

SZIER

Schweizerische Zeitschrift
für internationales
und europäisches Recht

RSDIE

Revue suisse
de droit international
et européen

24. Jahrgang

3/2014

24^e année

Unbegründete Kritik am Urteil Gross

LUDWIG A. MINELLI

Déterminations sur l'arrêt Gross

HECTOR ENTENZA

Die menschenrechtliche Dimension des Freihandelsabkommens der Schweiz mit China

OLIVER DIGGELMANN, CLAUDIO BALDI, GIORDANA CAMPAGNA & DAVID HONGLER

«L'Etat X n'est pas membres des Nations Unies; donc il ne doit pas respecter le droit international»: Variations sur un thème saugrenu

ROBERT KOLB

Praxisberichte/Chroniques

Chronique de droit pénal suisse dans le domaine international (2013)/ Schweizerische Praxis zum Strafrecht im internationalen Umfeld (2013)

URSULA CASSANI, SABINE GLESS, ROBERT ROTH & CHRISTIAN SAGER

La pratique suisse relative aux droits de l'homme 2013

MICHEL HOTTETLIER & VINCENT MARTENET

Rechtsprechung zum internationalen Schuld-, Gesellschafts- und Zwangsvollstreckungsrecht (SCHWANDER)

Jurisprudence suisse en matière de droit international privé de la famille et des successions ANDREAS BUCHER

Swiss Review
of International
and European Law

Schulthess §

Rivista svizzera
di diritto internazionale
e europeo

SZIER – Schweizerische Zeitschrift für internationales und europäisches Recht

RSDIE – Revue suisse de droit international et européen

RSDIE – Rivista svizzera di diritto internazionale e europeo

SRIEL – Swiss Review of International and European Law

www.szier.ch / www.rsdie.ch

Herausgegeben von / Édité par:

Schweizerische Vereinigung für internationales Recht (SVIR)

Website/Kontakt: www.svir-ssdi.ch

Société suisse de droit international (SSDI)

site/contact: www.svir-ssdi.ch

Publiziert mit Unterstützung der Schweizerischen Akademie für Geisteswissenschaften

Publié avec le soutien de l'Académie suisse des sciences humaines et sociales

Redaktionskomitee / Comité de rédaction:

Prof. Dr. Andreas Furrer, Universität Luzern

(Vorsitz/Président; Internationales Privatrecht/Droit international privé)

Prof. Dr. Daniel Girsberger, Universität Luzern (Internationales Privatrecht/Droit international privé)

Prof. Dr. Christine Kaddous, Université de Genève (Europarecht/Droit européen)

Prof. Dr. Robert Kolb, Université de Genève (Völkerrecht/Droit international public)

Prof. Dr. Christa Tobler, Universität Basel (Europarecht/Droit européen)

Prof. Dr. Ursula Cassani, Université de Genève (Strafrecht/Droit pénal)

Prof. Dr. Oliver Diggelmann, Universität Zürich (Völkerrecht/Droit international public)

Managing Editor:

Dr. Lorenz Langer, Universität Zürich

Regelmässige Beiträge von / Collaborateurs:

Dr. Jürg Borer, Prof. Dr. Andreas Bucher, Prof. Dr. Lucius Cafilisch, Prof. Dr. Ursula Cassani,

Prof. Dr. Thomas Cottier et al., Prof. Dr. Sabine Gless, Dr. Xavier Favre-Bulle,

Prof. Dr. Michel Hottelier, Prof. Dr. Christine Kaddous, Dr. Laurent Killias, Prof. Dr. Robert Kolb,

Prof. Dr. Vincent Martenet, Dr. Thomas Mayer, Prof. Dr. Ivo Schwander, Prof. Dr. Christa Tobler

Adresse der Redaktion / Adresse de la rédaction:

Lorenz Langer

Kirchweg 41, CH-8966 Oberwil-Lieli, Switzerland

Tel.: +41 (0)56 534 48 46

Lorenz.Langer@szier.ch

Manuskripte bitte an oben stehende Adresse senden oder per Mail übermitteln. Die Richtlinien für Autorinnen und Autoren sind unter www.szier.ch abrufbar.

Les manuscrits doivent être envoyés à l'adresse ci-dessus par courrier ou par mail. Les directives à l'intention des auteurs sont disponibles à l'adresse www.rsdie.ch.

Verlag und Abonnementsverwaltung /

Edition et administration

Schulthess Juristische Medien AG, Zwingliplatz 2

Postfach, 8022 Zürich, Telefon: 044 200 29 19

Fax: 044 200 29 08

E-Mail: zs.verlag@schulthess.com

Internet: <http://www.schulthess.com>

Erscheint 4mal jährlich / Paraît 4 fois par an

Abonnementspreis/Prix de l'abonnement

CHF 250.–

Einzelnummer/Prix du numéro

CHF 71.–

ISSN 1019-0406

Inhaltsübersicht/ Table des matières

Tagungen/Workshops	338
---------------------------------	-----

Debatte/Débat

LUDWIG A. MINELLI Unbegründete Kritik am Urteil Gross.....	339
---	-----

HECTOR ENTENZA Déterminations sur l'arrêt Gross	347
--	-----

Artikel/Article

OLIVER DIGGELMANN, CLAUDIO BALDI, GIORDANA CAMPAGNA & DAVID HONGLER Die menschenrechtliche Dimension des Freihandelsabkommens der Schweiz mit China.....	353
---	-----

ROBERT KOLB «L'Etat X n'est pas membres des Nations Unies ; donc il ne doit pas respecter le droit international » : Variations sur un thème saugrenu	369
---	-----

Praxis/Chronique

URSULA CASSANI, SABINE GLESS, ROBERT ROTH & CHRISTIAN SAGER Chronique de droit pénal suisse dans le domaine international (2013)/ Schweizerische Praxis zum Strafrecht im internationalen Umfeld (2013) ..	385
--	-----

MICHEL HOTTELIER & VINCENT MARTENET La pratique suisse relative aux droits de l'homme 2013	421
---	-----

IVO SCHWANDER Rechtsprechung zum internationalen Schuld-, Gesellschafts- und Zwangsvollstreckungsrecht	461
--	-----

ANDREAS BUCHER Jurisprudence suisse en matière de droit international privé de la famille et des successions	479
--	-----

Chronique de droit pénal suisse dans le domaine international (2013)

Schweizerische Praxis zum Strafrecht im internationalen Umfeld (2013)

par **Ursula Cassani**¹, **Sabine Gless**², **Robert Roth**³ & **Christian Sager**⁴

Table des matières/Inhaltsverzeichnis

- I. Les instruments internationaux en matière pénale et leur transposition en droit suisse (par Ursula Cassani)
 - A. La mise en œuvre des recommandations du Groupe d'action financière (GAFI; FATF) révisées en 2012
 - B. La mise en œuvre des standards internationaux en matière de corruption
 - C. L'approbation de deux instruments internationaux sur la répression d'actes illicites contre l'aviation civile
 - D. La Convention de Varsovie sur la lutte contre la traite des êtres humains
 - E. La Convention de Lanzarote sur la protection des enfants contre l'exploitation et les abus sexuels
 - F. La Convention Médicrime
 - G. Les instruments bilatéraux
- II. Die Schweiz und Europäisches Strafrecht (von Sabine Gless)
 - A. Einleitung
 - B. Vorschlag für eine Europäische Staatsanwaltschaft
 - C. Harmonisierung des Strafprozessrechts? – Stärkung der Verfahrensrechte
 - D. Ausblick

¹ Professeure ordinaire, Université de Genève, Juge à la Cour d'appel du pouvoir judiciaire de Genève, membre du comité de rédaction. L'auteure remercie son assistante Katia Villard, titulaire de la maîtrise en droit et du brevet d'avocat, de son aide compétente dans la recherche des sources et la mise au net du manuscrit.

² Ordinaria, Universität Basel. Ich danke Mirjam Bammatter (BLaw) und Dario Stagno (BLaw) für die Hilfe bei der Vorbereitung dieser Übersicht.

³ Professeur ordinaire, Université de Genève, Directeur de l'Académie de droit international humanitaire et de droits humains. L'auteur remercie Hikmat Maleh, avocat, de son appui.

⁴ Christian Sager, Dr. iur., LL.M. (Cambridge) ist wissenschaftlicher Mitarbeiter im Bundesamt für Justiz (BJ), Direktionsbereich Internationale Rechtshilfe. Er hat den vorliegenden Beitrag als Privatperson verfasst. Allenfalls erkennbare Wertungen und Ansichten sind seine eigenen und decken sich nicht notwendigerweise mit denjenigen des Bundesamts für Justiz. Für Inputs und kritische Lektüre dankt der Autor Dr. iur. Susanne Kuster (Vizedirektorin BJ).

- III. Internationale Rechtshilfe in Strafsachen: Aus der Praxis der Gerichte der Schweizerischen Eidgenossenschaft (von Christian Sager)
- A. Auslieferung
1. Auslieferung an Italien: Weiterhin ohne Garantien möglich
 2. Absolutes und relatives politisches Delikt
 3. Romaverfolgung und relatives politisches Delikt
 4. Relevanz der Erwägungen aus dem Asylverfahren bei Einrede des politischen Delikts
 5. Beidseitige Strafbarkeit – «*complot/conspiracy*» im kanadischen Strafrecht
 6. Eröffnung des Auslieferungshaftbefehls
 7. Auslieferung bei konkurrierender Gerichtsbarkeit
- B. Akzessorische Rechtshilfe
1. Kontosperrung ohne entsprechenden Antrag im Rechtshilfeersuchen
 2. Einsicht in nationale Strafakten – Beschwerdelegitimation nach IRSG bzw. StPO?
 3. Rechtshilfeersuchen von inkompetenter ausländischer Behörde
 4. Weitergabe rechtswidrig erlangter Beweismittel
 5. Beweismass bei Rechtshilfe wegen Geldwäscherei
 6. Unaufgeforderte Übermittlung von Beweismitteln und Informationen
- IV. Le droit pénal international de la Suisse (par Robert Roth)

I. Les instruments internationaux en matière pénale et leur transposition en droit suisse (par Ursula Cassani)

A. La mise en œuvre des recommandations du Groupe d'action financière (GAFI; FATF) révisées en 2012

La transposition des standards internationaux dans le domaine de la lutte contre le blanchiment d'argent continue d'occuper le législateur suisse. L'accent est clairement mis sur les standards du GAFI, ce qui apparaît à la lecture du dixième rapport sur la Suisse et les Conventions du Conseil de l'Europe du 27 février 2013, qui précise de manière surprenante que la ratification de la Convention du Conseil de l'Europe relative au blanchiment, au dépistage, à la saisie et à la confiscation des produits du crime et au financement du terrorisme de 2005 (STE 198) n'est plus considérée aujourd'hui comme pouvant représenter une «valeur ajoutée» aux yeux du Conseil fédéral, «du moment où le droit suisse est déjà quasiment conforme à la convention et que les nouveaux standards du GAFI – de nature politiquement contraignante – vont au-delà de ceux de la

convention»⁵ et «n'obligent aucunement les Etats à ratifier et mettre en œuvre la convention».⁶ Cette expression de réalisme politique semble sceller définitivement le triomphe de la «*soft law*» sur le droit conventionnel en matière de lutte contre le blanchiment d'argent ; toutefois, les travaux parlementaires actuels illustrent les limites découlant de la souplesse de cet instrument.

La mise en œuvre des recommandations révisées du GAFI, publiées le 16 février 2012 sous le titre «Normes internationales sur la lutte contre le blanchiment de capitaux et le financement du terrorisme et de la prolifération», déjà mentionnées dans notre précédente chronique,⁷ a passé en 2013 le cap de la procédure de consultation, ainsi que de l'élaboration d'un projet de loi.

L'avant-projet de loi fédérale sur la mise en œuvre des recommandations du Groupe d'action financière, révisées en 2012, a été envoyé en procédure de consultation le 27 février 2013,⁸ parallèlement à un autre avant-projet daté du même jour, visant à mettre en œuvre la stratégie de «conformité fiscale» («*Weissgeldstrategie*»)⁹. Alors que le second, mal reçu par certains milieux consultés,¹⁰ a été suspendu, afin de le coordonner avec la mise en œuvre future de l'échange automatique d'informations en matière fiscale, le premier a été suivi d'un projet de loi adopté par le Conseil fédéral le 13 décembre 2013.¹¹

A l'heure où nous écrivons ces lignes, le Conseil national vient d'hypothéquer lourdement la conformité de ce projet de loi aux exigences du GAFI, en procédant à des coupes et amendements importants lors de ses délibérations des 18 et 19 juin 2014,¹² alors que le Conseil des Etats n'avait procédé qu'à des re-

⁵ Dixième rapport sur la Suisse et les Conventions du Conseil de l'Europe du 27 février 2013, FF 2013 1915, p. 1946.

⁶ Rapport précité, FF 2013 1915, p. 1947.

⁷ URSULA CASSANI, SABINE GLESS, REGULA ECHLE, SÉVANE GARIBIAN & CHRISTIAN SAGER, *Chronique de droit pénal suisse dans le domaine international (2012)*, *Schweizerische Praxis zum Strafrecht im internationalen Umfeld (2012)*, RSDIE/SZIER 2013, p. 467 ss, p. 468 ss.

⁸ Cf. aussi le Rapport du Département fédéral des finances sur les résultats de la procédure de consultation relative à la mise en œuvre des recommandations du GAFI, révisées en 2012, de septembre 2013.

⁹ Avant-projet de loi fédérale concernant la lutte contre le blanchiment d'argent et le financement du terrorisme dans le secteur financier (modifications de la LBA ; vérification de la conformité fiscale), du 27 février 2013 ; cf. le Rapport explicatif du Département fédéral des finances, Stratégie concernant la place financière (obligations de diligence étendues pour empêcher l'acceptation de valeurs patrimoniales non fiscalisées). Révision de la loi sur le blanchiment d'argent, du 27 février 2013.

¹⁰ Rapport du Département fédéral des finances du 29 novembre 2013 sur les résultats de la procédure de consultation relative à la modification de la loi sur le blanchiment d'argent (LBA).

¹¹ Loi fédérale sur la mise en œuvre des recommandations du Groupe d'action financière, révisées en 2012 (Projet), FF 2014 685 ; Message concernant la mise en œuvre des recommandations du Groupe d'action financière (GAFI), révisées en 2012, du 13 décembre 2013, FF 2014 585.

¹² BOCN 2014 1159 ss ; BOCN 2014 1255 ss.

touche légères le 12 mars 2014.¹³ Nous nous contenterons donc d'une évocation brève des grands axes du projet du 13 décembre 2013, en attendant de savoir si la suite de la procédure parlementaire permettra d'en rétablir les éléments essentiels.

La modification législative la plus importante pour la place financière dans ce contexte a trait à la question du blanchiment en relation avec les infractions fiscales. Les recommandations révisées en 2012 prévoient, dans leur Glossaire général, une liste de catégories désignées d'infractions sous-jacentes au blanchiment, dans laquelle se trouvent «les infractions fiscales pénales (liées aux impôts directs et indirects)». Or, le droit suisse ne satisfait actuellement pas à cette exigence, puisque le blanchiment d'argent ne peut porter que sur le produit d'un crime au sens de l'art. 10 al. 2 CP¹⁴ et que les infractions fiscales suisses sont des contraventions ou des délits.¹⁵

L'avant-projet du 27 février 2013 proposait de doter les infractions fiscales de circonstances aggravantes passibles d'une peine privative de liberté jusqu'à cinq ans, ce qui en aurait fait des crimes, de sorte que l'art. 305^{bis} CP réprimant le blanchiment d'argent aurait pu s'appliquer sans autre modification. Le projet du 13 décembre 2013 emprunte, quant à lui, une autre voie, puisqu'en lieu et place de la création de nouveaux crimes il propose d'élargir la définition du blanchiment d'argent (art. 305^{bis} CP) au produit des *délits fiscaux qualifiés*. Est considéré comme un délit fiscal qualifié, au regard du projet (art. 305^{bis} ch. 1^{bis} P-CP¹⁶), l'usage de faux fiscal au sens de l'art. 186 LIFD¹⁷ ou la fraude fiscale au sens de l'art. 59 al. 1 (1^{er} état de fait) LHID,¹⁸ à condition que l'impôt soustrait par période fiscale se monte à plus de 200 000 francs. La définition proposée est donc étroite, du fait de l'exigence de l'usage d'un faux, inconnue de la plupart des droits étrangers, et de la définition d'un montant seuil; pourtant, les

¹³ BOCE 2014 156 ss.

¹⁴ Code pénal suisse du 21 décembre 1937; RS 311.0.

¹⁵ Cela à l'exception de la contrebande aggravée au sens de l'art. 14 al. 4 DPA (Loi fédérale sur le droit pénal administratif du 22 mars 1974; RS 313.0), qui a été érigée en crime pour satisfaire aux exigences découlant des précédentes recommandations du GAFI de 2003 par la loi fédérale du 3 octobre 2008 sur la mise en œuvre des recommandations révisées du Groupe d'action financière, en vigueur depuis le 1^{er} février 2009 (RO 2009 361).

¹⁶ L'indication «P-CP» se réfère à la version de l'article du code pénal proposée dans le projet précité du 13 décembre 2013.

¹⁷ Loi fédérale sur l'impôt fédéral direct du 14 décembre 1990, RS 642.11.

¹⁸ Loi fédérale sur l'harmonisation des impôts directs des cantons et des communes du 14 décembre 1990, RS 642.14.

Chambres fédérales se sont encore employées à en limiter la portée.¹⁹ En matière de fiscalité indirecte, le projet propose d'étendre le crime de contrebande aggravée réprimé à l'art. 14 al. 4 DPA aux escroqueries aggravées en matière de contributions, commises sans trafic transfrontière.

Les autres modifications proposées portent sur divers autres aspects de la législation suisse, soit :

- le remaniement du système des communications en cas de soupçon fondé de blanchiment (art. 9 LBA), par le découplage – recommandé par les experts du GAFI – entre la communication et le blocage des avoirs et l'instauration d'une obligation à la charge de l'intermédiaire financier d'observer son client afin de suspendre l'exécution des ordres qui pourraient servir au blanchiment d'argent ou au financement du terrorisme (art. 9a P-LBA²⁰), dont la durée maximale est portée à 30 jours ouvrables (art. 23 al. 5 P-LBA);²¹
- pour tenir compte des recommandations 10 et 24 du GAFI, l'instauration de l'obligation des intermédiaires financiers d'identifier les personnes physiques qui sont les ayants droit économiques de personnes morales exerçant une activité opérationnelle (art. 4 al. 1 et al. 2 lit. b P-LBA), étant précisé que sont considérées comme ayants droit économiques les personnes physiques qui, seules ou de concert avec des tiers, détiennent au moins 25% du capital ou des voix ou contrôlent la personne morale d'une autre manière, à défaut, l'organe de direction (art. 2a al. 3 P-LBA);
- plus spécifiquement, pour tenir compte de l'exigence de mesures visant à empêcher l'utilisation des actions au porteur pour blanchir de l'argent (recommandation 24 du GAFI), l'instauration, à la charge des sociétés anonymes dont les titres ne sont pas cotés en bourse, de l'obligation de tenir une liste des détenteurs de telles actions et des ayants droit économiques lorsque le seuil de 25% est atteint (art. 697j P-CO²² et art. 697l P-CO) et, pour les sociétés à responsabilité limitée, l'obligation de tenir une liste des ayants droit économiques des parts sociales (art. 790a P-CO);

¹⁹ Le montant seuil a été relevé à 300 000 francs par le Conseil des Etats (BOCE 2014 156, 171), alors que le Conseil national exige qu'il y ait eu un *remboursement* d'impôt de 200 000 francs (BOCN du 18 juin 2014). Le Conseil national a en outre ajouté l'exigence que le contribuable ait obtenu un remboursement d'impôt supérieur à 200 000 francs, ce qui achèverait de rendre la norme quasiment inapplicable.

²⁰ «P-LBA» se réfère à l'article de la loi sur le blanchiment proposé dans le projet précité du 13 décembre 2013.

²¹ C'est le délai dont disposerait le Bureau de communication pour se déterminer sur la suite donnée à la communication. Le délai applicable est actuellement de cinq jours ouvrables entre la communication et la notification d'une ordonnance de séquestre par le Ministère public, art. 10 al. 2 LBA.

²² «P-CO» se réfère à l'article du code des obligations proposé dans le projet précité du 13 décembre 2013.

- l'insertion d'une définition des personnes politiquement exposées (PPE) dans la LBA (art. 2a P-LBA), étendant cette notion aux PPE nationales ainsi qu'aux PPE d'organisations intergouvernementales, afin de soumettre les intermédiaires financiers à des obligations de diligence particulières fondées sur le risque accru que représentent ces clients ;
- la limitation des paiements en espèces, lors d'opérations de vente immobilières et mobilières, à 100 000 francs, avec l'obligation d'acquitter la partie du prix excédant ce montant par l'entremise d'un intermédiaire financier (art. 2 al. 1^{bis}, 2b et 2c P-LBA), afin de bénéficier ainsi des mesures de lutte contre le blanchiment incombant à ce dernier ;
- pour tenir compte des critiques très formalistes du GAFI,²³ l'instauration d'une base légale créant l'obligation des intermédiaires financiers de communiquer, voire bloquer, les avoirs de personnes frappées de sanctions internationales ciblées (art. 9 al. 2 lit. c P-LBA).

B. La mise en œuvre des standards internationaux en matière de corruption

La Suisse a ratifié les instruments internationaux en matière de corruption, conclus successivement sous l'égide de l'OCDE, du Conseil de l'Europe et de l'ONU,²⁴ et adapté son droit aux exigences qui en découlaient.²⁵ Toutefois, en 2011, dans le cadre du troisième cycle d'évaluation sur la base de la Convention pénale sur la corruption du Conseil de l'Europe, le GRECO a évalué le droit suisse et formulé des recommandations sur deux thèmes : les incriminations et le financement des partis politiques.²⁶

Sur la question des *incriminations*, le GRECO a émis cinq recommandations,²⁷ auxquelles l'administration fédérale a partiellement donné suite par un avant-projet de modification des dispositions pénales incriminant la corruption

²³ Message précité (n. 11 supra), FF 2014 585, p. 617 s.

²⁴ Convention de l'OCDE sur la lutte contre la corruption d'agents publics étrangers dans les transactions commerciales internationales, du 17 décembre 1997 (RS 0.311.21) ; Convention pénale sur la corruption du Conseil de l'Europe, du 27 janvier 1999 (STE 173 ; RS 0.311.55) et Protocole additionnel du 15 mai 2003 (STE 191 ; RS 0.311.551) ; Convention des Nations Unies contre la corruption, du 31 octobre 2003 (RS 0.311.56).

²⁵ L'approbation en 2009 de la Convention de l'ONU de 2003 n'a toutefois pas mené à des modifications du droit suisse.

²⁶ Cf. à ce sujet, NADJA CAPUS, URSULA CASSANI & SABINE GLESS, *Chronique de droit pénal suisse dans le domaine international (2011)*, *Schweizerische Praxis zum Strafrecht im internationalen Umfeld (2011)*, RSDIE/SZIER 2012, p. 505 ss, p. 513.

²⁷ Troisième Cycle d'Évaluation, Rapport d'Évaluation sur la Suisse, Incriminations (STE 173 et 191, PDC 2) (Thème I), adopté par le GRECO lors de sa 52^e Réunion Plénière (Strasbourg, 17–21 octobre 2011), § 94.

dans le code pénal et le code pénal militaire et un rapport explicatif y relatif du 15 mai 2013. Ainsi, il est proposé de modifier les art. 322^{quinquies} CP et 322^{sexies} CP réprimant l'octroi et l'acceptation d'un avantage, de manière à préciser que l'incrimination englobe les cas dans lesquels l'avantage est dû à un tiers. L'avant-projet suit également la recommandation consistant à supprimer la poursuite sur plainte en matière de corruption privée, tout en proposant de déplacer cette infraction de la LCD²⁸ dans le CP, ce qui aurait pour avantage de faire échapper la définition de l'infraction à l'exigence d'un rapport de concurrence économique, perçu par certains comme un obstacle, notamment dans la lutte contre la corruption dans le sport.²⁹ N'est, en revanche, pas suivie la recommandation du GRECO consistant à étendre la répression à l'octroi et à l'acceptation d'un avantage sans lien d'échange avec un acte officiel précis violant les devoirs de la charge ou dépendant d'un pouvoir d'appréciation, lorsque le corrompu est un agent public étranger.³⁰ Quant aux recommandations consistant à examiner l'opportunité de créer une infraction visant spécifiquement le trafic d'influence et celle de supprimer la condition de double incrimination pour les infractions commises à l'étranger, elles n'ont pas conduit la Suisse à modifier son droit. La procédure de consultation portant sur cet avant-projet s'est achevée le 5 septembre 2013.³¹ Le rapport de conformité du GRECO sur la Suisse, publié le 18 octobre 2013, prend acte de cette mise en œuvre partielle des recommandations.³²

En matière de *financement des partis politiques*, le droit suisse se caractérise par une opacité quasi-généralisée qui avait mené le GRECO à formuler une

²⁸ Loi fédérale contre la concurrence déloyale du 19 décembre 1986 (RS 241).

²⁹ Message du Conseil fédéral concernant l'approbation et la mise en œuvre de la Convention pénale du Conseil de l'Europe sur la corruption et du Protocole additionnel à ladite convention (Modification du code pénal et de la loi fédérale contre la concurrence déloyale), du 10 novembre 2004, FF 2004 6549, p. 6575. Nous sommes de l'avis que la compétition sportive de haut niveau se déploie dans un marché dominé par la concurrence économique et que la LCD est dès lors applicable (sur ces questions, cf. URSULA CASSANI, *La lutte contre la corruption : vouloir, c'est pouvoir ?*, in: URSULA CASSANI & ANNE HÉRITIER LACHAT (éd.), *Lutte contre la corruption internationale. The never ending story*, Genève (etc.) 2011, p. 33 ss, p. 56 s.

³⁰ Pour les agents publics suisses, ces comportements sont réprimés au regard des art. 322^{quinquies} et 322^{sexies} CP.

³¹ Postérieurement à l'année qui fait l'objet de la présente chronique, soit le 30 avril 2014, le Conseil fédéral a adopté le Message concernant la modification du code pénal (Dispositions pénales incriminant la corruption) et le projet de loi de modification du CP, FF 2014 3433.

³² Troisième Cycle d'Evaluation, Rapport de Conformité sur la Suisse, « Incriminations (STE 173 et 191, PDC 2) » – « Transparence du financement des partis politiques », adopté par le GRECO lors de sa 61^e Réunion Plénière (Strasbourg, 14–18 octobre 2013), § 6–29 et 42.

série de recommandations.³³ Dans son rapport de conformité précité, le GRECO «prend acte de la position des autorités suisses selon laquelle elles n'envisagent pas à l'heure actuelle de remédier à l'absence de législation et de réglementation constatée par le Rapport d'Evaluation et de mettre en œuvre ses recommandations, compte tenu du fait que «les particularités [du système politique] empêchent de rendre le financement des partis plus transparent en Suisse»».³⁴

Compte tenu du niveau actuel de conformité avec les recommandations, jugé «globalement insuffisant», la Suisse a été invitée à adresser au GRECO un rapport sur l'état d'avancement de la mise en œuvre des recommandations avant le 30 avril 2014.³⁵

C. L'approbation de deux instruments internationaux sur la répression d'actes illicites contre l'aviation civile

Adoptés à Pékin le 10 septembre 2010 sous l'égide de l'Organisation de l'aviation civile internationale, la Convention sur la répression des actes illicites dirigés contre l'aviation civile internationale et le Protocole additionnel à la Convention du 16 décembre 1970 pour la répression de la capture illicite d'aéronefs³⁶ ont pour but de renforcer la sécurité aérienne contre les actes illicites, en réaction aux attaques terroristes du 11 septembre 2001.³⁷

La Suisse a joué un rôle de premier plan dans l'élaboration de la Convention, en particulier dans la négociation de son art. 6, dont le § 2 *exclut* du champ d'application de la Convention les «activités des forces armées en période de conflit armé, au sens donné à ces termes en droit international humanitaire, qui sont régies par ce droit», ainsi que «les activités accomplies par les forces armées d'un Etat dans l'exercice de leurs fonctions officielles» *en dehors de périodes de conflit*, «dans la mesure où elles sont régies par d'autres règles de droit international». Bien que présente dans d'autres traités internationaux,

³³ Troisième Cycle d'Evaluation, Rapport d'Evaluation sur la Suisse, Transparence du Financement des Partis Politiques (Thème II), adopté par le GRECO lors de sa 52^e Réunion Plénière (Strasbourg, 17–21 octobre 2011), *in toto*.

³⁴ Rapport de Conformité cité n. 32, § 43.

³⁵ Rapport de Conformité cité n. 32, § 44. Le Rapport intérimaire de Conformité sur la Suisse, adopté par le GRECO lors de sa 64^e Réunion Plénière (Strasbourg, 16-20 juin 2014), reste sévère, surtout sur la question du financement des partis politiques, pour laquelle les recommandations sont jugées «non mises en œuvre» (§ 27).

³⁶ La Convention et le Protocole additionnel sont publiés dans la FF 2013 7671 et 7685.

³⁷ Message du Conseil fédéral concernant l'approbation de la convention sur la répression des actes illicites dirigés contre l'aviation civile internationale et du protocole additionnel à la convention pour la répression de la capture illicite d'aéronefs, du 9 octobre 2013, FF 2013 7653, p. 7655.

cette clause « a constitué », à en croire le Message du Conseil fédéral, « la principale pierre d'achoppement sur laquelle ont buté les parties pour parvenir à un consensus, la majorité des pays non alignés et des pays arabes plaidant pour sa suppression tandis qu'une quantité non négligeable de pays, dont au premier chef les Etats-Unis, souhaitent vivement l'exclusion des forces armées du champ d'application de la convention ». ³⁸ Les Parties ont fini par adopter une solution de compromis, consistant à ajouter une clause affirmant le principe – qui allait d'ailleurs de soi *a priori* – selon lequel « [I]es dispositions du par. 2 du présent article ne s'interprètent pas comme excusant ou rendant licites des actes par ailleurs illicites, ni comme excluant l'exercice de poursuites sous l'empire d'autres lois » (art. 6 § 3).

Le Conseil fédéral a adopté son Message proposant l'approbation de ces instruments internationaux, qui ne nécessitent aucune modification du droit suisse, ³⁹ le 9 octobre 2013. L'approbation a été votée à l'unanimité par les Chambres fédérales le 20 juin 2014. ⁴⁰

D. La Convention de Varsovie sur la lutte contre la traite des êtres humains

La Convention sur la lutte contre la traite des êtres humains du 16 mai 2005 (Convention de Varsovie) est entrée en vigueur pour la Suisse le 1^{er} avril 2013. ⁴¹ Elle a été suivie de l'élaboration de l'ordonnance sur les mesures de prévention des infractions liées à la traite des êtres humains, du 23 octobre 2013, ⁴² qui a pour but de régler la mise en œuvre des mesures de prévention exigées aux art. 5 et 6 de la Convention, ainsi que les tâches du Service de coordination contre la traite d'êtres humains et le trafic de migrants (SCOTT).

E. La Convention de Lanzarote sur la protection des enfants contre l'exploitation et les abus sexuels

L'arrêté fédéral portant approbation et mise en œuvre de la Convention du Conseil de l'Europe sur la protection des enfants contre l'exploitation et les abus

³⁸ FF 2013 7653, p. 7661.

³⁹ Cf. le Message précité n. 37, FF 2013 7653, p. 7658 ; l'arrêté fédéral est publié dans la FF 2013 7669. ⁴⁰ BOCE 2014 701 ; BOCN 2014 1301 ; FF 2014 5083 (délai référendaire au 9 octobre 2014).

⁴¹ STE 197 ; RS 0.311.543 ; cf. notre précédente chronique, URSULA CASSANI, SABINE GLESS, REGULA ECHLE, SÉVANE GARIBIAN & CHRISTIAN SAGER (n. 7 supra), RSDIE/SZIER 2013, p. 473.

⁴² RS 311.039.3 ; entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2014. Le rapport sur les résultats de la procédure d'audition relative à l'ordonnance du Conseil fédéral sur les mesures de prévention des infractions liées à la traite des êtres humains a été publié par le DFJP en juillet 2013.

sexuels (Convention de Lanzarote, STE 201)⁴³ a été adopté le 27 septembre 2013. Les Chambres fédérales ont adhéré à l'unanimité,⁴⁴ avec quelques retouches mineures, aux solutions proposées par le Conseil fédéral. Le délai référendaire ayant expiré le 16 janvier 2014 sans avoir été utilisé, la Convention et les modifications législatives sont entrées en vigueur le 1^{er} juillet 2014.⁴⁵ Pour une analyse critique des principales modifications, dépassant les exigences découlant de la Convention de Lanzarote, le lecteur est prié de se référer à nos précédentes chroniques.⁴⁶

F. La Convention Médicrime

Le 18 décembre 2013, le Conseil fédéral a ouvert la procédure de consultation portant sur la mise en œuvre de la Convention du Conseil de l'Europe sur la contrefaçon des produits médicaux et les infractions similaires menaçant la santé publique, du 28 octobre 2011 (Convention Médicrime; STE 211).⁴⁷ L'avant-projet d'arrêté fédéral portant approbation et mise en œuvre de la Convention Médicrime prévoit, entre autres, de doter l'art. 86 LPTh,⁴⁸ réprimant la mise en danger de la santé d'êtres humains, de nouvelles circonstances aggravantes formulées sur le modèle des circonstances aggravantes en matière de trafic de stupéfiants (art. 19 al. 2 LStup⁴⁹). La sanction prévue – soit la peine privative de liberté de dix ans au plus ou la peine pécuniaire (art. 86 al. 2 AP-LPTh) – est certes moins lourde qu'en matière de stupéfiants, mais il s'agit néanmoins d'une infraction très grave, ce qui se reflète aussi dans les propositions d'amendements du CPP⁵⁰, autorisant des mesures de surveillance de la correspondance par poste et télécommunication ou d'investigation secrète proposées dans l'avant-projet (art. 269 al. 2 lit. k et 286 al. 2 lit. i AP-CPP). Par ailleurs, l'avant-projet étend l'obligation d'annonce des fabricants et distributeurs de produits thérapeutiques à «tout soupçon de trafic illégal de produits thérapeutiques, commis par des tiers [...]» (art. 59 al. 3^{bis} AP-LPTh) et permet à l'Institut suisse des produits thérapeutiques et à l'Administration fédérale des douanes de collaborer avec le secteur privé en communiquant aux titulaires

⁴³ FF 2013 6621.

⁴⁴ BOCN 2013 1771 ; BOCE 2013 932.

⁴⁵ RO 2014 1159, p. 1160.

⁴⁶ URSULA CASSANI, SABINE GLESS, REGULA ECHLE, SÉVANE GARIBIAN & CHRISTIAN SAGER (n. 7 *supra*), RSDIE 2013, p. 474 et NADJA CAPUS, URSULA CASSANI & SABINE GLESS (n. 26 *supra*), RSDIE/SZIER 2012, p. 509–512.

⁴⁷ La procédure de consultation s'est achevée le 2 avril 2014.

⁴⁸ Loi du 15 décembre 2000 sur les produits thérapeutiques, RS 812.21.

⁴⁹ Loi sur les stupéfiants du 3 octobre 1951, RS 812.121.

⁵⁰ Code de procédure pénale du 5 octobre 2007, RS 312.0.

d'autorisations des données confidentielles si cette mesure permet de mettre au jour et de combattre un trafic illégal suspecté de produits thérapeutiques (art. 62b AP-LPTh).

G. Les instruments bilatéraux

Le Traité d'entraide judiciaire en matière pénale entre la Confédération suisse et la *République argentine*, conclu le 10 novembre 2009, est entré en vigueur le 16 février 2013.⁵¹ Le Traité entre la Suisse et le *Kosovo* sur le transfèrement des personnes condamnées, conclu le 14 mai 2012, a été approuvé par l'Assemblée fédérale le 13 décembre 2013, de sorte qu'il est entré en vigueur le 11 mai 2014.⁵²

II. Die Schweiz und Europäisches Strafrecht (von Sabine Gless)

A. Einleitung

Die gutnachbarschaftliche Beziehung zwischen der Schweiz und Europa und das Verhältnis zwischen der Eidgenossenschaft und der EU sind seit der Abstimmung über die «Masseneinwanderungsinitiative» vom 9. Februar 2014 in besonderer Weise gefordert. «Das bilaterale Gebäude wankt», titelte die NZZ am 1. März diesen Jahres zu Recht.⁵³ In der Praxis der grenzüberschreitenden Zusammenarbeit zur Strafverfolgung ist davon zwar noch nichts zu merken. Doch bereits in der letzten Übersicht⁵⁴ zur Schweiz und dem Europäischen Strafrecht wurde – mit Blick auf die ins Stocken geratenen bilateralen Beziehungen – angeregt, über neue Modelle einer zeitgemässen Zusammenarbeit, der Koexistenz europäischer und Schweizer Strafverfolgung nachzudenken. Diese Anregung hat sicherlich nichts von ihrer Aktualität verloren, selbst wenn die grenzüberschreitende Zusammenarbeit von Justiz und Polizei bisher nicht von Konsequenzen aus der Abstimmung über die Freizügigkeit betroffen ist. Die Anregung sollte aber noch um die Aufforderung ergänzt werden, dass beide Seiten nicht nur pragmatisch kooperieren, sondern die Gelegenheit zu gegenseitigem Austausch und Unterstützung bei der Bewältigung aktueller

⁵¹ RS 0.351.915.4.

⁵² RS 0.344.475.

⁵³ <<http://www.nzz.ch/aktuell/schweiz/das-bilaterale-gebaeude-wankt-1.18253760>> (besucht am 26.06.2014).

⁵⁴ URSULA CASSANI, SABINE GLESS & PETER POPP, *Chronique de droit pénal suisse dans le domaine international (2010)*, *Schweizerische Praxis zum Strafrecht im internationalen Umfeld (2010)*, SZIER/RSDIE 2011, S. 513 ff., insb. S. 526.

Fragen und der Entwicklung neuer Modelle über die gemeinsamen Grenzen hinweg nutzen. Denn beide Seiten haben bei der grenzüberschreitenden Strafverfolgung vor allem gemeinsame Interessen.

B. Vorschlag für eine Europäische Staatsanwaltschaft

Eine Gelegenheit für die EU, von Schweizer Erfahrungen zu lernen, könnte sich beispielsweise bei einer der wichtigsten aktuellen Initiativen der EU-Kommission im Bereich des gemeinsamen Raums der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts ergeben, nämlich bei der Errichtung einer gemeinsamen Europäischen Staatsanwaltschaft. Das von der EU-Kommission im Juli 2013 vorgeschlagene *European Public Prosecutor's Office* (EPPO)⁵⁵ soll eine Zentralfunktion bei der Verfolgung von Kriminalität zulasten der finanziellen Interessen der EU einnehmen. Die EU steht damit heute vor ähnlichen Fragestellungen, für die in der Schweiz bereits bei der Einführung der Bundesanwaltschaft im Jahr 1849 Antworten gefunden werden mussten: Wie kann eine gemeinsame Strafverfolgungsbehörde in ein föderales System mit unterschiedlichen Prozessordnungen, unterschiedlichen Sprachen und (wenngleich in der Schweiz nicht in demselben Ausmass wie in der EU) unterschiedlichen Kulturen gezogen werden? Bedarf es nicht zwangsläufig einer Harmonisierung von Strafrecht und Strafprozessordnung?⁵⁶

Mit dem Vorschlag für eine Verordnung über die Errichtung des EPPO konkretisiert die EU-Kommission ein seit langer Zeit anvisiertes Projekt, das im Vertrag von Lissabon⁵⁷ eine primärrechtliche Grundlage erhalten hatte: Nach Art. 86 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV) hat der EU-Rat das Recht, eine Europäische Staatsanwaltschaft einzurichten, die zentral mutmassliche Straftaten untersuchen kann, welche die finanziellen Interessen der Union schädigen. Dahinter steht das Ziel, die strafbaren Handlungen zulasten des EU-Haushalts effizienter und in möglichst gleicher Intensität in der gesamten EU zu verfolgen. Das ist aus vielerlei Gründen ein schwieriges Unterfangen: Zum Ersten sehen die Mitgliedstaaten – zu Recht – die Strafverfolgung als einen Bereich an, in dem sie nur ganz begrenzt Kompetenzen an die EU abgegeben haben, der aber zunehmend durch EU-Recht beein-

⁵⁵ EU Kommission, Vorschlag für eine Verordnung zur Errichtung einer Europäischen Staatsanwaltschaft vorgelegt (COM [2013] 534 final).

⁵⁶ Vgl. NICOLE BURGER-MITTNER, Die Stellung der schweizerischen Bundesanwaltschaft und ihrer Staatsanwälte: verfassungsrechtliche Grundlagen und gesetzliche Ausgestaltung, unter besonderer Berücksichtigung von Aufsichts- und Weisungsrechten, Diss. St.Gallen 2011, Zürich 2011, S. 14.

⁵⁷ NADJA CAPUS, URSULA CASSANI & SABINE GLESS (siehe Fn. 26), S. 505 ff., insb. S. 514.

flusst wird. Zum Zweiten soll die Behörde in einem Bereich agieren, in dem nicht nur nationales Recht, sondern auch nationale Wirtschaftspolitik wichtig sein kann, etwa für die Verfolgungspraxis bestimmter mutmasslicher Wirtschaftsdelikte. Vor diesem Hintergrund erschliesst sich, dass eine Europäische Staatsanwaltschaft auch dann eingerichtet werden können soll, wenn nicht alle, sondern nur neun der EU-Mitgliedstaaten das besondere Verfahren der verstärkten Zusammenarbeit beschreiten wollen.⁵⁸ Hier gilt es allerdings zu bedenken: Wenn nur ein Drittel der Mitgliedstaaten eine solche Staatsanwaltschaft mittragen würde, wäre die Akzeptanz bei missliebigen Entscheidungen in den Trägerstaaten wohl nur schwerlich herzustellen. Zudem könnten sich verschiedenste Fragen der Kompetenzausübung, -übertragung resp. -abgrenzung zwischen einem nur partiell zuständigen EPPO und den nationalen Staatsanwaltschaften stellen, die dem Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts, den die EU-Staaten anstreben, sicherlich nicht dienlich wären.

Mit ihrem Vorschlag zur Errichtung eines EPPO hat die Kommission ein Modell präsentiert, das aus ihrer Sicht geeignet ist, zentral die Verfolgung mutmasslicher Straftaten zulasten der finanziellen Interessen der Union zu koordinieren, ohne aber eine Superbehörde zu schaffen, die unkontrolliert in einen originären Bereich der Mitgliedstaaten eingreift. Das EPPO soll eine eigenständige Einrichtung der EU sein, die mit Rechtspersönlichkeit, aber mit dezentraler hierarchischer Struktur ausgestattet ist: Ein Europäischer Staatsanwalt an der Spitze leitet die Ermittlungen aller abgeordneten europäischen Staatsanwälte und beaufsichtigt deren Ermittlungen und Strafverfolgungsmassnahmen. Letztere tragen also gewissermassen einen «Doppelhut», weil sie zugleich nationale und europäische Strafverfolger sind. Insofern sie europäisch agieren, soll ihnen – in den nationalen Rechtsordnungen verankert – ein Katalog von Ermittlungsmassnahmen zur Verfügung stehen, die sie bei der Verfolgung von Straftaten zum Nachteil der finanziellen Interessen der EU sowie damit eng zusammenhängenden Straftaten nutzen können.

Die dezentrale Struktur des EPPO ist eine entscheidende politische und rechtliche Weichenstellung: Wenn der Europäische Staatsanwalt lediglich die Oberaufsicht führt, die Verfahren selbst aber durch abgeordnete Europäische Staatsanwälte und Gerichte der Mitgliedstaaten geführt werden, ist eine deutlich höhere Akzeptanz vor Ort zu erwarten. Dem europäischen Amt käme im Wesentlichen eine Leitungs- und Koordinierungsfunktion zu, um eben den EU-weit kohärenten Ansatz zu gewährleisten, um dessentwillen das EPPO geschaffen werden soll. Insofern folgt es fast einer Art Gegenmodell zu dem

⁵⁸ Art. 86 Abs. 1 AEUV, KOM (2013) 532–534 endg. vom 17. Juli 2013, (WU), abgedruckt in: EuZ 2013, S. 146 ff., 147.

Schweizer Konkordat vom 5. November 1992 über die Rechtshilfe und die interkantonale Zusammenarbeit in Strafsachen, das sowohl für die Bundesanwaltschaft als auch für die kantonalen Behörden ein pragmatisch ausgerichtetes Modell für die innerschweizerische Kooperation zur Verfügung stellte.⁵⁹ Denn nach Art. 3 des Konkordats konnten die Strafverfolgungsbehörden unter den dort festgelegten Bedingungen nicht nur im Heimatkanton, sondern auch in anderen Kantonen Verfahrenshandlungen nach eigenem Recht und mit eigenem Personal vornehmen.⁶⁰

In der weiteren Umsetzung des Vorschlages für ein EPPPO muss der EU-Gesetzgeber nun jene Probleme lösen, welche die Einrichtung einer föderalen Staatsanwaltschaft mit sich bringt. Hier kann er von Erfahrungen der Territorialstaaten profitieren, die selbst neben den lokalen Staatsanwaltschaften eine föderale Staatsanwaltschaft geschaffen haben. Für die EU ist dabei die Schweiz von besonderem Interesse.

Eine besondere Parallelität zur Situation in der Schweiz ergibt sich etwa aus der Mehrsprachigkeit in einem gemeinsamen Rechtsraum oder den unterschiedlichen kantonalen Regelungen bis zur Vereinheitlichung des Schweizer Strafprozesses sowie in der starken lokalen Verankerung der Strafverfolgungsbehörden.

Der Schweizer Bundesgesetzgeber strebte vor anderthalb Jahrhunderten eine Vereinheitlichung der Verfolgung aller gegen die Rechtsinteressen des Bundes gerichteten Taten an und etablierte deshalb – nachdem die Tore für eine Bundesgesetzgebung geöffnet worden waren⁶¹ – nicht nur eine Bundesanwaltschaft, sondern gab dieser auch ein eigenes Verfahrensrecht, den Bundesstrafprozess zur Ahndung der besonderen Straftaten unter der Bundesgerichtsbarkeit.⁶²

Insofern erscheint das Anliegen der EU-Kommission (zunächst) kleiner: Erzielt werden soll erhöhte Effizienz mit der Hoffnung auf Gleichmässigkeit der Strafverfolgung mutmasslicher Betrügereien zu Lasten des EU-Haushaltes und anderer Finanzdelikte. Gleichwohl wird in manchen EU-Mitgliedstaaten die Einrichtung einer solchen Behörde gefürchtet: Die Kompetenz des nationalen Gesetzgebers könne im Bereich des Strafrechts (weiter) ausgehöhlt werden. Darüber hinaus könne allenfalls die Praxis der Strafverfolgung in einem prekären

⁵⁹ AS 1993 2876, nicht mehr in Kraft.

⁶⁰ SABINE GLESS, «*Aus 29 mach 1*» – die jüngsten Bemühungen um die Vereinheitlichung des Strafverfahrensrechts in der Schweiz, Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft 113 (2001), S. 419 ff., Fn. 7 zu S. 419.

⁶¹ Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 12. Herbstmonat 1848 (insbesondere Art. 107), die am 12. Herbstmonat 1848 durch die Tagsatzung als angenommen erklärt wurde (BBl 1849 I 34 f.).

⁶² Vgl. NICOLE BURGER-MITTNER (siehe Fn. 56), S. 14.

Bereich zentral von Brüssel aus bestimmt werden, beispielsweise wenn – aus europäischer Sicht unerwünschte oder jedenfalls ineffizient erscheinende – administrative Vorgehensweisen etwa im Subventionsregime zur Unterstützung einer bestimmten Wirtschaftspolitik in einem Mitgliedstaat gefordert werden.

Die EU-Kommission will solchen Befürchtungen vor allem durch die bereits erläuterte dezentralisierte Übernahme der Aufgaben durch ein prinzipiell unabhängiges Amt begegnen, das nur eine eingeschränkte Rechenschaftspflicht gegenüber politischen Organen hat und vor allem durch die Gerichte der Mitgliedstaaten – wo die jeweiligen Strafverfahren geführt werden – auf die rechtmässige Amtsausübung kontrolliert werden kann.

Diese Eckpunkte in dem von der EU-Kommission vorgelegten Vorschlag werfen neue Fragen auf: Der Umstand, dass die Strafverfahren vor den Gerichten der Mitgliedstaaten geführt werden, bringt es mit sich, dass dort prinzipiell nationales Recht Anwendung findet. Parallel dazu muss sich eine Europäische Staatsanwaltschaft jedoch zur Gewährleistung gleicher Befugnisse und zum Schutz gleicher Verfahrensrechte jedenfalls in bestimmtem Umfang auf EU-weit geltende Vorschriften stützen können. Aus diesem Grund steht auch im Zusammenhang mit der Einführung einer gemeinsamen Europäischen Staatsanwaltschaft wieder die Forderung nach einer Harmonisierung des Strafprozessrechts in der EU zur Debatte – eine Aufgabe, welche die Schweiz ebenfalls bewältigen musste und deren weitreichende Folgen in der Praxis heute und auch zukünftig noch – zum Teil recht unerwartete – Fragen aufwerfen.

C. Harmonisierung des Strafprozessrechts? – Stärkung der Verfahrensrechte

Die Schweiz hat bekanntlich 2011 mit der eidgenössischen StPO nach einer langen Vorbereitungszeit⁶³ die Grundlage dafür geschaffen, dass nicht nur die Straftaten (im StGB⁶⁴ von 1937⁶⁵) einheitlich umschrieben werden, sondern auch nach denselben prozessualen Regeln verfolgt und beurteilt werden können. Zur Begründung verwies der Gesetzgeber einerseits auf die Gebote von Rechtsgleichheit und Rechtssicherheit und die Tatsache der faktischen Vereinheitlichung durch die Rechtsprechung des Bundesgerichts sowie des Europäischen Gerichtshofes für Menschenrechte, andererseits auf den Gewinn und die

⁶³ Zur Entstehungsgeschichte der StPO vgl. BENJAMIN F. BRÄGGER, Die neue schweizerische Strafprozessordnung (StPO), Unter besonderer Berücksichtigung der Bestimmungen zur Untersuchungs- und Sicherheitshaft, Bern 2010, S. 8.

⁶⁴ Schweizerisches Strafgesetzbuch vom 21. Dezember 1937, SR 311.0.

⁶⁵ GÜNTER STRATENWERTH, Schweizerisches Strafrecht, Allgemeiner Teil I: Die Straftat, 4. Aufl., Bern 2011, S. 23 ff., insb. N. 20.

Chancen eines einheitlichen Prozessrechts für die Effizienz der Ahndung von Straftaten, aber auch der akademischen Aufarbeitung des Prozessrechts.⁶⁶

Auch in der EU wird die Einführung eines europäischen Prozessrechts bereits seit zwei Jahrzehnten diskutiert.⁶⁷ Das 2009 als Vertrag von Lissabon in Kraft getretene Vertragswerk⁶⁸ öffnete in Art. 82 des Vertrages über die Arbeitsweise der EU (AEUV) den Weg für eine Rechtsangleichung im Strafverfahrensrecht, die aber direkt wieder durch einen sog. Notbremse-Mechanismus eingeschränkt wird. Dementsprechend kann hier kein EU-Recht per Mehrheitsentscheidung geschaffen werden, wenn ein EU-Mitgliedstaat grundlegende Aspekte seiner Strafrechtsordnung betroffen sieht (*siehe* Art. 82 Abs. 3 AEUV).

Spätestens seit dem Vorschlag zur Einrichtung einer Europäischen Staatsanwaltschaft steht die Forderung nach einer (partiellen) Harmonisierung des Strafprozessrechts wieder oben auf der rechtspolitischen Agenda. Praktisch durchsetzbar wäre dies mithilfe des EU-Rechtsinstruments der Richtlinie, die den Mitgliedstaaten – wie früher die Rahmenbeschlüsse – bestimmte Ziele vorschreibt, die die Staaten dann durch individuelle Umsetzung erreichen können.⁶⁹

Bemerkenswerterweise liegt das Gewicht der bereits im Rahmen von Art. 82 vorgelegten resp. verabschiedeten Richtlinien auf einer europaweiten Stärkung der Verfahrensrechte von Individuen, Beschuldigten und Opfern:

- Richtlinie 2010/64/EU vom 20.10.2010 über das Recht auf Dolmetschleistungen und Übersetzungen in Strafverfahren;⁷⁰
- Richtlinie 2012/13/EU vom 22.05.2012 über das Recht auf Belehrung und Unterrichtung in Strafverfahren (im Folgenden: Richtlinie 2012/13/EU);⁷¹
- Richtlinie 2013/48/EU vom 22.10.2013 über das Recht auf Zugang zu einem Rechtsbeistand in Strafverfahren und in Verfahren zur Vollstreckung des Europäischen Haftbefehls sowie über das Recht auf Benachrichtigung eines

⁶⁶ BBl 2006, S. 1085, 1086.

⁶⁷ Vgl. etwa zum sog. Corpus Juris-Projekt: MIREILLE DELMAS-MARTY (Hrsg.), *Corpus Juris der strafrechtlichen Regelungen zum Schutz der finanziellen Interessen der Europäischen Union*, Köln 1998; MIREILLE DELMAS-MARTY & JOHN A. E. VERVAELE (Hrsg.), *The Implementation of the Corpus Juris in the Member States*, Vol. 1–4, Antwerpen u.a. 2000 f.; vgl. auch THOMAS WEIGEND, *Der Entwurf einer Europäischen Verfassung und das Strafrecht*, Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft 2004, S. 275 ff., insb. S. 292 f.

⁶⁸ URSULA CASSANI, SABINE GLESS & PETER POPP (*siehe* Fn. 54), S. 521.

⁶⁹ *Siehe* 288 AEUV.

⁷⁰ Richtlinie 2010/64/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 20. Oktober 2010 über das Recht auf Dolmetschleistungen und Übersetzungen in Strafverfahren, ABl. L 280 vom 26.10.2010, S. 1.

⁷¹ Richtlinie 2012/13/EU vom 22. Mai 2012 über das Recht auf Belehrung und Unterrichtung in Strafverfahren, ABl. L 142 vom 01.06.2012, S. 1.

- Dritten bei Freiheitsentzug und das Recht auf Kommunikation mit Dritten und mit Konsularbehörden während des Freiheitsentzugs;⁷²
- Richtlinie 2012/29/EU vom 25.10.2012 über Mindeststandards für die Rechte, die Unterstützung und den Schutz von Opfern von Straftaten sowie zur Ersetzung des Rahmenbeschlusses 2001/220/JI;⁷³
 - Richtlinie 2014/41/EU vom 03.04.2014 über die Europäische Ermittlungsanordnung in Strafsachen.⁷⁴

Dass EU-Richtlinien eine weitgehende Vereinheitlichungswirkung haben können, wurde den EU-Mitgliedstaaten spätestens mit Annahme und Inkrafttreten der Richtlinie 2012/13/EU über das Recht auf Belehrung und Unterrichtung in Strafverfahren bewusst, die u.a. zu einer (bestimmten) Information und Belehrung des Beschuldigten verpflichtet,⁷⁵ und in vielen Staaten für eine Rechts- und Praxisänderung sorgen wird, auch wenn sie nur Minimalstandards festsetzt.⁷⁶

Damit wirkt der europäische Gesetzgeber der lange beklagten Verschiebung des prozeduralen Gleichgewichts zugunsten der Strafverfolgungsbehörden entgegen und stärkt die Position von Beschuldigten – jedenfalls auf dem Papier. In Deutschland etwa muss nun ausdrücklich auf die Möglichkeit der Pflichtverteidigung, i.e. amtlichen Verteidigung, hingewiesen werden. Das hilft einer beschuldigten Person am Ende aber natürlich nur, wenn dann auch eine effektive Strafverteidigung gewährt wird. Die Voraussetzungen und Bedingungen – nicht nur für die amtliche Verteidigung, sondern für die Strafverteidigung an sich – sind in der EU aber bekanntlich sehr unterschiedlich.⁷⁷ Dieses Problems hat sich der EU-Gesetzgeber aber nicht in Zusammenhang mit der EU-Richt-

⁷² Richtlinie 2013/48/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 22. Oktober 2013 über das Recht auf Zugang zu einem Rechtsbeistand in Strafverfahren und in Verfahren zur Vollstreckung des Europäischen Haftbefehls sowie über das Recht auf Benachrichtigung eines Dritten bei Freiheitsentzug und das Recht auf Kommunikation mit Dritten und mit Konsularbehörden während des Freiheitsentzugs, ABl. L 294 vom 06.11.2013, S. 1.

⁷³ Richtlinie 2012/29/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 25. Oktober 2012 über Mindeststandards für die Rechte, die Unterstützung und den Schutz von Opfern von Straftaten sowie zur Ersetzung des Rahmenbeschlusses 2001/220/JI, ABl. L 315 vom 14.11.2012, S. 57; vgl. dazu auch REGULA ECHLE, in: URSULA CASSANI, SABINE GLESS, REGULA ECHLE, SÉVANE GARIBIAN & CHRISTIAN SAGER (siehe Fn. 7), S. 481 ff.

⁷⁴ Richtlinie 2014/41/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 3. April 2014 über die Europäische Ermittlungsanordnung in Strafsachen, ABl. L 130 vom 01.05.2014, S. 1.

⁷⁵ Zur Auswirkung im deutschen Recht s. etwa die Neufassung von § 136 StPO sowie von § 187 Abs. 1 GVG.

⁷⁶ Siehe Erwägungsgrund 40 sowie Art. 10, Richtlinie 2012/13/EU.

⁷⁷ Vgl. JACQUELINE HODGSON, Safeguarding Suspects' Rights in Europe: A Comparative Perspective, *New Criminal Law Review*, Vol. 14, No. 4, Fall 2011; S. 611 ff., insb. S. 646.

linie angenommen: Es fehlen flankierende Massnahmen zur Sicherung von Qualität der Pflichtverteidigung durch entsprechende Qualifikation und Entlohnung der Pflichtverteidiger etc.⁷⁸ Dass die neue Belehrungspflicht ferner weitere praktische Schwierigkeiten in den einzelnen Rechtsordnungen schafft, ist kaum zu vermeiden. Bereits in der deutschen Rechtsprechung und Literatur ist umstritten, ob aus einer fehlenden Belehrung über das Recht auf Pflichtverteidigung, wie es in der Richtlinie 2012/13/EU niedergelegt ist, ein Verwertungsverbot für die erlangte Aussage gelten soll.⁷⁹ In Frankreich, Polen oder den Niederlanden beispielsweise wird diese Frage noch einmal ganz anders beurteilt.

Möglicherweise können die EU-Staaten auch hier von der Schweiz lernen, die nach Inkrafttreten der eidgenössischen StPO ebenfalls mit regional unterschiedlichen Problemen nach einer föderalen Rechtsvereinheitlichung umgehen musste, da sie – wie ein Europa auf engem Raum – Prozessordnungen mit Traditionen aus unterschiedlichen europäischen Verfahrenstypen vereinheitlichen musste. Dass dies nicht ohne Probleme geht, versteht sich von selbst, sowohl was ständige Kontroversen betrifft – etwa die Frage der Zuständigkeitsverteilung zwischen Polizei und Anklagebehörde⁸⁰ – als auch was die Ausgestaltung neuer Einrichtungen betrifft: So wurde etwa der neu eingeführte Anwalt der ersten Stunde in den Kantonen als Recht auf Verteidigung zum Teil recht unterschiedlich gehandhabt.⁸¹

D. Ausblick

Gegenseitiger Austausch ist nie eine Einbahnstrasse. Die Schweiz kann natürlich auch von den Erfahrungen der EU lernen. Einer der Bereiche, in denen in den kommenden Jahren eine gewaltige Entwicklung zu erwarten ist, die wohl für alle ein Umdenken erfordern wird, ist der Umgang mit persönlichen (Kommunikations-)Daten und maschineller Informationsgewinnung, sei es als Vorratsdatenspeicherung, als automatisierter Datenaustausch in Form von sog. *Data-mining* resp. *Data-profiling* oder in anderer Weise. In der EU hat sich in

⁷⁸ SABINE GLESS, *OHN(E)MACHT: Abschied von der Fiktion einer Waffengleichheit gegenüber europäischer Strafverfolgung?*, Strafverteidiger 2013, S. 317 ff.

⁷⁹ Siehe dazu etwa deutscher Bundesgerichtshof, NStZ 2006, S. 236, 237; SABINE GLESS, Der Europäische Gesetzgeber im Lichte des neu gefassten § 136 Abs. 1 Sat2 StPO, in: ROLAND HEFENDEHL & TATJANA HÖRNLE (Hrsg.) FS Schünemann (im Erscheinen).

⁸⁰ MARCEL BRUN, *Gefahr der Verpolizeilichung des Vorverfahrens*, recht 2014, S. 92 ff., insb. S. 95 und 98.

⁸¹ Vgl. NIKLAUS RUCKSTUHL, *Die Praxis der Verteidigung der ersten Stunde*, Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht 128 (2010), S. 132 ff., insb. S. 137; CORINNA HAURI, «Anwälte tragen Last der Rechtsstaatlichkeit», plädoyer 6/11 vom 3. Dezember 2011, S. 12 ff.

den letzten Jahrzehnten ein starkes Bewusstsein für das Bestimmungsrecht über eigene Daten sowie die Bedeutung einer automatischen Registrierung aller Kommunikations- und Internetnutzungsdaten entwickelt. Der EuGH hat hierzu in jüngerer Zeit zwei wichtige Urteile gefällt: das sog. Google-Urteil⁸² und das Urteil zur Vorratsdatenspeicherung.⁸³ Während das Google-Urteil als Entscheid über das Recht an persönlichen Daten und Datenschutz im Internet⁸⁴ eher nicht dem Strafrecht zuzuordnen ist, hat das Urteil zur Vorratsdatenspeicherung für die Strafrechtspolitik auch hierzulande Bedeutung, denn das Ringen um die *Richtlinie zur Vorratsdatenspeicherung*⁸⁵ steht paradigmatisch für den klassischen Konflikt zwischen Freiheit und Sicherheit. Hintergrund für diese Auseinandersetzung war die Verpflichtung der Telekommunikationsdiensteanbieter, Telekommunikationsbestands- und -verkehrsdaten für mindestens sechs Monate und maximal zwei Jahre ab dem Zeitpunkt der Kommunikation «auf Vorrat» zu speichern, damit – falls schwere Straftaten aufgeklärt werden müssten – die Daten zur Strafverfolgung genutzt werden könnten.⁸⁶ Der EuGH hat die Richtlinie für nichtig erklärt, denn aus seiner Sicht muss eine Speicherung von Kommunikationsdaten ohne Verdacht als besonders schwerwiegender Eingriff in die Grundrechte auf Achtung des Privatlebens und auf Schutz personenbezogener Daten auf das Notwendigste beschränkt, i.e. verhältnismässig, sein. Dem genüge die Richtlinie zur Vorratsdatenspeicherung nicht, weshalb diese nichtig sei.⁸⁷

Ob die Bestimmung, welche die Vorratsdatenspeicherung in der Schweiz regelt und Kommunikationsanbieter verpflichtet, die Vorratsdaten über mindestens sechs Monate zu speichern (Art. 15 Abs. 3 BÜPF)⁸⁸, den Standards der europäischen Richter genügen würde, ist zu bezweifeln. Denn es fehlt u.a. eine Begrenzung über die erlaubte Länge der Speicherung. Dass das Thema auch in der Schweiz ein heikles ist, zeigt die aktuelle Medienberichterstattung um die geplante Revision des BÜPF, wo die Vorratsdatenspeicherfrist auf zwölf Mo-

⁸² Urteil des EuGH vom 13.05.2014 in der Rs. C-131/12.

⁸³ Urteil des EuGH vom 08.04.2014 in der verbundenen Rs. C 293/12 und C 594/12.

⁸⁴ Der EuGH räumte den Bürgern ein eigentliches «Recht auf Vergessenwerden» betreffend die Suchresultate von Internetsuchmaschinen ein und stärkte damit den Schutz der persönlichen Daten im Internet. Neu können betroffene Bürger bei den Suchmaschinenbetreibern die Löschung von Verlinkungen auf für sie unvorteilhafte Informationen verlangen.

⁸⁵ Richtlinie 2006/24/EG vom 15.03.2006 über die Vorratsspeicherung von Daten, die bei der Bereitstellung öffentlich zugänglicher elektronischer Kommunikationsdienste erzeugt oder verarbeitet werden (und zur Änderung der Richtlinie 2002/58/EG), ABl. L 105 vom 13.04.2006, S. 54.

⁸⁶ Art. 6 Richtlinie 2006/24/EG.

⁸⁷ EuGH-Urteil vom 08.04.2014 in der verbundenen Rs. C 293/12 und C 594/12, «Digital Rights Ireland und Seitlinger u.a.».

⁸⁸ Bundesgesetz vom 6. Oktober 2000 betreffend die Überwachung des Post- und Fernmeldeverkehrs (BÜPF, SR 780.1).

nate verlängert werden soll.⁸⁹ Nach Art. 273 Abs. 3 StPO kann die Staatsanwaltschaft von privaten Kommunikationsanbietern Verkehrsdaten über einen Zeitraum von rückwirkend sechs (und zukünftig ebenfalls zwölf) Monaten herausverlangen.⁹⁰ Da diese Kommunikationsanbieter die Daten aber durchaus auch länger speichern dürfen, stellte sich bereits vor dem Bundesgericht die Frage, ob Daten, die älter als sechs Monate waren, ebenfalls verwertet werden dürfen.⁹¹

Die Brisanz des Streits liegt heute nicht mehr darin, wer eigentlich die Kosten für solche Vorratsspeicherungen tragen muss, sondern in der Frage, wer die Bestimmungsmacht über die verschiedenen Formen automatisierter Datengewinnung und automatisierten Datenaustauschs hat, die durch neue technische Möglichkeiten und durch den Ausbau von Kooperationen stetig an Bedeutung gewinnen.

Wenn man heute über Vorratsdatenspeicherung diskutiert, dürfen ferner damit verbundene Möglichkeiten weiterer Gewinnung von Informationen nicht ausser Acht gelassen werden, etwa das sog. *Data-mining*. Diese Form der Informationsgewinnung registriert automatisch das Verhalten von Internetnutzern und wertet es maschinell aus, um Muster – etwa die Vorliebe für bestimmte Internetseiten – zu erkennen. *Data-mining* wird seit mehr als zwei Jahrzehnten durch IT-Firmen und seit einigen Jahren durch Nachrichtendienste, Geheimdienste, aber auch Strafverfolgungsbehörden angewendet. Landesgrenzen spielen dabei grundsätzlich keine Rolle. Gesetzliche Regelungen gibt es kaum. Vielmehr ist weitgehend unklar und gesetzlich wenig reguliert, wie gross die registrierten Datenvolumen sind und welche Lebensbereiche der Bürgerinnen und Bürger genau dokumentiert werden. Vor diesem Hintergrund drängen sich weltweit neue Fragen dazu auf, inwieweit elektronische Alltagshelfer, Informationsdatenbanken und Behörden in einer Weise miteinander vernetzt werden, dass der Einzelne praktisch gläsern wird. Aus strafrechtlicher Sicht stellt sich die Frage, inwieweit Strafverfolgungsbehörden auf von Privaten erhobenen Daten bereits Zugriff haben oder Zugriff haben sollten, bzw. wo die Grenzen solcher Ausforschungen liegen.

Ob die EU und die Schweiz in der Zukunft hier vergleichbare Entwicklungen durchlaufen werden, ist heute noch nicht absehbar. Beide Seiten dürfen

⁸⁹ Vgl. Botschaft des Bundesrates zum Bundesgesetz betreffend die Überwachung des Post- und Fernmeldeverkehrs (BÜPF) vom 27.02.2013, BBl 2013, 2683 ff., 2697 f.; vgl. auch <http://www.nzz.ch/aktuell/schweiz/trotz-umstrittenen-massnahmen-nur-wenig-kritik-1.18252789> (besucht am 26.06.2014).

⁹⁰ Schweizerische Strafprozessordnung vom 5. Oktober 2007 (StPO, SR 312.0).

⁹¹ BGE 139 IV 98; vgl. dazu auch den späteren Entscheid des Bundesgerichts vom 08.05.2013, IB_128/2013, insb. E. 2.3, wo das Gericht forderte, die Sechsmonate-Regel müsse strikt eingehalten werden.

aber nicht ausser Acht lassen, dass nicht nur gemeinsame Rechtstraditionen sie verbinden, sondern dass sie über elektronische und nicht elektronische Netzwerke eng miteinander verknüpft sind und die Schweiz geopolitisch unverrückbar mitten in Europa liegt.

III. Internationale Rechtshilfe in Strafsachen: Aus der Praxis der Gerichte der Schweizerischen Eidgenossenschaft (von Christian Sager)

Ziel der folgenden Übersicht ist es, Praktikern den Zugang zur aktuellsten Rechtsprechung der Eidgenössischen Gerichte im Bereich der Rechtshilfe in Strafsachen zu erleichtern. Diese Rechtsprechung hat in jüngerer Vergangenheit an Ausmass und Komplexität zugenommen, was mitunter vor dem Hintergrund zu sehen ist, dass sich inzwischen mit dem Bundesstrafgericht und dem Bundesgericht zwei eidgenössische Instanzen damit befassen. Es wurde vorliegend eine praxisorientierte Auswahl an Urteilen aus beiden Gerichten getroffen, wobei der Schwerpunkt auf der Praxis des Bundesstrafgerichts liegt. Die Entscheide werden grundsätzlich nicht kommentiert.

A. Auslieferung

1. Auslieferung an Italien: Weiterhin ohne Garantien möglich

Aus Art. 3 EMRK⁹² folgt, dass niemand an ein Land ausgeliefert werden darf, in welchem ihm Folter oder eine unmenschliche oder erniedrigende Behandlung oder Strafe droht (Gebot des *non-refoulement*).⁹³ Dieses Gebot kann unter anderem dadurch verletzt werden, dass der Verfolgte im ersuchenden Staat unter Bedingungen in Haft gehalten zu werden droht, welche seine physische Integrität gefährden. Vor diesem Hintergrund verbietet Art. 37 Abs. 3 IRSG⁹⁴ die Auslieferung, wenn der ersuchende Staat keine Gewähr bietet, dass der Verfolgte nicht einer Behandlung unterworfen wird, die seine körperliche Integrität beeinträchtigt. Bestehen diesbezüglich Unsicherheiten, verlangt die Schweiz vom ersuchenden Staat vor der Auslieferung entsprechende Garantien. Dabei hat sich im Verlauf der Zeit ein Kategoriensystem von Staaten entwi-

⁹² Konvention vom 4. November 1950 zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten, SR 0.101.

⁹³ Vgl. u.a. Entscheid des Bundesstrafgerichts RR.2014.30 + RP.2014.4 vom 21. März 2014, E.2.1.

⁹⁴ Bundesgesetz vom 20. März 1981 über internationale Rechtshilfe in Strafsachen, SR 351.1.

ckelt: An eine erste Kategorie von bewährten Rechtsstaaten liefert die Schweiz bedenkenlos aus. Bei der mittleren Kategorie verlangt sie Garantien – und an eine letzte Kategorie von Staaten liefert sie grundsätzlich niemanden aus.⁹⁵

Das Bundesstrafgericht stellte fest, Italien könne nicht mehr der ersten Kategorie von Staaten zugerechnet werden – für Auslieferungen von der Schweiz nach Italien seien Garantien einzuholen.⁹⁶ Dabei hat es sich auf das Urteil des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (EGMR) i.S. Torregiani und andere gegen Italien gestützt, worin eine Verletzung des Art. 3 EMRK seitens Italiens durch drastische Überbelegung von Gefängniszellen festgestellt worden war.⁹⁷ Der EGMR war in diesem Urteil zum Schluss gekommen, die unmenschliche Behandlung in italienischen Gefängnissen sei einem «*problème systémique résultant d'un dysfonctionnement chronique propre au système pénitentiaire italien, qui a touché et est susceptible de toucher encore à l'avenir de nombreuses personnes*»⁹⁸ zuzuschreiben. Verstärkt wurde dieses Argument durch einen Bericht des Europäischen Komitees zur Verhütung der Folter und unmenschlicher oder erniedrigender Behandlung oder Strafe (CPT), der ebenfalls gravierende und systemische Mängel im italienischen Strafvollzug festhielt.⁹⁹

Das Bundesgericht hingegen hat festgestellt, dass Italien nach wie vor als bewährter Rechtsstaat zu qualifizieren sei. Zwar stimme die Aussage, der EGMR habe eine strukturelle und systemische Verletzung des Art. 3 EMRK im italienischen Strafvollzug festgestellt. Nach dem Urteil des EGMR i.S. Torregiani und andere gegen Italien habe der Staat jedoch unverzüglich Massnahmen ergriffen, um diese Verletzung zu beenden. Ohne neuerliches Urteil des EGMR könne vor diesem Hintergrund nicht automatisch davon ausgegangen werden, dass die Verletzung weiterhin bestünde. Insgesamt reichten somit die festgestellten Missstände nicht aus, um Italien die Qualität eines bewährten Rechtsstaates abzusprechen.¹⁰⁰ Auslieferungen nach Italien sind weiterhin ohne Garantien möglich.

⁹⁵ Vgl. den Beitrag dieses Autors in der letztjährigen Chronique, URSULA CASSANI, SABINE GLESS, REGULA ECHLE, SÉVANE GARIBIAN & CHRISTIAN SAGER (siehe Fn. 7), S. 491f., bestätigt in Entscheid des Bundesstrafgerichts RR.2014.30 + RP.2014.4 vom 21. März 2014, E.2.2.

⁹⁶ Entscheid des Bundesstrafgerichts RR.2014.30 + RP.2014.4 vom 21. März 2014, E.2.4.

⁹⁷ Urteil des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte i.S. Torregiani und andere gegen Italien, vom 8. Januar 2013 (Nr. 43517/09, 46882/09, 55400/09, 57875/09, 61535/09, 35315/10 und 37818/10), §70ff.

⁹⁸ *Supra*, § 88.

⁹⁹ Report to the *Italian Government on the visit to Italy carried out by the European Committee for the Prevention of Torture and Inhuman or Degrading Treatment or Punishment (CPT) from 13 to 25 May 2012*, CPT/Inf (2013) 32 vom 19. November 2013.

¹⁰⁰ Entscheid des Bundesgerichts 1C.176/2014 vom 12. Mai 2014, E.4.4.

2. Absolutes und relatives politisches Delikt

Über ausländische Auslieferungsersuchen entscheidet gemäss Art. 55 Abs. 1 IRSG das Bundesamt für Justiz (BJ). Macht der Verfolgte geltend, er werde eines politischen Delikts bezichtigt, oder ergeben sich bei der Instruktion ernsthafte Gründe für den politischen Charakter der Tat, so bestimmt Art. 55 Abs. 2 IRSG, die Beschwerdekammer des Bundesstrafgerichts entscheide darüber auf Antrag des BJ und nach Einholung einer Stellungnahme des Verfolgten. In Absenz einer Legaldefinition des «politischen Charakters» sowohl im Europäischen Auslieferungsübereinkommen (EAUe)¹⁰¹ als auch im IRSG hat das Bundesgericht den Begriff näher bestimmt. Es unterscheidet dabei zwischen «absolut» politischen und «relativ» politischen Delikten. Dabei stehen absolut politische Delikte in unmittelbarem Zusammenhang mit politischen Vorgängen. Die Kategorie umfasst Straftaten, welche sich ausschliesslich gegen die soziale und politische Staatsorganisation richten, wie etwa Angriffe gegen die verfassungsmässige Ordnung, Landes- oder Hochverrat. Demgegenüber liegt ein relativ politisches Delikt vor, wenn einer gemeinrechtlichen Straftat im konkreten Fall ein vorwiegend politischer Charakter zukommt. Dieser wiederum ergibt sich aus der politischen Natur der Umstände, der Beweggründe und Ziele, die den Täter zum Handeln bestimmten und die in den Augen des Rechtshilferichters vorherrschend erscheinen. Das Delikt muss dabei stets im Rahmen eines Kampfes um die Macht im Staat begangen worden sein und in engem Zusammenhang mit diesem Kampf stehen.¹⁰² Gemäss Art. 3 Ziff. 2 EAUe (sowie Art. 2 lit. b und c IRSG) wird die Auslieferung dann nicht bewilligt, wenn die Schweiz aus ernsthaften Gründen annimmt, ein Auslieferungsersuchen wegen einer nach gemeinem Recht strafbaren Tat sei gestellt worden, um eine Person aus rassischen, religiösen, nationalen oder auf politischen Anschauungen beruhenden Erwägungen zu verfolgen oder zu bestrafen. Gleiches gilt, wenn sie annimmt, der Verfolgte sei bloss der Gefahr einer Erschwerung der Lage aus einem dieser Gründe ausgesetzt.

Um den Schutz dieser Bestimmungen beanspruchen zu können, genügt die Behauptung allerdings nicht, aufgrund einer besonderen politischen Lage bedroht zu sein. Es muss vielmehr in glaubhafter Weise dargelegt werden, inwiefern ernsthafte und objektive Risiken einer verbotenen Diskriminierung bestehen sowie konkret aufgezeigt werden, dass die strafrechtliche Verfolgung nur vorgeschoben und in Wirklichkeit politisch motiviert ist.¹⁰³ Im konkreten Fall

¹⁰¹ Europäisches Auslieferungsübereinkommen vom 13. Dezember 1957, SR 0.353.1.

¹⁰² Entscheidung des Bundesstrafgerichts RR.2013.112 vom 12. September 2013, E.4.1 unter Verweis auf BGE 130 II 337 E.3.2 m.w.H.

¹⁰³ *Supra*, E.4.1 unter Verweis auf BGE 132 II 469 E.2.4, S. 472f. sowie BGE 129 II 268 E.6.3, S. 272.

ist dieser Nachweis dem Verfolgten im Rahmen eines Auslieferungsverfahrens zwischen der Schweiz und der Ukraine nicht gelungen.¹⁰⁴ Der zugrunde liegende Sachverhalt hatte sich allerdings im Jahr 2008 und damit vor der aktuellen Krise in der Ukraine ereignet.

3. Romaverfolgung und relatives politisches Delikt

Diese Rechtsprechung hat das Bundesstrafgericht in einem Auslieferungsverfahren weiter konkretisiert, in welchem sich der Verfolgte darauf berief, er sei Angehöriger der Volksgruppe der Roma. Diese würden in seinem Herkunftsstaat¹⁰⁵ systematisch verfolgt. Das gegen ihn erhobene Strafverfahren wegen eines gemeinrechtlichen Delikts sei nur vorgeschoben.¹⁰⁶ Das Bundesstrafgericht ist bei seiner Prüfung nicht auf die globale Situation der Roma im betreffenden Staat eingegangen, sondern hat sich mit den Verhältnissen im konkreten Strafverfahren befasst. Es hat dabei festgestellt, der Verfolgte habe nicht dargetan, inwiefern die Strafverfolgung gegen ihn mit der Tatsache verknüpft sei, dass er den Roma angehöre. Dabei hat das Gericht ausschliesslich in serbischer Sprache eingereichte, unübersetzt gebliebene Akten unbeachtet gelassen und sich bloss auf die ebenfalls ins Recht geführten Berichte von Amnesty International und des UNO-Menschenrechtsrats gestützt. Es ist aufgrund dieser Beweislage zum Schluss gekommen, es bestehe «aucun élément qui permettrait de comprendre en quoi l'action de la Serbie contre X serait motivée du seul fait de son appartenance ethnique».¹⁰⁷

4. Relevanz der Erwägungen aus dem Asylverfahren bei Einrede des politischen Delikts

Die Parallelität von Auslieferungs- und Asylverfahren ist keine Seltenheit. Aus naheliegenden Gründen erheben in Auslieferungsverfahren involvierte Personen, die in der Schweiz einen Asylantrag gestellt haben, oft auch im Auslieferungsverfahren die Einrede des politischen Delikts. Die angegebenen Gründe decken sich in der Regel mit den Fluchtgründen im Asylverfahren. Das Bundesstrafgericht hat festgehalten, der Auslieferungsrichter verfüge zwar über umfassende Kognition. Um Widersprüche zu verhindern habe er sich jedoch in

¹⁰⁴ *Supra*, E.4.3 und 4.4. Der Verfolgte hatte behauptet, er werde von den ukrainischen Strafverfolgungsbehörden nur verfolgt (wegen Nötigung bzw. Raub), weil er Mitglied einer politischen Organisation und Wahlbeobachter sei.

¹⁰⁵ *In casu* Serbien.

¹⁰⁶ Entscheidung des Bundesstrafgerichts RR.2013.260 vom 18. Februar 2014, E.2.1.

¹⁰⁷ *Supra*, E.2.3.

Fällen, in denen schon ein rechtskräftiger (negativer) Asylentscheid ergangen sei, grundsätzlich an die Sachverhaltsfeststellung und die Erwägungen der Asylbehörden zu halten.¹⁰⁸

5. Beidseitige Strafbarkeit – «*complot/conspiracy*» im kanadischen Strafrecht

In Art. 35 Abs. 1 lit. a IRSG findet sich die Auslieferungsvoraussetzung der beidseitigen Strafbarkeit: Grundsätzlich ist eine Auslieferung nur zulässig, wenn eine Tat nach dem Recht sowohl der Schweiz als auch des ersuchenden Staates mit einer freiheitsbeschränkenden Sanktion im Höchstmass von mindestens einem Jahr oder einer schwereren Strafe bedroht ist. Dieser Grundsatz wurde in mehrere bilaterale Auslieferungsverträge inkorporiert, er findet sich u.a. auch in Art. 2 Abs. 1 des Auslieferungsvertrages zwischen der Schweiz und Kanada.¹⁰⁹ Dieser Vertrag bestimmt in Art. 2 Abs. 5 weiter, eine strafbare Handlung gelte als auslieferungsfähig, ungeachtet, ob das Recht der Vertragsstaaten die Straftat in dieselbe Kategorie einordne oder mit anderen Begriffen bezeichne (lit. a). Überdies wird bei der Beurteilung, ob die Handlung im ersuchten Staat eine auslieferungsfähige Handlung darstellt, die Gesamtheit der der auszuliefernden Person zur Last gelegten strafbaren Handlungen berücksichtigt (lit. b). Vor diesem Hintergrund übertrug das Bundesstrafgericht die Rechtsprechung des Bundesgerichts zu Art. 35 IRSG auch auf den Auslieferungsvertrag mit Kanada: Es sei unerheblich, ob eine strafbare Handlung in beiden Staaten juristisch gleich qualifiziert werde; ebenfalls unerheblich sei die Frage nach den Bedingungen der Strafbarkeit oder jene nach gleicher Strafdrohung. Entscheidend sei einzig, dass die Handlung in beiden Staaten mit einer freiheitsbeschränkenden Sanktion von mindestens einem Jahr bedroht sei. Überdies sei das Vorliegen der beidseitigen Strafbarkeit für jede Straftat einzeln zu prüfen.¹¹⁰

In einem Auslieferungsverfahren mit Kanada hatte das Bundesstrafgericht zu prüfen, ob der kanadische Tatbestand des «*complot*»¹¹¹ gemäss Art. 465 des kanadischen Strafgesetzbuches dem Erfordernis der beidseitigen Strafbarkeit zu genügen vermöge. Unter Bezugnahme auf die Rechtsprechung des Bundesgerichts zum US-amerikanischen Tatbestand der «*conspiracy*» kam das Bun-

¹⁰⁸ Entscheid des Bundesstrafgerichts RR.2013.101 + RR.2013.141 + RP.2013.27 vom 21. November 2013, E.8.2.

¹⁰⁹ Auslieferungsvertrag zwischen der Schweiz und Kanada vom 7. Oktober 1993, SR 0.353.923.2.

¹¹⁰ Entscheid des Bundesstrafgerichts RR.2013.177 vom 30. August 2013, E.4.1.

¹¹¹ In der englischen Fassung des kanadischen Strafgesetzbuches ist Art. 465 mit der Marginalie «*conspiracy*» überschrieben.

des Strafgericht zum Schluss, der «*complot*» erfülle für sich alleine genommen das Erfordernis der beidseitigen Strafbarkeit nicht. Allerdings hatte die ersuchende Behörde *in casu* den «*complot*» nicht unabhängig, sondern in Verbindung mit anderen Straftatbeständen untersucht, bezüglich welchen die beidseitige Strafbarkeit unbestritten war. Vor diesem Hintergrund kam das Bundesstrafgericht zum Schluss, im schweizerischen Strafrecht seien nicht selbstständig strafbare Vorbereitungshandlungen zu einer Straftat von der Strafe für die Straftat selbst mit eingeschlossen. Somit ist dem Erfordernis der beidseitigen Strafbarkeit genüge getan: was im kanadischen Strafrecht einen «*complot*» zur Begehung einer bestimmten Straftat darstellt, ist in der Schweiz von der Strafe für die Begehung dieser Straftat mit umfasst.¹¹²

6. Eröffnung des Auslieferungshaftbefehls

Der Auslieferungshaftbefehl ist gemäss Art. 48 Abs. 2 IRSG sowie Art. 34 Abs. 1 VwVG¹¹³ i.V.m. Art. 12 Abs. 1 IRSG schriftlich zu eröffnen, wobei die schriftliche Eröffnung den Lauf der zehntägigen Beschwerdefrist auslöst. Massgeblich für die Berechnung der Frist ist der Tag der Eröffnung oder Mitteilung respektive der Zustellung des Aktes, wobei die Frist an dem auf die Mitteilung folgenden Tag zu laufen beginnt (Art. 20 Abs. 1 VwVG i.V.m. Art. 12 Abs. 1 IRSG). Die Mitteilung muss in der vom Gesetz vorgesehenen Form eröffnet werden, um wirksam zu sein. Als empfangs-, nicht aber annahmepflichtige Rechtshandlung muss die schriftliche Mitteilung in den Zugriffsbereich des Betroffenen oder seines Vertreters gelangt sein (Art. 11 Abs. 3 VwVG i.V.m. Art. 12 Abs. 1 IRSG). Dabei ist unerheblich, ob der Empfänger von der Mitteilung tatsächlich Kenntnis nimmt. Die Beweislast für die ordnungsgemässe Eröffnung der Mitteilung und für deren Zeitpunkt obliegt der eröffnenden Behörde. Die Schriftlichkeit ist ein Gültigkeitserfordernis. Sie gibt Klarheit über den Inhalt der Verfügung und dient der Rechtssicherheit. Fehlt dieses Erfordernis, ist die Verfügung in der Regel nichtig. Allerdings ist umstritten, ob die Schriftlichkeit nach Art. 34 Abs. 1 VwVG zwingend nach einer Unterzeichnung seitens der verfügenden Behörde verlangt und bejahendenfalls, welche Rechtsfolgen an einen diesbezüglichen Mangel geknüpft sind. Das VwVG verlangt die namentliche Nennung der am Entscheid mitwirkenden Behördenmitglieder nicht und auch das IRSG kennt keine entsprechende Norm.¹¹⁴

¹¹² Entscheid des Bundesstrafgerichts RR.2013.177 vom 30. August 2013, E.4.2 und 4.3.

¹¹³ Bundesgesetz vom 20. Dezember 1968 über das Verwaltungsverfahren, SR 172.021.

¹¹⁴ Vgl. zum Überblick über die formellen Erfordernisse der Eröffnung des Auslieferungshaftbefehls Entscheid des Bundesstrafgerichts RH.2013.1 vom 23. April 2013, E.4.1.

In einem Auslieferungsverfahren hat das BJ einen formgültigen Auslieferungshaftbefehl ausgestellt und eine kantonale Staatsanwaltschaft mit dessen Vollzug beauftragt, wobei es darum ersuchte, dem Verfolgten das Original zu eröffnen, unter Rücksendung der Empfangsbestätigung an das BJ. Aus ungeklärten Gründen wurde dem Betroffenen jedoch nur eine Faxe kopie des Auslieferungshaftbefehls – und diese ausserdem unvollständig, ohne die letzte Seite mit Rechtsmittelbelehrung und Unterschrift – übergeben. Vom Inhalt der Verfügung, ausgenommen die Rechtsmittelbelehrung, erhielt der Betroffene allerdings Kenntnis.¹¹⁵

Das Bundesstrafgericht hielt fest, gemäss Art. 38 VwVG i.V.m. Art. 12 Abs. 1 IRSG dürfe den Parteien aus mangelhafter Eröffnung kein Nachteil erwachsen. Besonders schwere Form- und Eröffnungsfehler, die offensichtlich oder zumindest leicht erkennbar sind, führen zur Nichtigkeit einer Verfügung. Weniger schwerwiegende Form- und Eröffnungsfehler machen diese bloss anfechtbar. Eine fehlende Eröffnung wäre dabei ein schwerwiegender Eröffnungsfehler und würde zur Nichtigkeit führen. Bei Fehlen einer Rechtsmittelbelehrung handelt es sich um einen weniger schwerwiegenden Mangel, der die fragliche Anordnung bloss anfechtbar macht. Das Bundesstrafgericht hielt fest, es gehöre zum Allgemeinwissen, dass behördliche Entscheide angefochten werden könnten. Es sei dem Adressaten also zuzumuten, innert der üblichen Frist ein Rechtsmittel einzulegen oder sich nach den infrage kommenden Rechtsmitteln zu erkundigen.¹¹⁶

Nicht zum Allgemeinwissen gehören jedoch gemäss Bundesstrafgericht genaue Beschwerdefrist und -form. *In casu* trat es auf eine nach Ablauf der zehntägigen Frist – aber innerhalb von 30 Tagen – und bloss per Fax eingereichte Beschwerde ein. Dem nicht anwaltlich vertretenen Betroffenen sei es nicht zuzumuten gewesen, sich in Ermangelung einer Rechtsmittelbelehrung selbst nach der einschlägigen Frist und Form zu erkundigen.¹¹⁷

7. Auslieferung bei konkurrierender Gerichtsbarkeit

Gemäss Art. 7 Abs. 1 EAUe kann die Schweiz die Auslieferung des Verfolgten wegen einer strafbaren Handlung ablehnen, die nach ihren Rechtsvorschriften ganz oder teilweise auf ihrem Hoheitsgebiet begangen worden ist. Dabei handelt es sich um eine Kann-Vorschrift, die es der Schweiz erlaubt, von der Auslieferung abzusehen – sie aber nicht dazu verpflichtet. Vor diesem Hintergrund

¹¹⁵ *Supra*, E.4.2 und 4.3.

¹¹⁶ *Supra*, E.4.3.1.

¹¹⁷ *Supra*, E.4.3.2.

steht Art. 7 Abs. 1 EAUE nicht im Widerspruch zu Art. 36 Abs. 1 IRSG, der besagt, der Verfolgte könne für eine Tat, die der schweizerischen Gerichtsbarkeit unterliege, ausnahmsweise ausgeliefert werden, wenn besondere Umstände, namentlich die Möglichkeit der besseren sozialen Wiedereingliederung, dies rechtfertigten. Das Zusammenspiel der beiden Normen illustriert vielmehr den weiten Ermessensspielraum, den die Auslieferungsbehörde in Fällen konkurrierender Gerichtsbarkeit hat: Während es Art. 7 Abs. 1 EAUE erlaubt, das schweizerische Strafverfolgungsinteresse gegenüber einer grundsätzlichen Auslieferungsverpflichtung zu priorisieren, erlaubt es Art. 36 Abs. 1 IRSG, im Interesse der Verfahrensökonomie sicherzustellen, dass gegen den Beschuldigten nicht zwei verschiedene Strafverfahren betreffend denselben Sachverhaltsvorwurf geführt werden. Grundsätzlich hat sich die Auslieferungsbehörde bei ihrer Abwägung innerhalb dieses rechtlichen Rahmens am Kriterium des deliktischen Schwerpunkts zu orientieren. Die Möglichkeit der besseren sozialen Wiedereingliederung ist nur ein weiteres dabei zu berücksichtigendes Kriterium.¹¹⁸

In einem Auslieferungsverfahren wegen Betrugs, bei dem sämtliche Geschädigte in Deutschland wohnten, wo sie vom deutschen Verfolgten getäuscht wurden und anschliessend grössere Geldsummen auf ein Konto desselben in die Schweiz transferierten, liegt der Schwerpunkt der deliktischen Handlungen gemäss der Auffassung des Bundesstrafgerichts klarerweise in Deutschland. Obwohl die Tat auch der schweizerischen Gerichtsbarkeit unterläge (Erfolgsort)¹¹⁹, kann sich das BJ demnach auf Art. 36 Abs. 1 IRSG abstützen und die Auslieferung des Verfolgten nach Deutschland bewilligen.¹²⁰

B. Akzessorische Rechtshilfe

1. Kontosperrung ohne entsprechenden Antrag im Rechtshilfeersuchen

Die Rechtshilfebehörde verletzt den Grundsatz der Proportionalität nicht, wenn sie im Rahmen eines Rechtshilfeersuchens zwecks Herausgabe zur Einziehung oder Rückerstattung von Vermögenswerten gemäss Art. 74a IRSG eine Kontosperrung anordnet, ohne dass diese Massnahme im ausländischen Rechtshilfeersuchen explizit verlangt worden war. Zwar stuft das Bundesgericht die Kontosperrung grundsätzlich als vorläufige Massnahme nach Art. 18 IRSG

¹¹⁸ Entscheide des Bundesstrafgerichts RR.2013.235 + RP.2013.49 vom 26. November 2013, E.5.5 sowie RR.2013.229 vom 16. Oktober 2013, E.3.1.

¹¹⁹ Vgl. dazu m.w.H. BGE 133 IV 171, E.6.3, S. 177.

¹²⁰ Entscheid des Bundesstrafgerichts RR.2013.235 + RP.2013.49 vom 26. November 2013, E.5.6.

ein.¹²¹ Der Wortlaut dieses Artikels setzt voraus, dass die ausländische Behörde die Anordnung einer vorläufigen Massnahme ausdrücklich verlangt. Das Bundesstrafgerichts ist allerdings der Auffassung, die Kontosperrung sei quasi im Antrag auf Herausgabe zur Einziehung oder Rückerstattung von Vermögenswerten mit enthalten, wonach die Rechtshilfebehörden ihre Kompetenzen nicht überschreitet, wenn sie im Rahmen eines derartigen Verfahrens eine Kontosperrung anordnet, ohne dass dies im zugrunde liegenden Ersuchen verlangt worden war.¹²²

2. Einsicht in nationale Straftaten – Beschwerdelegitimation nach IRSG bzw. StPO?

In bestimmten Situationen laufen ein Rechtshilfeverfahren und eine schweizerische Strafuntersuchung betreffend die gleiche Person parallel. Bewilligen die schweizerischen Behörden in einem derartigen Fall die Einsicht einer Drittperson – in der Regel der ausländischen Strafverfolgungsbehörde – in die nationalen Straftaten, so stellt sich die Frage, gestützt worauf die im schweizerischen Strafverfahren beschuldigte Person die entsprechende Verfügung anfechten kann. Richtet sich ihre Beschwerdelegitimation nach Art. 80e IRSG oder aber nach Art. 382 Abs. 1 StPO?¹²³

Das Bundesstrafgericht hielt dazu fest, die Regeln des IRSG fänden Anwendung, wenn die Akteneinsicht ein nationales Strafdossier betreffe, dessen Inhalt sich auf den gleichen Sachverhalt beziehe, wie er dem parallelen Rechtshilfeverfahren zugrunde liege.¹²⁴ Ist dies hingegen nicht der Fall, kommt die StPO zur Anwendung.¹²⁵

Findet das IRSG Anwendung, so richtet sich die Beschwerdelegitimation nach dessen Art. 80e Abs. 2 lit. b *per analogiam*, da die Akteneinsicht der ausländischen Behörde in die schweizerischen Straftaten im Ergebnis einer Anwesenheit von ausländischen Prozessbeteiligten gleichkommt.¹²⁶

In einem Fall, wo die Bundesanwaltschaft ein Verfahren wegen Bestechung fremder Amtsträger i.S.v. Art. 322^{septies} StGB führte und gleichzeitig ein Rechtshilfeverfahren anhängig war, weil ein ausländischer Staat nach seinem nationalen Recht in der gleichen Sache ein eigenes Strafverfahren führte,¹²⁷ prüfte das

¹²¹ Entscheid des Bundesgerichts 1C_562/2011 vom 22. Dezember 2011, E.1.3.

¹²² Entscheid des Bundesstrafgerichts RR.2013.73-76 vom 6. August 2013, E.3.

¹²³ Schweizerische Strafprozessordnung vom 5. Oktober 2007, SR 312.0.

¹²⁴ Entscheid des Bundesstrafgerichts BB.2012.194 + BP.2012.83 vom 2. Juli 2013, E. 3.1.1.

¹²⁵ *Supra*, E.3.1.2.

¹²⁶ *Supra*, E.3.1.1.

¹²⁷ Vgl. *supra*, Darstellung des Sachverhalts.

Bundesstrafgericht die Beschwerdelegitimation der im schweizerischen Strafverfahren verfolgten Person sowohl nach IRSG als auch nach StPO. Es kam dabei zum Schluss, die Beschwerdelegitimation sei nach beiden gesetzlichen Grundlagen gegeben – und verzichtete darauf, diejenige zu bezeichnen, die es seinen weiteren Erwägungen *in casu* zugrunde legte.¹²⁸

3. Rechtshilfeersuchen von inkompetenter ausländischer Behörde

Gemäss Art. 5 IRSG müssen sich die schweizerischen Rechtshilfebehörden grundsätzlich vergewissern, dass der Rechtshilfe ersuchende Staat in der Sache, die Gegenstand des Ersuchens ist, über einen Strafanspruch verfügt. Dies bedeutet jedoch gerade nicht, dass die schweizerische Behörde die Kompetenz der ersuchenden Behörde nach dem nationalen Recht des ausländischen Staates zu überprüfen hätte. Im Gegenteil ist eine derartige Überprüfung grundsätzlich verboten – es sei denn, die ersuchende Behörde sei offensichtlich inkompetent zum Stellen von Ersuchen bezüglich Rechtshilfe in Strafsachen. Eine derartige offensichtliche Kompetenzüberschreitung der ausländischen Behörde käme dann einem schweren Mangel des ausländischen Verfahrens gemäss Art. 2 lit. d IRSG gleich und die Rechtshilfe würde verweigert.¹²⁹

Das Bundesstrafgericht erkannte in einem Rechtshilfeersuchen im Rahmen eines Korruptionsverfahrens, das von der brasilianischen «*6ème Chambre criminelle fédérale spécialisée en Crime contre le Système Financier National et en Blanchissage de Valeurs*» ausging, keinen derartigen offensichtlichen Mangel und äusserte sich konsequenterweise nicht weiter zur Einrede des Verfolgten, wonach diese Behörde nach brasilianischem Recht im konkreten Fall nicht zur Stellung des besagten Rechtshilfeersuchens kompetent gewesen wäre.¹³⁰

4. Weitergabe rechtswidrig erlangter Beweismittel

Ein ausländisches Strafverfahren kann durch unaufgeforderte Übermittlung von Beweismitteln und Informationen gemäss Art. 67a IRSG seitens der schweizerischen Strafverfolgungsbehörden in Gang gesetzt werden. Wenn sich diese Beweismittel später aufgrund eines Gerichtsentscheids in einem schweizerischen Strafverfahren als rechtswidrig erlangt erweisen, stellt sich die Frage,

¹²⁸ *Supra*, E.3.1.1 und 3.1.2.

¹²⁹ Entscheidung des Bundesstrafgerichts RR.2013.203-204 vom 28. Februar 2014, E.4.1.

¹³⁰ *Supra*, E.4 und E.4.2.

welche Folgen diese Tatsache für die Rechtmässigkeit von deren Übermittlung an das Ausland bzw. für das darauf aufbauende ausländische Strafverfahren hat.

Das Bundesstrafgericht entschied in einem Rechtshilfeverfahren mit Brasilien, dem eine derartige Konstellation zugrunde lag, zwar widerspreche die Verwendung rechtswidrig erlangter Beweismittel in einem schweizerischen Strafverfahren grundsätzlich den Garantien des Art. 29 BV.¹³¹ Allerdings erlaube Art. 141 Abs. 2 StPO, dem seinerseits ältere Rechtsprechung des Bundesgerichts¹³² zugrunde liege, ausnahmsweise die Verwertung derartiger Beweise, wenn dies zur Aufklärung schwerer Straftaten unerlässlich sei. Dieser Grundsatz sei auf das Rechtshilfeverfahren zu übertragen.¹³³ Vor diesem Hintergrund sei die Verwertbarkeit der widerrechtlich erlangten Beweismittel Gegenstand einer Interessenabwägung.¹³⁴ In diese Abwägung bezog das Bundesstrafgericht anschliessend die Elemente der Schwere der verfolgten Straftaten¹³⁵, den Sinn und Zweck des Rechtshilfevertrages zwischen der Schweiz und Brasilien¹³⁶ sowie weitere völkerrechtliche Verpflichtungen¹³⁷ der beiden Staaten mit ein. Vor dem Hintergrund dieser Erwägungen kam das Bundesstrafgericht zum Schluss, das der Schweiz und Brasilien gemeinsame Strafverfolgungsinteresse triumphiere *in casu* über das grundsätzliche Beweisverwertungsverbot.¹³⁸ Die spontane Übermittlung der Beweismittel, die sich später als rechtswidrig erlangt erwiesen haben, war demnach rechtmässig.

Das Bundesgericht hat diesen Entscheid geschützt.¹³⁹

5. Beweismass bei Rechtshilfe wegen Geldwäscherei

Ersucht eine ausländische Behörde um Rechtshilfe in einem Strafverfahren wegen Geldwäscherei, so muss sie in ihrem Ersuchen weder den Beweis für die Geldwäscherei noch für die Vortat erbringen. Konkrete Verdachtsmomente

¹³¹ Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft, SR 101.

¹³² Vgl. z.B. BGE 133 IV 329, E.4.4, S. 331.

¹³³ Entscheid des Bundesstrafgerichts RR.2013.203-204 vom 28. Februar 2014, E.3.2.

¹³⁴ *Supra*, E.3.3., unter Verweis auf den Entscheid des Bundesstrafgerichts SK.2010.13 vom 21. April 2011, E.5.3.2.

¹³⁵ *In casu* Bestechung in nicht geringem Ausmass sowie Geldwäscherei, beides Delikte, die das Bundesstrafgericht als schwere Straftaten einstufte.

¹³⁶ SR 0.351.919.81. Dieser Vertrag zielt gemäss Botschaft explizit auf den gemeinsamen Kampf gegen Korruption und Geldwäscherei ab, vgl. BBl 2007 1903, 1907.

¹³⁷ Insb. die United Nations Convention against Corruption, UNTOC, SR 0.311.56.

¹³⁸ Entscheid des Bundesstrafgerichts RR.2013.203-204 vom 28. Februar 2014, E.3.3.

¹³⁹ Entscheid des Bundesgerichts IC_148/2014 vom 24. März 2014.

vermögen dem Erfordernis der beidseitigen Strafbarkeit bereits zu genügen.¹⁴⁰ Dieser Verdacht kann einzig auf verdächtigen Transaktionen beruhen. Verdächtig sind dabei Transaktionen ohne offenbaren Grund oder solche, die über mehrere Gesellschaften in unterschiedlichen Staaten abgewickelt werden. Auch die Höhe der transferierten Summe kann ein Verdachtsmoment sein.¹⁴¹

In einem Rechtshilfeverfahren mit den USA hat das Bundesstrafgericht einen Verdacht gründend auf hohen Geldsummen in runden Beträgen, verbunden mit der unbekanntenen Herkunft des Geldes und einem nicht weiter konkretisierten « *contexte fort suspect* » der Überweisungen als dem Nachweis der beidseitigen Strafbarkeit bereits genügend erachtet.¹⁴²

6. Unaufgeforderte Übermittlung von Beweismitteln und Informationen

Gemäss seinem Wortlaut erlaubt Art. 67a Abs. 1 IRSG einer schweizerischen Strafverfolgungsbehörde die unaufgeforderte Übermittlung von Beweismitteln an eine ausländische Strafverfolgungsbehörde, wenn die schweizerische Behörde diese Beweismittel für eine eigene Strafuntersuchung erhoben hat. Gemäss Rechtsprechung des Bundesstrafgerichts war vor diesem Hintergrund die Eröffnung eines schweizerischen Strafverfahrens *conditio sine qua non* für die unaufgeforderte Übermittlung von Beweismitteln und Informationen gemäss Art. 67a IRSG: Hatte keine schweizerische Strafverfolgungsbehörde ein eigenes Strafverfahren eröffnet, war auch eine Übermittlung bereits erlangter Beweismittel an das Ausland nicht zulässig.¹⁴³

Das Bundesgericht hat diese Rechtsprechung nun revidiert. Es hält zwar fest, Art. 67a IRSG sei zurückhaltend anzuwenden. Sein Sinn sei es nicht, die Denunziation zu fördern und einen unkontrollierten Informationsfluss an das Ausland zu ermöglichen.¹⁴⁴ Es ist demnach zu verhindern, dass ein schweize-

¹⁴⁰ Zuletzt Entscheid des Bundesstrafgerichts RR.2013.199-201 vom 14. Januar 2014, E.5; vgl. auch Entscheide des Bundesstrafgerichts RR.2011.238 vom 29. November 2011, E. 2.1 sowie RR.2008.8 vom 23. Juli 2008, E.2.2.

¹⁴¹ Vgl. dazu Entscheid des Bundesgerichts 1A_188.2005 vom 24. Oktober 2005, E.2.4. sowie Entscheid des Bundesstrafgerichts RR.2008.69-72 vom 14. August 2008, E.3.3.

¹⁴² Entscheid des Bundesstrafgerichts RR.2013.199-201 vom 14. Januar 2014, E.5.1.

¹⁴³ Vgl. Entscheid des Bundesstrafgerichts RR.2012.311 vom 11. Juli 2013, E.5.3. Dies galt auch in Fällen, wo die schweizerische Strafverfolgungsbehörde, z.B. aufgrund der ungenügenden Beweislage oder aufgrund fehlenden Strafanspruchs, gar kein eigenes Strafverfahren eröffnen konnte. Das Bundesstrafgericht stützte diese Meinung vornehmlich auf die Botschaft zur IRSG-Revision 1997 ab, wo Art. 67a IRSG ins Gesetz eingefügt worden war, vgl. BBl 1995 III 1, 24f.

¹⁴⁴ Entscheid des Bundesgerichts 1C_126.2014 vom 16. Mai 2014, E.5.5.1, unter Verweis auf BGE 125 II 238, E.5a, S. 245.

risches Strafverfahren nur vorgeschoben und sein Zweck umgangen wird. Gleichzeitig steht gemäss der Auffassung des Bundesgerichts das schweizerische Strafverfolgungsinteresse bei der unaufgeforderten Übermittlung von Beweismitteln nicht im Vordergrund. Ihr Hauptzweck ist es, die Einleitung oder den Fortschritt eines ausländischen Strafverfahrens zu befördern.¹⁴⁵ Vor diesem Hintergrund widerspricht das Bundesgericht der Auffassung des Bundesstrafgerichts, wonach es unverhältnismässig sei, zwecks Durchsetzung rein ausländischer Strafverfolgungsinteressen Beweismittel oder Informationen unaufgefordert an ausländische Behörden weiterzuleiten.¹⁴⁶ Dabei gab das Bundesgericht insbesondere zu bedenken, dass Art. 67a IRSG lange vor der eidgenössischen Strafprozessordnung in Kraft getreten ist. Dies habe zur Folge, dass im Jahr 1995, als die Botschaft zur IRSG-Revision und zu Art. 67a IRSG verfasst wurde, anders als heute gemäss Art. 309 Abs. 3 StPO, die förmliche Eröffnung der Strafuntersuchung mittels Verfügung nicht vorgeschrieben war.¹⁴⁷ Also konnte damals schon in früherem Stadium vom Vorliegen einer schweizerischen «Strafuntersuchung» ausgegangen werden.

Das Bundesgericht hat sodann festgehalten, dass eine kantonale Staatsanwaltschaft, welche gestützt auf Art. 67a IRSG Informationen aus einer Verdachtsmeldung der Meldestelle für Geldwäscherei an Kolumbien weiterleitete, ohne selbst in der Sache ein Strafverfahren zu eröffnen, diese Bestimmung nicht verletzt hat. Eine Auslegung nach Sinn und Zweck des Art. 67a IRSG ergebe, dass die in der Norm enthaltenen Hinweise auf eine Strafuntersuchung bzw. ein Strafverfahren in der Schweiz nicht generell im Sinne einer unabdingbaren Voraussetzung für die unaufgeforderte Übermittlung zu verstehen seien. Da die betreffende kantonale Staatsanwaltschaft rechtmässig mit der Sache befasst war und die übermittelten Informationen geeignet waren, Kolumbien die Stellung eines Rechtshilfersuchens an die Schweiz zu ermöglichen, konnte die Staatsanwaltschaft deren unaufgeforderte Übermittlung auf Art. 67a IRSG abstützen.¹⁴⁸

¹⁴⁵ Entscheid des Bundesgerichts 1C_126.2014 vom 16. Mai 2014, E.5.5.2.

¹⁴⁶ Vgl. dazu Entscheid des Bundesstrafgerichts RR.2012.311 vom 11. Juli 2013, E.5.3.2.

¹⁴⁷ Entscheid des Bundesgerichts 1C_126.2014 vom 16. Mai 2014, E.5.5.2.

¹⁴⁸ Entscheid des Bundesgerichts 1C_126.2014 vom 16. Mai 2014, E.5.5.5.

IV. Le droit pénal international de la Suisse (par Robert Roth)

Après des années bien remplies (adaptation du droit pénal suisse au Statut de Rome de la Cour pénale internationale¹⁴⁹, participation de la Suisse au «mécanisme résiduel des Tribunaux pénaux internationaux¹⁵⁰), l'année 2013 a été une année de transition, avant le débat sur la ratification des modifications au Statut de Rome et l'adoption en Suisse du crime d'agression.¹⁵¹ Le Conseil fédéral a toutefois proposé le 29 novembre 2013¹⁵² la ratification de la Convention internationale du 20 décembre 2006 pour la protection de toutes les personnes contre les disparitions forcées.¹⁵³ Le dispositif proposé par le Gouvernement est complet : la création d'une *nouvelle norme d'incrimination* (art. 185^{bis} P-CP) et l'affirmation d'un *droit à l'information* des proches de la personne disparue en sont les deux points forts.

L'insertion proposée du nouvel article du Code pénal au sein des infractions contre la liberté (individuelle) peut surprendre, a été discutée lors de la procédure de consultation et sera peut-être discutée au Parlement. En soi, toute incrimination nouvelle fondée sur une obligation découlant du droit international n'a pas nécessairement sa place au sein du récent Titre 12^{bis} du CP¹⁵⁴, dont l'intitulé est bien «Génocide et crimes de guerre» et non «Crimes internationaux». Toutefois, faire de la disparition forcée un délit affectant en premier lieu un intérêt individuel ne convainc pas entièrement qui a à l'esprit l'origine de la Convention internationale du 20 décembre 2006 et le profil de *crime d'Etat* de ce «phénomène d'envergure mondiale»¹⁵⁵ ; la disparition forcée – ou plutôt les disparitions forcées – ne sont-elles vraiment qu'une séquestration (fortement) aggravée?

¹⁴⁹ URSULA CASSANI, SABINE GLESS, PETER POPP & ROBERT ROTH, *Chronique de droit pénal suisse dans le domaine international (2009)*, *Schweizerische Praxis zum Strafrecht im internationalen Umfeld (2009)*, RSDIE/SZIER 2010, p. 373–376.

¹⁵⁰ URSULA CASSANI, SABINE GLESS, REGULA ECHLE, SÉVANE GARIBIAN & CHRISTIAN SAGER (n. 7, *supra*), RSDIE/SZIER 2013, p. 502–503.

¹⁵¹ Message du Conseil fédéral portant approbation des amendements au Statut de Rome de la Cour pénale internationale relatifs au crime d'agression et aux crimes de guerre, du 19 février 2014, FF 2014 1973. Ce texte important sera commenté dans la prochaine Chronique.

¹⁵² Message du Conseil fédéral portant approbation et mise en œuvre de la Convention internationale pour la protection de toutes les personnes contre les disparitions forcées, du 29 novembre 2013, FF 2014 437 et 483 (pour l'Arrêté fédéral comprenant le nouvel article du Code pénal commenté ci-après).

¹⁵³ Que l'on trouve également à la FF 2014 491.

¹⁵⁴ RO 2010 4964.

¹⁵⁵ *Sic*, FF 2014 441.

La délimitation entre la nouvelle infraction et la disparition forcée en tant que crime contre l'humanité (art. 264a lit. e CP) posera également problème, puisque celle-ci (le crime contre l'humanité) ne se distingue de celle-là (la disparition forcée « simple ») que par le fait qu'elle ne comprend pas la dimension de l'« attaque généralisée ou systématique contre la population civile » qui définit *tout* crime contre l'humanité. Lorsque cet élément fera défaut, c'est donc l'article 185^{bis} qui s'appliquera seul; en revanche, en cas d'attaque généralisée ou systématique contre la population civile, les deux dispositions devraient entrer en *concours*.

Preuve enfin de l'importance de ce nouveau crime, l'al. 2 de l'art. 185^{bis} P-CP exclut l'application de la règle de la double incrimination, ce qui ajoute une nouvelle page au roman touffu de l'application de l'art. 7 CP (en l'espèce, application de l'al. 1 de l'article, à l'exception de sa lit. a) prévoyant précisément la double incrimination; la nouvelle infraction est ainsi implicitement reconnue comme « un crime particulièrement grave affectant la communauté internationale » (art. 7 al. 2 lit. b CP);¹⁵⁶ ce qu'il est !

Cette activité législative relativement calme contraste avec une activité diplomatique intense. La Suisse a tout d'abord plaidé en vain afin que le Conseil de sécurité défère à la Cour pénale internationale les crimes graves commis dans le cadre du conflit syrien, compétence prévue par l'art. 13 lit. b du Statut de Rome (janvier 2013¹⁵⁷); la Suisse a également poursuivi son intense lobbying en faveur de la Cour pénale internationale, qui a résulté en une « Déclaration de soutien » publiée le 26 septembre 2013 et signée par vingt-quatre Etats exigeant « davantage de fermeté » dans la lutte contre l'impunité.¹⁵⁸ Le dossier syrien est toutefois loin d'être clos, puisque divers projets de mise sur pied d'une juridiction *ad hoc* de caractère mixte sont actuellement discutés dans divers bureaux et de plus rares forums. A notre connaissance, la Suisse n'a pas encore pris position face à l'alternative qui va se profiler dans ses prochains mois : saisine de la Cour pénale internationale ou nouveau tribunal mixte ? Nous aurons sans doute l'occasion d'y revenir dans une prochaine chronique.

Sur le plan judiciaire, l'année 2013 n'a pas connu de nouvelle décision Nezzar¹⁵⁹. L'activité du « Centre de compétences Droit pénal international » du

¹⁵⁶ Cf. URSULA CASSANI & ROBERT ROTH, *Le juge suisse au service de la « communauté des peuples » ?*, in : Festschrift Stefan Trechsel, Zurich, 2002, p. 449–475.

¹⁵⁷ Cf. communiqué du DFAE du 14 janvier 2013, <<https://www.news.admin.ch>> (consulté le 8.7.2014)

¹⁵⁸ Communiqué du DFAE du 26 septembre 2013, <<https://www.news.admin.ch>> (consulté le 8.7.2014), avec, en annexe, la *Declaration of Commitment to the International Criminal Court*.

¹⁵⁹ Arrêt du Tribunal pénal fédéral du 25 juillet 2012; cf. SÉVANE GARIBIAN, in : URSULA CASSANI, SABINE GLESS, REGULA ECHLE, SÉVANE GARIBIAN & CHRISTIAN SAGER (n. 7, *supra*), RSDIE/SZIER 2013, p. 500–502.

Ministère public de la Confédération s'est toutefois développée, et les fruits de cette activité devraient nous être connus dans ces prochains mois. Le Rapport de gestion 2013 du Ministère public de la Confédération¹⁶⁰ fournit quelques données intéressantes : cette autorité de poursuite s'est saisie ou a été saisie de cinq nouvelles affaires portant sur une suspicion de crimes de guerre, voire de crimes contre l'humanité, touchant «principalement» l'ex-Yougoslavie. Pour la première fois a été dénoncé au Centre de compétences le cas d'une société suisse soupçonnée de blanchiment d'argent en relation avec des crimes de guerre portant sur le pillage de ressources naturelles en Afrique. Ce cas sera, à n'en pas douter, passionnant s'il parvient à maturation judiciaire.

¹⁶⁰ Disponible sur <<http://www.bundesanwaltschaft.ch>> (consulté le 8. 7. 2014), p. 25.