hatte (materieller Begriff der Eröffnung des Strafverfahrens). Der Einsatz von „Ramos“ stellt folglich einen Teil polizeilicher Ermittlungstätigkeit dar.

Wenn das Bundesgericht unter der Herrschaft des BVE feststellt, bei verdeckter Ermittlung handle es sich begriffsnotwendig um die Tätigkeit von Polizeiangehörigen, so nimmt es nicht bloss das gesetzliche Erfordernis auf (Art. 1 aBVE), sondern zieht die Konsequenz daraus, dass dem Staat mit dem Strafmonopol auch die Ermittlung als genuine Staatsaufgabe zufällt. Der Gesetzgeber hat die Möglichkeit, mit der verdeckten Ermittlung Personen ohne Polizeiausbildung zu betrauen, lediglich für den Fall vorgesehen, dass „besondere Kenntnisse erforderlich sind, insbesondere wissenschaftliche Kenntnisse auf hohem Niveau“ (Botschaft BÜPF und BVE, S. 4288); eine solche Person muss jedoch durch ein auf Dauer angelegtes Rechtsverhältnis zum Staat eingebunden sein und unterliegt nach neuem Recht einer besonderen Prüfung durch die richterliche Behörde (Art. 280 Abs. 4 lit. c StPO). Es handelt sich folglich um Polizisten auf Zeit. Kooperationswillige Straftäter fallen nicht in diese Kategorie.

c) Was die rechtlichen Voraussetzungen der von „Ramos“ ausgeübten Aktivität angeht, so verfolgte dieser vielleicht am Anfang den Zweck, sich in eine als kriminogen erachtete Szene einzuleben, reiste er doch ohne eigene Kenntnisse über die hiesige Drogen- respektive Geldwäschereiszene in die Schweiz ein. Bereits in dieser Phase war er ausschliesslich für die BKP tätig und handelte auf deren Anweisung. Von „Randy“ auf einen Bankier der Tempus Bank aufmerksam gemacht, bewilligten ihm die Beamten der „task force guest“ ein Zusammentreffen mit diesem oder wiesen „Ramos“ sogar dazu an. In jenem Augenblick bestanden bei der Polizei keine Anhaltspunkte, wonach der Beschuldigte im Begriffe stand, eine bedeutende Geldwäschereihandlung vorzunehmen oder diese bereits begangen zu haben; jedenfalls gehen solche Anhaltspunkte weder aus den Akten – Anzeigen oder Beobachtungen seitens von Drittpersonen, o. ä. – noch aus anderen im Verfahren liegenden Beweismitteln hervor. Wie sich aus den Erklärungen des Zeugen B14 (BKP-Beamter) ergibt, beruhte noch bei der formellen Verfahrenseröffnung im Juli 2003 die Annahme, der Beschuldigte sei bereit, Geld zu waschen, ausschliesslich auf den

E. 48

Erklärungen von „Ramos“, waren also gerade das Produkt und nicht die Grundlage seines Einsatzes. Solchermassen fehlte es an dem nach damaligem Richterrecht erforderlichen vorbestehenden Tatverdacht gegenüber dem Beschuldigten.

d) Zum Inhalt seiner Tätigkeit ist zu bemerken, dass die Beamten der „task force guest“ „Ramos“ vier Tage vor dem Treffen mit dem Beschuldigten konkrete Anweisungen gaben, wie er sich dabei zu verhalten habe. So solle er sich nicht um kleine Fische („pesci piccoli“) kümmern und deshalb gegenüber dem Bankier (Beschuldigten) hart auftreten. Würde es sich bei diesem um eine wirklich wichtige Person handeln, so habe er „Randy“ zu überspringen und mit ihm direkt zu verhandeln. Einstweilen solle er sich gegenüber dem Bankier nicht zu offen zeigen, um auszuschliessen, dass dieser nach einem Treffen mit ihm („Ramos“) die Polizei informiere. Es wurde ihm erlaubt, dem Bankier zu sagen, dass das Geld aus Drogen(-geschäften) stamme. Auf diese Weise hat die BKP „Ramos“ unter falschen Personalien gezielt auf den Beschuldigten angesetzt und seinen Einsatz gesteuert. Dieser ging über eine passive Informationsbeschaffung weit hinaus und erfüllt damit die Wesensmerkmale von Ermittlungstätigkeit. Vor dem Inkrafttreten des BVE durfte die Tätigkeit eines verdeckten Ermittlers nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts einer Person ausserhalb des Polizeikorps nicht übertragen werden. Unter dem BVE (so jetzt auch unter der weitergeführten Regelung in Art. 286 ff. StPO) bedurfte es in jedem Falle einer besonderen Bewilligung. Das BVE und die Vorschriften der StPO können nicht so verstanden werden, dass der Gesetzes- und Bewilligungsvorbehalt für verdeckte Aktivitäten strafrechtlicher Ermittlung nur dann gelte, wenn sie von Polizeibeamten oder Polizisten auf Zeit ausgeübt werden, aber nicht, wenn die Polizei sich hierzu Personen bedient, welche keine Gewähr für einen gesetzeskonformen Umgang mit Zielpersonen bieten oder eminent persönliche Eigeninteressen – hier am Aufenthalt im Land sowie an Bezahlung, Kost und Logis und „Taschengeld“ durch den Staat – verfolgen.

Schon nach der früheren Rechtsprechung des Bundesgerichts durfte ein verdeckt operierender Polizeibeamter nicht als Initiant oder gar Anstifter eine Straftat der Zielperson auslösen, zu der es sonst gar nicht gekommen wäre (BGE 112 Ia 18 E. 3b). Normativ wurde diese Schranke im Fairnessgebot gemäss Art. 6 Ziff. 1 EMRK begründet (SCHMID, Strafprozessrecht, 3. Aufl., Zürich 1997, N. 241; BGE 124 IV 34 E. 3d/aa: Gebot der Redlichkeit). Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte hat sich in diesem Zusammenhang wie folgt geäussert: Eine Provokation seitens eines „agent infiltré“ sei „susceptible de priver ab initio et définitivement l'accusé d'un procès équitable“. Eine solche Tatprovokation

E. 49

liege immer dann vor, wenn sich der verdeckte Ermittler hinsichtlich der in Frage stehenden Straftat nicht rein passiv verhalte, sondern dergestalt auf die Zielperson einwirke, dass diese zu einer Straftat verleitet werde, die sie ansonsten nicht begangen hätte („Il y a provocation policière lorsque les agents impliqués – membres des forces de l'ordre ou personnes intervenant à leur demande – ne se limitent pas à examiner d'une manière purement passive l'activité délictueuse, mais exercent sur la personne qui en fait l'objet une influence de nature à l'inciter à commettre une infraction qu'autrement elle n'aurait pas commise, pour en

rendre possible la constatation, c'est-à-dire en apporter la preuve et la poursuivre.“; zum Ganzen: Urteil des Europäischen Gerichtshofes für Menschenrechte i. S. Ramanauskas gegen Litauen vom 5. Februar 2008, Nr. 74420/01, Ziff. 54– 55). Unter solchermassen unzulässige Aktivität falle es, wenn der „undercover agent“ die Initiative zu einem Kontakt mit der Zielperson ergreife, eine früher abgelehnte Offerte erneuere, beständig dränge („prompting“), den Preis überdurchschnittlich erhöhe oder an das Mitgefühl des Gegenübers appelliere (zusammenfassend Urteil des Europäischen Gerichtshofes für Menschenrechte i. S. Bannikova gegen Russland vom 4. November 2010, Nr. 18757/06, Ziff. 47). Dafür, dass es nicht zu solchermassen verbotener Aktivität – welche die Kriterien einer Anstiftung nicht erreichen muss – gekommen sei, trägt nach dieser Rechtsprechung der Staat die Beweislast, sofern ein entsprechender Verdacht nicht völlig unwahrscheinlich ist (Urteil des Europäischen Gerichtshofes für Menschenrechte i. S. Ramanauskas gegen Litauen vom 5. Februar 2008, Nr. 74420/01, Ziff. 70; Urteil des Europäischen Gerichtshofes für Menschenrechte i. S. Bannikova gegen Russland vom 4. November 2010, Nr. 18757/06, Ziff. 48). Im zu beurteilenden Fall stellen derartige Indizien zwei in den Akten befindliche Protokolle dar, gemäss welchen die polizeilichen Führungsleute „Ramos“ Instruktionen für sein Gespräch mit dem Beschuldigten gaben. Sie belegen, dass die Initiative für das Zusammentreffen nicht vom Beschuldigten ausging, sondern von der Mittelsperson, welche von „Ramos“ hiefür benutzt worden war. Auch sollte „Ramos“ – so die polizeiliche Anweisung – gegenüber dem Bankier hart auftreten und, wenn es sich bei diesem um einen grossen Fisch handle, die Mittelsperson überspringen. Die Anklage hat den Beweis für ein rein passives Verhalten nicht erbracht. Ob ihr dies allenfalls verunmöglicht war, weil sie selbst nicht über die Akten bezüglich des Einsatzes von „Ramos“ in dieser Sache verfügte oder weil die in der „task force guest“ tätigen Polizisten als Zeugen nicht zur Verfügung standen, hat keine Bedeutung.

e) Nach dem Gesagten wurde „Ramos“ durch die BKP als verdeckter Ermittler eingesetzt, obwohl ihm die dafür unentbehrlichen persönlichen Eigenschaften fehlten, und er überschritt dabei die für eine solche Tätigkeit

TPF 2011 42

E. 50

zwingend zu wahren rechtlichen Schranken. Sein Einsatz im Zusammenhang mit diesem Strafverfahren war daher widerrechtlich.

4.2.2 „VE-Diemer“ wurde formell als verdeckter Ermittler eingesetzt und agierte im Verständnis der Parteien auch als solcher. Diese Aufgabe konnte nach dem bereits Gesagten (E. 4.2.1 a) einem deutschen Polizeibeamten anvertraut werden (vgl. aus heutiger Sicht Art. 287 Abs. 3 StPO).

Beim ersten Zusammentreffen am 12. August 2003 habe der Beschuldigte gemäss der bereits erwähnten Einsatzberichte zuerst nicht über einzulegende Gelder, sondern von einem anderen Geschäft gesprochen. Es sei dabei anscheinend um echte argentinische Peso-Geldscheine gegangen, die gerüchteweise anlässlich des „Staatscrashs“ von Regierungsmitgliedern entwendet worden seien. „VE-Diemer“ habe darauf eingewendet, es handle sich um eine nicht konvertierbare Währung, und er könne eine Durchführbarkeit von Geschäften damit erst nach einer Besichtigung der Scheine beurteilen. Erst danach habe man über die vom „VE-Diemer“ einzubringenden Gelder gesprochen. In diesem Zusammenhang habe der Beschuldigte von sich aus gesagt, er wisse um die Herkunft seines

Gegenübers und dass dieser „Dope-Geld“ verwalte; dabei würde es um einen monatlichen Betrag von EUR 30-50 Mio. gehen. Anlässlich eines weiteren Treffens im Hotel A9 am 14. August 2003 sei es zunächst wieder um das Peso-Geschäft und allgemeine Gegenstände und erst danach um das einzubringende Bargeld gegangen. „VE-Diemer“ habe klar gemacht, dass es sich, wie vom Beschuldigten zuletzt genannt, um „Dope-Geld“ handle. Es sei dann über die Modalitäten des Einbringens von Bargeld gesprochen worden, wobei gemäss dem Beschuldigten nur ein Zehntel der beim letzten Mal genannten Summe von der Bank verarbeitet werden könne. Über die Strukturen, wie er die Gelder laufen zu lassen gedenke, sei der Beschuldigte im Allgemeinen geblieben. Immerhin sei man übereingekommen, am 28. August 2003 ein Konto samt Depot zu eröffnen, auf welches „VE-Diemer“ „EUR 1 Mio., ggf. in Tranchen“ einzahle. Am besagten Tag suchte „VE-Diemer“ die Tempus Bank zur Kontoeröffnung auf. Dabei soll der Beschuldigte die Sprache erneut auf das Peso-Geschäft und ein Finanzierungsgeschäft im Immobilienbereich von Berlin zur Sprache gebracht haben. Das Letztere habe „VE-Diemer“ für einen Nonsens gehalten, für den er keinesfalls auch nur einen Euro zur Verfügung stellen würde. In der Folge habe der Beschuldigte ihm den Erwerb eines Anteils von gegen 50 % an seiner Tempus Bank vorgeschlagen. „VE-Diemers“ Gegenfrage, ob er in einem solchen Fall grössere Mengen in bar einbezahlen könne, sei abschlägig beantwortet worden. Am 8. September 2003 habe „VE-Diemer“ dann EUR 193'000.– Bargeld in die Tempus Bank gebracht, welches von der Schweizer Nationalbank zur Verfügung gestellt

TPF 2011 42

51

worden war. Dort sei es unter Mitwirkung von Mitarbeitern der Bank gezählt und „VE-Diemer“ eine Quittung über EUR 191'800.– ausgestellt worden. Unter vier Augen sei über den Rückfluss der einbezahlten Mittel gesprochen worden. Der Beschuldigte habe angekündigt, dafür einen schon mehrfach benutzten Weg zu gebrauchen: via eine bahamaische Scheinfirma, die über Konten bei der Bank A10 in Singapur verfüge, welche ein ihm seit Längerem bekannter Schweizer betreue. Im Einzelnen heisst es im Einsatzbericht: „Aktuell würden über diesen Weg große Schmiergeldzahlungen einer europäischen Anlagebaufirma an Politiker in Asien, er nannte konkret die Länder Indonesien und Philippinen, abgewickelt. Die Gelder würden jeweils im Vorfeld in bar über seine Tempus Bank in der Schweiz eingezahlt“. Bei einem Treffen am 18. September 2003 habe der Beschuldigte Bedenken geäussert, die Gelder über die bahamaische Firma zu leiten, weil über deren Konto „derzeit Millionenbeträge einer (anderen) Firma laufen würden, die allesamt zu verschleiern seien, da diese Gelder als sogenannte ‚Kickbacks‘ im Umlauf seien. Stattdessen sei die in Panama domizilierte Firma A2 S.A. vorzuziehen.“ Der Beschuldigte „habe bei ähnlichen Problemen seiner Kunden derartiges Vielfach praktiziert, und es sei nie zu Schwierigkeiten gekommen“.

Diese Entwicklung der Gespräche zeigt, dass der Einsatz von „VE-Diemer“ zeitlich und inhaltlich auf Grundlagen beruhte, welche „Ramos“ geschaffen hatte. Das gilt insbesondere für die Bereitschaft, Drogengelder in grosser Höhe zu waschen, welche der Beschuldigte bekundet haben soll. Unter diesen Umständen ist zwar die Sichtweise „VE-Diemers“ erklärbar, wonach der Beschuldigte sich beim ersten Treffen mit ihm im Klaren darüber gewesen sei, wen er als Gegenüber habe, dass dieser „nochmals“ nach den Volumina der zu waschenden Gelder gefragt habe – eine Aktivität, welche „VE-Diemer“ nicht „eingefordert“ habe. Tatsächlich bildete sein Einsatz nur einen Teil von verdeckter

Ermittlung, welche die Polizei steuerte und die Bundesanwaltschaft mit einbezog. Das wird auch an den Legenden von „Ramos“ und „VE-Diemer“, so wie sie dem Beschuldigten präsentiert wurden, deutlich: nach „VE-Diemers“ Zeugenaussage trat „Alex“ (alias „Ramos“) als südamerikanischer Drogenhändler auf und brachte dabei wohl zum Ausdruck, über millionenschwere Barmittel aus Drogengeschäften zu verfügen, während er selbst sich als Finanzverwalter eines südamerikanischen Drogenkartells in Deutschland und Nordeuropa ausgab. Stellt man in Rechnung, dass „VE-Diemer“ von „Ramos“ bei der Zielperson eingeführt wurde, so ergänzten sich die beiden Legenden in der Weise, dass „Ramos“ die deliktische Anlegergruppe repräsentierte und „VE-Diemer“ deren europäischen Vermögensverwalter; nach Aussage von „VE-Diemer“ waren seine und die Legende von „Ramos“ aufeinander

TPF 2011 42 52

abgestimmt worden. „VE-Diemer“ hat aus seiner Sicht das von der Vertrauensperson vorbereitete Geschäft übernommen; er allein sei dann für dessen Abwicklung zuständig gewesen. Die Folge dieses inneren Zusammenhangs ist, dass die Aktivität „VE-Diemers“ von der Rechtswidrigkeit der mit „Ramos“ begonnen verdeckten Ermittlung erfasst wird. Diese bilden im konkreten Fall ein integrales Instrument der Beweisbeschaffung; es kann nicht in verschiedene Beweismittel zum gleichen Beweisgegenstand aufgeteilt werden, welche von der Polizei trotz eines operativen Zusammenhangs durch – bildlich gesprochen – chinesische Mauern voneinander getrennt werden. Muss das Gericht annehmen, „Ramos“ habe den Beschuldigten zur Tat provoziert (vgl. E. 4.2.1 d), so traf „VE-Diemer“ objektiv nicht auf eine aus eigenem Entschluss tatbereite Person, womit es an den materiellen Voraussetzungen einer verdeckten Ermittlung durch ihn fehlte. Oder auf die subjektive Seite gewendet: Verschwiegen „Ramos“ und/oder die Polizei gegenüber „VE-Diemer“, dass die Tatbereitschaft der Zielperson nicht vorbestand, sondern durch den aktiven Beitrag von „Ramos“ gefördert worden war, so handelte er als deren unwissendes Werkzeug. Allerdings erfüllt „VE-Diemers“ „Geschäftsabwicklung“ sogar dann die materiell-rechtlichen Kriterien der Anstiftung, wenn er meinte, sein Gegenüber sei bereit, Drogengelder zu waschen; denn angestiftet werden kann auch der zur Tat Geneigte, solange er den Entschluss zur konkreten Tat noch nicht gefasst hat (BGE 128 IV 11 E. 2a; STRATENWERTH, Schweizerisches Strafrecht – Allgemeiner Teil I, 4. Aufl., Bern 2011, § 13 N. 102). Die Einzelheiten der dem Beschuldigten vorgeworfenen Geldwäschereihandlungen waren aber noch offen, als „VE-Diemer“ in Aktion trat; wenigstens der initiale Betrag von EUR 1 Mio. geht auf seinen Vorschlag zurück. Allerdings konnte an dem Bargeld, welches „VE-Diemer“ einbrachte, der Tatbestand der Geldwäscherei nicht erfüllt werden. Ob die Anstiftung zu versuchter Tat strafbar sei, wird in der Doktrin kontrovers beantwortet (dafür SEELMANN, Strafrecht – Allgemeiner Teil, 4. Aufl., Basel 2009, S. 148 f.; STRÄULI, Commentaire Romand, Vor Art. 24 CP N. 134-135; dagegen STRATENWERTH, a. a. O., § 13 N. 102; TRECHSEL/JEAN-RICHARD, Schweizerisches Strafgesetzbuch – Praxiskommentar, Art. 24 StGB N. 7). Dies kann hier offen bleiben, wo nicht die Strafbarkeit „VE-Diemers“ in Frage steht, sondern die Folgen seiner Tätigkeit für den Beschuldigten.

Als Ergebnis steht fest, dass „VE-Diemers“ Einsatz als verdeckter Ermittler nicht mangels persönlicher, sondern mangels sachlicher Voraussetzungen – nämlich einer vorbestehenden Tatbereitschaft des Beschuldigten – widerrechtlich war.

TPF 2011 42

4.2.3 Eine die rechtlichen Grenzen überschreitende verdeckte Ermittlung kann zwei verschiedenartige Konsequenzen nach sich ziehen. Einerseits steht in Frage, ob die Informationen, die aus einer solchen Ermittlung hervorgehen, als Beweis gegen den Beschuldigten verwertet werden können. Sollte die Handlung mit anderen Beweismitteln nachgewiesen sein, so steht andererseits in Frage, wie sich eine aktive Beeinflussung der Zielperson auf die rechtlichen Folgen auszuwirken hat. In BGE 124 IV 34 hat sich das Bundesgericht – für die Zeit vor Inkrafttreten des BVE – mit den Folgen einer unzulässigen verdeckten Ermittlung befasst, ohne dass sich aus dem Entscheid ergäbe, ob der Ermittler auch das wesentliche Beweismittel dargestellt hätte; gemäss Literatur soll auch eine Telefonkontrolle verwertet worden sein (HANSJAKOB, Verdeckte Ermittlung – das St. Galler Modell, in Cassani et al. [Hrsg.], Mehr Sicherheit – weniger Freiheit? Chur/Zürich 2003, S. 379 ff., 389). Bezüglich der Folgen legte das Bundesgericht dar: Hat sich ein polizeilicher „agent“ an der Straftat als „provocateur“ beteiligt, so kann das Sachgericht freisprechen oder das Verfahren einstellen, wenn dessen Verhalten dasjenige der Zielperson in den Hintergrund drängt; sonst ist diese Beteiligung nur bei der Strafzumessung zu berücksichtigen (BGE 124 IV 34 E. 3d/bb, 3e), allerdings in weitreichender Weise (BGE 116 IV 294 E. 2b/aa).

Im konkreten Fall steht fest, dass „VE-Diemer“ tätig wurde und die von „Ramos“ eingeleiteten Aktivitäten fortsetzte, indem er – nach dem dem Urteil zugrunde zu legenden Sachverhalt – einem damals unbescholtenen Bankier, nicht einer Person mit kriminellem Hintergrund, vermeintlich aus dem Drogenhandel stammendes Geld zum Waschen anbot. Dabei hatte „Ramos“ die Initiative übernommen. Bei „Ramos“ handelt es sich um eine Person mit kriminellem Hintergrund und pointierten Eigeninteressen an einem Aufenthalt in der Schweiz; sein Einsatz ist von einer speziell hierfür geschaffenen Polizeiequipe geplant und im Detail gesteuert worden. Bereits in dieser Phase und beim anschliessenden Einsatz von „VE-Diemer“ beschränkten sich die Interaktionen mit dem Beschuldigten nicht auf einige wenige Gespräche, sondern wurden über längere Zeit über zahlreiche persönliche Kontakte ausgedehnt. Zudem befand sich die Zielperson, wie die Polizei wusste, in einer angespannten finanziellen Lage – sowohl in persönlicher als auch in geschäftlicher Hinsicht – und war deshalb für eine Versuchung empfänglich. Durch das dem Beschuldigten konkret angetragene Verhalten sind, weil effektiv keine Drogengelder eingesetzt wurden, öffentliche Interessen nicht verletzt worden; selbst bei vollendeter Geldwäscherei ist eine Verletzung materieller Rechtsgüter nicht evident (PIETH, Basler Kommentar, Strafrecht II, 2. Aufl., Basel 2007, Vor Art. 305bis StGB N. 42). Im Ganzen gesehen hatte der staatlich zu verantwortende Einfluss ein so grosses Übergewicht, dass die kriminelle

TPF 2011 42 54

Entscheidung des Beschuldigten weitgehend in den Hintergrund rückt. Das lässt vorliegend eine Einstellung als adäquate Rechtsfolge erscheinen.

5.3.1 Nach Art. 7 Abs. 4 aBÜPF durften die Erkenntnisse einer ohne Bewilligung durchgeführten Telefonkontrolle weder für die Ermittlung noch zu Beweis Zwecken verwendet werden. Der Gesetzgeber statuierte in dieser Weise gleichzeitig ein absolutes Verwertungsverbot für direkte Beweise wie für solche, welche die Frucht weiterer, auf jener Basis durchgeführter Ermittlungen bildeten. Im BVE fehlte eine entsprechende Regel; dieses Gesetz ordnete nur die Folgen einer Überschreitung der Grenzen, welche der

Tätigkeit eines verdeckten Ermittlers gesteckt sind (Art. 10 Abs. 4 aBVE). Das neue Recht führt diese Regelungen fort: Verwendungsverbot im Bereich der Überwachung (Art. 277 StPO), Rechtsfolgenrelevanz bei verdeckter Ermittlung (Art. 293 Abs. 4 StPO). In der kantonalen Rechtsprechung wurde die Regel des BVE für die verdeckte Ermittlung als abschliessend erachtet mit der Konsequenz, dass sich für illegale verdeckte Ermittlungen die Frage der Beweisverwertung nicht stelle (Entscheid des Kassationsgerichts ZH AC060016 vom 27. Dezember 2006, E. 3.4b). Diese Auffassung deckt sich nicht mit den Materialien zu diesem Gesetz: Der Vorentwurf statuierte die Unverwertbarkeit der Beweismittel bei übermässiger Einwirkung des verdeckten Ermittlers auf die Zielperson; im Gesetzesentwurf wurde diese Frage ausdrücklich offen gelassen in der Meinung, sie sei durch das massgebende Prozessrecht zu lösen (Botschaft BÜPF und BVE, S. 4298). Es sind deshalb die Konsequenzen einer legal installierten, aber rechtswidrig operierenden verdeckten Ermittlung zu trennen von denjenigen einer illegal installierten (so etwa RIKLIN, Kommentar Schweizerische Strafprozessordnung, Zürich 2010, Art. 293 StPO N. 4). Dies ist vor allem dann wesentlich, wenn der Ermittler aufgrund der ihm zugeleiteten Basisinformation glaubte, eine zur konkreten Tat bereite Zielperson vor sich zu haben, während tatsächlich erst das Auftreten des verdeckten Ermittlers Tatbereitschaft und Handlungsentschluss erweckt. Es ist kein sachlicher Grund ersichtlich, einen Verdächtigen generell schlechter zu stellen – ihm nur bei der Sanktion entgegenzukommen, statt ihn freizusprechen –, wenn die Polizei verdeckt ermittelt, als wenn sie etwa bei einer Durchsuchung deren rechtliche Grenzen überschreitet. Dies gilt umso mehr für eine verdeckte Ermittlung, welche vor Inkrafttreten des BVE ausgeführt worden ist (BGE 124 IV 34).

5.3.2 Was die Zeit vor dem Inkrafttreten des BVE angeht, so verneint die Literatur praktisch einstimmig die Verwertbarkeit von Beweismitteln, welche im Wege rechtlich unzulässiger verdeckter Ermittlungen – die Unzulässigkeit konnte sich seinerzeit nicht auf die Bestellung sondern nur die Operationen des Ermittlers beziehen – beschafft werden (PIQUEREZ, TPF 2011 42

55

Traité de procédure pénale suisse, 2. Aufl., Genf/Zürich/Basel 2006, § 121 N. 989; HAUSER/SCHWERI, Schweizerisches Strafprozessrecht, 5. Aufl., Basel 2002, § 75 N. 25; BAUMGARTNER, Zum V-Mann-Einsatz unter besonderer Berücksichtigung des Scheinkaufs im Betäubungsmittelverfahren und des Zürcher Strafprozesses, Diss. Zürich 1990, S. 344 f.; BÉNÉDICT, Le sort des preuves illégales dans le procès pénal, Diss. Lausanne 1994, S. 177; GNÄGI, Der V-Mann-Einsatz nach dem Urteil Lüdi des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte, recht 1994, S. 104 ff., 106; nur für ein eingeschränktes Verwertungsverbot: CORBOZ, L'agent infiltré, ZStrR 111/1993, S. 307 ff., 321). Das Bundesgericht hat sich, soweit ersichtlich, in diesem Kontext zur Frage der Beweisverwertung nicht geäussert. Allerdings gilt die Frage der Verwertbarkeit im Zusammenhang mit dem Alstom-Komplex nicht den Rapporten, welche auf der Basis von „VE-Diemers“ Berichten erstellt worden sind, sind diese doch für eine Anklage viel zu wenig konkret und wurde die Anklage effektiv auch nicht auf diese Informationen abgestützt. Die Frage der Verwertbarkeit bezieht sich vielmehr auf Sekundärbeweise, namentlich auf die von der beurlaubten Bankmitarbeiterin B17 edierten Dokumente sowie auf die durch den Untersuchungsrichter veranlassten Befragungen und beschafften Akten.

In Art. 18 Abs. 5 aBVE regelte der Gesetzgeber die Fernwirkung unverwertbarer Beweise ausdrücklich für verdeckte Ermittlungen ohne richterliche Genehmigung. Das Bundesgericht hat sich aber auch schon mit der Situation auseinandergesetzt, dass der Gesetzgeber explizit nur die Verwertbarkeit des Primärbeweises regelte (so in Art. 9 Abs. 3 aBÜPF), nicht aber diejenige des Sekundärbeweises (BGE 133 IV 329). Es entschied sich für ein gemässigtetes Verwertungsverbot, sich darin Schmid (SCHMID, Strafprozessrecht, 4. Aufl., a. a. O., N. 610) anschliessend (BGE 133 IV 329 E. 4.5). Demnach ist auf Unverwertbarkeit zu schliessen, wenn der Sekundärbeweis ohne den ungültigen Primärbeweis nicht hätte erhoben werden können. Hat sich das Gesetz über die Verwertbarkeit eines illegal erhobenen Primärbeweises nicht ausgesprochen, so soll auch diese Problematik nach der Konzeption Schmid (und weiterer Autoren) gelöst werden. Demnach ist zwischen den öffentlichen Interessen an der Strafverfolgung und den privaten Interessen des Beschuldigten an Freispruch respektive Einstellung abzuwägen (BGE 131 I 272 E. 4.3 mit Hinweisen).

Die für die Anklage im Alstom-Komplex verwendeten Beweise sind mithin dann verwertbar, wenn sie in faktischer Abhängigkeit von der verdeckten Ermittlung erhoben worden sind und die Verwendung auf einem höherrangigen Verfolgungsinteresse beruht.

TPF 2011 42 56

[Die erste Voraussetzung ist gegeben, E. 5.3.3; die zweite fehlt, E. 5.3.4]

9.4.2 Hinsichtlich des zweiten Vorwurfs, der Verwendung zur Bezahlung von Bestechungsversprechen, ist anzumerken, dass eine Tathandlung von vornherein hinsichtlich der Transaktionen zu Gunsten von Gesellschaften als Endempfänger ausscheidet, da diese keine Amtsträger sein können. Zahlungen an Privatpersonen scheiden ebenfalls als Vortaten einer Geldwäscherei aus, da Schmiergeldzahlungen lediglich Vergehen darstellen (Art. 4a i. V. m. Art. 23 UWG).

Soweit die Bundesanwaltschaft (...) behauptet, dass Gelder an fremde Amtsträger geflossen seien, stellt sich die Frage, ob ein taugliches Handlungsobjekt vorliegt. Das dafür entscheidende gesetzliche Moment des Herrührens „aus“ einem Verbrechen entspricht dem Erlangen aus einer Straftat, welches nur eine Variante des Einziehungstatbestandes (Art. 70 Abs. 1 StGB) darstellt. Wenn das Gesetz explizit den Deliktslohn einzuziehen erlaubt – „Verbrechen soll sich nicht lohnen“ –, so hat es ihn jedoch bewusst vom Tatbestand der Geldwäscherei ausgenommen. So wurde – entgegen den Vorschlägen Bernasconis – bereits im Entwurf des Bundesrates darauf verzichtet, das „Vorwaschen“ zu pönalisieren, denn damit wäre es zur indirekten Bestrafung ansonsten gemäss Art. 22 StGB/21 aStGB strafloser Vorbereitungshandlungen gekommen (Botschaft über die Änderung des Schweizerischen Strafgesetzbuches [Gesetzgebung über Geldwäscherei und mangelnde Sorgfalt bei Geldgeschäften] vom 12. Juni 1989, BBl 1989 II S. 1061 ff., 1082; ACKERMANN, Kommentar Einziehung, organisiertes Verbrechen und Geldwäscherei, Bd. I, Zürich 1998, § 5/StGB 305bis N. 155). Nur der gezahlte Verbrechenslohn, also die Belohnung oder Entschädigung für die Ausführung des Verbrechens, ist Tatobjekt der Geldwäscherei (ACKERMANN, a. a. O., N. 144). Wurde ein bestimmter Lohn lediglich versprochen, stellt dieser kein taugliches Geldwäschereiobjekt dar. Geldwäscherei am Tatwerkzeug (*instrumentum sceleris*) ist auszuschliessen, solange dieses nicht aus einem Verbrechen herrührt (ACKERMANN, Geldwäscherei – Money Laundering, Diss. Zürich 1992, S. 241 f.). Die zur Erfüllung von Bestechungsversprechen weitertransferierten Gelder

resultieren jedoch nicht aus einem Verbrechen, sondern sind höchstens zu einem solchen bestimmt. In der Tatbestandsalternative des Versprechens gehört aktive Bestechung zu den Verbrechen, die kein Vermögen generieren; dies ist nur bei der passiven Bestechung der Fall und zwar erst nach Gewährung des Vermögensvorteils beziehungsweise der Bezahlung.

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.