

Das Recht darf nicht kryptisch bleiben

In der **Crypto-Affäre**, welche zu Beginn des Jahres 2020 die Schweiz umtreibt, sind sich viele Leute einig, dass sie der Glaubwürdigkeit der schweizerischen Neutralität nicht guttut. Das ist von Bedeutung; denn für die Mehrzahl der Schweizer und der Schweizerinnen ist die Neutralität ein Bestandteil der Identität der Eidgenossenschaft. Ihre Sorge hat indessen vor allem mit dem zu tun, was *politisch* als Neutralität gilt. Dieser politische Neutralitätsbegriff zielt auf ein weiter reichendes unparteiisches Verhalten, als das zum Völkerrecht gehörende Neutralitätsrecht vom neutralen Staat verlangt. In der ganzen Diskussion um den Crypto-Fall wird aber kaum erwähnt, was die völkerrechtlichen Neutralitätspflichten sind.

Gleichzeitig fällt auf, dass in einer führenden Zeitung unseres Landes sich einer ihrer früheren Redaktoren zum Wort meldet um zu fragen, welche schweizerischen Gesetze in dieser Affäre denn überhaupt verletzt worden seien. Er selber beantwortet diese Frage nicht, ist also möglicherweise damit überfragt. Doch er erkennt, dass die Frage nach der rechtlichen Bedeutung der Crypto-Vorfälle eine zentrale Frage ist. Und er wundert sich, dass in all den Erörterungen ausgerechnet ihr kaum Bedeutung geschenkt wird.

Das ist in der Tat eine erhebliche Lücke in der derzeitigen Debatte. Die sich offensichtlich stellenden Rechtsfragen sollten indessen nicht in einem verschwiegenen kryptischen Untergrund schlummern bleiben. Ohne den Anspruch zu erheben, in der Crypto-Affäre insgesamt eine Stellung beziehen zu wollen und zu können, soll hier doch wenigstens versucht werden zu skizzieren, was da etwa Stoff zu rechtlichen Überlegungen auf uns zukommen dürfte. Davon eine Vorstellung zu bekommen, dürfte ja schliesslich ein berechtigter Anspruch jener Staatsbürgerschaft sein, der, wie gesagt, **die Neutralität und deren Glaubwürdigkeit ein hohes nationales und identitäres Gut** bedeutet. Wenn man sich Gedanken zu Rechtlichem macht, ist es freilich kaum zu vermeiden, dass sich dabei Positionsbezüge abzeichnen, selbst wenn nicht beabsichtigt ist, in der Sache selbst schon Urteile zu fällen. Der Rahmen der überparteilichen Neuen Helvetischen Gesellschaft, in dem die folgenden, durchaus persönlichen Erwägungen dargelegt werden, empfiehlt ja, sachlich und nicht voreilig zu bleiben.

Nehmen wir die übersichtlichere **Situation im Bereiche des inländischen Rechtes** vorweg! Die Veräusserung von Chiffriermaschinen, deren Zweck im Verhindern unzulässigen Mitlesens der verschlüsselten Botschaften ist, die aber gewissen Akteuren heimlich gerade dieses Mitlesen ermöglichen sollen, ist gegenüber ahnungslosen Erwerbern ein arglistiges Vorgehen. Es erfüllt geradezu lehrbuchmässig den **Straftatbestand des Betrugs**, der in Art. 146 schweizerischen Strafgesetzbuches (StGB) festgehalten ist. Die offenbar gleich serienweise Begehung dürfte den Begriff der gewerbsmässigen Begehung erfüllen.

Beim Klären, was für schweizerisches Gesetzesrecht darüber hinaus ebenfalls verletzt sein könnte, muss auch geprüft werden, ob gegen Art. 301 StGB verstossen wurde. Diese Bestimmung macht **militärischen Nachrichtendienst zum Nachteil eines fremden Staates** strafbar, wenn er von schweizerischem Gebiet aus eingerichtet worden ist. Strafbar macht sich auch, wer hierzulande solchen Diensten Vorschub leistet. Dieser Nachrichtendienst muss zugunsten eines anderen fremden Staates vor sich gehen. Der sehr weite Begriff des Vorschubleistens dafür könnte sehr wohl auf eine in der Schweiz getarnt auf Rechnung der USA und der Bundesrepublik Deutschland vor sich gehende Fabrikation und Veräusserung „gezinkter“ Verschlüsselungsapparate an ahnungslose Drittstaaten anwend-

bar sein. Laut Art. 302 StGB ist jedoch für die Verfolgung eines solchen Sachverhaltes eine **Ermächtigung der Strafverfolgungsbehörde durch den Bundesrat** erforderlich, ausgenommen in Zeiten von Aktivdienst der Armee.

Man müsste sich auch fragen, ob die heimlich zugunsten zweier auswärtiger Mächte erfolgende Verfälschung der Chiffriermaschinen **eine verbotene Handlung** darstellt, **die auf schweizerischem Gebiet für fremde Staaten erfolgt** und damit gemäss Art. 271 StGB strafbar sein könnte. Es muss sich dabei jedoch um eine hoheitliche Handlung eines fremden Staates auf Schweizer Boden handeln. Während die verbotene Handlung wohl ohne weiteres im Betrug erblickt werden könnte, wäre näher zu überlegen, ob das Vorgehen der Crypto AG als hoheitliches Tun des Auslandes angesehen werden könnte. Es handelt sich immerhin um einen Vorgang in einem privatwirtschaftlich aufgezogenen Unternehmen, dem zumindest auf den ersten Blick keine hoheitliche Funktion zukommt. Abzuklären wäre indessen, ob der Umstand, dass das Unternehmen zumindest wirtschaftlich, wahrscheinlich aber sogar rechtlich im Eigentum zweier auswärtiger Nachrichtendienste stand, nicht doch bedeutet, dass hier zwei ausländische Amtsstellen eine in die Schweiz ausgelagerte, zu ihren amtlichen Aufgaben gehörende Tätigkeit entfalteten und damit den schweizerischen Strafartikel erfüllten. Diesem zufolge ist dessen Begehung allerdings nicht erfolgt, d.h. die Rechtswidrigkeit des ausländischen Handelns auf Schweizer Territorium nicht gegeben, wenn dieses Handeln im Einverständnis mit der Schweiz erfolgt. Dieser Gesichtspunkt könnte aktuell werden, falls sich eine willentliche Duldung durch informierte schweizerische Behörden nachweisen liesse. – Abgesehen davon könnte sich die Eigenschaft der ausländischen Handlung verboten zu sein, möglicherweise auch aus der völker- bzw. neutralitätsrechtlichen Situation ergeben, die nachfolgend näher zu betrachten ist.

Die neutralitätsrechtlichen Regeln des Völkerrechts

Die völkerrechtlich festgehaltenen Verhaltensregeln für einen neutralen Staat gehen aus den immer noch in Kraft befindlichen **Haager Kriegsrechtskonventionen** von 1907 hervor, im vorliegenden Fall aus der Landkriegsordnung. Es handelt sich um rudimentäre Regelungen aus einer Zeit, in der gewisse moderne Sachverhalte noch gar nicht bekannt waren. Wie mit diesen neutralitätsrechtlich umzugehen ist, muss daher unter Umständen über Analogieschlüsse und andere Ableitungen aus den damaligen Konventionstexten und –absichten ermittelt werden. Immerhin ist etliches recht eindeutig.

Es mag überraschen, dass Art. 7 der Landkriegsordnung ausdrücklich das Folgende statuiert: „Eine neutrale Macht ist nicht verpflichtet, die für Rechnung des einen oder des anderen Kriegsführenden erfolgende Ausfuhr oder Durchfuhr von Waffen, Munition und überhaupt von allem, was für ein Heer oder eine Flotte nützlich sein kann, zu verhindern.“ Verschlüsselungsgeräte dürften, selbst wenn sie, wenn „gezinkt“, auch für diplomatischen und wirtschaftlichen Nachrichtendienst benützt werden können, ohne weiteres und wohl in erster Linie als Kriegsmaterial gelten.

Der den Neutralen durch **Art. 7** so lange erlaubte Export von solchem, als sie nicht selber ein Exportverbot erlassen, ist als privatwirtschaftlicher Export zu verstehen. Denn **Art. 9** bestimmt: „Alle Beschränkungen oder Verbote, die von einer neutralen Macht in Ansehung der in den Artikeln 7, 8 erwähnten Gegenstände angeordnet werden, sind von ihr auf die Kriegsführenden gleichmässig anzuwenden.“ Hinter dieser Bestimmung steht unausgesprochen, aber deutlich genug der Grundsatz, dass staatliches Handeln der neutralen Macht gegenüber den Kriegführenden möglichst äquivalent, möglichst ausgewogen zu erfolgen hat. Daraus ist schon abgeleitet worden, dass der Neutralstaat in einer ihm gehö-

renden, also **staatlichen Waffenschmiede hergestelltes Kriegsmaterial nicht nur einer, sondern beiden Kriegsparteien anbieten** sollte, wenn er solches an Kriegführende verkaufen möchte. Daraus liesse sich möglicherweise folgern: **Was für Staatsbetriebe des Neutralstaates gilt, müsste erst recht für Staatsbetriebe eines Kriegführenden gelten, die sich** aus irgendeinem Grunde **auf dem neutralen Gebiet angesiedelt haben**. Folgt man dieser Überlegung, so stellt sich eine Frage in Bezug auf eine auf neutralem Gebiete organisierte Fabrikationsstätte für Kriegsmaterial, die zwar privatrechtlich eingekleidet, aber wirtschaftlich oder gar – bei einem Durchgriff auf die wirkliche Eigentümerschaft – juristisch als ausländischer Staatsbetrieb angesehen werden muss: Ist das auf neutralem Boden für Staatsbetriebe geltende Prinzip der Gleichbehandlung auch für Betriebe in ausländischem Staatseigentum massgebend? Diese Frage ist doch wohl ernstlich in Betracht zu ziehen. Die Konsequenz wäre, die Crypto AG hätte nicht nur an die mit einander verbündeten USA und Deutschland heimlich mitlesbare Verschlüsselungsapparate ausliefern dürfen... Mit anderen Worten: Indem sie es trotzdem tat, hätte sie eine „verbotene Handlung“ für fremde Staaten und zulasten anderer ausländischer Staaten im Sine von Art. 271 StGB begangen – sofern dieses **Handeln als hoheitlich zu betrachten** wäre!

Mag sein, dass dieses Ergebnis als zu weit hergeholt betrachtet werden könnte. Doch ist nicht zu vergessen, dass das Haager Kriegsrecht so lückenhaft ist, dass es notwendigerweise zu solchen Auslegungen Anlass gibt. Denken wir nur, dass während Jahrzehnten nur so (nicht eingehaltene) Regeln für den Luftkrieg ermittelt werden konnten.

So weit die fraglichen Verkäufe der Crypto AG in Friedenszeiten erfolgten, könnte man auch einzuwenden versucht sein, das Kriegs- und insbesondere das Neutralitätsrecht werde erst im Kriegsfall aktuell. Hierbei sollte aber nicht vergessen werden, dass die **schweizerische Neutralität** nicht von Fall zu Fall erklärt wird, sondern **seit 1815 eine völkerrechtlich verankerte** und mehrfach bestätigte permanente Neutralität ist. Um glaubwürdig zu sein, muss ein solcher Dauerzustand auch dauernd den völkerrechtlichen Regeln neutralen Verhaltens genügen. Daraus ergeben sich **mindestens gewisse politische Vorwirkungen** für das Verhalten des neutralen schon in Friedenszeiten. Damit ergibt sich aber zugleich auch das Problem, ob ein permanent neutraler Staat eine einseitig ausgerichtete Kriegsmaterial-Produktionsstätte ausländischer Staaten auf seinem Territorium dulden solle. Kommt man zum Schluss, dass er solches nicht hinnehmen sollte, so schliesst sich auch gleich die Frage nach einer allfälligen Rechtspflicht seinerseits an, aufmerksam zu sein, um **heimliche Einnistungen derartiger fremder Staatsbetriebe rechtzeitig aufzudecken und zu beseitigen**.

Bis zu diesem Punkt haben wir uns mit der Auffälligkeit beschäftigt, dass sich die öffentliche Debatte kaum mit der sog. materiellrechtlichen Situation befasst. Dasselbe lässt sich jedoch mit Bezug auf das formelle Recht, d.h. **das Verfahrensrecht**, beobachten. Unbestritten ist zwar die administrative Untersuchung durch alt Bundesrichter Oberholzer. Gestritten wird dagegen, welche Art parlamentarischer Kommission die Sache tiefer untersuchen soll. Jedes dieses Vorgehen braucht Zeit. Merkwürdigerweise hört man jedoch wenig von der Idee, nun **unverzüglich vorsorgliche Beweissicherungen vorzunehmen**, etwa mittels Haussuchungen und Beschlagnahmen, angeordnet durch die Bundesanwaltschaft. Diese hat zunächst erklärt, den Bericht Oberholzers abzuwarten. Inzwischen hat allerdings jemand bei ihr Strafanzeige erstattet. Nun müsse man aber zuerst die Zuständigkeit abklären, hiess es dann. Ist es denkbar, dass eine Affäre mit diesen nationalen und internationalen Implikationen der tatörtlichen Zuger Strafuntersuchungsbehörde überlassen bleiben kann? Hier soll nur die Frage gestellt werden. Es sollte doch eine Amtsstelle ge-

ben, die dies im Handumdrehen entscheiden kann. Bestärkt wird man in der Beweissicherungs-Idee dadurch, dass der Basler Strafrechtsprofessor Reto Pieth, ein Spezialist für die Bekämpfung von Geldwäscherei und Korruption, diesen Gedanken inzwischen ebenfalls öffentlich geäußert hat.

Es ist nicht Aufgabe der hier ausgebreiteten Gedankengänge, alle hier aufgeworfenen Fragen wirklich zu beantworten. Ihr Zweck ist, aufmerksame Mitbürger und Mitbürgerinnen nach Möglichkeit darüber zu informieren, dass bei der Crypto-Affäre eine ganze Menge nicht immer einfacher rechtlicher Probleme ansteht. Deren Komplexität mag ein Grund sein, warum sich die öffentliche Information und Meinungsbildung bisher kaum damit befasst hat oder befassen mochte.

Im März 2020

*Roberto Bernhard, Dr. iur. h.c.,
NHG Winterthur*