

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

Tel.: +41 21 318 91 51
E-Mail: marc.forster@bger.ch
www.marc-forster-strafrecht.com

Gutachten zur Masterarbeit von Herrn Patrick Zumsteg

I. Thematik, Kurzbeurteilung und Notenantrag

Die Masterarbeit befasst sich mit einer wichtigen strafprozessualen Thematik der "**Affäre FIFA/Bundesanwalt Lauber**", die am 20. Mai 2020 zur Einleitung eines *Amtsenthbungsverfahrens* und am 29. Juli 2020 zum *Rücktritt* des Bundesanwaltes führte. Eine **zentrale Rolle** spielten dabei zwei **Ausstandsentscheide** vom 17. Juni 2019 der *Beschwerdekammer des Bundesstrafgerichtes* (BK BstGer) gegen den Bundesanwalt. Ihren **Hauptvorwurf** gründete die BK BstGer auf drei **nicht protokollierte "Geheimtreffen"** zwischen FIFA-Präsident Infantino und BA Lauber.

Der Bearbeiter unterzieht die beiden *Ausstandsentscheide* einer kritischen Prüfung. Er untersucht, ob die Entscheide der BK BstGer sich in die ständige **Praxis des Bundesgerichtes** zum *Ausstand* von (kantonalen) *Strafverfolger/innen* juristisch einfügen lassen, bzw. ob Anzeichen für "politisierte" und von der höchstrichterlichen Praxis abweichende Ausstandsentscheide gegen BA Lauber ("ad personam") bestehen.

Es handelt sich um eine *formal saubere* und *inhaltlich sorgfältige* wissenschaftliche Arbeit, mit stets sachbezogener,¹ nachvollziehbarer und – nach allen Seiten hin – eigenständiger Gedankenführung. Der Referent beantragt dafür die **Note 5,5** ("sehr gut").

II. Arbeitstechnik

Die *Literatur-* und *Quellenauswahl* ist reichhaltig, aktuell und themenfokussiert; die *Quellenverzeichnisse* (mit einem separaten Internet-Quellenverzeichnis, S. IX-XII) und die

¹ Im Gegensatz zu einigen journalistischen und juristischen Kommentierenden differenziert der Bearbeiter sorgfältig zwischen *aufsichtsrechtlichen*, *justizpolitischen* und *strafprozessualen* Fragen. Ein auf die Regeln der StPO gestützter Ausstand wegen mutmasslichen (besonders schweren) *Verfahrensfehlern* hat den Fokus auf das *strafprozessuale* Verhalten von BA Lauber vor dem Eingang der Ausstandsgesuche zu richten. Der gegen den BA von diversen Seiten erhobene Vorwurf, er habe sich *nach* Einleitung des Ausstandsverfahrens und gegenüber den *politischen Gremien* des Parlamentes, der *Aufsichtsbehörde* über die BA oder gegenüber den *Medien* unkooperativ, unglücklich oder wenig souverän verhalten, ist für die *strafprozessuale Ausstandsfrage* hingegen *irrelevant*.

Zitiertechnik im Fussnotenapparat erscheinen formal einwandfrei.² Die Sprache ist grossteils präzise und gut lesbar.³

Bemerkenswert ist auch, dass der Bearbeiter mit dem ehemaligen BA *Michael Lauber* ein *ausführliches persönliches Interview* geführt hat, das aufgezeichnet wurde und im Anhang (hinten, S. XII-XIX)⁴ vollständig *dokumentiert* ist. Als nachträgliche "Parteibemerkungen" wurden die Aussagen von Herrn Lauber inhaltlich nicht berücksichtigt; sie dienen laut Bearbeiter aber dem "Verständnis für die Abläufe und den komplexen Sachverhalt".⁵

III. Komplexe Verfahrenshintergründe und Nebenverfahren

Im sogenannten "FIFA-Komplex" werden und wurden von der BA **mehr als zwei dutzend** separate **Strafuntersuchungen** geführt, darunter gegen den ehemaligen FIFA-Generalsekretär Valcke (und einen weiteren Beschuldigten) wegen mutmasslicher mehrfacher qualifizierter ungetreuer Geschäftsbesorgung, passiver Privatbestechung und Urkundenfälschung.⁶ Allein im Kontext *dieses einen* Verfahrensstranges kam es – nicht zuletzt aufgrund der Ausstandsgesuche der beiden Beschuldigten (gegen BA Lauber und weitere Strafverfolger der BA) – zu **diversen** sachlich ineinander verschachtelten **Nebenverfahren**, darunter die *Ausstandsverfahren* (inklusive Rechtsmittelverfahren über die Berufungskammer des BstGer bis ans Bundesgericht), ein akzessorisches *Disziplinarverfahren* gegen BA Lauber (vor der Aufsichtsbehörde über die BA, mit Rechtsmittelverfahren ans BverwGer), ein von der Gerichtskommission der Vereinigten Bundesversammlung gegen

-
- 2 Übersehen wurde (auf S. XIII), dass das themennahe und fallspezifische Urteil 1B_422/2019 *amtlich publiziert* worden ist (BGE 146 IV 185). Im Fussnotenapparat fällt auf, dass teilweise etwas gar stark auf *Sekundärquellen* abgestellt wird: Beispielsweise wird in Fn. 206 ein nicht näher genannter *Bundesgerichtsentscheid* ausschliesslich indirekt, über zwei Lehrbücher, zitiert. Auch inhaltlich hätte das gezielte Recherchieren und direkte Auswerten von thematisch einschlägigen Gerichtsurteilen (etwa zu konkreten Fällen ausstandsbegründender "besonders krasser Verfahrensfehler" von Strafverfolger/innen) noch gewisse zusätzliche Früchte tragen können.
 - 3 Es finden sich nur wenige Schreib- und Sprachfehler. Auf S. 8 (Rz. 28) fehlt nach "Da ..." das Wort "Ausstandsentscheide", was den Sinn der Aussage verstellt (*Zwangsmassnahmenentscheide* können anfechtbar sein, was der Bearbeiter auch erkannt hat).
 - 4 Dort wäre besser mit S. XVIII ff. weiterzupaginieren gewesen (nicht ab S. XII ff.), um *doppelte* S. XII-XVII (vorne und hinten in derselben Arbeit) zu vermeiden.
 - 5 Fn. 15. Das Interview wurde vom Bearbeiter *sehr umsichtig, souverän und themenfokussiert* geführt. Soweit dem Interview wichtige *überprüfbare Argumente* und *Fakten* zu entnehmen sind, hätten diese – mit der gebotenen kritischen Zurückhaltung – durchaus auch inhaltlich Erwähnung finden dürfen.
 - 6 Die vier Teilverfahren gegen Valcke betrafen mutmassliche *illegale Ticketgeschäfte* und *Korruption* bei der Vergabe der *FIFA-Weltmeisterschaften* für die Jahre 2010 (Südafrika), 2014 (Brasilien), 2018 (Russland) und 2022 (Katar).

ihn eingeleitetes *Amtsenthungsverfahren* (vor den politischen Gremien des Parlamentes), *Aufsichtsuntersuchungen* der Verwaltungskommission des Bundesgerichtes über Vorkommnisse am BstGer (insbesondere im Zusammenhang mit den Ausstandsentscheiden der BK in Sachen Lauber) sowie *Strafuntersuchungen* gegen den zurückgetretenen BA Lauber und gegen FIFA-Präsident Infantino, geführt durch einen ausserordentlichen Bundesanwalt, der unterdessen – wegen eigener Befangenheit – seinerseits wieder abberufen werden musste. Die Wahl einer neuen Bundesanwältin oder eines Bundesanwaltes durch die Bundesversammlung ist derzeit noch nicht in Sicht.

Insgesamt ergeben sich daraus *sehr komplexe* Verfahrenshintergründe und teilweise *unkoordiniert* (wenn nicht gar chaotisch) wirkendes Behördenverhalten.

IV. Aufbau der Arbeit

Das Forschungsprogramm folgt einem *klaren* und *folgerichtigen Aufbau*:

Kap. A startet mit dem *Problemaufriss* und der *Zieldefinition* der Arbeit (s.a. oben, Ziff. I des Gutachtens), denen sich eine konzise *Chronologie* der wichtigsten *Verfahrensstränge* anschliesst. In **Kap. B** werden der *gesetzliche Auftrag* und die *stark hierarchische interne Organisation* der BA skizziert, inklusive *Stellung* und *Weisungsbefugnisse* des *Bundesanwaltes*, sowie die Zuständigkeiten für die *Kontrolle* und *Aufsicht* über die BA. **Kap. C** widmet sich der gesetzlichen Regelung, Lehre und Praxis zum **Ausstand** von **Strafverfolger/innen**, namentlich wegen schweren *Prozessfehlern*. In **Kap. D** werden die strafprozessualen *Dokumentations-* und **Protokollierungspflichten** analysiert (insbesondere im Lichte von Art. 77 StPO). Diese Grundlagen münden in **Kap. E** in die **kritische Analyse** der **Ausstandsentscheide** der BK BstGer gegen BA Lauber. Abgerundet wird die Untersuchung in **Kap. F** mit einer zusammenfassenden **Schlussbetrachtung** (S. 54 f.). Das *Interview* mit Ex-BA Lauber wurde bereits erwähnt (Anhang, S. XII-XIX).

V. Inhaltliche kritische Bemerkungen

Einerseits legt der Bearbeiter dar, welche tatsächlichen und rechtlichen Gründe die Befürchtung begründen, dass verschiedene **sachfremde Einflüsse** auf die fraglichen Ausstandsentscheide der BK BstGer⁷ gegen BA Lauber eingewirkt haben könnten, nämlich Interessen und Sichtweisen von *politischen* Akteuren und *Aufsichtsgremien*, stark justiz-

⁷ Vom 17. Juni 2019 (BB.2018.190+198 bzw. BB.2018.197).

kritische *mediale* Kampagnen, *persönliche Abneigungen* von beteiligten Justizpersonen, private *Eigeninteressen* von direkt oder indirekt involvierten *Parteien* usw. Andererseits gelangt er aufgrund seiner sorgfältigen strafprozessualen Analyse zum Ergebnis, dass sich die fraglichen Ausstandsentscheide des BstGer in die (sehr restriktive) *Praxis des Bundesgerichtes* zum Ausstand von (kantonalen) Staatsanwält/innen (bzw. Ersten Staatsanwälten und Oberstaatsanwältinnen) *grundsätzlich einfügen* lassen und insoweit wohl **keine sachfremde "politisierte" Entscheidung** "ad personam" gegen BA Lauber vorliege.⁸

Dieser Forschungsbefund erscheint dem Referenten *dicht begründet* und **im Ergebnis vertretbar**. Allerdings finden sich bei kritischer Hinterfragung auch gewisse *Argumentationslücken* bzw. *Perspektivenverengungen*, aufgrund derer der Bearbeiter den Ausstandsentscheiden der BK BstGer eine ziemlich *wohlwollende* Prüfung zuteil werden lässt:

Positiv herauszustreichen ist zunächst, dass sich der Bearbeiter (anders als gewisse journalistische und juristische Beobachter) von der "rechtlichen und politischen Unübersichtlichkeit" (S. 2) das "Falles FIFA/Lauber" nicht ablenken lässt, die sich stellenden *strafprozessualen* Fragen konsequent nach den massgeblichen Regeln der *StPO* und des *StBOG* prüft und sich dabei weder von **medialen Nebengeräuschen**, noch von **justizpolitisch-aufsichtsrechtlichen Nebengeleisen** beirren lässt.

Die zumindest **indirekte Einflussnahme** von BA Lauber auf die fraglichen **Verfahren**⁹ und das Vorliegen von schwerwiegenden **Verfahrensfehlern** wird überzeugend dargelegt (S. 46-48). Dass der BA die **drei** "Koordinationstreffen" bzw. **informellen Treffen** mit Vertretern der *Privatklägerin* FIFA vom 22. März 2016 (im Hotel "Schweizerhof" in Bern), 22. April 2016 (im Restaurant "Au Premier" in Zürich) und 16. Juni 2017 (erneut im "Hotel Schweizerhof" in Bern) **nicht durch die Verfahrensleiter protokollieren liess**, war eindeutig *gesetzeswidrig* und beeinträchtigte bzw. gefährdete die *Partei-rechte* der Beschuldigten schwer.¹⁰ Der Bearbeiter räumt zwar ein, dass BA Lauber *nicht*

8 Dieser Befund ist auch *justizpolitisch von grosser Bedeutung*, da die Ausstandsentscheide bzw. der faktische Vorwurf des BstGer an den BA, er habe *besonders krasse Verfahrensfehler* begangen und dadurch seine *Amtspflichten schwer verletzt*, das *Hauptmotiv* für das Aufsichts- bzw. das *Amtsenthaltungsverfahren* und für die heftige mediale Kritik waren, die nach zermürenden Monaten bzw. Jahren zum (erzwungenen) *Rücktritt* des Bundesanwaltes führten.

9 Seine Einflussnahme wird im Übrigen auch von Ex-BA Lauber im Interview nicht bestritten (vgl. Anhang, S. XVI-XVII, auf die entsprechenden Fragen "F9" und "F10").

10 Der Standpunkt von Herrn Lauber im *Interview* (S. XIV-XI), wonach die Treffen "nicht verfahrensrelevant" gewesen seien und eine Protokollierungspflicht noch nicht bestanden habe, weil die AB-BA erst

der *Verfahrensleiter* war und die ausreichende Protokollierung primär der **Verfahrensleitung** obliegt. Er argumentiert jedoch, dass "der damals aktuelle und zwischen Frühjahr 2016 und August 2018 auch als Leiter der Taskforce FIFA amtierende Verfahrensleiter *erst* im Anschluss an eine Medienanfrage vom 8. Oktober 2018 von den Treffen" erfahren habe.¹¹ Daher sei dem *Verfahrensleiter* die fehlende Protokollierung nicht vorzuwerfen und hätte – der weisungsberechtigte und im Verfahren auch Einfluss nehmende – *BA Lauber* die Protokollierung von Amtes wegen **anordnen** müssen (S. 48 Rz. 167).¹²

Diese Argumentation ist stringent und nachvollziehbar. Deutlich *überzogen* würde hingegen der Anspruch an einen Bundesanwalt (*de lege lata*), wenn diesem "als Vorsteher der BA" eine *ausstandsauflösende* "Verantwortung für sämtliche Aktivitäten oder Unterlassungen seiner verfahrensleitenden Staatsanwälte" zugeschoben würde (insofern wohl etwas missverständlich S. 49 Rz. 168). Damit stünde jeder BA und jede Bundesanwältin immer *mit einem Bein im Ausstand*, was die **Funktionalität** der Bundesanwaltschaft dahinfallen liesse.

Der Bearbeiter schält sodann diverse **Begründungsmängel** in den Erwägungen der beiden Ausstandsentscheide heraus: So wird von der BK BstGer **nicht dargelegt, inwiefern besonders krasse oder ungewöhnlich häufige Verfahrensfehler** des BA im Sinne der einschlägigen Bundesgerichtspraxis vorliegen sollen (S. 49 Rz. 172). Die beiden sachlich eng konnexen Entscheide **widersprechen** sind zudem teilweise. Insbesondere wird dem BA im *französischsprachigen* Entscheid ausdrücklich vorgeworfen ("à cela s'ajoute"...), dass die drei Treffen in einem *Hotel* und einem *Restaurant* stattfanden, während im *deutschsprachigen* Entscheid – mit Recht – erwogen wird, dieser Umstand spiele als Aus-

nach Bekanntwerden der Treffen eine entsprechende Weisung erlassen habe, überzeugt den Referenten nicht: Zumindest das zweite Treffen betraf (auch nach den Darlegungen des Ex-BA) ganz konkret die *Beweiserhebung* bei der *Privatklägerin* (Edition/Siegelung grosser Datenmengen). Art. 77 StPO und die Verteidigungsrechte der Beschuldigten sind von der BA zu beachten, auch wenn noch keine spezifische "Weisung" der Aufsichtsbehörde vorliegt. Die für die *Ausstandsthematik entscheidenden* Fragen sind die, ob die fehlende Protokollierung *BA Lauber persönlich anzurechnen* war, und ob sein prozessuales Verhalten in einer *Gesamtbeurteilung* den Vorwurf "*besonders krasser* Verfahrensfehler" begründet.

11 Dies wird auch von Herrn Lauber im Interview nicht bestritten: "das ist gut möglich" (Anhang, S. XVI, auf die entsprechende Frage "F8").

12 In diesem zentralen Bereich hätte der massgebliche Sachverhalt noch etwas konkreter erklärt werden können. Nicht klar wird etwa (auch nicht auf S. 44 Rz. 150), *wer* der (nicht zu den "Geheimtreffen" beigezogene) zuständige *Verfahrensleiter* war. Der Bearbeiter hat dies durchaus recherchiert, wies sich aus seiner Frage "F8" (Anhang, S. XVI) an Herrn Lauber ergibt: "Der damalige Verfahrensleiter und zwischen Frühjahr 2016 und August 2018 auch (als) Leiter der Taskforce amtierende D.". ("D." wurde auch bezüglich Anfangsbuchstaben des Namens anonymisiert.)

standsgrund "nur eine untergeordnete Rolle".¹³ Auch *fehlt* es in den Entscheiden der BK BstGer an Erwägungen zu den äusserst **schweren Konsequenzen** eines Ausstandes des Bundesanwaltes, im Lichte seiner gesetzlich verankerten *zentralen Funktion* bei der *Koordination* und *Beaufsichtigung* von *sehr komplexen Wirtschaftsstraffällen*, wie gerade dem FIFA-Komplex mit *Dutzenden* von konnexen Verfahren.¹⁴

Etwas kurz,¹⁵ aber im Ergebnis vertretbar, fällt die (ersatzweise) Begründung des Bearbeiters aus, inwiefern es sich hier um "**besonders krasse**" (oder ungewöhnlich häufige) strafprozessuale Verfahrensfehler im Sinne der *bundesgerichtlichen Praxis* handle (S. 49-51). Um die Schwere und Häufigkeit von Prozessfehlern des BA in den FIFA-Verfahren im Lichte der *Bundesgerichtspraxis* einordnen zu können, wäre es hier von Vorteil gewesen, in Kapitel C *direkt* einige **einschlägige Urteile** zu *analysieren* und in Kapitel E mit dem "Fall Lauber" zu vergleichen.¹⁶ Dass die Bundesgerichtspraxis **sehr restriktiv** ist und den Ausstand von Strafverfolgern wegen Prozessfehlern nur in **besonders krassen** Fällen als bundesrechtlich zulässig ansieht (dies nach Auffassung des Referenten zu Recht), kommt in der Masterarbeit nicht immer ausreichend deutlich zum Ausdruck.¹⁷

In einer kritischen Gesamtwürdigung der Ausstandsentscheide zu erwähnen wäre schliesslich auch noch das – unter dem Gesichtspunkt der richterlichen Unvoreingenommenheit fragwürdige – **Verhalten** des damaligen *Präsidenten* der **BK BstGer**, das seinerseits in ein (von der Berufungskammer des BstGer abschlägig behandeltes) *Ausstandsbegehren* von *BA Lauber* gegen den Präsidenten BK BstGer gemündet hat (vgl. BGE 146

13 S. 45 Rz. 154; vgl. auch FORSTER, Strafrecht, Justiz und Menschenrechte in Zeiten von Covid-19, SJZ 2020 451 ff., 453.

14 Vgl. Art. 9 Abs. 1-2 i.V.m. Art. 16 Abs. 1-2 StBOG.

15 Und mit dem einen oder anderen Zirkelschluss/"petitio principii" durchsetzt, wie: "Krasse Verstösse (...) können unter Umständen (...) zum Ausstand des Staatsanwalts (...) führen" (S. 50 Rz. 173).

16 Gewisse Ansätze dazu sind vorhanden (vgl. z.B. Fn. 322 betreffend Protokollierungsfehler). Die Auswertung von *verallgemeinernder* Sekundärliteratur, insbes. Lehrbüchern, führt zwangsläufig zu einer nur beschränkt aussagekräftigen Vergleichsbasis.

17 *Eindeutig zu tief* werden die Ausstandshürden etwa in Rz. 176 umschrieben ("schwerwiegende Beeinträchtigungen der prozessualen Stellung einer Partei", "Summierung mehrerer Verfahrensfehler"). Man kann die Bundesgerichtspraxis kritisieren oder für richtig befinden; wenn der Forschende ausdrücklich prüfen will, ob ein Entscheid die Kriterien der Praxis erfüllt, muss er diese aber möglichst präzise so darlegen, *wie sie ist*. Ausserdem werden auch die *elementaren* Kriterien nicht immer zutreffend dargestellt: Wie der Bearbeiter im betreffenden Kapitel durchaus zutreffend herleitet, handelt es sich bei den "**besonders krassen** Verfahrensfehlern" (qualitatives Kriterium) bzw. der *ungewöhnlichen Häufung* von Fehlern (quantitatives Kriterium) um zwei *alternative* Voraussetzungen (S. 30 Rz. 104; S. 49 Rz. 172). An anderer Stelle werden die beiden Kriterien aber fälschlich als *kumulative* Voraussetzungen formuliert ("besonders krass und wiederholt", S. 36 Rz. 121).

IV 185) und von der *Verwaltungskommission des Bundesgerichtes* (in deren Aufsichtsbericht über Vorkommnisse am BstGer) **scharf gerügt** wurde (vgl. ausführlich S. 8 f., Rz. 29-32).

De lege ferenda spricht sich der Bearbeiter mit guten Gründen für eine **Reform** der **Bundesanwaltschaft** nach dem *Muster* (z.B.) der *St.Galler* Staatsanwaltschaft aus. Im Kanton St.Gallen nimmt die Erste Staatsanwältin oder der Erste Staatsanwalt (analoge Funktion des Bundesanwaltes/der Bundesanwältin) *bei komplexen Verfahren keine Koordinationsaufgaben* (verbunden mit Verfahreingriffen) wahr. Diese Aufgabe wird durch ein "Coaching" der einzelnen Verfahrensleiter durch die Leitenden Staatsanwält/innen übernommen.¹⁸ *Ebenso wenig* hat der Erste Staatsanwalt *direkte fallbezogene Weisungsbefugnisse*. Auch ist die **Hierarchisierung nicht derart extrem** wie bei der BA: Der Erste Staatsanwalt wirkt als "Primus inter pares" unter den Leitenden Staatsanwält/innen. Insbesondere weist er die Verfahrensleiter *nicht* an, ob sie ein Verfahren *einzustellen* haben oder nicht.

Die formal und und inhaltlich **sehr sorgfältige und eigenständige Masterarbeit** verdient die **Note 5,5** ("sehr gut").

Prof. Dr. Marc Forster/23. Juni 2021

¹⁸ Vgl. die knappe Skizzierung in Fn. 339 und in Anhang S. XIX, Frage "F19".