
SWISS REVIEW OF INTERNATIONAL AND EUROPEAN LAW

Schweizerische Zeitschrift
für internationales und europäisches Recht
Revue suisse de droit international et européen

SWISS REVIEW OF INTERNATIONAL AND EUROPEAN LAW

Schweizerische Zeitschrift
für internationales und europäisches Recht
Revue suisse de droit international et européen

ISSN 1019-0406 www.sriel.ch

The Review is published quarterly by the Swiss Society of International Law (Schweizerische Vereinigung für internationales Recht / Société suisse de droit international – www.svir-ssdi.ch) and supported by the Swiss Academy of Humanities and Social Sciences. The Review is available online on www.swisslex.ch and www.heinonline.org.

BOARD OF EDITORS

Prof. Dr. Andreas Furrer, University of Lucerne (Chair; Private International Law); Prof. Dr. Daniel Girsberger, University of Lucerne (Private International Law); Prof. Dr. Christine Kaddous, University of Geneva (European Law); Prof. Dr. Robert Kolb, University of Geneva (Public International Law); Prof. Dr. Christa Tobler, University of Basel (European Law); Prof. Dr. Ursula Cassani, University of Geneva (Criminal Law); Prof. Dr. Oliver Diggelmann, University of Zurich (Public International Law); Managing Editor: Dr. Lorenz Langer

SUBMISSIONS

Please submit manuscripts electronically to the Managing Editor (Lorenz.Langer@sriel.ch). Authors are requested to follow the Review's style-sheet available at www.sriel.ch. French submissions are proofread by Dr. Maria Ludwiczak Glassey.

PUBLISHERS

Schulthess Juristische Medien AG
Zwingliplatz 2, Postfach, CH-8021 Zurich, Internet: www.schulthess.com
Managing Publisher: Firas Kharrat
Product Manager Journals: Christian Hillig

CUSTOMER SERVICE

E-Mail: service@schulthess.com
Tel. +41 44 200 29 29
Fax +41 44 200 29 28
Anschrift: Schulthess Juristische Medien AG, Kundenservice, Zwingliplatz 2, Postfach, CH-8021 Zürich

SUBSCRIPTIONS

Annual subscription: CHF 250
Annual preferential subscription: for members of the Swiss Society of International Law CHF 242
Single issue: CHF 73, plus postage
All subscription prices incl. 2.5% VAT, plus postage: CHF 8 in Switzerland (Postage Abroad: CHF 43).
Vorzugspreis gegen Vorlage eines gültigen Nachweises. Subscriptions are automatically extended each year unless notice of cancellation is received from the subscriber prior to 8 weeks in advance of the subscription period.

ADVERTISEMENTS

Zürichsee Werbe AG, Herr Pietro Stuck, Seestrasse 86, CH-8712 Stäfa, Tel. +41 44 928 56 11,
E-Mail: pietro.stuck@zs-werbeag.ch

COPYRIGHT

This Review, including all individual contributions published therein, is legally protected by copyright for the duration of the copyright period. Any use, exploitation or commercialization without the publishers' consent, is illegal and liable to criminal prosecution. This applies in particular to photostat reproduction, copying, cyclostyling, mimeographing or duplication of any kind, translating, preparation of microfilms, and electronic data processing and storage.

FREQUENCY

The Review is published quarterly, volume 28

CITATION

28 SRIEL (2018) p. 1

INTERNET

www.sriel.ch
The Review is also available online at www.heinonline.org

ISSN 1019-0406

TABLE OF CONTENTS

ARTICLES

The Contemporary Law of International Watercourses: Some Aspects and Problems (Lucius Caflisch)	297
International Jurisdiction Rules in Matters of Succession in the European Context (Jose Manuel Velasco Retamosa)	317

RECENT PRACTICE

Chronique de droit pénal suisse dans le domaine international Schweizerische Praxis zum Strafrecht im internationalen Umfeld (2017) (Ursula Cassani, Sabine Gless, Maria Ludwiczak Glassey, Christian Sager & Thomas Wahl)	337
La pratique suisse relative aux droits de l'homme 2017 (Michel Hottelier & Vincent Martenet)	371
Rechtsprechung zum internationalen Schuld- und Zwangs- vollstreckungsrecht (Ivo Schwander)	403
Case Notes on International Arbitration (Xavier Favre-Bulle)	425

DOCTORAL & POST-DOCTORAL THESES

Fundamental Rights Protection in European Union Law between Subsidiarity and Integration: On the Applicability of European Union Fundamental Rights to the Member States (Benedikt Pirker)	455
--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	-----

Chronique de droit pénal suisse dans le domaine international

Schweizerische Praxis zum Strafrecht im internationalen Umfeld (2017)

Ursula Cassani, Sabine Gless, Maria Ludwiczak Glassey, Christian Sager & Thomas Wahl*

Table des matières/Inhalt

- I. Les instruments internationaux en matière pénale et leur transposition en droit suisse (par Ursula Cassani)
 - A. La ratification de la Convention Médicrime
 - B. L'avant-projet de mise en œuvre de la Convention sur la prévention du terrorisme et de son Protocole additionnel
- II. Internationale Rechtshilfe in Strafsachen: Aus der Praxis der Gerichte der Schweizerischen Eidgenossenschaft (von Christian Sager)
 - A. Auslieferung
 - B. Kleine Rechtshilfe
- III. Le droit pénal international de la Suisse (par Maria Ludwiczak Glassey)
 - A. Actualité internationale
 - B. Actualité législative
 - C. Actualité judiciaire
- IV. Die Schweiz und das Europäische Strafrecht (von Sabine Gless & Thomas Wahl)
 - A. Vision einer Europäischen Staatsanwaltschaft ?
 - B. Rückblick
 - C. Perspektiven
 - D. Zusammenarbeit mit der Schweiz

* Ursula Cassani est Professeure ordinaire, Université de Genève, Juge à la Cour d'appel du pouvoir judiciaire de Genève, membre du comité de rédaction de la SRIEL. L'auteure remercie son assistante Justine Barton de son aide précieuse dans le repérage des actualités et la relecture du manuscrit.

Sabine Gless ist Ordinaria an der Universität Basel.

Maria Ludwiczak Glassey est Docteure en droit, chargée de cours à l'Université de Genève, chargée d'enseignement aux Universités de Genève et Neuchâtel, enseignante à la Haute Ecole de Gestion Arc, Neuchâtel.

Christian Sager, Dr. iur., LL.M. (Cambridge), ist Leiter des Fachbereichs Internationale Verträge im Bundesamt für Justiz (BJ), Direktionsbereich Internationale Rechtshilfe. Der Autor hat den vorliegenden Beitrag als Privatperson verfasst. Allenfalls erkennbare Wertungen und Ansichten sind seine eigenen und decken sich nicht notwendigerweise mit denjenigen des BJ. Für Inputs und kritische Lektüre dankt der Autor RA lic. iur. Laurence Fontana Jungo (Vizedirektorin BJ).

Thomas Wahl ist Wissenschaftlicher Assistent, Universität Basel, Referent für Europäisches Strafrecht, Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht, Freiburg i.Br.

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

Parmi les actualités de l'année 2017, nous commenterons deux développements qui illustrent des tendances lourdes de la politique criminelle internationale et suisse : la Convention Médicrime, dont un des points saillants est l'imposition d'obligations de coopération larges au secteur privé, et les nouveaux instruments en matière de lutte contre le terrorisme, qui visent à étendre la répression à des phénomènes de plus en plus éloignés d'actes terroristes effectifs, tout en instaurant des mesures matérielles et procédurales incisives dont l'application dépasse le domaine du terrorisme.

A. La ratification de la Convention Médicrime

Le 22 février 2017, le Conseil fédéral a soumis aux Chambres fédérales la ratification de la Convention du Conseil de l'Europe sur la contrefaçon des produits médicaux et les infractions similaires menaçant la santé publique (Convention Médicrime), conclue à Moscou le 28 octobre 2011.¹ L'arrêté portant ratification et mise en œuvre de la Convention a été adopté le 29 septembre 2017,² sans faire l'objet de débats approfondis ni de modifications.

1. Les infractions

La Convention Médicrime introduit des mesures répressives et préventives visant à agir au niveau international contre la contrefaçon de produits thérapeutiques.³ Le terme « contrefaçon » est défini à son art. 4 lit. j comme désignant « la présentation trompeuse de l'identité et/ou de la source ». En vertu des art. 5 et 6, sont interdites la fabrication et la fourniture de contrefaçons de produits médicaux, substances actives, excipients, éléments, matériaux et accessoires.

La transposition en droit suisse n'a nécessité aucune modification des infractions en vertu de la LPTh⁴, dont la deuxième étape de la révision ordinaire a été adoptée le

1 Message du 22 février 2017 concernant l'approbation et 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 (Convention Médicrime), FF 2017 2945; texte de la Convention (STCE 211), FF 2017 2993.

2 FF 2017 5947. Il n'y a pas eu de demande de référendum dans le délai échu le 18 janvier 2018. La modification nécessite certaines adaptations des ordonnances (principalement de l'OMéd (RS 812.212.21) et de l'OAMéd (RS 812.212.1), pour lesquelles une consultation s'est déroulée entre le 20 mars et le 25 mai 2018.

3 Message, FF 2017 2946.

4 Loi fédérale du 15 décembre 2000 sur les médicaments et les dispositifs médicaux (Loi sur les produits thérapeutiques, LPTh), RS 812.21.

18 mars 2016,⁵ les volets les plus importants n'étant pas encore en vigueur.⁶ Cette modification législative concernait, entre autres, la question des contrefaçons et remaniait profondément les dispositions pénales (art. 86 et 87 LPTh), supprimant notamment, à l'art. 86 LPTh, la nécessité pour les autorités de poursuite de prouver l'intention de mettre en danger la santé d'êtres humains, preuve qui s'était révélée difficile à apporter en pratique. Les clauses punitives ont également été rendues plus lourdes, avec des aggravantes allant jusqu'à dix ans de peine privative de liberté (art. 86 al. 2 et 3 LPTh, mise en danger concret de la santé humaine, métier et bande). Sans atteindre le niveau de répression de la législation en matière de stupéfiants, ces dispositions ont donc été rendues nettement plus incisives en 2016.

2. La compétence internationale pour juger

En vertu de l'art. 10 § 1 et 2 Convention Médicrime, la compétence internationale du juge pénal est établie sur la base de la territorialité, ainsi que de la personnalité active et passive et du principe du pavillon. Par ailleurs, ces deux derniers principes sont étendus de manière à inclure les cas dans lesquels l'auteur ou la victime, sans être un ressortissant de l'Etat Partie, a sa résidence habituelle sur son territoire. Toutefois, la Suisse fera une réserve en excluant le critère de la « résidence habituelle ».⁷ Enfin, l'obligation de poursuivre sur la base du principe « *aut dedere aut iudicare* » est limitée aux cas dans lesquels l'extradition est refusée en raison de la nationalité et se limite donc à la personnalité active (art. 10 § 4 Convention Médicrime).

3. La responsabilité de l'entreprise : encore un rendez-vous manqué

La fabrication et la distribution de médicaments s'inscrit régulièrement dans l'activité d'une entreprise. A l'instar d'autres conventions du Conseil de l'Europe que nous avons commentées dans nos chroniques précédentes,⁸ la Convention Médicrime prévoit l'obligation d'instaurer la responsabilité des personnes morales pour les infractions commises pour leur compte selon le modèle d'identification. La responsabi-

5 LPTh, modification du 18 mars 2016, RO 2017 2745, cf. Message du Conseil fédéral du 7 novembre 2012, FF 2013 1.

6 Quelques dispositions sont entrées en vig. le 1^{er} janvier 2018, mais non celles qui nous intéressent ici (dont la plupart entreront en vig. le 1^{er} janvier 2019, les dernières probablement en 2020).

7 Art. 1 al. 3 Arrêté fédéral (FF 2017 5947) et Message, FF 2017 2962.

8 NADJA CAPUS, URSULA CASSANI & SABINE GLESS, «Chronique de droit pénal suisse dans le domaine international (2011)», Schweizerische Praxis zum Strafrecht im internationalen Umfeld (2011)», 22 Swiss Rev. Int'l & Eur. L. (SZIER/RSDIE) (2012), 505-533, 512; URSULA CASSANI, SABINE GLESS & PETER POPP, «Chronique de droit pénal suisse dans le domaine international (2010)», Schweizerische Praxis zum Strafrecht im internationalen Umfeld (2010)», 21 Swiss Rev. Int'l & Eur. L. (SZIER/RSDIE) (2011), 513-537, 516 et 519.

lité est établie, au regard de l'art. 11 § 1,⁹ pour les infractions commises par une « personne exerçant un pouvoir de direction » et, au regard de l'art. 11 § 2, lorsque l'infraction est commise par un autre employé ou agent et qu'un défaut de supervision peut être reproché à la personne exerçant un pouvoir de direction.¹⁰

En droit suisse, les infractions visées par la Convention Médicrime sont soumises au régime subsidiaire de la responsabilité de l'entreprise en vertu de l'art. 102 al. 1 CP, qui ne permet d'infliger une peine à l'entreprise qu'à la condition que l'auteur ne puisse être identifié, et cela en raison d'un manque d'organisation qui lui est reproché. Par ailleurs, dans le domaine d'application du droit pénal administratif, il existe un modèle de responsabilité sans faute de l'entreprise (art. 7 DPA¹¹), applicable lorsque la clarification des responsabilités pénales des personnes physiques entraînerait « des mesures d'instruction hors de proportion avec la peine encourue ». Initialement prévu pour des cas bagatelle, ce modèle a été élargi à d'autres infractions par diverses lois, dont en particulier l'art. 89 LPTh adopté en 2016, qui permettra d'infliger une amende jusqu'à 20 000 francs. L'application de ce régime de responsabilité pour faute d'autrui, qui n'implique aucun défaut d'organisation de l'entreprise et paraît hautement critiquable au regard des principes généraux du droit pénal, devrait rester l'exception et non la règle. De manière plus prudente que par le passé, le Message du Conseil fédéral soutient néanmoins que le droit suisse remplit « dans les grandes lignes » les exigences de l'art. 11 de la Convention Médicrime.¹² Il se réfère non seulement aux art. 102 al. 1 CP et 89 LPTh, mais aussi aux mesures administratives qui peuvent être prises à but préventif en vertu de la LPTh, ainsi qu'aux dispositions du droit civil permettant de dissoudre des entreprises qui ont un but contraire aux mœurs ou illicites.

On peut regretter que les infractions en vertu de la Convention Médicrime n'aient pas été soumises au régime de responsabilité pénale directe et parallèle de l'art. 102 al. 2 CP. Mieux encore, l'occasion de la ratification de la Convention Médicrime aurait pu être saisie pour repenser les régimes de responsabilité de l'entreprise en droit suisse.

4. Les mesures de contrainte

Parmi les modifications adoptées dans le but de la ratification de la Convention Médicrime, on peut citer l'ajout des crimes en vertu de l'art. 86 al. 2 et 3 LPTh sur la liste des infractions pouvant donner lieu à des surveillances et à des investigations secrètes

9 Rapport explicatif de la Convention du Conseil de l'Europe sur la contrefaçon des produits médicaux et les infractions similaires menaçant la santé publique, Moscou, 28 octobre 2011, ch. 80.

10 Rapport explicatif précité, ch. 81.

11 Loi fédérale sur le droit pénal administratif du 22 mars 1974, RS 313.0.

12 FF 2017 2964.

en vertu des art. 269 al. 2 lit. k et 286 al. 2 lit. i CPP.¹³ Pour faire instaurer ces mesures particulièrement incisives, l'Institut suisse des produits thérapeutiques (Swissmedic) ou l'administration fédérale des douanes doit saisir le tribunal des mesures de contrainte, après avoir obtenu l'accord du Ministère Public de la Confédération, qui doit reprendre la procédure si la mesure est accordée (art. 90a al. 4 et 5 LPTh).

5. Les mesures nationales de coopération et d'échange, notamment avec le secteur privé

La Convention met en exergue la nécessité de mesures nationales de coopération et d'échange d'informations (art. 17), « y compris par le biais de points de contact, au niveau national ou local, en coopération avec le secteur privé et la société civile, aux fins de prévenir et de lutter contre la contrefaçon ». Dans le cadre de la coopération avec le secteur privé et après une pesée des intérêts, Swissmedic, de même que l'administration fédérale des douanes, sont habilités à transmettre des données confidentielles, voire sensibles, à des titulaires d'autorisations (art. 62b al. 1 LPTh), à l'exclusion des données personnelles de patients (art. 62b al. 2 LPTh).

Par ailleurs, l'art. 59 al. 3^{bis} LPTh charge quiconque fabrique ou met sur le marché des produits thérapeutiques « d'annoncer à l'institut tout soupçon de trafic illégal de produits thérapeutiques, commis par des tiers, ayant un rapport avec son activité, l'un de ses produits ou un composant de ceux-ci ». Suite aux doutes exprimés lors de la procédure de consultation, le Message¹⁴ souligne que les entreprises ne seront pas tenues de mener des enquêtes et qu'il « ne s'agit pas [...] d'une obligation de dénoncer pénalement, mais d'un simple devoir d'annonce, au même titre que les autres annonces qui doivent être faites à l'institut en vertu de l'art. 59 LPTh ». Toutefois, ces propos qui se veulent rassurants sont remis en doute par le fait que l'on peut lire, quelques lignes plus loin, que le « défaut d'annonce est passible de mesures administratives au sens de l'art. 66 LPTh et de poursuites pénales au sens de l'art. 87, al. 1, let. c, LPTh ».¹⁵ Les mesures administratives dont il est question sont incisives, et l'art. 87 LPTh réprime, au titre de la contravention, aussi bien l'intention (passible de l'amende jusqu'à 50 000 francs) que la négligence (amende jusqu'à 20 000 francs). Le régime se rapproche donc bien de celui du *devoir de communication* de l'intermédiaire financier.

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

14 FF 2017 2972.

15 FF 2017 2972.

6. Les mesures de coopération internationale

Un autre aspect essentiel est la coopération internationale, tant en matière pénale (art. 21) qu'administrative (art. 22). Swissmedic sera désigné comme « point de contact national chargé de transmettre et de recevoir les demandes d'information et/ou de coopération se rapportant à la lutte contre la contrefaçon » (art. 22 § 2).¹⁶

B. L'avant-projet de mise en œuvre de la Convention sur la prévention du terrorisme et de son Protocole additionnel

La lutte contre le terrorisme a fortement occupé les autorités suisses en 2017. Nous nous contenterons de commenter l'avant-projet concernant l'approbation et la mise en œuvre de la Convention du Conseil de l'Europe du 16 mai 2005 pour la prévention du terrorisme¹⁷ et de son Protocole additionnel du 22 octobre 2015¹⁸ ainsi que sur le renforcement des normes pénales contre le terrorisme, qui a été envoyé en consultation le 21 juin 2017.¹⁹

1. Les enjeux de l'extension du dispositif de lutte contre le terrorisme à des phénomènes périphériques

Le Rapport explicatif de l'avant-projet relève à juste titre que ces instruments internationaux entraînent une « extension substantielle de la punissabilité à des actes commis en amont de l'infraction principale ». ²⁰ En effet, la Convention ne vise « pas des actes de terrorisme proprement dits mais [des comportements] qui sont de nature à encourager ou faciliter [la] commission » ²¹ d'infractions terroristes décrites dans les traités énumérés dans son annexe. Il en va de même du Protocole, qui vise la participation à un groupe terroriste, le fait de recevoir un entraînement terroriste, ainsi que les personnes qui se rendent à l'étranger à des fins terroristes (« voyageurs du *djihad* ») ou organisent, financent ou facilitent un tel voyage.

Conscientes des enjeux d'une telle extension de la répression pénale à des phénomènes périphériques du terrorisme, relevés par la Suisse et d'autres délégations lors

16 Art. 69 al. 4 LPTh, art. 1 al. 4 Arrêté fédéral (FF 2017 5947) et Message, FF 2017 2971.

17 STCE 196, en vigueur depuis le 1^{er} juin 2007.

18 STCE 217, en vigueur depuis le 1^{er} juillet 2017.

19 Avant-projet d'arrêté fédéral: <<https://www.bj.admin.ch/dam/data/bj/sicherheit/gesetzgebung/terrorismus-europarat/vorentw-f.pdf>>, rapport explicatif: <<https://www.bj.admin.ch/dam/data/bj/sicherheit/gesetzgebung/terrorismus-europarat/vn-ber-f.pdf>> (cité Rapport explicatif de l'AP). Cet avant-projet a suscité un très grand nombre de prises de positions consultables sous <<https://www.bj.admin.ch/bj/fr/home/sicherheit/gesetzgebung/terror-europarat.html>> (tous les liens ont été consultés le 2 juillet 2018).

20 Rapport explicatif de l'AP, 8.

21 Rapport explicatif de l'AP, 6.

des délibérations de la Convention,²² les Parties ont fixé à l'art. 12 la nécessité de respecter les obligations découlant des droits de l'homme et du respect du principe de proportionnalité.²³ Le rapport explicatif de l'avant-projet en tire la conclusion qu'il faut exiger l'établissement d'un lien suffisant avec une infraction terroriste,²⁴ et « que seules les conduites pouvant mener à des infractions terroristes doivent être incriminées ».²⁵ D'ailleurs, le rapport explicatif du Conseil de l'Europe précise que la Convention « ne crée [pas] la base juridique pour criminaliser des conduites qui ont uniquement une connexion théorique avec lesdites infractions ».²⁶

Au vu de ce plaidoyer en faveur de la garantie des droits fondamentaux et des principes de la légalité et de la proportionnalité, on peut s'étonner que l'avant-projet de mise en œuvre opte pour des solutions attentatoires à ces mêmes principes sans argumentation convaincante sur leur nécessité.

2. Les infractions pénales

L'exemple le plus frappant d'une proposition législative heurtant les principes évoqués, dépassant les exigences des instruments internationaux, concerne l'art. 260^{ter} CP qui réprime depuis 1994 la participation et le soutien à une organisation criminelle. Cette infraction, définie comme un crime contre la paix publique, ne nécessite aucune participation à une infraction précise et se situe donc aux extrêmes limites de ce qu'il est légitime de punir dans un Etat de droit. L'avant-projet propose de l'élargir encore et d'en alourdir la peine.

La première modification est purement symbolique : la note marginale, qui ne se réfère actuellement qu'aux organisations criminelles, terme qui englobe les organisations terroristes, se référera explicitement à ces dernières. Cela ne coûte rien, mais nécessitera l'adaptation de toutes les autres dispositions qui s'y réfèrent dans le CP, le CPP et la LBA²⁷.

Plus important, la typicité est étendue, et cela non seulement pour les organisations terroristes, mais aussi pour les autres organisations criminelles. L'entorse la plus critique aux principes de proportionnalité et de précision législative concerne la définition de l'infraction de « soutien » à l'organisation illicite, reprochée à une personne qui n'en est pas membre et qui ne participe à aucune infraction de terrorisme concrète. A teneur du droit actuel, *la personne externe à l'organisation ne tombe sous le coup de l'art. 260^{ter} CP qu'à condition de soutenir cette dernière dans son activité criminelle*, au

22 Rapport explicatif de l'AP, 10.

23 Rapport explicatif de l'AP, 8, 10.

24 Rapport explicatif de l'AP, 6.

25 Rapport explicatif de l'AP, 10.

26 Conseil de l'Europe, Rapport explicatif de la Convention du Conseil de l'Europe pour la prévention du terrorisme (cité Rapport explicatif STCE 196), ch. 49.

27 Loi sur le blanchiment d'argent, RS 955.0.

moins par dol éventuel. Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, « le soutien suppose une contribution consciente à l'activité criminelle de l'organisation », sans pour autant que la preuve d'un lien de causalité entre le soutien apporté et un acte criminel précis ne soit requise²⁸. La notion fait l'objet d'une interprétation large qui comprend « tout acte susceptible de renforcer la capacité de nuisance de l'organisation » et permet notamment d'incriminer d'ores et déjà la mise à disposition de sites Internet visant à favoriser la propagande d'une organisation terroriste ou la gestion de forums sur Internet reliés à des réseaux terroristes.²⁹

L'avant-projet propose la *suppression* de l'exigence que l'organisation soit *soutenue dans son activité criminelle*. Deviendrait ainsi punissable le fait de soutenir une organisation criminelle (y compris terroriste) dans son activité licite (art. 260^{ter} al. 1 lit. b et al. 2 lit. b AP-CP). L'infraction serait étendue à des comportements de personnes externes qui n'envisagent et n'acceptent pas que leur prestation puisse contribuer aux buts criminels de l'organisation³⁰. On inclurait des comportements de la vie courante sans lien avec la criminalité et pourrait même englober l'action humanitaire (visite de prisonniers, distribution de vivres, aide médicale, formation au droit international, relais diplomatique, etc.). Sous l'angle de la confiscation (art. 72 CP), l'extension de l'incrimination de soutien à l'organisation criminelle ou terroriste aurait pour corollaire une présomption légale démesurée en faveur de la confiscation de valeurs patrimoniales d'individus qui n'ont aucun lien avec l'activité illicite de l'organisation.

Cette extension de l'incrimination dépasse les exigences découlant de l'art. 9 § 1 lit. c Convention, qui requiert explicitement un lien avec l'activité visant à commettre une infraction terroriste;³¹ quant à l'art. 2 Protocole, il vise la participation aux activités d'un groupe ou d'une association afin de contribuer à la commission d'infractions terroristes.³² Contrairement à ce qui est allégué dans le Rapport explicatif de l'AP, l'abandon du lien avec l'activité criminelle de l'organisation n'est pas davantage préconisé par le GAFI, qui se contente de l'interprétation jurisprudentielle large de l'art. 260^{ter} CP.³³

L'avant-projet aggrave considérablement les sanctions de l'art. 260^{ter} CP, qui est actuellement punissable comme crime passible d'une peine privative de liberté de cinq ans au plus ou d'une peine pécuniaire. En vertu de l'art. 260^{ter} al. 3 AP-CP, la peine privative de liberté est de un à vingt ans, si l'auteur exerce une influence déter-

28 Rapport explicatif de l'AP, p. 37; ATF 133 IV 58, c. 5.3.1; ATF 132 IV 132, c. 4.1.4; ATF 128 II 355, c. 2.4.

29 Rapport explicatif de l'AP, p. 37; TF 6B_645/2007 du 2 mai 2008, c. 7.3.3.2.

30 Critère préconisé par la jurisprudence, ATF 132 IV 132, c. 4.1.4.; ATF 131 II 235, c. 2.12.2.

31 Rapport explicatif STCE 196, ch. 132.

32 Conseil de l'Europe, Rapport explicatif du Protocole additionnel à la Convention du Conseil de l'Europe pour la prévention du terrorisme, ch. 33.

33 Rapport explicatif de l'AP, p. 37 et GAFI, Les mesures de lutte contre le blanchiment de capitaux et le financement du terrorisme, Suisse, Rapport d'évaluation mutuelle, décembre 2016, ch. 235.

minante au sein de l'organisation criminelle ou terroriste. Si l'organisation a pour but de commettre des actes terroristes, notion pour laquelle la définition est empruntée à l'art. 260^{quinquies} CP réprimant le financement du terrorisme, la peine privative de liberté pourrait aller jusqu'à dix ans, et cela sans distinction entre la participation et le soutien. Ainsi, la peine serait doublée aussi pour celui qui ne fait que soutenir l'organisation, alors qu'en parallèle, les auteurs de l'avant-projet souhaiteraient supprimer tout lien entre ce soutien et les buts terroristes de l'organisation. L'incongruité est d'autant plus grande que le financement du terrorisme (art. 260^{quinquies} CP) est passible d'une peine privative de liberté de cinq ans au plus, à l'instar d'ailleurs des actes décrits à l'art. 260^{sexies} AP-CP.

L'art. 260^{sexies} AP-CP étend le champ des actes punissables au recrutement, à l'entraînement et aux voyages en vue d'un acte terroriste. Ici aussi, les typicités sont largement conçues : l'art. 260^{sexies} al. 1 lit. a AP-CP vise non seulement le recrutement mais aussi la participation au recrutement. L'infraction est consommée dès lors que les intentions du recruteur, exprimées par des contacts directs ou via des moyens de communication tels qu'Internet, sont perceptibles pour les personnes qu'il cherche à enrôler ;³⁴ peu importe donc que ces dernières se laissent convaincre. L'art. 260^{sexies} al. 1 lit. b AP-CP réprime le fait de fournir ou de se faire fournir des indications en vue de la fabrication ou de l'utilisation d'armes ou de substances dangereuses dans la perspective de commettre un acte de terrorisme ou d'y participer, comportements qui se situent en amont d'actes préparatoires déjà réprimés à l'art. 260^{bis} CP. L'art. 260^{sexies} al. 1 lit. c AP-CP vise celui qui « entreprend un voyage à l'étranger ou depuis l'étranger dans le dessein de commettre un tel acte, d'y participer ou de suivre un entraînement dans ce but » et inclut donc ceux qui entreprennent un voyage entre deux pays autres que la Suisse. Il suffit que l'auteur entame le voyage, même s'il ne parvient pas à sa destination.³⁵ Enfin, l'art. 260^{sexies} al. 3 AP-CP réprime le financement, l'organisation ou le recrutement en vue d'un tel voyage.

Toutes ces nouvelles infractions sont destinées à s'ajouter à celles qui visent la violation d'interdictions spécifiques et temporaires d'organisations terroristes, que ce soit en vertu de la loi fédérale interdisant les groupes « Al-Qaïda » et « Etat islamique » (ci-après : loi interdisant « AQ/EI »)³⁶ ou de l'art. 74 LRens.³⁷ L'avant-projet propose également de modifier ce dernier délit, en augmentant la peine menacée à cinq ans de peine privative de liberté dans les hypothèses les plus graves. En contrepartie, le crime prévu à l'art. 2 de la loi interdisant « AQ/EI », dont la validité a été prorogée

34 Rapport explicatif de l'AP, 44.

35 Rapport explicatif de l'AP, 46.

36 RS 122.

37 Loi fédérale sur le renseignement (LRens) du 25 septembre 2015, RS 121.

par les Chambres fédérales à fin 2022,³⁸ deviendra inutile. En lieu et place, le Conseil fédéral rendra une décision d'interdiction de ses organisations sur la base de l'art. 74 LRens révisé.³⁹

Enfin, on signalera encore qu'ici aussi se pose la question de la responsabilité pour les infractions commises au sein des personnes morales, prévue par l'art. 10 Convention. L'art. 260^{ter} CP, à l'instar du financement du terrorisme (art. 260^{quinquies} CP), est d'ores et déjà soumis au régime direct et parallèle de la responsabilité pénale de l'entreprise sur la base de l'art. 102 al. 2 CP. Les nouvelles infractions, quant à elles, sont soumises au régime subsidiaire et notoirement faible de l'art. 102 al. 1 CP. Nous renvoyons aux critiques formulées à l'égard de ce régime à propos de la transposition de la Convention Médicrime.⁴⁰

3. La compétence pour juger

Sous l'angle de l'application du droit suisse et de la compétence pour juger, l'art. 260^{ter} CP actuel prévoit déjà la punissabilité de l'auteur qui commet l'infraction à l'étranger si l'organisation exerce ou doit exercer son activité criminelle en tout ou en partie en Suisse. Cette compétence est conçue comme une extension du principe de la territorialité et ne nécessite pas la prise en compte du droit du lieu où agit l'auteur, ni l'exigence que l'auteur se trouve en Suisse et ne soit pas extradé. L'art. 260^{ter} al. 5 AP-CP maintient cette solution, tout en modifiant la manière dont un éventuel jugement étranger est pris en compte par un renvoi à l'art. 7 al. 4 et 5 CP. Par ailleurs, les bases ordinaires de compétence en vertu des art. 3 à 8 CP s'appliquent, y compris l'art. 7 CP sur la personnalité passive et la personnalité active (obligatoire en vertu de l'art. 14 § 1 lit. c Convention). Compte tenu de l'art. 14 § 3 Convention, qui instaure la règle *aut dedere aut iudicare*, le principe de l'universalité s'appliquera également (art. 6 CP), par exemple à l'égard d'un ressortissant étranger qui soutiendrait à l'étranger une organisation terroriste qui n'a aucune activité en Suisse. A noter que la condition de double incrimination s'applique aux compétences extraterritoriales selon les art. 6 et 7 CP.

Les principes diffèrent légèrement pour ce qui concerne l'art. 260^{sexies} AP-CP. En vertu de l'al. 3, les actes commis à l'étranger sont punissables en Suisse si l'auteur se trouve en Suisse et n'est pas extradé, ou si l'acte terroriste doit être commis en Suisse ou contre un Suisse. La condition de double incrimination n'est pas prévue, au contraire de *ne bis in idem* (art. 7 al. 4 et 5 CP). S'y ajoutent les compétences ordinaires, en particulier celles en vertu des art. 6 et 7 CP.

38 La prorogation a été adoptée le 15 juin 2018 (FF 2018 3673 ; délai référendaire jusqu'au 4 octobre 2018) ; Message du 22 novembre 2017 concernant la prorogation de la loi fédérale interdisant les groupes « Al-Qaïda » et « Etat islamique » et les organisations apparentées (FF 2018 87).

39 Message précité, FF 2018 93.

40 Sect. I, A, 3 supra.

L'art. 74 al. 5 LRens, quant à lui, déclare punissable « quiconque commet l'infraction à l'étranger, s'il est arrêté en Suisse et n'est pas extradé ». Le principe *ne bis in idem s'applique*, mais non la condition de double incrimination. Toutefois, la typicité des infractions à l'art. 74 al. 4 LRens (*de lege lata* et *de lege ferenda*) exige que l'acte soit commis « sur le territoire Suisse », paradoxe que l'avant-projet maintient.

La compétence interne n'est pas davantage harmonisée : l'art. 74 al. 6 AP-LRens soumet toutes les infractions à la juridiction fédérale, alors que l'art. 260^{ter} CP et l'art. 260^{sexies} AP-CP n'en relèvent qu'aux conditions de l'art. 24 al. 1 CPP, supposant que l'infraction ait été commise pour une part prépondérante à l'étranger ou dans plusieurs cantons.

4. Les autres modifications proposées

L'avant-projet propose d'élargir les instruments, déjà élargis en 2013,⁴¹ dont dispose le bureau de communication en matière de blanchiment d'argent (MROS) pour *recueillir des données auprès des intermédiaires financiers et les transmettre à ses homologues étrangers* (art. 11a al. 2^{bis} AP-LBA). Le MROS ne peut transmettre à des cellules de renseignement financier (CRF) étrangères que les données personnelles et autres informations dont il dispose ou qu'il peut obtenir en vertu de la loi (art. 30 al. 1 LBA). L'avant-projet vise à lui permettre de se procurer ces informations auprès des intermédiaires financiers qui ont pris part à une transaction ou une relation dont l'a informé une CRF étrangère mais qui n'ont pas fait de communication sur la base de l'art. 9 LBA. La transmission à l'étranger se fait ensuite sous forme de rapport et n'inclut pas les moyens de preuve (art. 30 al. 3 LBA). En vertu de l'art. 30 al. 1 lit. a LBA, la CRF étrangère doit s'engager à n'utiliser les informations qu'à des fins de lutte contre le blanchiment d'argent et les infractions préalables, ainsi que le financement du terrorisme et le crime organisé. La loi ne tranche pas clairement la question de savoir si la définition de ces infractions est celle du droit suisse ou du droit étranger. La condition de double incrimination est expressément énoncée à l'art. 30 al. 4 lit. b LBA pour l'hypothèse d'une transmission des informations par la CRF à des autorités tierces, que la doctrine propose d'appliquer par analogie.⁴² La question se posera avec une acuité particulière si le MROS devait être autorisé à demander des informations aux intermédiaires financiers sur la base de demandes d'autorités étrangères, appliquant leurs propres critères. Il convient donc de régler cette question expressément, soit à l'art. 11a al. 2^{bis} AP-LBA, soit à l'art. 30 al. 1 LBA.

41 Modification de la LBA du 21 juin 2013, RO 2013 3493.

42 ARNAUD BEURET, in: P. V. Kunz, T. Jutzi & S. Schären (éd.), *Geldwäschereigesetz (GwG)*, Berne 2017, Art. 30 N 27; dans le même sens, DANIEL THELESKLAF, in: D. Thelesklaf, R. Wyss, D. Zollinger & M. van Thiel (éd.), *GwG, Geldwäschereigesetz*, 2^e éd. Zurich 2009, Art. 32 N 4.

Dans le domaine de la coopération internationale, l'avant-projet propose deux adjonctions à l'EIMP⁴³ destinées à augmenter l'efficacité et la rapidité de l'entraide. L'art. 80d^{bis} AP-EIMP permet la *transmission anticipée d'informations et de moyens de preuve, de manière spontanée ou sur requête*. Celle-ci est possible soit si l'intérêt de la procédure l'exige, notamment pour préserver la confidentialité de la procédure, soit « afin de prévenir un danger grave et imminent, en particulier lié à la commission d'une infraction terroriste ». Par ailleurs, l'information à la personne touchée est « différée ». L'autorité étrangère peut utiliser les données à des fins d'investigation mais non à des fins probatoires pour fonder la décision finale.

La proposition dépasse ainsi de loin le domaine de la lutte contre le terrorisme et peut même s'appliquer à de simples délits, car il suffit que l'infraction soit passible d'une peine privative de liberté d'un an (art. 35 al. 1 lit. a EIMP). La même remarque peut être faite à propos de l'art. 80d^{ter} AP-EIMP introduisant les *équipes communes d'enquête*, qui peuvent « notamment » être constituées dans la cadre de procédures pénales relatives à une enquête difficile ou complexe, impliquant la mobilisation d'importants moyens et exigeant une action coordonnée et concertée entre deux ou plusieurs Etats.

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

Die vorliegende Übersicht will Praktikern den Zugang zur aktuellsten Rechtsprechung der Eidgenössischen Gerichte im Bereich der Rechtshilfe in Strafsachen erleichtern. Es wird folglich eine praxisorientierte Auswahl an Urteilen präsentiert, wobei der Schwerpunkt sachgemäss auf der Praxis des Bundesstrafgerichts liegt. Die Entscheide werden, wie in dieser Übersicht gebräuchlich, grundsätzlich nicht kommentiert.

A. Auslieferung

1. Kinderbetreuungspflichten doch Auslieferungshindernis?

Jede Person hat gemäss Art. 8 Ziff. 1 EMRK⁴⁴ das Recht auf Achtung ihres Privat- und Familienlebens. Gemäss Ziff. 2 dieser Bestimmung darf eine Behörde in die Ausübung dieses Rechts nur eingreifen, soweit der Eingriff gesetzlich vorgesehen und in einer demokratischen Gesellschaft notwendig ist, u.a. zur Verhütung von Straf-

43 Loi sur l'entraide pénale internationale du 20 mars 1981 (dt.: IRSG), RS 351.1.

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

taten. Wenn in Auslieferungsfällen Art. 8 EMRK angerufen wurde, so haben sich die Gerichte bisher regelmässig auf Ziff. 2 berufen und befunden, dass der Eingriff in das Recht auf Schutz der Familie als Massnahme zur Verbrechenverhütung gerechtfertigt sei.⁴⁵ Art. 8 EMRK steht einer Auslieferung nur ausnahmsweise bei aussergewöhnlichen familiären Verhältnissen entgegen. Die blossе Tatsache, dass die Auslieferung zu einer Störung der Mutter-Kind-Beziehung führen könnte, vermag gemäss der Perspektive des Bundesgerichts kein Auslieferungshindernis darzustellen. Diese Problematik wohne jeder Freiheitsstrafe inne und beinhalte demnach nicht *per se* die erwähnte Disproportionalität.⁴⁶ Ist eine Mutter allerdings hauptsächliche Bezugsperson eines Kleinkindes, so würde die Auslieferung der Mutter eine kontinuierliche und stabile Bindung des Kindes zu seiner wichtigsten Bezugsperson verunmöglichen. Einem Kleinkind ist der regelmässige schriftliche oder telefonische Kontakt nicht möglich, und Besuche sind aufgrund der räumlichen Distanz deutlich erschwert. Die Trennung eines einjährigen Kindes mit schweizerischer Staatsbürgerschaft von seiner ausländischen Mutter, die eine dreijährige Freiheitsstrafe zu verbüssen hat, ist demnach eine Konstellation von aussergewöhnlichen familiären Verhältnissen, die zu einer Verletzung des Rechts auf Familienleben gemäss Art. 8 EMRK führt. Eine Auslieferung der Mutter ist nur zulässig, wenn im ausländischen Strafvollzug die Mutter-Kind-Beziehung möglich ist und der ersuchende Staat die Garantie abgibt, dass die Mutter ihr Kind im Strafvollzug unter für das Kind vertretbaren Umständen bei sich haben und betreuen kann.⁴⁷

In casu war eine mazedonische Staatsangehörige 2013 in Mazedonien wegen Raubes zu einer Freiheitsstrafe von drei Jahren verurteilt worden. Am 16. August 2016 hatte Mazedonien die Schweiz um deren Auslieferung ersucht. Der Sachverhalt war unbestritten, hingegen hatte die Beschwerdeführerin im Auslieferungsverfahren u.a. gerügt, die Auslieferung sei ihr aus familiären Gründen nicht zuzumuten. Sie war inzwischen mit einem Schweizer verheiratet und am 22. Oktober 2015 Mutter eines gemeinsamen Kindes geworden. Obwohl das Sorgerecht beiden Eltern gemeinsam oblag, sie beide zusammen mit dem Kind wohnten und die Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde festgehalten hatte, der Vater sei in der Lage, dem Kind die notwendige Betreuung zukommen zu lassen, sah das Bundesstrafgericht das Recht auf Familienleben gemäss Art. 8 EMRK verletzt. Eine Auslieferung, welche die Trennung einer Mutter von ihrem einjährigen Kleinkind nach sich zöge, sei menschenrechtswidrig.⁴⁸

45 BGE 120 Ib 120, E.3d; 117 Ib 210 E.3b.cc sowie Entscheid des Bundesstrafgerichts RR.2009.234 vom 11. Februar 2010, E.10.2.

46 Vgl. im Detail URSULA CASSANI, SABINE GLESS, ROBERT ROTH & CHRISTIAN SAGER, Chronique de droit pénal suisse dans le domain international (2015), Schweizerische Praxis zum Strafrecht im internationalen Umfeld (2015), 26 Swiss Rev. Int'l & Eur. L. (2016), S. 477 ff.

47 Entscheid des Bundesstrafgerichts RR.2016.311 vom 30. Januar 2017, E.7.4.

48 Ibid, Sachverhalt sowie E.7.2 ff.

2. Kriminelle Organisation: Fragen der beidseitigen Strafbarkeit

Gemäss Art. 35 Abs. 1 Bst. a IRSG ist die Auslieferung nur zulässig, wenn nach den Unterlagen des Ersuchens die Tat nach dem Recht sowohl der Schweiz als auch des ersuchenden Staates mit einer freiheitsbeschränkenden Sanktion im Höchstmass von mindestens einem Jahr oder mit einer schwereren Sanktion bedroht ist. Dabei wird darauf abgestellt, ob der Sachverhalt *prima facie* einen Tatbestand des schweizerischen Strafrechts erfüllte, hätte er sich in der Schweiz ereignet. Es ist unerheblich, ob das Ausland den Sachverhalt gleich qualifizierte wie die Schweiz. Wird einer Person im Ausland die Mitgliedschaft in einer kriminellen Organisation vorgeworfen, so muss der Rechtshilferichter mit Blick auf die beidseitige Strafbarkeit nicht überprüfen, ob die Person die ideellen Ziele der kriminellen Organisation unterstützte. Es reicht, wenn der Verfolgte zu den Tätigkeiten einer Zelle beitrug, welche ihrerseits in die Strukturen einer kriminellen Organisation gemäss Art. 260^{ter} StGB eingebunden ist.⁴⁹

Dem vorliegenden Fall lag ein Auslieferungsverfahren mit Italien im Kontext der kalabrischen 'Ndrangheta zugrunde. Der Verfolgte war in Italien dafür verurteilt worden, von den Einschüchterungsmethoden der 'Ndrangheta profitiert zu haben, ohne allerdings selbst Erpressungen oder Gewaltanwendungen begangen zu haben. Dass die 'Ndrangheta eine kriminelle Organisation i.S.v. Art. 260^{ter} StGB darstellt, stand ausser Frage. Ebenso war unbestritten, dass der Verfolgte zu einer Zelle dieser pyramidal organisierten Organisation gehörte, welche gewisse Quartiere der Stadt Reggio Calabria kontrollierte, und er zu den Aktivitäten dieser Zelle direkt beitrug.⁵⁰ Das genügte für die Erfüllung von Art. 35 Abs. 1 Bst. a IRSG und schliesslich für seine Auslieferung an Italien.

3. Rache der lokalen Bevölkerung kein Auslieferungshindernis

Gemäss Art. 2 lit. b IRSG wird einem Ersuchen u.a. dann nicht entsprochen, wenn Gründe für die Annahme bestehen, dass das Verfahren im Ausland durchgeführt wird, um eine Person aus Gründen der Rasse, Religion oder Volkszugehörigkeit zu verfolgen oder zu bestrafen. Führt eine Person allerdings bloss vage an, aufgrund ihrer ethnischen Herkunft drohe ihr bei einer Auslieferung an ihren Heimatstaat private Rache, stellt dies kein Auslieferungshindernis dar.⁵¹

In einem Auslieferungsverfahren mit Bosnien-Herzegowina hatte die Verfolgte argumentiert, ihr Vater sei ein ethnischer Kosovare. Da die bosnischen Serben die Kosovaren aufgrund des erfolgreichen Unabhängigkeitskampfes des Kosovo beson-

49 Entscheid des Bundesgerichts 1C.129/2017 vom 20. März 2017, E.1.2. und Entscheid des Bundesstrafgerichts RR.2016.246 vom 14. Februar 2017, E.3.4 ff.

50 Entscheid des Bundesstrafgerichts RR.2016.246 vom 14. Februar 2017, Sachverhalt sowie 3.4.

51 Entscheid des Bundesstrafgerichts RR.2016.278 vom 1. März 2017, E.4.5 ff.

ders hassten, seien ethnische Kosovaren in serbisch dominierten Regionen Bosnien-Herzegowinas ideale Opfer. Der bosnische Staatsanwalt führe nur ein Strafverfahren gegen sie, um primitive Racheinstinkte der lokalen Bevölkerung zu befriedigen. Das Bundesstrafgericht wies diese Einwände als unbegründet ab. Die drohende Verfolgung oder Bestrafung aus ethnischen Gründen müsse in präziser, ernsthafter und glaubwürdiger Weise dargetan werden, was vorliegend nicht geschehen sei.⁵²

4. Einziehung von Vermögenswerten zur Deckung der Kosten der Auslieferungshaft

Gemäss Art. 62 IRSG übernimmt der Bund grundsätzlich die Kosten der Auslieferungshaft, allerdings kann gemäss Abs. 2 der Bestimmung persönliches Eigentum des Verfolgten zur Deckung der Kosten verwendet werden, soweit es nicht auszuliefern ist. Die Bestimmung verlangt dabei keinen Konnex zwischen den Vermögenswerten und einer Straftat. Grundsätzlich kann jegliches Vermögen des Verfolgten zur Deckung der Haftkosten herangezogen werden.⁵³

Im vorliegenden Fall war der Verfolgte 2015 in Italien zu einer sechsjährigen Freiheitsstrafe verurteilt worden. Am 8. März 2016 wurde er im Wallis festgenommen und in Auslieferungshaft versetzt. Am 4. August 2016 ordnete das BJ die Sperre mehrerer Bankkonten des Verfolgten über einen Gesamtwert von CHF 25 693.09 an. Am 5. August 2016 konnte er an Italien ausgeliefert werden. Mit Entscheid vom 19. Januar 2017 ordnete das BJ die Einziehung der gesperrten Vermögenswerte zur teilweisen Deckung der Kosten der Auslieferungshaft an. Diese beliefen sich auf total CHF 33 960.40. Gegen diesen Entscheid reichte der Verfolgte Beschwerde ein. Er brachte vor, die Vermögenswerte könnten nicht eingezogen werden, da es sich dabei zum grössten Teil um Gelder aus der beruflichen Vorsorge (3. Säule) handle und folglich kein Zusammenhang zwischen seinen deliktischen Handlungen und den eingezogenen Vermögenswerten bestehe. Das Bundesstrafgericht schützte den Entscheid des BJ. Ein solcher Zusammenhang sei nicht erforderlich.⁵⁴

B. Kleine Rechtshilfe

1. Rechtshilfeverkehr mit der Türkei nach dem Putschversuch

Art. 2 lit. a IRSG schliesst die Rechtshilfe aus, wenn das Verfahren im Ausland den in der EMRK festgelegten Verfahrensgrundsätzen nicht entspricht. Zweck dieser Norm ist es, sicherzustellen, dass die Schweiz mittels Auslieferung oder Rechtshilfe

52 Ibid., E.4.5.2.

53 Entscheid des Bundesstrafgerichts RR.2017.17 vom 1. Juni 2017, E.3.

54 Ibid., Sachverhalt und E.3.

nicht ausländischen Strafverfahren zudient, welche die EMRK-Mindestgarantien missachten. Im Bereich der kleinen Rechtshilfe kann sich grundsätzlich auf Art. 2 lit. a IRSG berufen, wer sich auf dem Gebiet des ersuchenden Staates befindet⁵⁵ und belegen kann, dass ihm eine konkrete Verletzung seiner Verfahrensgarantien droht.⁵⁶ Allerdings hat das Bundesgericht anerkannt, dass ein ersuchender Staat unter bestimmten Umständen auch die Verfahrensgarantien einer Person verletzen kann, die sich nicht auf seinem Staatsgebiet befindet. Dies ist u.a. der Fall, wenn im ersuchenden Staat die richterliche Unabhängigkeit nicht gegeben ist oder Verstösse gegen Art. 3 EMRK (Verbot der Folter) bekannt sind.⁵⁷ Allerdings verbietet Art. 2 lit. a IRSG nicht immer auch die kleine Rechtshilfe, wenn Auslieferungen aufgrund der politischen Lage in einem Staat nicht möglich sind. Ob die Norm auch der Leistung der Rechtshilfe entgegensteht, ist anhand der konkreten Umstände von Fall zu Fall zu beurteilen.

In casu hatte die Türkei die Schweiz um Rechtshilfe ersucht. Es ging um die rechtshilfweise Einvernahme einer Person, und das Rechtshilfeersuchen war vor dem gescheiterten Putschversuch in der Türkei gestellt worden. Obwohl das Bundesstrafgericht kurz zuvor ein Auslieferungsverfahren zwischen der Schweiz und der Türkei gestützt auf Art. 2 lit. a IRSG suspendiert hatte,⁵⁸ gestattete es die rechtshilfweise Einvernahme des Verfolgten im vorliegenden Fall. Es erwog, die zu beurteilende Situation unterscheide sich von der vorzitierten einerseits, weil es sich eben um kleine Rechtshilfe handle und nicht um Auslieferung. Andererseits gehe es konkret um eine Einvernahme in der Schweiz zugunsten eines türkischen Strafverfahrens, das seinen Anfang vor dem gescheiterten Putschversuch genommen habe. Dieses Verfahren habe keinerlei politische Konnotation. Es sei folglich nicht ersichtlich, wie das türkische Strafverfahren – und damit die Schweizer Rechtshilfeleistung – die Verfahrensrechte des Verfolgten verletze.⁵⁹

2. Beidseitige Strafbarkeit bei Privatbestechung?

Art. 6 des Rechtshilfevertrags zwischen der Schweiz und Brasilien vom 12. Mai 2004⁶⁰ enthält das Erfordernis der beidseitigen Strafbarkeit im Bereich von rechtshilfweise erbrachten Zwangsmassnahmen. Das Bundesstrafgericht hielt fest, dieser Artikel entspreche inhaltlich der Regelung in Art. 64 Abs. 1 IRSG, wonach die Anordnung einer Zwangsmassnahme die beidseitige Strafbarkeit verlange. Wie hinsichtlich der Auslieferung bereits dargetan, ist es nicht erforderlich, dass der Sachver-

55 BGE 125 II 356, 365, E.8b.

56 BGE 126 II 324, 328, E.4e.

57 Entscheid des Bundesgerichts 1A.212/2000 vom 19. September 2000, E.3a ff.

58 Vgl. Entscheid des Bundesstrafgerichts RR.2016.126 vom 6. September 2016.

59 Entscheid des Bundesstrafgerichts RR.2016.182 vom 30. März 2017, Sachverhalt und E. 2.5.

60 SR 0.351.919.81.

halt in der schweizerischen und der ausländischen Strafordnung gleich qualifiziert wird. Auch im Bereich der kleinen Rechtshilfe ist es ausreichend, wenn der Sachverhalt, hätte er sich in der Schweiz ereignet, *prima facie* den Tatbestand einer schweizerischen Strafnorm erfüllt. Es muss sich dabei nicht um eine Strafnorm des Kernstrafrechts handeln. Auch wenn der Sachverhalt unter einen Tatbestand des Nebenstrafrechts fällt, ist dem Erfordernis der beidseitigen Strafbarkeit Genüge getan.⁶¹

Im Rahmen des Petrobras-Verfahrenskomplexes hatte Brasilien ein Rechtshilfeersuchen an die Schweiz gestellt. Die brasilianische Bundesstaatsanwaltschaft hatte die Herausgabe von Kontoinformationen bezüglich mehrerer Bankkonten, lautend auf eine Reihe verschiedener Personen, verlangt. Die untersuchten Straftatbestände im brasilianischen Strafverfahren waren Korruption und Geldwäscherei. Die Verfolgten hatten im Rahmen ihrer Beschwerde im schweizerischen Rechtshilfeverfahren sinngemäss argumentiert, es fehle an der beidseitigen Strafbarkeit. Der Sachverhalt, wie er im brasilianischen Rechtshilfeersuchen geschildert werde, beschreibe keinen Tatbestand der Bestechung (frz.: *corruption*) gemäss dem Neunzehnten Titel des StGB, da es sich im Ersuchen nicht um Bestechung von Amtsträgern handle, sondern um Bestechung unter Privaten. Das Bundesstrafgericht stimmte der Auffassung der Beschwerdeführer inhaltlich zu. Den Beschuldigten im brasilianischen Strafverfahren werde zur Last gelegt, als Beschäftigte der privatwirtschaftlichen Unternehmung Petrobras Vorteile für die Ausführung von Handlungen im Zusammenhang mit ihren beruflichen oder geschäftlichen Aktivitäten entgegengenommen zu haben. Dies habe ihren Berufspflichten widersprochen. In den im Sachverhalt geschilderten Handlungen könne somit eine passive Privatbestechung im Sinne von Art. 4a Abs. 1 lit. a UWG i.V.m. Art. 23 UWG erkannt werden. Allerdings sei damit dem Erfordernis der beidseitigen Strafbarkeit Genüge getan, da die Tat nach schweizerischem (Neben-)Strafrecht *prima facie* strafbar sei.⁶²

3. Einvernahme eines Zeugen per Videokonferenz gemäss Art. 9 des ZP II zum EUeR

Art. 9 Ziff. 1 ZP II⁶³ zum EUeR⁶⁴ erlaubt in Fällen, in denen sich eine Person im Hoheitsgebiet einer Vertragspartei befindet, und diese als Zeuge oder Sachverständiger von den Justizbehörden einer anderen Vertragspartei einvernommen werden soll, deren Einvernahme per Videokonferenz, sofern ein persönliches Erscheinen der einzuvernehmenden Person nicht zweckmässig oder möglich ist. Die Einvernahme per

61 Entscheidung des Bundesstrafgerichts RR.2016.206+207+208+210+211+212/213+215/216 vom 26. Mai 2017, E. 4.1.2.

62 Ibid., Sachverhalt und E.4.2.

63 Zweites Zusatzprotokoll zum Europäischen Übereinkommen über die Rechtshilfe in Strafsachen vom 8. November 2001, SR 0.351.12.

64 Europäisches Übereinkommen über die Rechtshilfe in Strafsachen vom 20. April 1959, SR 0.351.1.

Videokonferenz findet auf Ersuchen derjenigen Vertragspartei statt, welche die Person einvernommen haben will. Art. 9 Ziff. 8 ZP II erlaubt ausserdem die Einvernahme eines Beschuldigten oder Verdächtigen per Videokonferenz, allerdings nur, wenn dieser der Einvernahme zustimmt. Diese Zustimmung ist bei der Einvernahme von Zeugen oder Sachverständigen mittels Videokonferenz nicht erforderlich. Allerdings enthält Art. 9 Ziff. 2 ZP II eine Beschränkung hinsichtlich der rechtshilfeweisen Verwendung von Videokonferenzeinvernahmen, auch hinsichtlich von Zeugen und Sachverständigen. *E contrario* folgt aus der Norm, Einvernahmen per Videokonferenz seien abzulehnen, wenn der Rückgriff darauf den Grundprinzipien der Rechtsordnung des ersuchten Staates zuwiderlaufe oder dieser nicht über die notwendigen technischen Vorrichtungen verfüge. Der zweite Aspekt ist mit Blick auf die Schweiz in der Regel unproblematisch. Hingegen setzte sich das Bundesstrafgericht intensiv mit der Vereinbarkeit der Videokonferenz mit der schweizerischen Rechtsordnung auseinander. Dies erstaunt zunächst: Art. 144 StPO⁶⁵ erlaubt die Einvernahme mittels Videokonferenz in schweizerischen Strafverfahren explizit. Art. 63 Abs. 1 IRSG enthält ein Grundprinzip im Bereich der kleinen Rechtshilfe, welches überdies aus dem Grundsatz *lex locus regit actum* ableitbar ist. Dieses besagt, dass jede Prozesshandlung, die gemäss schweizerischem Recht zulässig ist, auch rechtshilfeweise zugunsten eines ausländischen Strafverfahrens erbracht werden kann, soweit sie für dieses Verfahren erforderlich scheint oder dem Beibringen der Beute dient. Demnach müsste die Einvernahme mittels Videokonferenz – mindestens im Anwendungsbereich des ZP II – eigentlich unproblematisch sein. Das Bundesstrafgericht hat sich jedoch mit einem besonderen Aspekt davon befasst: Gemäss Art. 80d IRSG muss grundsätzlich jede Übermittlung von Informationen an das Ausland mit einer begründeten (und gemäss Art. 80e ff. IRSG anfechtbaren) Verfügung über die Gewährung und den Umfang der Rechtshilfe bewilligt werden. Ausnahmen von diesem Grundsatz sind nur möglich, insoweit das innerstaatliche Recht oder ein direkt anwendbarer völkerrechtlicher Vertrag solches explizit vorsieht. Gemäss Bundesstrafgericht ist dies mit Blick auf die Einvernahmen von Zeugen oder Sachverständigen mittels Videokonferenz im Anwendungsbereich von Art. 9 Ziff. 1 ZP II unzweifelhaft der Fall, da diese Norm letzterem Kriterium genügt.⁶⁶ Zur Frage der Vereinbarkeit der Zeugeneinvernahme per Videokonferenz mit dem schweizerischen Recht *über den Anwendungsbereich des ZP II hinaus* hat sich das Bundesstrafgericht in casu nicht geäußert.

Im vorliegenden Fall hatte Norwegen die Schweiz um die Einvernahme eines Zeugen per Videokonferenz ersucht. Zwischen diesen beiden Staaten ist das ZP II anwendbar.⁶⁷ Norwegen hatte zunächst um die Einvernahme des Zeugen vor Ort in Norwegen ersucht. Der Betroffene hatte sich jedoch geweigert, nach Norwegen zu

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

66 Entscheid des Bundesstrafgerichts RR.2017.75 vom 12. Juli 2017, E. 3.1 ff.

67 Für die Schweiz ist es am 1. Februar 2005 in Kraft getreten, für Norwegen am 1. März 2013.

reisen, obwohl der norwegische Staat die Kosten für die Reise und den Aufenthalt übernommen hätte. Er hat entsprechende Vorladungen an zwei unterschiedlichen Terminen ignoriert. Als Begründung hat er vorgebracht, er sei durch die schweizerische Bundesanwaltschaft bereits im Jahr 2014 zur Sache einvernommen worden, wie auch durch die norwegischen Behörden in Albanien. Er habe seinen Aussagen nichts hinzuzufügen. Anschliessend hatte Norwegen um die Einvernahme des Zeugen mittels Videokonferenz ersucht. Gegen diese Massnahme setzte sich der Betroffene zur Wehr, einerseits mit dem Argument, er stimme seiner Einvernahme mittels Videokonferenz nicht zu, und andererseits damit, die Einvernahme per Videokonferenz sei mit dem schweizerischen Rechtshilferecht nicht vereinbar. Das Bundesstrafgericht hat beide Einwände abgewiesen, soweit es darauf eintrat.⁶⁸

4. Rüge bei Verletzung der Spezialität: Vor ausländischem Strafgericht!

Art. 67 Abs. 1 IRSG enthält das sogenannte Spezialitätsprinzip. Dieses bestimmt, dass die durch Rechtshilfe erhaltenen Auskünfte und Schriftstücke⁶⁹ im ersuchenden Staat nur in Verfahren wegen Taten verwendet werden dürfen, bei denen die Rechtshilfe zulässig ist. Dabei ist die Bestimmung so zu verstehen, dass die Verwendung der erlangten Beweismittel auf den ersuchenden Staat beschränkt und auch deren *Weitergabe an andere Staaten* nach Massgabe der anwendbaren Vertragsbestimmungen und Vorbehalte bewilligungspflichtig ist.⁷⁰ Ausserhalb der Zusammenarbeit gestützt auf völkerrechtliche Verträge, welche einen entsprechenden Spezialitätsvorbehalt enthalten, muss die Schweiz den ersuchenden Staat stets explizit auf das Spezialitätsprinzip hinweisen und eine entsprechende Erklärung des ersuchenden Staates einholen.⁷¹ Handelt der ersuchende Staat dieser Erklärung zuwider, so muss diese Verletzung des Spezialitätsprinzips im ersuchenden Staat selbst gerügt werden. Die Parteien im Strafverfahren, welches im ersuchenden Staat geführt wird, müssen vor dem mit der Sache betrauten Strafgericht die Verletzung des Spezialitätsvorbehalts, wie ihn die Schweiz als ersuchter Staat angebracht hatte, rügen. In der Schweiz steht dagegen kein Rechtsmittel zur Verfügung.⁷²

In casu hatten die Beschwerdeführer in ihrer Eingabe an das Bundesstrafgericht vorgebracht, in einem Rechtshilfeverfahren zwischen Kuwait und dem Vereinigten Königreich habe der Golfstaat Bankunterlagen an das Vereinigte Königreich weitergereicht, welche er seinerseits vorgängig in einem anderen Rechtshilfeverfahren von der Schweiz erhalten habe. Durch dieses Verhalten habe Kuwait den von der Schweiz

68 Entscheidung des Bundesstrafgerichts RR.2017.75 vom 12. Juli 2017, Sachverhalt, sowie E. 3 ff.

69 Für Ermittlungen oder als Beweismittel.

70 Vgl. Entscheide des Bundesstrafgerichts RR.2008.277 vom 1. März 2010, E.8 und RR.2010.225 vom 16. Oktober 2012, E.2.

71 BGE 116 Ib 452, 457, E.3c.

72 Entscheidung des Bundesstrafgerichts RR.2017.265-277 vom 29. Dezember 2017, E.2.2 ff.

angebrachten Spezialitätsvorbehalt verletzt, denn Kuwait habe die Schweiz nicht gemäss Art. 67 Abs. 2 lit. a IRSG um eine Bewilligung der Weitergabe der Unterlagen an das Vereinigte Königreich ersucht. Das Bundesstrafgericht trat auf die erhobene Beschwerde nicht ein. Es begründete dies damit, vorliegend sei einzig der Bruch der ursprünglich abgegebenen Spezialitätserklärung des im ersten Verfahren ersuchenden Staates zu beurteilen. Offenbar erkannte das Bundesstrafgericht darin eine innere Angelegenheit dieses Staates. Anders liege der Fall, so das Gericht, wenn die Schweiz über eine Ausdehnung gemäss Art. 67 Abs. 2 lit. a oder b IRSG zu befinden habe und gegen *diesen Ausdehnungsentscheid* Beschwerde erhoben werde. Auf solche Beschwerden trete das Bundesstrafgericht grundsätzlich ein.⁷³

III. Le droit pénal international de la Suisse (par Maria Ludwiczak Glassey)

A. Actualité internationale

Lors de sa séance du 21 décembre 2016, l'Assemblée générale des Nations Unies a décidé de la création d'un « Mécanisme international, impartial et indépendant chargé de faciliter les enquêtes sur les violations les plus graves du droit international commises en République arabe syrienne depuis mars 2011 »⁷⁴. Ce mécanisme, instauré depuis lors au sein du Haut-Commissariat aux droits de l'homme à Genève, a pour tâche de constituer des dossiers pénaux contre des criminels agissant en Syrie, cela afin de faciliter et accélérer les procédures pénales nationales ou internationales⁷⁵ qui pourraient être ouvertes contre eux⁷⁶. Ce nouvel organe doit coopérer étroitement avec la Commission d'enquête internationale indépendante sur la République arabe syrienne créée en 2011 par le Conseil des droits de l'homme. Ses activités sont, à tout le moins dans un premier temps, financées par des contributions volontaires.

B. Actualité législative

En octobre 2017, le Conseil fédéral a fixé au 1^{er} janvier 2019 l'entrée en vigueur de la modification du 17 mars 2017 de la loi fédérale sur l'organisation des autorités pé-

73 Ibid., Sachverhalt, sowie E. 2.1. und E.2.2.3.

74 Assemblée générale des Nations Unies A/RES/71/248 du 21 décembre 2016.

75 Voir à ce propos ROTH in : 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) », 24 Swiss Rev. Int'l & Eur. L. (SZIER/RSDIE) (2014), 385–420, 419.

76 Voir l'allocation de ZEID RA'AD AL HUSSEIN, Haut-Commissaire des Nations Unies aux droits de l'homme, dans le cadre du Débat de Haut Niveau sur la situation des Droits de l'Homme en République Arabe Syrienne du 14 mars 2017, 34^e session du Conseil des droits de l'homme.

nales de la Confédération (LOAP)⁷⁷ prévoyant la mise en place d'une Cour d'appel au sein du TPF. En l'état actuel du droit, les jugements de la Cour des affaires pénales du TPF peuvent faire l'objet d'un recours devant le TF, qui s'assure de la bonne application du droit mais ne revoit les faits que dans une mesure limitée. La mise en place de la Cour d'appel y remédie. La procédure d'élection des juges qui siégeront à Bellinzone est en cours au moment où ces lignes sont écrites.

C. Actualité judiciaire

1. Affaire Erwin Sperisen

L'année 2017 a connu plusieurs rebondissements dans l'affaire Sperisen. Pour rappel⁷⁸, Erwin Sperisen est prévenu d'assassinats commis au Guatemala sur dix personnes en 2005 et 2006 dans le cadre des opérations «*Pavo Real*» et «*Gavilán*» alors qu'il occupait la fonction de directeur général de la Police nationale civile guatémaltèque. Il a été arrêté à Genève à la fin du mois d'août 2012 et placé en détention préventive. La compétence des autorités suisses se fonde sur la nationalité de l'auteur (art. 7 al. 1 CP)⁷⁹.

Condamné par le Tribunal criminel de Genève à la privation de liberté à vie par jugement du 6 juin 2014 pour sa responsabilité dans sept décès et acquitté pour le surplus⁸⁰, puis condamné par la Chambre pénale genevoise d'appel et de révision, le 12 juillet 2015, à la privation de liberté à vie pour coactivité de dix assassinats⁸¹, Erwin Sperisen a recouru au TF. Dans un arrêt daté du 29 juin 2017⁸² et comportant plus de cent pages, notre Haute Cour a partiellement admis le recours, annulé l'arrêt attaqué et renvoyé la cause à la Cour de justice genevoise pour nouvelle décision.

Le TF a considéré que la procédure genevoise n'avait pas offert à Erwin Sperisen de garanties suffisantes au regard des exigences de la CEDH, notamment en ce qui concerne le droit d'être confronté aux témoins à charge à propos d'éléments de faits pertinents. De plus, la motivation de la décision genevoise a été jugée insuffisante à

⁷⁷ RS 173.71.

⁷⁸ Voir ROTH in: Ursula Cassani, Sabine Gless, Robert Roth & Christian Sager, «Chronique de droit pénal suisse dans le domaine international, Schweizerische Praxis zum Strafrecht im internationalen Umfeld (2015)», 26 *Swiss Rev. Int'l & Eur. L.* (2016), 477–504, 503 s.; GARIBIAN in: 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)», 23 *Swiss Rev. Int'l & Eur. L. (SZIER/RSDIE)* (2013), 467–503, 503.

⁷⁹ A ce sujet, voir ROTH, supra 78, 503 s.

⁸⁰ Tribunal criminel GE JTCR/3/2014 du 6 juin 2014.

⁸¹ Cour de justice GE AARP/295/2015 du 12 juillet 2015.

⁸² TF 6B_947/2015 du 29 juin 2017. Voir aussi le communiqué de presse du TF du 12 juillet 2017 <https://www.bger.ch/files/live/sites/bger/files/pdf/fr/6B_947_2015_yyyy_mm_dd_T_f_11_11_37.pdf> (consulté le 3 juillet 2018).

plusieurs égards, des violations du droit d'être entendu d'Erwin Sperisen étant constatées.

Suite à cet arrêt, en date du 20 septembre 2017⁸³, le TF a admis partiellement le recours interjeté par Erwin Sperisen contre la décision de la Cour de justice genevoise lui refusant une libération. Il a renvoyé la cause à l'instance précédente afin qu'elle prononce la mise en liberté en l'assortissant des mesures de substitution jugées adéquates pour pallier le risque de fuite. Erwin Sperisen a été libéré en date du 22 septembre 2017, étant précisé qu'il est depuis lors assigné à résidence, sous réserve de sorties dans des plages horaires prédéfinies, mais aussi qu'il doit porter un bracelet électronique et se présenter à un poste de police trois fois par semaine. Au terme d'un nouveau procès devant la Cour de justice genevoise, Erwin Sperisen a été condamné à 15 ans de privation de liberté en avril 2018.

2. Affaire Ousman Sonko

En janvier 2017, le Ministère public du canton de Berne a ouvert une procédure pénale du chef de crimes contre l'humanité contre Ousman Sonko, ancien ministre de l'Intérieur de la Gambie, inspecteur général de la police gambienne et commandant de la garde présidentielle sous le régime de Yahya Jammeh. Le MPC a repris la procédure au mois de février 2017. Ousman Sonko est soupçonné d'actes de torture commis par les forces de police et le personnel de prison qui lui étaient soumis, ou par des groupes liés à ceux-ci, faits dénoncés par l'ONG Trial International. Il a été arrêté dans un centre de transit pour requérants d'asile dans le canton de Berne et est détenu en Suisse depuis lors. La compétence des autorités suisses se fonde sur le principe de l'universalité prévu à l'art. 264^m CP.

Dans le cadre d'un recours contre une décision de prolongation de la détention rendue par le TPF⁸⁴, le TF a eu l'occasion de préciser les éléments constitutifs de l'art. 264^a al. 1 CP, en particulier les notions d'« attaque », qui doit être « généralisée et systématique » et viser la « population civile »⁸⁵. L'existence d'un soupçon suffisant de commission de crimes contre l'humanité, nécessaire pour maintenir Ousman Sonko en détention, se fonde notamment sur deux rapports de 2015 de rapporteurs spéciaux des Nations Unies sur la torture⁸⁶, d'une part, et sur les exécutions extrajudi-

83 TF 1B_344/2017 du 20 septembre 2017. Le TF avait refusé une libération peu avant, voir TF 1B_182/2017 du 7 juin 2017.

84 TPF BH.2017:5 du 31 mai 2017.

85 ATF 143 IV 316, c. 4.5.

86 Rapport du Rapporteur spécial sur la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants Juan E. Méndez A/HRC/28/68/Add.4 du 16 mars 2005.

diciaires, sommaires ou arbitraires en Gambie⁸⁷ d'autre part. Des demandes d'entraide ont été adressées à plusieurs Etats, dont la Gambie⁸⁸.

3. Autres affaires

En mars 2017, le TPF a donné son feu vert à l'extradition d'une personne résidant en Suisse depuis plus de 20 ans et recherchée par la Bosnie-Herzégovine pour des faits pouvant être qualifiés *prima facie* d'infractions graves aux conventions de Genève⁸⁹. En 1992, la personne en question aurait, en tant que membre de l'armée bosniaque, égorgé un garçon âgé de douze ans. L'objection de délit politique dont s'était prévalu la recourante a été écartée. Les garanties diplomatiques fournies par la Bosnie-Herzégovine, qualifiées d'usuelles, ont été jugées suffisantes par la Cour des plaintes. La décision est entrée en force.

S'agissant finalement de la procédure ouverte par le MPC contre un ancien commandant militaire du *United Liberation Movement of Liberia for Democracy* (ULIMO) soupçonné de crimes de guerre et mentionnée dans la Chronique précédente⁹⁰, le TPF a confirmé la prolongation de la détention préventive en raison du risque de fuite et de collusion⁹¹. Il est reproché au prévenu d'avoir, entre 1993 et 1995, commis et ordonné des crimes de guerre durant la première guerre civile au Libéria dans le cadre de combats menés contre le *National Patriotic Front of Liberia* (NPFL) de l'ancien président Charles Taylor.

IV. Die Schweiz und das Europäische Strafrecht (von Sabine Gless & Thomas Wahl)

Als zentrale Veränderungen im Berichtsjahr 2017 stechen die Bemühungen um einen verbesserten Schutz der finanziellen Interessen der Europäischen Union hervor. Dies betrifft zum ersten eine Harmonisierung im materiellen Strafrecht der EU-Mitgliedstaaten mit der 2017 erlassenen Richtlinie über die strafrechtliche Bekämpfung von gegen die finanziellen Interessen der Union gerichtetem Betrug.⁹² Zum zweiten wurden die rechtlichen Voraussetzungen für eine Europäische Staats-

87 Rapport du Rapporteur spécial sur les exécutions extrajudiciaires, sommaires ou arbitraires Christof Heyns A/HRC/29/37/Add.2 du 11 mai 2015.

88 MPC, Rapport de gestion 2017, 20 <<https://www.bundesanwaltschaft.ch/mpc/fr/home/taetigkeitsberichte/taetigkeitsberichte-der-ba.html>> (consulté le 3 juillet 2018).

89 TPF RR.2016.278 du 1^{er} mars 2017.

90 GARIBIAN in: Ursula Cassani, Sévane Garibian, Sabine Gless, Christian Sager & Thomas Wahl, « Chronique de droit pénal suisse dans le domaine international, Schweizerische Praxis zum Strafrecht im internationalen Umfeld (2016) », 27 *Swiss Rev. Int'l & Eur. L.* (2017), 415–446, 433.

91 TPF BH.2017.8 du 25 octobre 2017.

92 Richtlinie (EU) 2017/1371, ABL L 198, 28.07.2017, 29, auch «PIF-Richtlinie» genannt.

anwaltschaft geschaffen. In beiderlei Hinsicht stellt sich für die Schweiz nun vor allem die praktische Frage nach der Kooperation mit der EU und ihren Mitgliedstaaten in der Zukunft.

Die neuere Entwicklung in der EU hat aus Sicht der Schweiz eine interessante rechtshistorische Komponente. Denn die Eidgenossenschaft kann eine erfolgreiche Vereinheitlichung von materiellem und prozessuellem Recht vorweisen, von der die EU durchaus lernen kann.⁹³ Letztlich steht die EU vor ähnlichen Fragestellungen, auf welche die Schweiz bei Einführung der Bundesanwaltschaft Antworten finden musste: Welcher Grad an Harmonisierung von Strafrecht und Strafprozessrecht ist für die angemessene Verfolgung von Straftaten erforderlich, die den gesamten Staatenverbund betreffen? Wie kann eine gemeinsame Strafverfolgungsbehörde in ein (föderales) System mit unterschiedlichen Prozessordnungen, unterschiedlichen Sprachen und unterschiedlichen Rechtskulturen gezogen werden?

A. Vision einer Europäischen Staatsanwaltschaft?

Die Parallele bei der Einrichtung von föderalen Staatsanwaltschaften hat man auf dem langen und schwierigen Weg zu einer Europäischen Staatsanwaltschaft (EUSTa) immer wieder gezogen. Bereits seit einigen Jahren forderten Stimmen in Politik und Literatur eine EU-Instanz, die zentral durch konsequente Strafverfolgung bestimmte übergeordnete europäische Interessen schützt, insbesondere die finanziellen Interessen der EU.⁹⁴

Mit der Verordnung (EU) 2017/1939⁹⁵ existieren nun die rechtlichen Voraussetzungen für die Errichtung einer EUSTa: Auf zentraler Ebene soll ein Europäischer Generalstaatsanwalt (G-EStA) gemeinsam mit aus jedem teilnehmenden Mitgliedstaat entsandten Europäischen Staatsanwälten (EStA) im Kollegium strategische Fragen und allgemeine Angelegenheiten der Betrugsbekämpfung bestimmen. Sog. ständige Kammern (bestehend aus drei Mitgliedern) überwachen und leiten die Be-

93 GLESS, in: 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)», 24 *Swiss Rev. Int'l & Eur. L. (RSDIE/SZIER)* (2014), 395, 396.

94 MIREILLE DELMAS-MARTY, *Corpus Juris, Introducing Penal Provisions for the Purpose of the Financial Interests of the European Union*, Paris 1997; MIREILLE DELMAS-MARTY & JOHN A.E. VERVAELE, *The Implementation of the Corpus Juris in the Member States*, Antwerpen 2000; EUROPÄISCHE KOMMISSION, *Grünbuch zum strafrechtlichen Schutz der finanziellen Interessen der Europäischen Gemeinschaften und zur Schaffung einer Europäischen Staatsanwaltschaft*, KOM(2001) 715 endg.; FRANZ-HERMANN BRÜNER & HARALD SPITZER, «Der Europäische Staatsanwalt – ein Instrument zur Verbesserung des Schutzes der EU-Finzenzen oder ein Beitrag zur Verwirklichung eines Europas der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts?», *NStZ* 2002, 393 ff.

95 Verordnung (EU) 2017/1939 des Rates vom 12. Oktober 2017 zur Durchführung einer Verstärkten Zusammenarbeit zur Errichtung der Europäischen Staatsanwaltschaft (EUSTa), *ABl. L* 283, 31.10.2017, 1.

trugsbekämpfung in Einzelfällen.⁹⁶ Das echte operative Geschäft liegt aber bei sog. Delegierten Europäischen Staatsanwälten (D-EStA), die an sich komplett in die nationale Hierarchie eingegliedert bleiben und nur zeitweise den Hut eines D-EStA tragen.

B. Rückblick

1. Harmonisierung des materiellen Rechts als Voraussetzung

Der Weg zum EUStA bedurfte vieler Vorbereitungen. Einigkeit herrschte insoweit, dass zunächst das relevante materielle Recht zumindest minimal harmonisiert werden müsse. Die Richtlinie 2017/1371 ist hier ein erster Schritt. Für einen grossen Entwurf eines EU-Strafrechts fehlt es derzeit offensichtlich an politischer Kraft – das gilt im Übrigen auch für das Prozessrecht.

Insofern zielt die EU zwar auf einem ähnlichen Weg, wie ihn die Schweiz historisch gegangen ist, zunächst auf die Vereinheitlichung von materiellem Strafrecht, dann auf die Einrichtung einer übergeordneten Behörde für bestimmte Straftaten. Aber natürlich mit dem grossen Unterschied, dass die EU mit dem verbesserten Schutz ihres Budgets nur einen kleinen Teil des Strafrechts harmonisieren will, während in der Schweiz ein ganzes Strafgesetzbuch geschaffen wurde, das nur wenige Bereiche zunächst noch der kantonalen Regelung überlassen hat, weil in der Eidgenossenschaft ein Wille zur Gesamtharmonisierung bestand, der in der EU heute fehlt. Ferner sind EU-Richtlinien bekanntlich nur hinsichtlich ihres Ziels verbindlich, was die Gefahr der uneinheitlichen Umsetzung in den einzelnen Mitgliedstaaten sowie der späteren uneinheitlichen Strafverfolgung in sich birgt.

2. «Géométrie variable»

Auch im Prozessrecht gehen nicht alle EU-Mitgliedstaaten den gemeinsamen Weg hin zu einer Europäischen Staatsanwaltschaft. Der für die Errichtung der EUStA geltende Rechtsrahmen – die Verordnung (EU) 2017/1939 – wurde nur von 20 der 28 EU-Mitgliedstaaten verabschiedet.⁹⁷ Dieses Vorgehen ermöglicht eine Klausel in

⁹⁶ Gem. Art. 10 Abs. 1 der Verordnung führt der Europäische Generalstaatsanwalt oder einer der Stellvertreter des Europäischen Generalstaatsanwalts oder ein gemäss der Geschäftsordnung der EUStA zum Vorsitzenden benannter Europäischer Staatsanwalt den Vorsitz der Ständigen Kammern. Neben dem Vorsitzenden gehören den Ständigen Kammern zwei ständige Mitglieder an. Die Anzahl der Ständigen Kammern und ihre Zusammensetzung sowie die Aufteilung der Zuständigkeiten zwischen den Kammern tragen den funktionalen Bedürfnissen der EUStA angemessen Rechnung und werden gemäss der Geschäftsordnung der EUStA festgelegt.

⁹⁷ Diese waren: Belgien, Bulgarien, Deutschland, Estland, Finnland, Frankreich, Griechenland, Italien, Kroatien Lettland, Litauen, Luxemburg, Österreich, Portugal, Rumänien, Slovenien, Slowakei, Spanien, Tschechische Republik und Zypern.

der primärrechtlichen Rechtsgrundlage (Art. 86 Abs. 1 AEUV), wonach die Europäische Staatsanwaltschaft auch im besonderen Verfahren der Verstärkten Zusammenarbeit errichtet werden kann.⁹⁸ Die nicht teilnehmenden Staaten teilten sich am Ende in zwei Lager: die einen, wie z.B. Schweden, die in dem ausgehandelten Kompromiss keinen Mehrwert sahen, die anderen, wie z.B. Polen oder Ungarn, die ihn als zu weitgehenden Eingriff in ihre Strafrechtsordnung und Wirtschaftspolitik betrachteten.⁹⁹ Das Vereinigte Königreich, Irland und Dänemark stehen der Strafrechtsintegration nach dem Lissabonner Vertrag von Grund auf skeptisch gegenüber und sind aufgrund opt-in- bzw. opt-out-Regelungen nicht dabei. Auch wenn sich inzwischen mit den Niederlanden und Malta zwei weitere Staaten angeschlossen haben,¹⁰⁰ kann die neue EU-Behörde nicht im gesamten Unionsraum agieren.

Diese Begrenzung in territorialer Hinsicht, die «*géométrie variable*», führt speziell für die EUStA zu neuen Herausforderungen: Neben der Umsetzung des neuen Rechtsrahmens in den teilnehmenden Mitgliedstaaten bedarf es eines Kooperationsrahmens für die nicht teilnehmenden Mitgliedstaaten. Hier bleibt zunächst das bestehende System für den EU-Finanzschutz bestehen, in dem insbesondere das Europäische Amt für Betrugsbekämpfung (OLAF) wichtige Untersuchungs- und Koordinierungsaufgaben wahrnimmt. Dies bringt Folgeprobleme mit sich, insbesondere mit Blick auf die Kooperation zwischen EUStA und OLAF.¹⁰¹ Ferner ist zu entscheiden, wie die Zusammenarbeit zwischen der EUStA und Staaten ausserhalb der Europäischen Union (Drittstaaten) aussehen soll. Für die Schweiz ist insbesondere die letztgenannte Frage von praktischer Bedeutung (unten D.).

C. Perspektiven

Die Errichtung einer EUStA bedeutet zwar, dass eine neue europäische Behörde eingerichtet wird. Deren Unterbau besteht letztlich aber aus nationalen Behördenmitgliedern. Es bleibt damit bei einer weitgehenden Autonomie nationaler Strafprozessrechtsordnungen, die durch enge Verzahnung der D-EStA mit der neu geschaffenen Behörde bereichsspezifisch «europäisiert» wird.

98 Vgl. GLESS, *supra* Fn. 93, S. 397.

99 Zum Spannungsverhältnis schon GLESS, a.a.O. Zu den unterschiedlichen Positionen THOMAS WAHL, «European Public Prosecutor's Office – On the Way to Enhanced Cooperation», *eucri* 2017, 12 f.

100 Siehe THOMAS WAHL, «Netherlands and Malta Join EPO», *eucri* 2018, 85 f.

101 Zur Zusammenarbeit mit OLAF vgl. nun den Vorschlag der Kommission COM(2018) 338 final. Zusammenfassend hierzu KOEN BOVEND'EERDT, «The Commission Proposal Amending the OLAF Regulation», *eucri* 2018, 73 ff.

1. Zuständigkeiten und Struktur

Aufgabe der EUStA ist die strafrechtliche Untersuchung und Verfolgung sowie Anklageerhebung in Bezug auf Personen, die Straftaten zum Nachteil der finanziellen Interessen der Union im Sinne der Richtlinie (EU) 2017/1371 und untrennbar damit verbundene Straftaten begangen haben. Hierzu führt die EUStA Ermittlungen, ergreift Strafverfolgungsmassnahmen und nimmt vor den zuständigen Gerichten der Mitgliedstaaten die Aufgaben der Staatsanwaltschaft wahr, bis das Verfahren endgültig abgeschlossen ist.¹⁰² Die EUStA bleibt deshalb vorerst eine Behörde, die nur spezifisch im Bereich des EU-Finanzschutzes agiert.¹⁰³

Die Kommission hatte sich selbst in ihrem Vorschlag zur Errichtung einer EUStA gegen eine zentrale Superbehörde ausgesprochen, und stattdessen mit Rücksicht auf Souveränitätsbedenken und nationale Strafrechtsordnungen eine dezentrale, aber hierarchisch organisierte EUStA vorgeschlagen:¹⁰⁴ Die EUStA sollte die Strafverfolgung zentral koordinieren und lenken, während «abgeordnete europäische Staatsanwälte» in den einzelnen Mitgliedstaaten grundsätzlich die erforderlichen Ermittlungs- und Strafverfolgungsmassnahmen durchführten.¹⁰⁵

Diesem Ansatz sind die Mitgliedstaaten am Ende nicht ganz gefolgt. Die EUStA wird zwar eine Einrichtung der Union und besitzt Rechtspersönlichkeit.¹⁰⁶ Die abschliessende Verordnung unterscheidet jedoch nun stärker zwischen der zentralen und dezentralen Ebene. Auf zentraler Ebene soll ein Europäischer Generalstaatsanwalt (G-EStA) die Behörde leiten. Jeder teilnehmende Mitgliedstaat entsendet einen Europäischen Staatsanwalt (EStA) in die zentrale Dienststelle,¹⁰⁷ um als Bindeglied und Vermittler zwischen der EUStA und den nationalen Staatsanwälten zu fungieren. Das Kollegium, bestehend aus G-EStA und den EStA aus den Mitgliedstaaten, ist strategisches Leitungsorgan. Die im Kommissionsvorschlag vorgesehene Leitungs-, Weisungs- und Koordinierungsbefugnis der EUStA hinsichtlich

102 Siehe Art. 4 der VO 2017/1939.

103 Zur möglichen Ausdehnung der Zuständigkeit auf andere schwere Straftaten mit grenzüberschreitender Dimension siehe Art. 86 Abs. 4 AEUV. Zur rechtspolitischen Diskussion hierzu COSTANZA DI FRANCESCA MAESA, «Repercussions of the Establishment of the EPPO via Enhanced Cooperation», eucrim 2017, 156, 158 f. Zum jüngsten Vorschlag der Kommission, das Mandat der EUStA auf die Bekämpfung des internationalen Terrorismus zu erweitern, siehe T. WAHL, «COM Communication Extending EPPO Competence», eucrim 2018, 86.

104 COM(2013) 534 final.

105 Siehe insbes. Erwägungsgründe 12, 13 des Kommissionsvorschlages (vorige Fn.) sowie GLESS, Fn. 93, supra Fn. 93, 397.

106 Art. 2 VO 2017/1939.

107 Die zentrale Dienststelle wird in Luxemburg sein.

Ermittlungs- und Strafverfolgungsmassnahmen auf nationaler Ebene liegt nun bei den sog. Ständigen Kammern.¹⁰⁸

Auf nationaler Ebene führen sog. Delegierte Europäische Staatsanwälte (D-EStAe) die operativen Geschäfte. Das ähnelt zwar dem Kommissionsmodell der «abgeordneten europäischen Staatsanwälte», die D-EStAe haben jedoch grössere Autonomie und Entscheidungskompetenz. Aufrechterhalten bleibt das von der Kommission vorgeschlagenen «Doppelhut-Modell»: Die D-EStAe sind integraler Bestandteil der EUStA, d.h., sie handeln ausschliesslich im Auftrag und im Namen der EUStA im Hoheitsgebiet ihres jeweiligen Mitgliedstaats, bleiben aber ungeachtet dessen während ihrer Amtszeit Mitglieder der Staatsanwaltschaft ihres Mitgliedstaats, d.h. Staatsanwalt oder Mitglied der Richterschaft.¹⁰⁹ Damit soll gewährleistet werden, dass sie alle von ihren Mitgliedstaaten eingeräumten Befugnisse wie nationale Staatsanwälte haben, insbesondere im Hinblick auf die Vornahme von Zwangsmassnahmen, die Anklageerhebung und die Vertretung der Anklage vor Gericht.

Die VO (EU) 2017/1939 weicht vom Kommissionsvorschlag ferner insofern ab, als der Kommissionsvorschlag eine ausschliessliche Zuständigkeit der EUStA für die Ermittlung und Verfolgung von Straftaten zum Nachteil der finanziellen Interessen der Union vorsah. Die Verordnung geht aber vom Prinzip der geteilten Zuständigkeit aus. Dies erfordert Bestimmungen zur Abgrenzung zwischen einer europäischen und nationalen Strafverfolgung sowie zur Fallallokation. Praktisch bedeutet das erhebliche Meldungs-, Registrierungs- und Prüfpflichten der nationalen Behörden, bevor entschieden werden kann, ob ein Fall in den Zuständigkeitsbereich der EUStA fällt.¹¹⁰ Die EUStA übt ihre Zuständigkeit entweder durch Einleitung eines Ermittlungsverfahrens¹¹¹ oder über ein Evokationsrecht¹¹² aus.¹¹³ Die Ausübung der Zuständigkeit sowie das Evokationsrecht wird jedoch begrenzt, wobei wiederum Wertg-

108 Gem. Art. 10 Abs. 1 der Verordnung führt der Europäische Generalstaatsanwalt oder einer der Stellvertreter des Europäischen Generalstaatsanwalts oder ein gemäss der Geschäftsordnung der EUStA zum Vorsitzenden benannter Europäischer Staatsanwalt den Vorsitz der Ständigen Kammern. Neben dem Vorsitzenden gehören den Ständigen Kammern zwei ständige Mitglieder an.

109 Dies erfordert, dass ihnen im Rahmen dieser Verordnung ein funktional und rechtlich unabhängiger Status gewährt wird, der sich von einem Status nach nationalem Recht unterscheidet (siehe Erwägungsgrund 32 der VO). Zu Problemen der Integration des D-EStA in Systemen mit vorherrschender Stellung des Ermittlungsrichters, siehe PAULINE DUBARRY & EMMANUELLE WACHENHEIM, «La naissance d'un Parquet européen – les enjeux de sa mise en œuvre en France», *eu crim* 2018, 121 ff.; DAVID VILAS ÁLVAREZ, «The EPPO Implementation – A Perspective from Spain», *eu crim* 2018, 124 ff.

110 Vgl. näher Art. 24 der VO 2017/1939.

111 Vgl. Art. 26 VO 2017/1939.

112 Vgl. Art. 27 VO 2017/1939.

113 Dieses System hat Vorbilder im europäischen Kartellrecht. Dazu THOMAS WAHL, «Kartellverfahren», in: U. Sieber, H. Satzger & B. von Heintschel-Heinegg (Hrsg.), *Europäisches Strafrecht*, 2. Aufl., Baden-Baden 2014, § 7, Rn. 5, 88.

renzen des Schadens zum Nachteil der finanziellen Interessen der EU eine Rolle spielen.¹¹⁴

2. Fehlende Prozessrechtsvereinheitlichung

Bereits die Kommission hatte in ihrem Vorschlag darauf verzichtet, ein eigenständiges (europäisches) Prozessrecht für Ermittlungsmassnahmen der EUStA zu entwickeln, welche im gesamten europäischen Rechtsraum unmittelbare Wirkung entfaltet hätte oder – dem früheren schweizerischen Modell entsprechend¹¹⁵ – es der EUStA erlaubt hätte, die nach einem nationalen Recht bestehenden Eingriffsrechte auch in einer anderen Rechtsordnung anzuwenden. Die Kommission hatte eine Zwischenlösung vorgeschlagen:¹¹⁶ Der EUStA hätte ein Katalog von 21 Ermittlungsmassnahmen zur Verfügung gestanden, die sie in jedem Mitgliedstaat hätten anwenden können. Die VO (EU) 2017/1939 streicht diesen Katalog auf sechs Massnahmen zusammen und verpflichtet die Mitgliedstaaten auf diese Massnahmen nur, wenn eine Straftat zum Nachteil der EU-Finanzinteressen mit einer Freiheitsstrafe im Höchstmass von mindestens 4 Jahren bedroht ist.¹¹⁷ Allerdings werden die Möglichkeiten der Mitgliedstaaten eingeschränkt, solche Massnahmen weiteren Bedingungen und Beschränkungen zu unterwerfen. Insofern kann man von einer Teilharmonisierung auf dem kleinsten gemeinsamen Nenner sprechen.

Schliesslich ging der Kommissionsvorschlag von der Prämisse eines einheitlichen europäischen Rechtsraumes und eines einheitlichen europäisch geführten Ermittlungsverfahrens aus. Sollten Ermittlungsmassnahmen in verschiedenen europäischen Staaten vorgenommen werden, sah der ursprüngliche Vorschlag nur vor, dass die «abgeordneten europäischen Staatsanwälte» eng kooperieren müssen und der jeweilige zuständige «abgeordnete europäische Staatsanwalt» für die Durchführung einer Ermittlungsmassnahme in seinem Heimatstaat verantwortlich ist.¹¹⁸ Flankiert wurde dieser Ansatz von der Idee eines freien Beweisverkehrs, d.h., das Prozessgericht hätte alle von der EUStA beigebrachten Beweismittel ohne Validierung oder ein sonstiges rechtliches Verfahren für zulässig erachten müssen.¹¹⁹ Wenn das innerstaatliche Recht des Mitgliedstaats, in dem das zuständige Gericht seinen Sitz hat,

114 Siehe Art. 25 Abs. 2, Art. 27 Abs. 8 VO 2017/1939.

115 SABINE GLESS, «*Aus 29 mach 1*: Vereinheitlichung der Strafprozessordnungen in der Schweiz», 113 Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft (2001), 419.

116 BERND KILLMANN & MARGARETE HOFMANN, «Perspektiven für eine Europäische Staatsanwaltschaft», in: U. Sieber, H. Satzger & B. von Heintschel-Heinegg (Hrsg.), *Europäisches Strafrecht*, 2. Aufl., Baden-Baden 2014, § 48, Rn. 35.

117 Vgl. Art. 30 Abs. 1 VO 2017/1939.

118 Vgl. Art. 18 Abs. 2 und 3 COM(2013) 534.

119 Siehe auch KILLMANN & HOFMANN, *supra* Fn. 116, Rn. 36; MARK A. ZÖLLER, «Europäische Staatsanwaltschaft», in: M. Böse (Hrsg.), *Europäisches Strafrecht mit polizeilicher Zusammenarbeit*, Baden-Baden 2013, § 21, Rn. 94.

andere Vorschriften für die Erhebung oder Beibringung dieser Beweismittel vorsah, sollte das unbeachtlich sein. Das Prozessgericht hätte lediglich eine «Fairness-Prüfung» durchführen und insbesondere kontrollieren können, ob sich der Beweis-transfer nicht negativ auf Verteidigungsrechte auswirkt, wie sie in den Artikeln 47 und 48 der Charta der Grundrechte der Europäischen Union verankert sind.¹²⁰

Die abschliessende VO (EU) 2017/1939 hält die Prämisse eines einheitlichen europäischen Rechtsraumes jedoch nicht mehr aufrecht, sondern betont die Autonomie der einzelstaatlichen Prozessordnungen. Für grenzüberschreitende Fälle etabliert die Verordnung deshalb einen Kooperationsmechanismus für die Beweiserhebung zwischen dem sog. «betrauten», d.h. verfahrensführenden D-EStA und dem «unterstützenden» D-EStA, der in einem anderen Mitgliedstaat ansässig ist. Das gewählte Kooperationsmodell weicht vom bisherigen, in der EU vorherrschenden Modell der gegenseitigen Anerkennung justizieller Entscheidungen ab und kann als Modell *sui generis* bezeichnet werden.¹²¹ Der betraute D-EStAe entscheidet über die erforderlichen Massnahmen und die anderen D-EStAe in den teilnehmenden Mitgliedstaaten verpflichten sich, die ihnen zugewiesenen Massnahmen durchzuführen. Grundsätzlich richtet sich die Zweck- und Rechtmässigkeit der Ermittlungsmassnahme nach dem Ortsrecht des betrauten D-EStAe.¹²² Konfligierende oder weitergehende Voraussetzungen nach dem Recht des Ausführungsstaates sind daher zunächst unbeachtlich.¹²³ Eine Ausnahme gilt jedoch für Richtervorbehalte, wofür die Verordnung recht komplizierte Regeln festlegt, welches mitgliedstaatliche Recht anzuwenden ist, falls eine Massnahme einer richterlichen Genehmigung bedarf. Die unterstützenden D-EStAe haben ferner beschränkte Möglichkeiten, die Durchführung der Ermittlungsmassnahme abzulehnen, insbesondere dann, wenn sich mit einer alternativen, weniger eingreifenden Massnahme dieselben Ergebnisse wie mit der zugewiesenen Massnahme erreichen liessen oder die zugewiesene Massnahme nach dem Recht seines Mitgliedstaats nicht existiert oder in einem vergleichbaren innerstaatlichen Fall nicht zur Verfügung stünde.¹²⁴

Die Neujustierung grenzüberschreitender Zusammenarbeit innerhalb des Regimes der EUStA geht darüber hinaus nicht mit detaillierten Regelungen zur Verwertung eines in einem Mitgliedsstaat erlangten Beweismittels vor dem Prozessgericht eines anderen Mitgliedstaates einher. Art. 37 Abs. 1 der Verordnung stellt lediglich apodiktisch fest, dass die von den Staatsanwälten der EUStA oder von dem Angeklag-

120 Vgl. Art. 30 sowie Erwägungsgrund 32 COM(2013) 534. Kritisch zum Ansatz eines freien Beweisverkehrs SABINE GLESS, «Die Verkehrsfähigkeit von Beweisen im Strafverfahren», 115, Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft (2003), 131, 148.

121 PETER CSONKA, ADAM JUSZCZAK & ELISA SASON, «The Establishment of the European Public Prosecutor's Office», *eucri* 2017, 125, 129.

122 Art. 31 Abs. 2 Satz 2 VO 2017/1939.

123 DOMINIK BRODOWSKI, «Die Europäische Staatsanwaltschaft – eine Einführung», *StV* 2017, 690.

124 Art. 31 Abs. 5 VO 2017/1939.

ten vor einem Gericht beigebrachten Beweismittel nicht allein deshalb als unzulässig abgelehnt werden dürfen, weil sie in einem anderen Mitgliedstaat oder nach dem Recht eines anderen Mitgliedstaats erhoben wurden. Welche Schlussfolgerungen daraus für die Praxis zu ziehen sind, ist noch weitgehend ungeklärt. Ist ein Beweiszulassungsverfahren in dem prozessführenden Staat weiterhin zulässig? Wenn ja, welcher Prüfungsmassstab ist anzuwenden? Können die Verfahrensregeln des Forumstaates zur Unzulässigkeit des Beweismittels führen? Ergeben sich aus europäischem Recht Einschränkungen für die Annahme eines Beweisverwertungsverbots?

Für die Frage der Beweisverwertbarkeit dürfte es auch entscheidend sein, inwieweit während der Ermittlungen – ggf. in verschiedenen Staaten – ein einheitlicher Schutz der Verfahrens- und Verteidigungsrechte Beschuldigter gewährleistet wird. Die Verordnung enthält zwar einige Leitprinzipien für die Ermittlungen der EUStA,¹²⁵ allerdings besteht *in concreto* eine starke Rückkopplung zu den nationalen Prozessrechtssystemen. Für die Verteidigungsrechte beispielsweise verweist die Verordnung auf die Richtlinien zur Stärkung der Verfahrensrechte beschuldigter oder verdächtiger Personen im Strafverfahren sowie auf die jeweiligen in dem nationalen Recht vorgesehenen Garantien, nach dem der EUStA seine Tätigkeit ausübt.¹²⁶ Ob diese Verweise ausreichen, um in der Praxis ein einheitliches, diskriminierungsfreies und faires Ermittlungsverfahren der EUStA durchzuführen, erscheint fraglich. Vielmehr sind erhebliche Friktionen zu erwarten.

Zwar bringen die Verfahrensrechtsrichtlinien eine Teilharmonisierung auf dem Gebiet des Strafprozessrechts mit sich, allerdings ist zu beachten, dass die Richtlinien nur Teilbereiche prozessualer Garantien regeln, die zudem von den EU-Staaten als weitgehend unproblematisch erachtet worden sind.¹²⁷ Ferner legen die Richtlinien nur einen Mindeststandard fest. Sie enthalten häufig Ausnahmeklauseln oder Optionsofferten, was der bereits jetzt bestehenden Rechtszerplitterung Vorschub leistet.¹²⁸ Dies liegt auch daran, dass Mitgliedstaaten bei Umsetzung von EU-Richtlinien häufig Umsetzungsspielräume nutzen oder diese sogar überdehnen. Der blosser Verweis auf das jeweilige nationale Recht desjenigen Mitgliedstaates, in dem die Ermittlungshandlung durchgeführt wird, begünstigt schliesslich Ungleichbehandlungen, insbesondere dann, wenn multinationale Ermittlungen gegen einen Beschuldigten oder vergleichbare Strafverfahren gegen mehrere Beschuldigte in mehreren

125 Vgl. Art. 5 und Erwägungsgrund 65 VO 2017/1939.

126 Art. 41 VO 2017/1939.

127 Zu den einzelnen Richtlinien GLESS, Fn. 93; GLESS & WAHL, in: Ursula Cassani, Sévane Garibian, Sabine Gless, Christian Sager & Thomas Wahl, «Chronique de droit pénal suisse dans le domaine international (2016)», Schweizerische Praxis zum Strafrecht im internationalen Umfeld (2016)», 27 *Swiss Rev. Int'l & Eur. L.* (2017), 415, 441 ff.

128 THOMAS WAHL, «Fair trial and defence rights», in: R. Sicurella, V. Mitsilegas, R. Parizot & A. Lucifora (Hrsg.), *General principles for a common criminal law framework in the EU – a guide for legal practitioners*, Mailand 2017, 105 ff.

Mitgliedstaaten durchgeführt werden.¹²⁹ Vor diesem Hintergrund eines weiterhin bestehenden fragmentarisierten Systems des Prozessrechts stellen sich deshalb Fragen eines – ggf. stärker institutionalisierten – Gegengewichts auf Verteidigerseite, die bereits nach Etablierung des Europäischen Haftbefehls diskutiert worden sind.¹³⁰

D. Zusammenarbeit mit der Schweiz

Für die Schweiz zeitigt die VO (EU) 2017/1939 mangels Schengen-Relevanz zwar keine unmittelbaren Wirkungen. Vielmehr wird die Schweiz wie ein Staat ausserhalb der EU (Drittstaat) behandelt. Für die künftigen Beziehungen der EUStA zu Drittstaaten gibt Art. 104 der Verordnung den Rahmen vor. Für die zukünftige Arbeit der EUStA ist es aber wichtig, ein möglichst kohärentes internationales Rechtshilfe-regime in Strafsachen zu etablieren, um überall nach möglichst ähnlichen Bedingungen Beweise zu sammeln oder Vermögenswerte einzufrieren resp. einzuziehen.

Zu diesem Zwecke kann die EUStA selbst Arbeitsvereinbarungen mit Behörden in Drittländern schliessen, mithilfe derer der Austausch strategischer Informationen (was den Austausch personenbezogener Daten in Einzelfällen ausschliesst) und die Entsendung von Verbindungsbeamten zur EUStA geregelt werden kann. Ausgerichtet am operativen Bedarf kann die EUStA im Einvernehmen mit den betroffenen zuständigen Behörden auch Kontaktstellen in Drittländern benennen.¹³¹

Für die eigentliche Rechtshilfe favorisiert die Verordnung die Bindung der EUStA an spezifische Verträge, welche die EU mit Drittstaaten zum Zwecke grenzüberschreitender Strafverfolgung geschlossen hat.¹³² Mit der Schweiz käme das Betrugsbekämpfungsabkommen (BBA) mit der Europäischen Gemeinschaft vom 26.10.2004 in Betracht.¹³³ Es ist auf die europäische Betrugsbekämpfung zugeschnitten und erleichtert die Rechts- und Amtshilfe zwischen der Schweiz und der EU und deren Mitgliedstaaten in diesem Bereich.¹³⁴

Allerdings stellen sich noch einige Probleme, die die Schweiz und die EU gemeinsam lösen müssen: Ist eine automatische Erstreckung auf die EUStA als supranationale Strafverfolgungsbehörde möglich (wovon wohl die Verordnung ausgeht) oder bedarf es der Zustimmung durch den Vertragspartner Schweiz? Sollte das BBA bis zur Aufnahme der Tätigkeit der EUStA (voraussichtlich Ende 2020) noch nicht von

129 FRANÇOIS FALETTI, «The European Public Prosecutor's Office and the Principle of Equality», eucrim 2017, 25 ff.

130 Ausführlich hierzu JÖRG ARNOLD, Grenzüberschreitende Strafverteidigung in Europa, Berlin 2015.

131 Art. 104 Abs. 1 und 2 VO 2017/1939.

132 Art. 104 Abs 3 VO 2017/1939.

133 <<https://www.admin.ch/opc/de/classified-compilation/20042084/index.html>>.

134 Siehe SABINE GLESS, «Hauptteil III: Übereinkommen der EU» in: W. Schomburg, O. Lagodny, S. Gless & T. Hackner (Hrsg.), Internationale Rechtshilfe in Strafsachen, 5. Aufl., München 2012, III B 2b.

allen EU-Staaten ratifiziert sein (derzeit fehlt noch die Ratifikation durch Irland), ist das BBA dann auch auf die EUStA erstreckbar, obwohl nicht alle (an der EUStA teilnehmenden) EU-Staaten die vorläufige Anwendbarkeit erklärt haben (wie z.B. Italien und Griechenland)? Müssen die Wertgrenzen für minder schwere Fälle, für die das BBA nicht anwendbar ist (siehe Art. 3 BBA), angepasst werden (insbesondere weil sie von den *de minimis*-Wertgrenzen für die Zuständigkeit der EUStA abweichen¹³⁵)? Können die D-EStAe auch in ihrer Funktion als nationale Staatsanwälte/Richter Rechtshilfeersuchen an die Schweiz stellen?¹³⁶ Inwieweit sind noch zusätzliche Vereinbarungen notwendig, damit etwa aufgrund der gesonderten Vererinerbarungen zu Vor-Ort-Kontrollen des OLAF Beweistransfers zur EUStA als zulässig erachtet werden können?¹³⁷ Inwieweit müssen noch weitere Rechtshilfeverträge der Schweiz mit den EU-Mitgliedstaaten¹³⁸ ergänzt werden und wenn ja, welches Verfahren ist anzuwenden?¹³⁹ Können diese Verträge nach dem Prinzip der Meistbegünstigung¹⁴⁰ noch angewandt werden?

Auch der umgekehrte Fall, d.h. die Erlangung von Beweismitteln von der EUStA durch die Behörden der Schweiz, wird nach Aufnahme der Tätigkeit der EUStA interessant werden. Die Verordnung sieht hierzu vor, dass die EUStA den zuständigen Behörden von Drittländern oder internationalen Organisationen auf Ersuchen Informationen oder Beweismittel, die sich bereits im Besitz der EUStA befinden, für Ermittlungszwecke oder für die Verwendung als Beweismittel bei strafrechtlichen Ermittlungen bereitstellen kann. Nach Konsultation der Ständigen Kammer entscheidet der betraute Delegierte Europäische Staatsanwalt über jede derartige Übermittlung von Informationen oder Beweismitteln nach dem nationalen Recht seines Mitgliedstaats und nach der VO (EU) 2017/1939.¹⁴¹ Danach ist die Übermittlung von Informationen an Drittstaaten durch die EUStA in mehrfacher Hinsicht eingeschränkt. Für die Rechtshilfe mit der Schweiz führt diese zu einem Problem der Gegenseitigkeit – einem grundlegenden Prinzip der Rechtshilfe. Denn die Schweiz könnte verpflichtet sein, an die EUStA nach dem BBA «mehr» zu geben, als sie in einem gleichgelagerten, umgekehrten Fall erhalte.

135 Im Umkehrschluss zu Art. 25 Abs. 2 VO 2017/1939 soll die EUStA ihre Zuständigkeit an Stelle der mitgliedstaatlichen Strafverfolgung ausüben, wenn der Schaden mehr als 10 000 EUR zum Nachteil der finanziellen Interessen der Union beträgt.

136 Zum zugrunde liegenden Doppelhut-Modell, s.o. IV.C.2.

137 Zu diesen Sondervereinbarungen mit OLAF, GLESS, supra, Fn. 134, Rn. 5.

138 Zu denken ist insbesondere an das multilaterale Mutterübereinkommen, d.h. das Rechtshilfeübereinkommen des Europarats von 1959 sowie bilaterale Rechtshilfeverträge der Schweiz, z.B. mit Deutschland.

139 Diese Frage stellt sich insbesondere deshalb, weil weder die EU noch die EUStA, sondern nur Staaten Vertragsparteien der Abkommen sind. Eine einseitige Erklärung der EU gegenüber dem Europarat im Hinblick auf das Abkommen von 1959 dürfte deshalb nicht ausreichen.

140 Danach ist Rechtshilfe grundsätzlich nach den günstigsten Bestimmungen in einer bilateralen oder multilateralen Übereinkunft zu leisten (siehe auch Art. 25 Abs. 2 BBA).

141 Art. 104 Abs. 6 VO 2017/1939.

