

---

# Chronique de droit pénal suisse dans le domaine international (2012) Schweizerische Praxis zum Strafrecht im internationalen Umfeld (2012)

par **Ursula Cassani**,<sup>1</sup> **Sabine Gless**,<sup>2</sup> **Regula Echle**,<sup>3</sup> **Sévane Garibian**<sup>4</sup> & **Christian Sager**<sup>5</sup>

## Table des matières / Inhaltsverzeichnis

- I. Les instruments internationaux en matière pénale et leur transposition en droit suisse (par Ursula Cassani)
  - A. La mise en œuvre des conventions et normes internationales en matière de blanchiment d'argent
  - B. La mise en œuvre de la Convention du Conseil de l'Europe sur la lutte contre la traite des êtres humains
  - C. L'approbation et la mise en œuvre de la Convention sur les armes à sous-munitions
  - D. Le Message du Conseil fédéral sur l'approbation et la mise en œuvre de la Convention de Lanzarote
  - E. L'avant-projet concernant la Convention internationale pour la protection de toutes les personnes contre les disparitions forcées
  - F. L'avant-projet concernant l'extension de l'entraide judiciaire en matière fiscale
  - G. Les instruments bilatéraux
- II. Die Schweiz und Europäisches Strafrecht (von Sabine Gless und Regula Echle)
  - A. Einleitung
  - B. Beispiel: Strafbarkeit von Insidergeschäften
  - C. Beispiel: Opferschutz im Strafprozess
  - D. Fazit
- III. Internationale Rechtshilfe in Strafsachen: Aus der Praxis der Gerichte der Schweizerischen Eidgenossenschaft (von Christian Sager)
  - A. Auslieferung
  - B. Akzessorische Rechtshilfe

<sup>1</sup> Professeure ordinaire, Université de Genève, Membre du comité de rédaction.

<sup>2</sup> Ordinaria, Universität Basel.

<sup>3</sup> MLaw, Universität Basel.

<sup>4</sup> Maître-assistante boursière d'excellence à l'Université de Genève, chargée d'enseignement à l'Université de Neuchâtel.

<sup>5</sup> Dr. iur., LL.M. (Cambridge), wissenschaftlicher Mitarbeiter 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 Bundesamts für Justiz.

- IV. La coopération avec les juridictions pénales internationales (par Sévane Garibian)
- A. La compétence universelle du juge suisse en matière de crime de guerre
  - B. L'extension du champ d'application de la loi fédérale relative à la coopération avec les tribunaux pénaux internationaux
  - C. L'entrée en vigueur de l'Accord sur les privilèges et immunités de la Cour pénale internationale
  - D. Divers

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

L'actualité de l'année 2012 a été marquée par les modifications adoptées ou proposées du droit pénal suisse dans le domaine de la lutte contre le blanchiment d'argent et l'entraide en matière fiscale. Ce processus, lancé sous la pression d'un contexte international de plus en plus hostile aux particularismes helvétiques, est encore inachevé et risque de devenir le *leitmotiv* des chroniques à venir.

### **A. La mise en œuvre des conventions et normes internationales en matière de blanchiment d'argent**

#### **1. Création de crimes sous-jacents dans le domaine boursier (mise en œuvre des recommandations du GAFI de 2003)**

La provenance des avoirs d'une infraction préalable est un élément essentiel de la définition du blanchiment d'argent. Les normes internationales sont relativement souples à cet égard, de sorte que l'approche du droit suisse, qui réserve l'application du blanchiment aux infractions érigées en crimes (art. 305<sup>bis</sup> et art. 10 al. 2 CP<sup>6</sup>) est en principe suffisante. Toutefois, depuis leur version de 2003, les *recommandations du Groupe d'action financière (GAFI)* contiennent, dans leur Glossaire, une liste de catégories désignées d'infractions sous-jacentes au blanchiment, parmi lesquelles se trouvent « *les délits d'initiés et la manipulation de marchés* ». Or, l'exploitation de la connaissance de faits confidentiels (art. 161 aCP<sup>7</sup>) et la manipulation de cours (art. 161<sup>bis</sup> aCP) constituaient en droit suisse de simples délits, de sorte que le blanchiment

<sup>6</sup> Code pénal suisse du 21 décembre 1937, R.S. 311.0.

<sup>7</sup> L'abréviation « aCP » vise, en l'espèce, les dispositions du Code pénal en vigueur jusqu'au 30 avril 2013.

d'argent leur était inapplicable. Ce nonobstant, le législateur suisse, sous la pression des milieux financiers, avait renoncé à créer des crimes en matière boursière dans le cadre de la mise en œuvre des recommandations du GAFI de 2003.<sup>8</sup>

La révision de la loi fédérale sur les bourses et le commerce des valeurs mobilières (LBVM), adoptée le 28 septembre 2012<sup>9</sup> et entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> mai 2013, a finalement permis l'introduction d'infractions préalables au blanchiment d'argent. A cette occasion, les dispositions précitées du code pénal ont été remplacées par les art. 40 LBVM (exploitation d'informations d'initiés) et 40a LBVM (manipulation de cours). Les nouvelles dispositions mettent en œuvre des modifications sur divers points, dans le but de faciliter l'application de ces infractions restées quasiment lettre morte. Par ailleurs, les deux infractions ont été dotées de circonstances aggravantes réprimées comme crimes et passibles d'une peine privative de liberté de cinq ans (art. 40 al. 2 LBVM; art. 40a al. 2 LBVM). Dans les deux cas, c'est l'obtention d'un avantage pécuniaire de plus d'un million de francs qui transforme le délit en crime. Cette limite paraît à la fois très élevée et difficile à manier, en tous les cas pour l'intermédiaire financier qui doit déterminer dans quelle mesure une opération de son client dépasse le seuil légal, ce qui l'obligerait à communiquer ses soupçons au Bureau de communication en matière de blanchiment d'argent (MROS) en vertu de l'art. 9 LBA.<sup>10</sup>

Cette définition très restrictive du crime paraît néanmoins suffisante au regard des exigences découlant des recommandations du GAFI, dont le Glossaire précise que « [l]orsqu'il détermine la gamme des infractions constituant des infractions sous-jacentes dans chacune des catégories énumérées ci-dessus, chaque pays peut décider, conformément à son droit interne, comment il définira ces infractions et la nature de tout élément particulier de ces infractions qui en fait des infractions graves ». Les législateurs nationaux disposent donc d'une large marge de manœuvre, ce d'autant plus que les normes du GAFI, quand bien même elles s'imposent par des mécanismes incitifs, relèvent de la *soft law*.

<sup>8</sup> Loi fédérale sur la mise en œuvre des recommandations révisées du Groupe d'action financière du 3 octobre 2008 (RO 2009 361; FF 2007 5919).

<sup>9</sup> Loi fédérale sur les bourses et le commerce des valeurs mobilières (LBVM), modification du 28 septembre 2012 (RO 2013 1103), en vigueur depuis le 1<sup>er</sup> mai 2013; Message relatif à la révision de la loi sur les bourses (délits boursiers et abus de marché), du 31 août 2011, FF 2011 6329. Cf. aussi les réflexions sur cette révision de SABINE GLESS et REGULA ECHLE, Sect. II, B (*infra*).

<sup>10</sup> Loi sur le blanchiment d'argent (LBA), du 10 octobre 1997, RS 955.0.

Enfin, l'adaptation du droit suisse aux standards du GAFI sur ce point lève également l'obstacle à la ratification<sup>11</sup> par la Suisse de la *Convention de Varsovie*.<sup>12</sup> Cette dernière déclare à son art. 9 § 4 que la définition de l'infraction sous-jacente doit s'appliquer « aux catégories d'infractions principales visées à l'annexe de la Convention », sans possibilité de formuler une réserve sur ce point.<sup>13</sup> Ladite annexe reproduit la liste de catégories désignées d'infractions sous-jacentes contenue dans le Glossaire des recommandations 2003 du GAFI, qui a ainsi fait son entrée dans le droit dur. Le rapport explicatif de la Convention de Varsovie<sup>14</sup> décrit cependant la marge de manœuvre du législateur national, lorsqu'il détermine l'éventail des infractions dans chacune des catégories, dans des termes quasiment identiques à ceux du GAFI.

## 2. La révision du droit suisse visant à améliorer la coopération de la Suisse dans les cadre du Groupe Egmont

Depuis 2003, les recommandations du GAFI<sup>15</sup> prévoyaient la coopération internationale entre les cellules de renseignements financiers (CRF). Il s'agit des instances nationales, généralement policières, qui sont chargées de recueillir et de traiter les rapports de transactions suspectes provenant des intermédiaires financiers. Les CRF collaborent dans le cadre du « Groupe Egmont » qui compte actuellement 131 membres. En Suisse, le rôle de la cellule de renseignement financier est dévolu au Bureau de communication (MROS).

Se prévalant de la tradition juridique suisse, le Bureau de communication estimait qu'il n'était pas habilité à la transmission de données concrètes de personnes identifiables, cette dernière devant passer par les canaux de l'entraide judiciaire. Pour ce motif, le Groupe Egmont a menacé d'exclure la Suisse, ce qui a conduit l'administration fédérale à préparer et envoyer en procédure de consultation un avant-projet de loi daté du 18 janvier 2012, afin de permettre au Bureau de communication de coopérer plus efficacement avec ses homologues.

<sup>11</sup> En l'état, la Suisse n'a pas encore signé cette convention. Le Message relatif à la modification de la loi sur le blanchiment d'argent du 27 juin 2012 (FF 2012 6449, p. 6471 s.) confirme la volonté de doter la Suisse des dispositions permettant la ratification. La création d'une base légale pour l'échange de renseignements en faveur du Bureau de communication (évoquée ci-dessous, Sect. I, A, 2) va également dans ce sens, même si une réserve sur la disposition topique de la Convention de Varsovie (art. 46) serait possible (Message du Conseil fédéral, *loc. cit.*).

<sup>12</sup> Convention du Conseil de l'Europe relative au blanchiment, au dépistage, à la saisie et à la confiscation des produits du crime et au financement du terrorisme du 16 mai 2005 (STCE 198).

<sup>13</sup> Rapport explicatif, Convention du Conseil de l'Europe relative au blanchiment, au dépistage, à la saisie et à la confiscation des produits du crime et au financement du terrorisme du 16 mai 2005 (STCE 198), ch. 99.

<sup>14</sup> Rapport explicatif (cité note 13), ch. 310.

<sup>15</sup> Recommandation no 40.

La procédure de consultation s'étant achevée le 27 avril 2012, le Conseil fédéral a saisi les Chambres fédérales d'un Message relatif à la modification de la loi sur le blanchiment d'argent le 27 juin 2012.<sup>16</sup> A l'heure où nous écrivons ces lignes, les Chambres fédérales viennent d'adopter la modification législative le 21 juin 2013.<sup>17</sup>

Cette modification habilitera le Bureau de communication à transmettre à ses homologues étrangers des données (art. 30 LBA (nouveau)), à condition que le requérant «s'engage à utiliser les informations transmises exclusivement à des fins d'analyse dans le cadre de la lutte contre le blanchiment d'argent». La réciprocité doit être garantie, ainsi que le respect du secret de fonction ou du secret professionnel et l'engagement à ne pas transmettre les informations obtenues à des tiers sans l'autorisation expresse du Bureau de communication et à respecter les charges et restrictions d'utilisations imposées. Par ailleurs, l'art. 31 LBA (nouveau) énonce les limites imposées à cette forme d'entraide, en précisant que «le bureau de communication refuse d'informer son homologue étranger: a. si la requête ne présente aucun lien avec la Suisse; b. si la réponse à la requête implique l'emploi de moyens de contrainte prévus par le droit de procédure ou la prise d'autres mesures ou actions pour lesquelles le droit suisse exige le dépôt d'une demande d'entraide judiciaire ou une autre procédure réglée par une loi spéciale ou par un accord international; c. si les intérêts nationaux ou la sécurité et l'ordre publics sont compromis». La dernière exception a été introduite par les Chambres fédérales.

Nonobstant ces cautèles, ce nouvel instrument va très loin, en autorisant un organe policier à transmettre à l'étranger des informations secrètes, collectées par le biais de communications faites par des intermédiaires financiers. Ces derniers occupent un poste d'observation sans pareil, leur permettant de constater en temps réel et de communiquer des faits que la justice étatique aurait beaucoup de difficultés à obtenir, parce que les conditions permettant d'user des moyens coercitifs à sa disposition ne sont pas (encore) réunies.

La nouvelle introduit une autre modification, en permettant au Bureau de communication de demander à l'intermédiaire financier qui a fait une communication, ou à d'autres intermédiaires financiers impliqués, de lui fournir les informations supplémentaires nécessaires pour l'analyse d'une communication reçue (art. 11a LBA [nouveau]).

<sup>16</sup> Message relatif à la modification de la loi sur le blanchiment d'argent du 27 juin 2012, FF 2012 6449. Loi fédérale concernant la lutte contre le blanchiment d'argent et le financement du terrorisme dans le secteur financier (Loi sur le blanchiment d'argent, LBA) (Projet), FF 2012 6497.

<sup>17</sup> Loi fédérale concernant la lutte contre le blanchiment d'argent et le financement du terrorisme dans le secteur financier (Loi sur le blanchiment d'argent, LBA), modification du 21 juin 2013, FF 2013 4239 (délai référendaire au 10 octobre 2013).

### 3. Les recommandations du GAFI révisées en 2012

Le 16 février 2012, le GAFI a publié ses recommandations révisées, sous le titre « Normes internationales sur la lutte contre le blanchiment de capitaux et le financement du terrorisme et de la prolifération ». Les nouvelles normes fondent en un seul corps de règles les recommandations contre le blanchiment et les recommandations spéciales contre le financement du terrorisme, en y ajoutant une préoccupation plus récente, consistant à lutter contre la prolifération des armes de destruction massive.

Une des innovations principales adoptées par les recommandations de 2012 (nos 1 et 2) est l'exigence d'une politique de lutte contre le blanchiment de capitaux et le financement du terrorisme fondée sur les risques (« *risk-based approach* »), dont le but consiste à augmenter l'efficacité du dispositif par une allocation rationnelle des ressources. Cette approche n'est toutefois pas nouvelle et correspond aux standards internationaux depuis les travaux du Comité de Bâle sur le contrôle bancaire de 2001,<sup>18</sup> ainsi qu'à ceux que les intermédiaires financiers suisses sont d'ores et déjà tenus d'appliquer.<sup>19</sup>

Le principal enjeu pour les intermédiaires financiers suisses sera sans doute le fait que la liste des « catégories désignées d'infractions »<sup>20</sup> mentionne désormais « *les infractions fiscales pénales (liées aux impôts directs et indirects)* ». La mise en œuvre, au niveau national, de cette modification aura non seulement pour conséquence de rendre punissables les actes de blanchiment des avoirs issus d'infractions fiscales, mais aussi d'étendre le devoir de communication à ces infractions.

Enfin, les recommandations nos 24 et 25 visent les mesures pour empêcher l'utilisation illicite de personnes morales et de constructions juridiques par les blanchisseurs de capitaux. Il s'agissait là d'un des enjeux majeurs des négociations en vue de la révision des recommandations, dont la mouture 2003 contenait pourtant déjà des normes allant dans le même sens (recommandations nos 33 et 34). La Suisse est plus particulièrement concernée par la recommandation no 24, exigeant des mesures de transparence propres à endiguer le risque que des personnes morales – en particulier celles émettant des actions au porteur ou acceptant des actionnaires ou administrateurs agissant à titre fiduciaire (« *nominee shareholders* » ou « *nominee directors* ») – soient utilisées pour blanchir de

<sup>18</sup> Cf. le document « *Devoir de diligence des banques au sujet de la clientèle* », octobre 2001.

<sup>19</sup> Cette philosophie est traduite dans l'ordonnance de l'Autorité fédérale de surveillance des marchés financiers du 8 décembre 2010 sur la prévention du blanchiment d'argent et du financement du terrorisme (Ordonnance de la FINMA sur le blanchiment d'argent, OBA-FINMA), RS 955.033.0.

<sup>20</sup> Glossaire, recommandations du GAFI 2012, p. 121.

l'argent, alors que d'autres pays redoutent un contrôle plus strict de la mise en œuvre de la recommandation no 25 visant les *trusts*.

Le 18 avril 2012, le Conseil fédéral a annoncé son intention de mettre en œuvre les recommandations révisées du GAFI et constitué un groupe de travail interdépartemental chargé de préparer un avant-projet de révision du droit suisse.<sup>21</sup>

## **B. La mise en œuvre de la Convention du Conseil de l'Europe sur la lutte contre la traite des êtres humains**

Nous avons déjà évoqué dans nos précédentes chroniques<sup>22</sup> la procédure parlementaire menant à l'approbation, le 23 décembre 2011, de la Convention du Conseil de l'Europe sur la lutte contre la traite des êtres humains, conclue à Varsovie le 16 mai 2005 (STCE 197).<sup>23</sup> La loi fédérale sur la protection extraprocédurale des témoins du 23 décembre 2011 (LTém)<sup>24</sup> issue de ce processus est entrée en vigueur, comme prévu, le 1<sup>er</sup> janvier 2013, accompagnée d'une ordonnance du 7 novembre 2012.<sup>25</sup>

Par ailleurs, le 18 octobre 2012, la cheffe du Département fédéral de justice et police (DFJP) a présenté le premier « Plan d'action national contre la traite des êtres humains », cadre dans lequel une ordonnance mettant notamment en œuvre les mesures préventives exigées aux art. 5 et 6 de la Convention du Conseil de l'Europe sur la lutte contre la traite des êtres humains a été envoyée en procédure de consultation le 12 février 2013.<sup>26</sup>

<sup>21</sup> Ces réflexions ont abouti à un « Avant-projet de Loi fédérale sur la mise en œuvre des recommandations du Groupe d'action financière, révisées en 2012 », du 27 février 2013, qui fera l'objet de notre prochaine chronique.

<sup>22</sup> RSDIE 2011, p. 518–520; RSDIE 2012, p. 507–508.

<sup>23</sup> Arrêté fédéral portant approbation et mise en œuvre de la Convention du Conseil de l'Europe sur la lutte contre la traite des êtres humains (RO 2012 6713). Cf. aussi le Message concernant l'approbation et la mise en œuvre de la Convention du Conseil de l'Europe sur la lutte contre la traite des êtres humains et la loi sur la protection extraprocédurale des témoins, du 17 novembre 2010, FF 2011 I.

<sup>24</sup> RS 312.2.

<sup>25</sup> OTém, RS 312.21.

<sup>26</sup> Avant-projet d'ordonnance sur les mesures de prévention des infractions liées à la traite des êtres humains (ordonnance sur la traite des êtres humains) et rapport explicatif.

## C. L'approbation et la mise en œuvre de la Convention sur les armes à sous-munitions

Le 16 mars 2012, les Chambres fédérales ont adopté l'arrêté<sup>27</sup> portant approbation de la Convention du 30 mai 2008 sur les armes à sous-munitions (Convention on Cluster Munitions, CCM),<sup>28</sup> ainsi qu'une modification de la loi fédérale sur le matériel de guerre (LFMG).<sup>29</sup>

La CCM interdit l'emploi, la production, le transfert et le stockage des armes à sous-munitions et prévoit que chaque Etat partie prend toutes les mesures appropriées dans ce but, y compris l'imposition de sanctions pénales. La LFMG a donc été complétée par des dispositions *interdisant les armes à sous-munitions* (art. 8a LFMG) et une disposition pénale sanctionnant la violation de cette interdiction comme crime passible d'une peine privative de liberté de dix ans, à laquelle peut s'ajouter une peine pécuniaire (art. 35a LFMG). Par ailleurs, la modification législative a été mise à profit pour introduire deux dispositions interdisant le *financement direct* (art. 8b LFMG) *et indirect* (art. 8c LFMG) du développement, de la fabrication ou de l'acquisition de matériels de guerre prohibés. La violation de cette interdiction – qui ne se limite donc pas aux armes à sous-munitions – est également réprimée comme crime, passible d'une peine privative de liberté de cinq ans, cumulée facultativement avec une peine pécuniaire (art. 35b LFMG). Enfin, le code de procédure pénale (CPP)<sup>30</sup> a été complété de manière à inclure les art. 33 al. 2 et 34 à 35b LFMG dans la liste des infractions pour lesquelles la surveillance de la correspondance par poste et télécommunication (art. 269 al. 2 lit. a CPP) et l'investigation secrète (art. 286 al. 2 lit. d CPP) peuvent être ordonnées. L'ensemble de ces modifications est entré en vigueur le 1<sup>er</sup> février 2013.

## D. Le Message du Conseil fédéral sur l'approbation et la mise en œuvre de la Convention de Lanzarote

L'avant-projet du 17 août 2011, portant sur l'approbation et la mise en œuvre de la Convention du Conseil de l'Europe sur la protection des enfants contre l'ex-

<sup>27</sup> Arrêté fédéral portant approbation de la Convention sur les armes à sous-munitions du 16 mars 2012, FF 2012 3271. Cf. aussi, le Message du 6 juin 2011 relatif à l'approbation de la Convention sur les armes à sous-munitions ainsi qu'à la modification de la loi sur le matériel de guerre (FF 2011 5495).

<sup>28</sup> Convention sur les armes à sous-munition conclue à Dublin le 30 mai 2008, RS 0.515.093.

<sup>29</sup> Loi fédérale sur le matériel de guerre (LFMG), modification du 16 mars 2012, RO 2013 295.

<sup>30</sup> RS 312.0.



ploitation et les abus sexuels, conclue le 25 mai 2007 à Lanzarote (STCE 201), a fait l'objet d'une analyse critique dans notre précédente chronique.<sup>31</sup>

En date du 4 juillet 2012, le Conseil fédéral a saisi les Chambres fédérales d'un projet de loi<sup>32</sup> reprenant les dispositions de l'avant-projet avec quelques compléments et modifications formelles. Dès lors, nous nous permettons de renvoyer le lecteur aux observations déjà formulées.

Le 11 décembre 2012, le Conseil des Etats, délibérant comme premier conseil, a accepté le projet gouvernemental à l'unanimité, avec quelques retouches mineures.<sup>33</sup>

## **E. L'avant-projet concernant la Convention internationale pour la protection de toutes les personnes contre les disparitions forcées**

Le 19 décembre 2012, un avant-projet visant la ratification et la mise en œuvre de la Convention internationale pour la protection de toutes les personnes contre les disparitions forcées du 20 décembre 2006 a été envoyé en procédure de consultation.<sup>34</sup>

En vertu de l'art. 2 de la Convention, «on entend par <disparition forcée> l'arrestation, la détention, l'enlèvement ou toute autre forme de privation de liberté par des agents de l'Etat ou par des personnes ou des groupes de personnes qui agissent avec l'autorisation, l'appui ou l'acquiescement de l'Etat, suivi du déni de la reconnaissance de la privation de liberté ou de la dissimulation du sort réservé à la personne disparue ou du lieu où elle se trouve, la soustrayant à la protection de la loi».

L'avant-projet de loi d'application<sup>35</sup> propose des modifications du CP, du Code pénal militaire (CPM) et du CPP, définissant le crime de disparition forcée (art. 185<sup>bis</sup> AP-CP et art. 151d CPM) et appliquant à celui-ci le régime réservé aux infractions les plus graves (peine privative de liberté allant jusqu'à vingt ans, possibilité de prononcer l'internement à vie, punissabilité des actes

<sup>31</sup> RSDIE 2012, p. 509–512.

<sup>32</sup> Message concernant l'approbation de la convention du Conseil de l'Europe sur la protection des enfants contre l'exploitation et les abus sexuels (convention de Lanzarote) et sa mise en œuvre (modification du code pénal), du 4 juillet 2012 (FF 2012 7051) et projet d'arrêté fédéral portant approbation de la convention du Conseil de l'Europe sur la protection des enfants contre l'exploitation et les abus sexuels (convention de Lanzarote) et sa mise en œuvre (FF 2012 7129).

<sup>33</sup> BOCE 2012 1161.

<sup>34</sup> Cf. le Rapport explicatif sur la Convention internationale pour la protection de toutes les personnes contre les disparitions forcées du 20 décembre 2006 (non daté, publié le 19 décembre 2012). La date limite de la procédure était le 8 avril 2013.

<sup>35</sup> Rapport cité note précédente, p. 32 ss.

préparatoires, surveillance de la correspondance par poste et télécommunication et investigation secrète).

## **F. L'avant-projet concernant l'extension de l'entraide judiciaire en matière fiscale**

La procédure de consultation ouverte le 15 juin 2012<sup>36</sup> vise à l'abandon de la réserve fiscale dans l'entraide pénale avec certains Etats. Elle s'insère dans le cadre général de la décision prise par le Conseil fédéral le 13 mars 2009 de reprendre, dans le domaine de l'assistance administrative internationale, les standards découlant de l'art. 26 du modèle de convention de l'OCDE et d'étendre l'entraide administrative aux cas de soustraction d'impôt. L'avant-projet traduit ainsi la volonté d'harmoniser l'entraide en matière pénale et administrative.

Le projet I concerne la loi fédérale sur l'entraide internationale en matière pénale (EIMP),<sup>37</sup> plus précisément son art. 3 al. 3 énonçant l'exception fiscale et les cas dans lesquels celle-ci est levée. La modification proposée consiste à dédier un nouvel al. 4 aux hypothèses dans lesquelles la coopération est accordée, en y ajoutant une clause permettant la coopération au sens de *toutes les parties de la loi, y compris l'extradition*, lorsque la requête « vise une infraction en matière de taxes et impôts, de douane et de change » et émane d'un Etat avec lequel une *convention contre les doubles impositions prévoyant l'assistance administrative en cas de soustraction d'impôt et de fraude fiscale* est en vigueur. Ces Etats se verraient donc accorder l'entraide pour toute infraction fiscale, y compris la simple soustraction en matière d'impôts sur les revenus ou la fortune.

Le projet II propose un arrêté fédéral concernant deux protocoles aux Conventions européennes d'extradition et d'entraide judiciaire en matière pénale. La Suisse a ratifié le Deuxième Protocole additionnel du 17 mars 1978 à la Convention européenne d'extradition du 13 décembre 1957 (STCE 098) avec une réserve concernant l'art. 2, qui prévoit l'octroi de l'extradition, en matière fiscale, « pour les faits qui correspondent, selon la loi de la Partie re-

<sup>36</sup> Office fédéral de la justice, Rapport explicatif relatif à l'avant-projet, Berne, juin 2012 et deux avant-projets; projet 1 (Modification de la loi fédérale sur l'entraide internationale en matière pénale); projet 2 (Arrêté fédéral concernant le retrait de la réserve fiscale relative au Deuxième Protocole additionnel du 17 mars 1978 à la Convention européenne d'extradition et portant approbation du Protocole additionnel du 17 mars 1978 à la Convention européenne d'entraide judiciaire en matière pénale).

<sup>37</sup> RS 351.1.

quise, à une infraction de même nature». L'avant-projet propose donc de retirer cette réserve.

Le Protocole additionnel du 17 mars 1978 à la Convention européenne d'entraide judiciaire en matière pénale du 20 avril 1959 (STCE 099), quant à lui, n'a jamais été ratifié par la Suisse, car il porte spécifiquement sur la renonciation à l'exception fiscale. L'avant-projet d'arrêté fédéral prévoit l'approbation de cet instrument, dont l'art. 2 § 1 dispose que la condition de double incrimination « sera remplie en ce qui concerne les infractions fiscales si l'infraction est punissable selon la loi de la Partie requérante et correspond à une infraction de même nature selon la loi de la Partie requise ».

La procédure de consultation s'est achevée le 8 octobre 2012. Le rapport de synthèse publié en 2013 reflète les prises de position majoritairement critiques des milieux consultés.<sup>38</sup>

## **G. Les instruments bilatéraux**

La Convention sur le transfèrement des personnes condamnées entre la Suisse et la *République du Pérou*, conclue le 18 novembre 2010, est entrée en vigueur par échange de notes le 8 mai 2012.<sup>39</sup> Par ailleurs, l'arrêté fédéral portant approbation du traité d'entraide judiciaire en matière pénale entre la Suisse et la *Colombie*, conclu le 27 janvier 2011, a été adopté le 15 juin 2012.<sup>40</sup>

# **II. Die Schweiz und das Europäische Strafrecht (von Sabine Gless und Regula Echle)**

## **A. Einleitung**

Im Europäischen Strafrecht erscheinen im Berichtszeitraum vor allem Entwicklungen von Interesse, an deren Ende eine – mehr oder weniger formalisiert vollzogene – Harmonisierung zwischen EU- und Schweizer Recht steht. Sie werfen die Frage auf, ob es auch im nationalen Strafrechtssystem einen «autonomen Nachvollzug» geben sollte: eine Art Gegen- oder Alternativmodell zur bilateralen Vertragsbindung. Ein neues Modell der Koexistenz europäischer und Schweizer Strafverfolgung wäre schon deshalb von Interesse, weil die bilatera-

<sup>38</sup> Office fédéral de la justice, Synthèse des résultats de la consultation (15 juin–17 octobre 2012), Berne, janvier 2013.

<sup>39</sup> RS 0.344.641.

<sup>40</sup> FF 2012 6139; le délai référendaire au 11 octobre 2012 n'a pas été utilisé.

len Beziehungen derzeit ins Stocken geraten sind.<sup>41</sup> Als Beispiele dienen im Folgenden die Rechtsentwicklung im Bereich der Insiderdelikte (s.u. B.) sowie Überlegungen zur Reform der Stellung von Opfern im Strafverfahren (s.u. C.). In beiden Bereichen stellt sich die Frage, ob sich die Schweiz sinnvollerweise europäischen Rechtsvorgaben anpasst und welche Konsequenzen sich aus einem «Nachvollzugsmodell» langfristig ergeben könnten (s.u. D.).

## B. Beispiel: Strafbarkeit von Insidergeschäften

Das Phänomen eines «autonomen Nachvollzugs»<sup>42</sup> im Strafrecht illustriert etwa die jüngste Revision der Börsendelikte: Die bis zum Mai 2013 geltende Schweizer Regelung der Art. 161 und 161<sup>bis</sup> StGB alte Fassung (a.F.), namentlich die Tatbestandserfassung des Insiderhandels,<sup>43</sup> wurde im Laufe der Zeit als zu unpräzise und im Vergleich zum europäischen Recht als zu eng bewertet.<sup>44</sup>

Die Richtlinie 2003/6/EG vom 28. Januar 2003 über Insider-Geschäfte und Marktmanipulation (Marktmissbrauchsrichtlinie)<sup>45</sup> verpflichtete die EU-Mitgliedstaaten in sehr viel grösserem Umfang Verhaltensweisen durch Straftatbestände zu erfassen, die europaweit einheitlich als marktmissbräuchlich und wegen unzulässiger Nutzung von Insider-Informationen als strafwürdig eingestuft worden waren.<sup>46</sup> Sukzessive Konkretisierungen der europäischen Vorgaben, durch welche den Mitgliedstaaten genaue Vorgaben über die Ausgestaltung ih-

<sup>41</sup> Zur Thematik vgl. JULIA HÄNNI/SEBASTIAN HESELHAUS, *Die eidgenössische Volksinitiative «Gegen Masseneinwanderung» (Zuwanderungsinitiative) im Lichte des Freizügigkeitsabkommens und der bilateralen Zusammenarbeit mit der EU*, SZIER 1/2013, 19 ff.

<sup>42</sup> STEPHAN BREITENMOSE/ROBERT WEYENETH, *Europarecht – Unter Einbezug des Verhältnisses Schweiz–EU*, Zürich/St. Gallen 2012, N. 695 ff.

<sup>43</sup> «Wer sich als Mitglied des Verwaltungsrates, der Geschäftsleitung, der Revisionsstelle oder als Beauftragter einer Aktiengesellschaft oder einer sie beherrschenden oder von ihr abhängigen Gesellschaft, als Mitglieder einer Behörde oder als Beamter, oder als Hilfsperson einer der vorgenannten Personen, sich oder einem andern einen Vermögensvorteil verschafft, indem er die Kenntnis einer vertraulichen Tatsache, deren Bekanntwerden den Kurs von in der Schweiz börslich oder vorbörslich gehandelten Aktien, andern Wertschriften oder entsprechenden Bucheffekten der Gesellschaft oder von Optionen auf solche in voraussehbarer Weise erheblich beeinflussen wird, ausnützt oder diese Tatsache einem Dritten zur Kenntnis bringt, wird mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder Geldstrafe bestraft.» Art. 161 Ziff. 1 aStGB; für nähere Ausführungen vgl. auch STEFAN TRECHSEL/MARC JEAN-RICHARD-DIT-BRESSEL, *Art. 161*, in: Stefan Trechsel/Mark Pieth (Hrsg.), *Schweizerisches Strafbuch – Praxiskommentar*, 2. Aufl., Zürich/St. Gallen 2013, N. 1 ff.

<sup>44</sup> SILVAN HÜRLIMANN, *Der Insiderstrafatbestand*, Art. 161 StGB de lege lata und de lege ferenda, GesKR 2006, 316 ff.; DANIELA KOENIG, *Das Verbot von Insiderhandel. Eine rechtsvergleichende Analyse des schweizerischen Rechts und der Regelungen der USA und der EU*, Basel 2006, 277 ff.

<sup>45</sup> Abl. L 096 12.4.2003, 16; zuletzt geändert durch die Richtlinie 2008/26 EG, Abl. L 81 vom 20.3.2008, 42.

<sup>46</sup> BERND HECKER, *Europäisches Strafrecht*, 4. Aufl., Berlin/Heidelberg 2012, § 4 N. 9 sowie § 8 N. 47.

res Strafrechts gemacht wurden, zogen den Rahmen immer enger. Das stiess auch (vor allem in der EU) auf Kritik, weil der EU-Gesetzgeber lediglich Ziele einer strafrechtlichen Ahndung, nicht deren detaillierte Regelungen vorgeben darf.<sup>47</sup>

Das EU-Recht verpflichtet die Schweiz nicht. In diesem Bereich besteht keine vertragliche Bindung an die Rechtsentwicklung mit der EU. Jedoch existierten Forderungen nach einer Ausweitung der Strafbarkeit auch ausserhalb des EU-Rahmens: So forderte etwa die Groupe d'action financière (GAFI-Empfehlungen) eine Ausgestaltung der Straftatbestände des Insiderhandels und der Kursmanipulation als Verbrechen.<sup>48</sup> Zunehmend wurde – etwa im Schrifttum<sup>49</sup> – auch beanstandet, dass Art. 161 Ziff. 3 StGB a.F., anders als in der EU, Insiderhandel nicht für sämtliche Marktteilnehmer kriminalisierte.

Die eingesetzte Expertenkommission teilte diese Einschätzung und schlug eine Erweiterung des Täterkreises entsprechend der Marktmissbrauchsrichtlinie vor.<sup>50</sup> Deshalb genügt heute für die Qualifikation als Täter die blossе Kenntnis der Insiderinformation.<sup>51</sup> Am Ende der gesamten Gesetzgebungsarbeiten stimmten nicht nur die vorgeschlagenen Tatbestandsalternativen mit den Vorgaben der Missbrauchsrichtlinie überein,<sup>52</sup> sondern teilweise<sup>53</sup> auch die Terminologie: Beispielsweise wurde anders als zuvor nicht mehr von vertraulichen kursrelevanten «Tatsachen», sondern von solchen «Informationen» gesprochen, um sich den EU-Vorgaben anzugleichen.<sup>54</sup>

Am 28. September 2012 schliesslich verabschiedete das Parlament die entsprechende Änderung des Börsengesetzes und passte das Schweizer Recht damit im Wesentlichen an die EU-Vorgaben an.<sup>55</sup> Nach Aussage des Gesetzgebers

<sup>47</sup> KAI AMBOS, *Internationales Strafrecht – Strafanwendungsrecht, Völkerstrafrecht, Europäisches Strafrecht*, 3. Aufl., München 2011, § 11 N. 35 f.

<sup>48</sup> Siehe I, A, 1 (*supra*).

<sup>49</sup> ROLF H. WEBER/JEAN MARC SCHALLER, *Auf dem Weg zu einem neuen kohärenten Finanzmarktrecht in der Schweiz?*, SZW 2003, 183. TRECHSEL/JEAN-RICHARD-DIT-BRESSEL, *supra* Fn. 43, N. 1a f.

<sup>50</sup> Expertenkommission Börsendelikte und Marktmissbrauch, Bericht vom 29. Januar 2009, abrufbar unter: <http://www.efd.admin.ch/dokumentation/zahlen/00578/01375/index.html?lang=de>, Bericht, S. 46; vgl. dann Botschaft zur Änderung des Börsengesetzes (Börsendelikte und Marktmissbrauch) vom 31. August 2011, BBl 2011 6898, Ziff. 1.5.4.

<sup>51</sup> Art. 40 Abs. 2 BEHG, welcher Personen als Sekundärinsider erfasst, die eine Insiderinformation durch ein eigenes Verbrechen oder Vergehen erlangt haben, entspricht Art. 2 Abs. 1 Bst. d Marktmissbrauchs-Richtlinie. Expertenkommission Bericht, S. 44.

<sup>52</sup> Expertenkommission Bericht, (s.o. Fn. 50), S. 45.

<sup>53</sup> An der Umschreibung der relevanten Information als «vertraulich» – im Gegensatz zur Terminologie «nicht öffentlich» in der Marktmissbrauchs-Richtlinie – hielt man hingegen fest, da die Expertenkommission den Schweizer Begriff als präziser erachtete, Expertenkommission Bericht, S. 46 f.

<sup>54</sup> Expertenkommission Bericht, (s.o. Fn. 50), S. 46

<sup>55</sup> Vgl. Expertenkommission Bericht, (s.o. Fn. 50), S. 42 ff.; Erläuternder Bericht zur Änderung des Bundesgesetzes über die Börsen und den Effektenhandel (Börsendelikte und Marktmissbrauch), ab-

sollte die Revision die einzelnen Marktteilnehmer schützen und die Reputation des Schweizer Finanzplatzes stärken. Sie gewährleistet aber vor allem, dass Rechtshilfe an das Ausland geleistet werden kann, weil die Voraussetzung der beidseitigen Strafbarkeit erfüllt ist.<sup>56</sup>

In Details bestehen zwar weiterhin Unterschiede zwischen den EU-Vorgaben und dem Schweizer Recht: So hat man etwa den sog. Manipulationstatbestand um die Variante der Verbreitung falscher Informationen ergänzt,<sup>57</sup> aber auf das Merkmal der Unrechtmässigkeit des angestrebten Vermögensvorteils verzichtet.<sup>58</sup> Doch auch die Unterschiede im Detail<sup>59</sup> können nicht darüber hinwegtäuschen, dass das Schweizer Recht bei der Revision des Insiderstrafrechts in einem Umfang an die Vorgaben der Marktmissbrauchsrichtlinie angenähert wurde, dass man hier von einer Art «autonomen Nachvollzug» im Strafrecht sprechen kann.

Ein solches Vorgehen erscheint aus der Perspektive des internationalen Strafrechts sinnvoll, denn damit ist die Voraussetzung geschaffen, dass die Schweiz bei der Verfolgung von Insiderdelikten an einem Strang mit den Nachbarstaaten ziehen kann.

### C. Beispiel: Opferschutz im Strafprozess

Eine Angleichung des Rechts ist aber nicht nur als punktuelle Korrektur in einem engen Bereich des materiellen Strafrechts, sondern als generelle Marschrichtung, etwa auch im Bereich des Strafverfahrensrechts, denkbar. Die diversen Reformen der Opferstellung im Strafverfahren könnten dazu willkommener Anlass sein, da sie aufgrund ihrer Implikationen für andere Rechtsgebiete (etwa Entschädigungen im Zivilrecht) ohnehin die Frage einer notwendigen Angleichung aufwerfen könnten.

Die EU beschäftigt sich bereits seit einiger Zeit mit grenzüberschreitenden Aspekten der Opferstellung. Der Rahmenbeschluss vom 15.3.2001 über die Stellung des Opfers im Strafverfahren hat die EU-Staaten erstmals verpflichtet, Mindeststandards betreffend die Stellung des Opfers im Strafverfahren einzu-

rufbar unter: <http://www.efd.admin.ch/dokumentation/gesetzgebung/00571/01634/index.html?lang=de>, S. 17; Botschaft, BBl 2011, 6885 f. sowie 6904 ff.; HANS CASPAR VON DER CRONE/MATTHIAS MAURER/JAN HENDRIK HOFFMANN, *Revision Börsendelikte und Marktmissbrauch*, SZW 2011, 538 f.; URS REINWALD, *Änderungen im Börsengesetz – eine Übersicht*, GesKR 2011, 520 f.

<sup>56</sup> Vgl. dazu: WOLFGANG WOHLERS, in: Jürg-Beat Ackermann (Hrsg.), *Handbuch des Wirtschaftsstrafrechts* (Bern 2013), N. 8 ff. und 110.

<sup>57</sup> Vgl. Botschaft zur Änderung des Börsengesetzes (Börsendelikte und Marktmissbrauch) vom 31. August 2011, BBl 2011, 6886.

<sup>58</sup> Bericht Expertenkommission (s.o. Fn. 50), 58 ff.; vgl. auch Erläuternder Bericht (s.o. Fn. 55), 15 ff.

<sup>59</sup> Vgl. dazu: WOHLERS, *supra* Fn. 56, N. 113 ff.

führen.<sup>60</sup> Weitere Richtlinien haben diese Minimalgarantien zwischenzeitlich konkretisiert und die Stellung der Opfer im Strafverfahren weiter gestärkt – ein Unterfangen, das nicht nur die EU, sondern auch die Schweiz beschäftigt.

## 1. Entwicklung der Opferrechte in der EU

Die erste Regulierung der Rechte von Opfern durch EU-Recht<sup>61</sup> durch den Rahmenbeschluss ist mittlerweile durch die Richtlinie 2012/29/EU über Mindeststandards für die Rechte, die Unterstützung und den Schutz von Opfern von Straftaten vom 25. Oktober 2012 ersetzt, für deren Umsetzung die Mitgliedstaaten bis am 16. November 2015 Zeit haben.<sup>62</sup> Die Richtlinie 2012/29/EU ist Teil des sog. Stockholmer Programms für die Jahre 2010–2014.<sup>63</sup> Dieses sieht auch vor, dass neben den Rechtsvorschriften die praktische Umsetzung evaluiert und langfristig eine bessere Unterstützung der Opfer gewährleistet wird.<sup>64</sup> Hauptziele sind u.a. die Vermeidung der sog. sekundären Viktimisierung im Strafverfahren,<sup>65</sup> aber auch der Opferschutz durch gegenseitige Anerkennung von Schutzmassnahmen in Zivilsachen.<sup>66</sup>

### a) Opferbegriff gemäss der Richtlinie 2012/29/EU

Die Richtlinie definiert «das Opfer» neu: So gelten nun mehr – anders noch als im früheren Rahmenbeschluss – neben den durch eine Straftat direkt verletzten Personen auch Familienangehörige von Personen, «deren Tod eine direkte Folge einer Straftat ist, und die durch den Tod dieser Person eine Schädigung erlitten haben» als Opfer.<sup>67</sup> Darüber hinaus wird – im Unterschied zur schweizerischen

<sup>60</sup> Rahmenbeschluss des Rates vom 15.3.2011 über die Stellung des Opfers im Strafverfahren (2001/2002/JI), EU-Amtsbl. vom 22.3.2001, L 82, 1 ff.; MARLENE HANLOSER, *Das Recht des Opfers auf Gehör im Strafverfahren*, Frankfurt am Main 2010.

<sup>61</sup> STEFANIE BOCK, *Internationale Perspektiven: Einflüsse des Europarates und der Europäischen Union*, in: Helmut Pollähne/Irmgard Rode (Hrsg.), *Opfer im Blickpunkt – Angeklagte im Abseits? Probleme und Chancen zunehmender Orientierung auf die Verletzten in Prozess, Therapie und Vollzug*, Berlin 2012, S. 50.

<sup>62</sup> Art. 27 (1) Richtlinie 2012/29/EU des europäischen Parlaments und des Rates vom 25. Oktober 2012 über Mindeststandards für die Rechte, die Unterstützung und den Schutz von Opfern von Straftaten sowie zur Ersetzung des Rahmenbeschlusses 2001/220/JI L 315/57.

<sup>63</sup> Das Stockholmer Programm – Ein offenes und sichereres Europa im Dienste und zum Schutz der Bürger (2010/C 115/01) vom 4.5.2010.

<sup>64</sup> Stockholmer Programm (2010/C 115/01), S. 10.

<sup>65</sup> Erwägungsgrund 9 der Richtlinie 2012/29/EU; vgl. auch STEFANIE BOCK, *Das europäische Opferrechtspaket: zwischen substantiellem Fortschritt und blindem Aktionismus*, Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik, 4/2013, S. 208 f. mit weiteren Ausführungen.

<sup>66</sup> VO 606/2013 vom 12. Juni 2013.

<sup>67</sup> Art. 2 Ziff. 1 lit. a) ii) Richtlinie 2012/29/EU.

Rechtsordnung – auch als Opfer behandelt, wer einen direkten wirtschaftlichen Verlust durch die Tat erlitten hat.<sup>68</sup>

## b) Prozessuale Opferrechte gemäss der Richtlinie 2012/29/EU

Die Opfer haben – gestützt auf Art. 3 ff. Richtlinie 2012/29/EU – zunächst Informationsrechte und müssen deshalb über ihnen zustehende Rechte durch die Strafverfolgungsbehörden<sup>69</sup> sowie über den Fortgang ihres Verfahrens, informiert werden, etwa über die Einstellung des Verfahrens aber auch über die Hauptverhandlung sowie über die gegen den Täter erhobenen Tatvorwürfe und über «jedwede rechtskräftige Entscheidung».<sup>70</sup> Zusätzlich sind sie über eine allfällige Freilassung oder eine Flucht zu orientieren, und zwar während des laufenden Strafverfahrens wie auch während der Dauer des Strafvollzuges.<sup>71</sup>

Das wohl stärkste Opferrecht ist das Recht, den Verzicht auf Strafverfolgung überprüfen lassen zu können.<sup>72</sup> In der konkreten Umsetzung muss dem Opfer eine vollständige Akteneinsicht gewährt werden.<sup>73</sup> Nicht verlangt ist jedoch die Schaffung eines Klageerzwingungsverfahrens.<sup>74</sup> Ferner ist vorgesehen, dass das Opfer Anspruch auf eine Entscheidung über die Entschädigung durch den Täter im Strafverfahren hat.<sup>75</sup> Ziel ist es, einen möglichst raschen Ausgleich der finanziellen Folgen der Tat zu erreichen.<sup>76</sup>

Neben diesen eher offensiven Opferrechten erhalten Opfer auch «defensive Rechte», die vor Vergeltungsmassnahmen, Einschüchterungen und sekundärer Viktimisierung<sup>77</sup> schützen sollen.<sup>78</sup> Letzteres ist ein Kernanliegen; u.a. soll unter bestimmten Umständen ein Zusammentreffen mit dem Beschuldigten vermieden werden.<sup>79</sup> Diesem Anliegen dient auch die Verordnung (EU) Nr. 606/2013

<sup>68</sup> Art. 2 Ziff. 1 lit. a) i) Richtlinie 2012/29/EU.

<sup>69</sup> Art. 3 Richtlinie 2012/29/EU.

<sup>70</sup> Art. 6 (1)–(2) Richtlinie 2012/29/EU.

<sup>71</sup> Art. 6 (5) Richtlinie 2012/29/EU.

<sup>72</sup> Art. 11 Richtlinie 2012/29/EU.

<sup>73</sup> BERND SCHÜNEMANN, *Die Vorschläge der Europäischen Kommission für eine Opferschutzrichtlinie*, ERA Forum 12/2011, S. 460; in Bezug auf den Anspruch auf rechtliches Gehör vgl. auch Art. 10 der Richtlinie 2012/29/EU.

<sup>74</sup> SCHÜNEMANN, *supra* Fn. 73, S. 460; BOCK, *supra* Fn. 65, S. 206 f.

<sup>75</sup> Art. 16 Richtlinie 2012/29/EU; vgl. auch Art. 15 Richtlinie 2012/29/EU, welche das Recht auf Rückgabe von Vermögenswerten, welche im Rahmen des Strafverfahrens beschlagnahmt wurden, einräumt.

<sup>76</sup> BOCK, *supra* Fn. 65, S. 207.

<sup>77</sup> SCHÜNEMANN, *supra* Fn. 73, S. 460, welcher hervorhebt, dass der Schutz vor einer sekundären Viktimisierung auf zwei Stufen erfolgt, nämlich durch die allgemeinen Massnahmen zum Schutz von sämtlichen Opfern sowie der besonderen Schutzwürdigkeit von gewissen Opfern (Minderjährige, Opfer von sexueller Gewalt etc.); vgl. auch BOCK, *supra* Fn. 65, S. 207.

<sup>78</sup> SCHÜNEMANN, *supra* Fn. 73, S. 459.

<sup>79</sup> Art. 18 ff. Richtlinie 2012/29/EU.



vom 12. Juni 2013 über die gegenseitige Anerkennung von Schutzmassnahmen in Zivilsachen. Danach sind in einem Mitgliedstaat angeordnete Schutzmassnahmen in einem anderen Mitgliedstaat ohne besonderes Verfahren anzuerkennen und zu vollstrecken.<sup>80</sup>

### c) Opferhilfe gemäss der Richtlinie 2012/29/EU

Neben den prozessualen Rechten gewährt die Richtlinie Opferhilfemassnahmen. So beinhaltet Art. 8 der Richtlinie 2012/29/EU das Recht auf Zugang zu sog. Opferdiensten, «die im Interesse der Opfer handeln und dem Grundsatz der Vertraulichkeit verpflichtet sind».<sup>81</sup> Diese Form der Opferhilfe kommt nicht nur unmittelbar Betroffenen, sondern auch deren Familienangehörigen zu.<sup>82</sup> Daneben sieht Art. 13 der Richtlinie 2012/29/EU vor, dass Opfern, die als Parteien im Strafverfahren auftreten, Prozesskostenhilfe erhalten. Zusätzlich haben die am Strafverfahren teilnehmenden Opfer Anspruch auf Erstattung der Ausgaben, die sich aufgrund ihrer aktiven Teilnahme ergeben.<sup>83</sup>

## 2. Bedeutung für die Schweiz

Diese Änderungen der Opferstellung könnten auch Einfluss auf die aktuellen Revisionen im Schweizer Recht haben.<sup>84</sup> Wesentliche Opferrechte fanden bereits mit dem am 4. Oktober 1991 erlassenen Opferhilfegesetz<sup>85</sup> Eingang in den Strafprozess<sup>86</sup> und haben mit Inkrafttreten der nationalen Strafprozessordnung am 1. Januar 2011 eine gemeinsame Rechtsvorgabe.<sup>87</sup>

### a) Opferbegriff gemäss der Strafprozessordnung

Das Schweizer Recht unterscheidet zwischen der «geschädigten Person» sowie dem Opfer (nachfolgend Opfer i.e.S.).<sup>88</sup> Als «geschädigte Person gilt «die Person, die durch die Straftat in ihren Rechten unmittelbar verletzt worden ist».<sup>89</sup>

<sup>80</sup> Art. 4 VO (EU) Nr. 606/2013.

<sup>81</sup> Art. 8 (1) Richtlinie 2012/29/EU.

<sup>82</sup> BOCK, *supra* Fn. 65, S. 208.

<sup>83</sup> Art. 14. Richtlinie 2012/29/EU.

<sup>84</sup> MARK PIETH, *Schweizerisches Strafprozessrecht, Grundriss für Studium und Praxis*, 2. Aufl., Basel 2012, S. 100; FELIX BOMMER, *Offensive Verletztenrechte im Strafprozess*, Habil., Bern 2006, S. 1 f.

<sup>85</sup> NIKLAUS RÜCKSTUHL/VOLKER DITTMANN/JÖRG ARNOLD, *Strafprozessrecht unter Einschluss der forensischen Psychiatrie und Rechtsmedizin sowie des kriminaltechnischen und naturwissenschaftlichen Gutachtens*, Zürich/Basel/Genf 2011, N. 393.

<sup>86</sup> Per 1. Januar 2009 galt eine Totalrevision des Opferhilfegesetzes; Bundesgesetz über die Hilfe an Opfer von Straftaten (Opferhilfegesetz, OHG) vom 23. März 2007, SR. 312.5.

<sup>87</sup> AS 2010 1881, 2026.

<sup>88</sup> Vgl. Art. 115 f. StPO.

<sup>89</sup> Art. 115 Abs. 1 StPO.

Dieser Begriff umfasst sowohl natürliche wie auch juristische Personen.<sup>90</sup> Demgegenüber gilt als Opfer i.e.S. die «geschädigte Person, die durch die Straftat in ihrer körperlichen, sexuellen oder psychischen Integrität unmittelbar beeinträchtigt worden ist».<sup>91</sup> Angehörige von Opfern i.e.S. können selbständig zivilrechtliche Ansprüche im Prozess geltend machen, wobei ihnen die Verfahrensrechte zukommen, welche zur Durchsetzung der Zivilforderung notwendig sind.<sup>92</sup> Darüber hinaus kommen den Angehörigen von Opfern, welche sich als Privatkläger konstituieren, zusätzlich die Schutzrechte nach Art. 117 StPO zu.<sup>93</sup>

## **b) Prozessuale Rechte von Geschädigten und Opfern gemäss der Strafprozessordnung**

Die StPO gewährt Verfahrensrechte nicht mehr nur Opfern i.e.S., sondern auch der «geschädigten Person». Ein wesentlicher Unterschied ergibt sich jedoch mit Blick auf die Leistungen gemäss dem Opferhilfegesetz: Diese werden nur dem Opfer i.e.S. gewährt.<sup>94</sup>

Bei den prozessualen Rechten von Geschädigten und Opfern kann – vergleichbar mit dem EU-Recht – zwischen defensiven und offensiven Opferrechten unterschieden werden.<sup>95</sup> Art. 117 StPO zählt defensive Opferrechte auf, welche lediglich dem Opfer i.e.S. zu seinem Schutz zukommen. Dazu gehört insbesondere der Schutz der Persönlichkeit, das Recht auf Begleitung durch eine Vertrauensperson, das Recht auf Schutzmassnahmen, das Recht auf Aussageverweigerung, das Recht auf Information sowie das Recht auf besondere Zusammensetzung des Gerichts.<sup>96</sup>

Neben diesen Rechten, welche dem Opfer unabhängig von einer Parteistellung zukommen, kennt die Schweizerische StPO sowohl für die geschädigte Person wie auch das Opfer allerdings weitere, «offensive Verfahrensrechte». So können sie sich durch einen Strafantrag als «Strafkläger» konstituieren.<sup>97</sup> Zusätzlich steht ihnen die Möglichkeit offen, eine zivilrechtliche Klage adhänsions-

<sup>90</sup> NIKLAUS SCHMID, *Handbuch des schweizerischen Strafprozessrechts*, Zürich/St. Gallen 2009, N. 684.

<sup>91</sup> Art. 116 Abs. 1 StPO.

<sup>92</sup> Art. 121 Abs. 2 StPO.

<sup>93</sup> Art. 117 Abs. 2 StPO.

<sup>94</sup> Art. 1 OHG; vgl. auch sogleich 3.

<sup>95</sup> Gemäss BOMMER, *supra* Fn. 84, S. 10 f. gelten als offensive Verletztenrechte solche, welche auf die Bestrafung des Beschuldigten hinwirken, und als defensive Verletztenrechte jene, welche insbesondere dem Schutz der Persönlichkeit des Verletzten dienen.

<sup>96</sup> Art. 117 Abs. 1 StPO.

<sup>97</sup> Art. 118 Abs. 2 StPO; zur Frage, wer als Strafantragsberechtigter gilt, vgl. CHRISTOF RIEDO, *Der Strafantrag*, Diss., Basel 2004.

weise im Strafverfahren geltend zu machen und sich so als Zivilkläger zu konstituieren. Durch entsprechende Erklärung erhält das Opfer wie auch die geschädigte Person Parteistellung mit allen damit verbundenen Rechten.<sup>98</sup> Mit den Parteirechten verbunden ist auch die Möglichkeit, Einstellungsbeschlüsse mittels Beschwerde<sup>99</sup> sowie Urteile mittels Berufung anzufechten.<sup>100</sup>

Neben diesen Rechten während der Dauer des Strafverfahrens plant der schweizerische Gesetzgeber neben dem bereits bestehenden Anspruch auf Information über Flucht oder Entlassung aus der Untersuchungs- oder Sicherheitshaft gemäss Art. 214 Abs. 4 StPO, neu auch ein Informationsrecht über wesentliche Entscheide im Strafvollzug einzuführen.<sup>101</sup> Gemäss dieser neuen Regelung soll das Opfer auf seinen schriftlichen Antrag hin «über alle Entscheide, die in seinem Interesse sind, informiert werden».<sup>102</sup> Gemäss dem Bericht sollen zumindest der Vollzugsantritt, die Vollzugsunterbrechung, Vollzugsöffnungen, Vollzugsende sowie bedingte Entlassung und Rückversetzung, aber auch Flucht von Interesse sein.<sup>103</sup>

### c) Opferhilfe gemäss dem Opferhilfegesetz

Neben den prozessualen Rechten kommen den Opfern i.e.S. weitere Hilfeleistungen gemäss dem Opferhilfegesetz zu. Dabei werden in Art. 2 OHG die verschiedenen Formen der Opferhilfe aufgezählt. Namentlich sind dies: Beratung und Soforthilfe, längerfristige Hilfe der Beratungsstellen, Kostenbeiträge für längerfristige Hilfe Dritter, Entschädigung, Genugtuung und Befreiung von Verfahrenskosten.

Dabei ist insbesondere bei der Entschädigung wie auch der Genugtuung die Regelung der Art. 19 ff. OHG zu beachten: Der Staat tritt nur dann ein, wenn keine entsprechende Leistung durch Dritte erfolgt.<sup>104</sup> Es besteht somit eine subsidiäre Leistungspflicht des Staates, nicht aber ein Fall der Staatshaftung.<sup>105</sup>

<sup>98</sup> Art. 118 Abs. 1 StPO.

<sup>99</sup> Art. 322 Abs. 2 StPO.

<sup>100</sup> Art. 398 StPO; wobei die Privatklägerschaft nicht die Sanktion selbst anfechten kann; für weitere Ausführungen vgl. LUZIUS EUGSTER, *Art. 398*, in: Marcel Alexander Niggli/Mariame Heer/Hans Wiprächtiger (Hrsg.), *Basler Kommentar Schweizerische Strafprozessordnung, Jugendstrafprozessordnung*, Basel 2011, N. 13.

<sup>101</sup> 09.430 Parlamentarische Initiative: Opferhilfegesetz. Schaffung wichtiger Informationsrechte für das Opfer – Bericht der Kommission für Rechtsfragen vom 31. August 2012, S. 3.

<sup>102</sup> Bericht der Kommission für Rechtsfragen, S. 3.

<sup>103</sup> Bericht der Kommission für Rechtsfragen, S. 7 ff.

<sup>104</sup> DOMINIK ZEHNTNER, *Art. 2*, in: Peter Gomm/Dominik Zehntner (Hrsg.), *Handkommentar Opferhilfegesetz*, 3. Aufl., Bern 2009, N. 5 f.; vgl. zur Subsidiarität der Opferhilfe auch Art. 4 OHG.

<sup>105</sup> BGer 1A.299/2000, E. 2. b).

## D. Fazit

Die beiden Beispiele einer möglichen Angleichung von Schweizer Recht und EU-Vorgaben legen zweierlei nahe: Grenzüberschreitende Harmonisierung von Recht kann aus vielen Gründen sinnvoll, muss jedoch nicht zwangsläufig ein «autonomer Nachvollzug» sein. In einem eng begrenzten Bereich des materiellen Strafrechts, wie beispielsweise im Insiderstrafrecht, scheint dies zwar relativ einfach, effizient – und mit Blick auf eine vereinfachte Rechtshilfe – sinnvoll. Bei Harmonisierungsbestrebungen in einem komplexen Teil des Strafverfahrensrecht, wie etwa dem Opferschutz, muss und sollte Rechtsangleichung jedoch keine Einbahnstrasse sein: So erscheint etwa die Opferstellung in der Schweiz aus guten Gründen stärker, insbesondere mit Blick auf die – in der EU noch ausstehende – Umsetzung des Anspruchs auf Entschädigung. Andere Divergenzen, wie etwa die unterschiedliche Definition der Opferstellung (die Legaldefinition der EU lässt auch wirtschaftliche Einbussen für die Begründung der Opferstellung ausreichen, während dies in der Schweiz lediglich zu einer Geschädigtenstellung führt) oder der Umstand, dass in der EU von der Geschädigtenstellung auch juristische Personen erfasst werden, können nicht alleine im Strafprozess überwunden werden. Offen ist, ob der neue «Budapest-Fahrplan» der EU eine begrüssenswerte Annäherung bringen wird, insbesondere die «Gewährleistung, dass den Opfern eine angemessene Entschädigung zugesprochen wird».<sup>106</sup>

Insgesamt gesehen wird ein Modell des «autonomen Nachvollzugs» in der Schweiz wohl aber vor allem deshalb keine Anhänger finden, weil es nicht nur – oder nicht vor allem – die einmaligen Rechtsanpassungen sind, welche die Harmonisierung zwischen EU- und Schweizer Recht schwierig gestalten, sondern die vorhersehbare Dynamik des gelebten Rechts. Die EU-Vorgaben und ihre konkrete Bedeutung für die nationalen Strafrechtssysteme werden nicht nur durch die Gerichte der EU-Mitgliedstaaten, sondern letztlich durch den Europäischen Gerichtshof (EuGH) in Luxemburg verbindlich ausgelegt und weiterentwickelt.<sup>107</sup> Das gilt nicht nur für einzelne Tatbestandsmerkmale, vielmehr bestimmt der EuGH grundlegende Rechtswertungen, etwa das Verhältnis nationaler Grundrechte zu den in der Europäischen Grundrechtecharta verbürgten Individualrechten. Die beiden jüngeren Entscheidungen des EuGH in *Fransson*<sup>108</sup> und *Radu*<sup>109</sup> haben den nationalen Gerichten und der Öffentlichkeit die

<sup>106</sup> Entschliessung des Rates vom 10. Juni 2011 über einen Fahrplan zur Stärkung der Rechte und des Schutzes von Opfern, insbesondere in Strafverfahren (2011/C 187/01), S. 4.

<sup>107</sup> SABINE GLESS, *Internationales Strafrecht – Grundriss für Studium und Praxis*, Basel 2011, N. 427.

<sup>108</sup> EuGH, Urteil vom 26. Februar 2013, C-617/10 «*Fransson*».

<sup>109</sup> EuGH (Grosse Kammer), Urteil vom 29. Januar 2013, C 396/11 «*Radu*».

Bedeutung von Grundrechtsentscheidungen im gemeinsamen Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts für die nationalen Strafrechtssysteme deutlich vor Augen geführt. Damit birgt auch ein Alternativmodell eines «autonomen Nachvollzuges» wieder die Sprengkraft der im bilateralen Modell ungelösten Fragen, insbesondere nach dem letztverbindlichen Wort in einem geteilten Strafrechtssystem.

### **III. Internationale Rechtshilfe in Strafsachen: Aus der Praxis der Gerichte der Schweizerischen Eidgenossenschaft (von Christian Sager<sup>110</sup>)**

Ziel der vorliegenden Übersicht ist es, Praktikern den Zugang zur aktuellsten Rechtsprechung der Eidgenössischen Gerichte im Bereich der Rechtshilfe in Strafsachen zu erleichtern. Diese Rechtsprechung hat inzwischen ein beachtliches Ausmass angenommen, und die einschlägigen Entscheide stammen aus Bellinzona (Bundesstrafgericht), St. Gallen (Bundesverwaltungsgericht) und Lausanne (Bundesgericht). Es wurde folglich eine praxisorientierte Auswahl an Urteilen aus diesen drei Gerichten getroffen, wobei der Schwerpunkt sachgemäss auf der Praxis des Bundesstrafgerichts liegt. Die Entscheide werden, wie in dieser Übersicht gebräuchlich, grundsätzlich nicht kommentiert.

#### **A. Auslieferung**

##### **1. Der «besonders bedeutende Fall» bei der Auslieferung**

Gemäss der Struktur des Art. 84 BGG ist die Beschwerdemöglichkeit an das Bundesgericht auf dem Gebiet der internationalen Rechtshilfe in Strafsachen der Ausnahmefall. Es muss einerseits eine wichtige Rechtshilfehandlung<sup>111</sup> zu beurteilen sein, und andererseits muss es sich um einen besonders bedeutenden Fall handeln. Nach der Legaldefinition liegt ein solcher u.a. vor, wenn Grund zur Annahme der Verletzung elementarer Verfahrensgrundsätze besteht oder wenn das ausländische Verfahren schwere Mängel aufweist.

<sup>110</sup> Für Inputs und kritische Lektüre dankt der Autor Dr. iur. Susanne Kuster (Vizedirektorin BJ). Für die Unterstützung bei der Entscheidungsauswahl sei Erwin Jenni (BJ, Leiter Fachbereich Auslieferung), Julia Meier (BJ, Fachbereich Rechtshilfe) sowie Therese Müller und Giuseppe Aufiero (BJ, Fachbereich Auslieferung) herzlich gedankt.

<sup>111</sup> Das Gesetz nennt als solche in einer als abschliessend zu verstehenden Aufzählung: Auslieferung, Beschlagnahme, Herausgabe von Gegenständen oder Vermögenswerten sowie Übermittlung von Informationen aus dem Geheimbereich.

Das Bundesgericht hat wiederholt festgehalten, auch in einem Auslieferungsfall sei das Vorliegen eines besonders bedeutenden Falles restriktiv auszulegen.<sup>112</sup> So ist bei einer Auslieferung an einen bewährten Rechtsstaat grundsätzlich nicht davon auszugehen, dass das dortige Verfahren schwere Mängel aufweise.<sup>113</sup>

Auch an die Verletzung eines elementaren Verfahrensgrundsatzes sind hohe Anforderungen zu stellen. Das rechtliche Gehör gemäss Art. 29 Abs. 2 BV stellt zwar an sich einen solchen Grundsatz dar und umfasst insbesondere die Akteneinsicht. Das IRSG konkretisiert die diesbezüglichen Rechte des Betroffenen<sup>114</sup> für das Rechtshilfeverfahren in Art. 80*b*. Jedoch liegt kein Grund zur Annahme einer Verletzung des rechtlichen Gehörs vor, wenn der Beschwerdeführer keine Einsicht in vertrauliche Berichte des Nachrichtendienstes des Bundes und der Bundeskriminalpolizei erhalten hat, sofern sich der Auslieferungsentscheid nicht auf diese Berichte abstützt<sup>115</sup> und der Beschwerdeführer in die entscheidungswesentlichen Unterlagen Einsicht nehmen konnte.<sup>116</sup>

## 2. Beidseitige Strafbarkeit bei Mitgliedschaft in krimineller Organisation

Die beidseitige Strafbarkeit ist eine Auslieferungsvoraussetzung.<sup>117</sup> Folglich kommt ihr der Status eines elementaren Verfahrensgrundsatzes zu. Jedoch besteht in gewissen Situationen kein Grund zur Annahme eines Verstosses gegen das Gebot der beidseitigen Strafbarkeit, wenn ein ausländischer Staat die Auslieferung wegen Mitgliedschaft in einer ausländischen terroristischen Vereinigung verlangt, obwohl die betroffene Organisation<sup>118</sup> in der Schweiz nicht verboten ist. Dies ist dann der Fall, wenn die Organisation, deren Mitglied der Beschwerdeführer ist, (fördernde) Beziehungen zu einer anderen Organisation unterhält, die im Unterschied zur ersteren als kriminell i.S.v. Art. 260<sup>ter</sup> StGB

<sup>112</sup> Zuletzt Entscheid des Bundesgerichts 1C.470/2012 vom 25. Oktober 2012, E.1.1.; vgl. auch BGE 136 IV 139 E.2.4, S. 144.

<sup>113</sup> Entscheid des Bundesgerichts 1C.470/2012 vom 25. Oktober 2012, E.1.2. sowie Entscheid des Bundesstrafgerichts RR.2012.40 + RR.2012.65 + RR.2012.15 vom 23. August 2012, E.10.6. Im vorliegenden Fall war eine Auslieferung nach Deutschland zu beurteilen.

<sup>114</sup> Es wird aus Anonymisierungsgründen grundsätzlich die männliche Form verwendet. Natürliche Personen weiblichen Geschlechts sowie juristische Personen sind selbstverständlich stets mitgemeint.

<sup>115</sup> Der Auslieferungsentscheid bezog sich an keiner Stelle auf diese Berichte, d.h. zitierte diese nirgends.

<sup>116</sup> Entscheid des Bundesgerichts 1C.470/2012 vom 25. Oktober 2012, E. 1.2. sowie Entscheid des Bundesstrafgerichts RR.2012.40 + RR.2012.65 + RR.2012.15 vom 23. August 2012, E.8.2 f.

<sup>117</sup> Vgl. Art. 35 Abs. 1 Lit. a IRSG.

<sup>118</sup> *I.c.* die kurdische Befreiungsorganisation PKK.

einzuordnen ist. Erfüllt ist in solchen Fällen die Begehungsvariante von Art. 260<sup>ter</sup> Ziff. 1 Abs. 2 StGB (Unterstützung einer verbrecherischen Organisation), was dem Gebot der beidseitigen Strafbarkeit bereits Genüge tut.<sup>119</sup>

### **3. Militärdienstverweigerung und die Einrede des politischen Delikts**

Einem Auslieferungersuchen wird gemäss Art. 3 Abs. 1 IRSG u.a. dann nicht entsprochen, wenn Gegenstand des ausländischen Verfahrens eine Tat ist, die nach schweizerischer Auffassung vorwiegend politischen Charakter hat. Die Beschwerdekammer des Bundesstrafgerichts entscheidet nach dem in Art. 55 Abs. 2 IRSG vorgesehenen Verfahren auf Einrede des Betroffenen oder Anzeige des Bundesamts für Justiz<sup>120</sup> hin über den politischen Charakter der Tat. Gemäss konstanter bundesgerichtlicher Rechtsprechung fällt auch unter diese Norm, wer geltend macht, die Verfolgung wegen eines gemeinrechtlichen Delikts sei politisch motiviert.<sup>121</sup>

Hingegen fand dieses Verfahren bislang keine Anwendung auf die Einrede, Gegenstand des ausländischen Verfahrens sei die Verletzung militärischer oder ähnlicher Pflichten oder ein gegen die Landesverteidigung bzw. Wehrkraft des ersuchenden Staates gerichtetes Delikt. Das IRSG sieht für solche militärischen Delikte im gleichen Artikel zwar ebenfalls ein Auslieferungshindernis vor, jedoch wurde bisher argumentiert, das Sonderverfahren von Art. 55 Abs. 2 IRSG legitimiere sich dadurch, dass der Beurteilung des politischen Charakters einer Tat notwendigerweise eine politische Wertung zugrunde liege, welche von einer unabhängigen, gerichtlichen Instanz und nicht von einer Behörde, die möglicherweise politischem Druck ausgesetzt ist, zu treffen sei. Dieses Argument gelte nicht für die Qualifikation einer Tat als militärisches Delikt.<sup>122</sup>

Gemäss dem Bundesstrafgericht ändert die Vermutung, dass die Auslieferung vorgeschobenerweise für ein gemeinrechtliches Delikt, indirekt aber zur Verfolgung von Militär- oder Kriegsdienstverweigerung bzw. Desertion ver-

<sup>119</sup> Entscheid des Bundesgerichts 1C.470/2012 vom 25. Oktober 2012, E.1.2. sowie Entscheid des Bundesstrafgerichts RR.2012.40 + RR.2012.65 + RR.2012.15 vom 23. August 2012, E.7.9.3. ff.

<sup>120</sup> In der Folge: Bundesamt.

<sup>121</sup> I.S.v. Art. 3 Ziff. 2 des Europäischen Auslieferungsübereinkommens vom 13. Dezember 1957 (EAUe, SR 353.1), vgl. BGE 111 Ib 138 E.1, S. 140f.; BGE 122 II 373 E.1d, S. 376; Entscheide des Bundesgerichts 1A.267/2005 vom 14. Dezember 2005, E.2 sowie 1A.172/2006 und 1A.206/2006 vom 7. November 2006, E.1.1.

<sup>122</sup> Vgl. Botschaft des Bundesrates an die Bundesversammlung zu einem Bundesgesetz über internationale Rechtshilfe in Strafsachen und einem Bundesbeschluss über Vorbehalt zum europäischen Auslieferungsübereinkommen vom 8. März 1976, BBl 1976 II, S. 444 ff., S. 463.

langt wird, grundsätzlich nichts an dieser Einschätzung.<sup>123</sup> Allerdings können die Gründe, welche für eine Desertion geltend gemacht werden, zu einer anderen Bewertung der Tat führen. Dies ist dann der Fall, wenn sich die verfolgte Person einer Armee entzieht, «welche mit ihrer Kriegsführung ein völkerrechtswidriges Ziel anstrebt oder entsprechende Mittel einsetzt und darauf abzielt, die verfolgte Person in völkerrechtlich verpönte und von der internationalen Gemeinschaft geächtete Handlungen zu verstricken». Das Bundesstrafgericht führt weiter aus, in solchen Situationen könne die Fahnenflucht eine Form des völkerrechtlich gebotenen Widerstands gegen einen ungerechten Krieg – und damit auch gegenüber der staatlichen Macht – darstellen, um dann zum Schluss zu kommen: «Aufgrund der politischen Implikationen kann unter solchen Voraussetzungen der Desertion vorwiegend politischer Charakter zukommen und die Bestrafung wegen Desertion eine politische Verfolgung darstellen.» Es wendet in der Folge Art. 55 Abs. 2 IRSG auf einen Fall an, bei welchem sich ein Angehöriger der Armee der (damaligen) Bundesrepublik Jugoslawien dem Kriegsdienst im Kosovo im Jahre 1999 entzogen hat.<sup>124</sup>

#### 4. Voraussetzungen der Auslieferungshaft

Gemäss Art. 47 Abs. 1 IRSG ist das Bundesamt zuständig zum Erlass des Auslieferungshaftbefehls. Gegen diesen steht dem Verfolgten die Beschwerde ans Bundesstrafgericht offen.<sup>125</sup> Da die Verhaftung des Beschuldigten während des ganzen Auslieferungsverfahrens die Regel bildet, muss dieser die Gründe, weshalb die angeordnete Auslieferungshaft unzulässig oder unverhältnismässig und der Auslieferungshaftbefehl also aufzuheben sei, in seiner Beschwerde geltend machen. Dabei sind die möglichen Gründe in Art. 47 Abs. 1 und 2 IRSG nicht abschliessend aufgezählt.<sup>126</sup> Das Bundesstrafgericht prüft die Voraussetzungen der Auslieferungshaft zwar mit freier Kognition, befasst sich jedoch nur mit Tat- und Rechtsfragen, die Streitgegenstand der Beschwerde bilden. Werden in einer Beschwerde einzig Gründe angeführt, welche das Bundesstrafgericht als abwegig taxiert,<sup>127</sup> wird diese als offensichtlich unbegründet abgewiesen.<sup>128</sup>

<sup>123</sup> Damit liegt das Bundesstrafgericht auf der Linie des Art. 4 EAUE.

<sup>124</sup> Vgl. zum Ganzen Entscheid des Bundesstrafgerichts RR.2012.15 + RP.2012.5 vom 22. November 2012, E.4.3., von wo auch die wörtlich zitierten Passagen stammen.

<sup>125</sup> Vgl. Art. 48 Abs. 2 IRSG.

<sup>126</sup> Entscheid des Bundesstrafgerichts RH.2012.13 vom 29. Oktober 2012, E. 4.1. und E. 4.3.

<sup>127</sup> *I.c.* hatte der Beschwerdeführer behauptet, Bürger des Deutschen Reiches zu sein. Also betreffe ihn der gegen den Deutschen Bundesbürger gerichteten Auslieferungshaftbefehl nicht, vgl. Entscheid des Bundesstrafgerichts RH.2012.13 vom 29. Oktober 2012, E.4.2.

<sup>128</sup> Entscheide des Bundesstrafgerichts RH.2012.13 vom 29. Oktober 2012, E.3; RH.2012.10 vom 7. September 2012, E. 3; RH.2012.9 vom 23. August 2012, E. 3.



## 5. Notwendigkeit und Umfang von Garantieerklärungen

Mit Blick auf den Auslieferungsverkehr hat die Rechtsprechung die Staaten in drei Kategorien eingeteilt:

In die erste Kategorie gehören jene Staaten, bezüglich deren Strafverfahren die Schweiz keinerlei Bedenken hinsichtlich der Achtung der Menschenrechte hegt. Dazu zählen die Staaten mit bewährter demokratischer Tradition, in erster Linie die westlichen Staaten. An die Vertreter dieser Gruppe wird eine Person, so die generellen Auslieferungsvoraussetzungen erfüllt sind, ohne Weiteres ausgeliefert.

Die zweite Kategorie bilden Staaten, an welche die Schweiz eine Person nur ausliefern kann, wenn der ersuchende Staat eine Garantieerklärung hinsichtlich der Achtung der Menschenrechte bzw. elementarer Verfahrensgrundsätze abgibt. In diese zweite Gruppe gehören u.a. alle übrigen Europaratsstaaten. Diese haben grundsätzlich die Garantien der EMRK zu gewährleisten – dass sie dies im konkreten Fall tun werden, lässt sich die Schweiz im Falle abstrakter Zweifel mittels diplomatischer Garantieerklärung vor der Auslieferung einer Person zusichern.<sup>129</sup>

In die dritte Kategorie schliesslich gehören Staaten, an welche die Schweiz grundsätzlich niemanden ausliefert, da ein konkretes Misshandlungsrisiko besteht, das auch mittels Garantieerklärung nicht ausreichend eingeschränkt werden könnte.<sup>130</sup>

In einem Auslieferungsfall zwischen der Schweiz und einem Staat aus der zweiten Kategorie<sup>131</sup> hat das Bundesamt eine Garantieerklärung eingeholt. Diese umfasste die Zusicherung eines neuerlichen Verfahrens, das den Grundsätzen von Art. 6 EMRK genügt.<sup>132</sup> Gestützt darauf hat es die Auslieferung verfügt. Dagegen erhob der Betroffene Beschwerde ans Bundesstrafgericht. Dieses präzisierte in der Folge, die Garantie müsse dem Beschwerdeführer zusätzlich

<sup>129</sup> Werden Garantien abgegeben, gebietet es das Prinzip von Treu und Glauben zwischen Staaten, dass die Schweiz auf deren Einhaltung vertraut, sofern sie keinen konkreten Anlass zum Zweifel hat, vgl. Entscheid des Bundesstrafgerichts RR.2012.10 + RP.2012.3 vom 26. April 2012, E. 3.2.2.

<sup>130</sup> Vgl. zum Ganzen *ibid.*, E. 3.1.1.; vgl. auch BGE 135 I 191 E. 2.3., S. 195; BGE 134 IV 156 E. 6.7., S. 169 f. Praktische Schwierigkeiten kann insbesondere die Abgrenzung zwischen der zweiten und der dritten Kategorie von Staaten bereiten. Das Bundesstrafgericht verschafft sich dabei ein möglichst genaues und aktuelles Bild der Lage im ersuchenden Staat. In der Praxis stützt es sich dabei v.a. auf die Einschätzungen des EDA, des Europarats sowie der Organe der UNO, vgl. z.B. Entscheid des Bundesstrafgerichts RR.2012.10 + RP.2012.3 vom 26. April 2012, E. 3.1.2. ff.

<sup>131</sup> *I.c.* handelte es sich um Albanien.

<sup>132</sup> In einem ersten Entscheid im gleichen Fall hatte das Bundesstrafgericht noch ernsthafte Zweifel an der Fairness des Verfahrens, vgl. Entscheid des Bundesstrafgerichts RR.2011.155 + RP.2011.23 vom 6. September 2011, E. 3.2.5. Diese Zweifel konnten mit der neuerlichen Garantieerklärung beseitigt werden.

das Recht einräumen, jederzeit einen Vertreter der Eidgenossenschaft kontaktieren zu können. Zudem müsse der Kontakt mit diesem unüberwacht möglich sein, was auch eine bloss visuelle Kontrolle ausschliesse.<sup>133</sup>

## **6. Entschädigung bei rechtswidriger oder ungerechtfertigter Auslieferungshaft**

Gemäss Art. 15 Abs. 1 IRSG finden die Art. 429 und 431 StPO sinngemäss auf Entschädigungsforderungen im Auslieferungsverfahren Anwendung. In der Praxis am häufigsten sind solche Forderungen im Zusammenhang mit Auslieferungshaftfällen. Entsprechend der aus der StPO ersichtlichen Wertung ist dabei zu unterscheiden zwischen rechtswidrig angewandter und ungerechtfertigter Auslieferungshaft. Dabei ist die Auslieferungshaft rechtswidrig, wenn bereits der Haftbefehl entgegen geltendem Recht erlassen wurde. Ungerechtfertigt ist die Auslieferungshaft, wenn der Haftbefehl zwar an sich rechtmässig erlassen wurde, sich die Haft dann aber aufgrund der Faktenlage im Nachhinein als unrichtig bzw. unverhältnismässig erweist.<sup>134</sup>

Das Bundesverwaltungsgericht<sup>135</sup> wollte bei dieser Abgrenzung dem Bundesamt die Pflicht auferlegen, vor Erlass eines Auslieferungshaftbefehls im Detail abzuklären, ob die beidseitige Strafbarkeit gegeben sei. Ansonsten sei ein fehlerhafter Haftbefehl nicht bloss ungerechtfertigt, sondern rechtswidrig.<sup>136</sup> Das Bundesgericht hat diese Einschätzung umgestossen und erlaubt weiterhin einen gewissen Schematismus. Anknüpfend am Grundsatz der Verhaftung während des ganzen Auslieferungsverfahrens<sup>137</sup> ist ein Verfolgter nur dann nicht in Haft zu nehmen oder aus der Haft zu entlassen, wenn die beidseitige Strafbarkeit offensichtlich nicht gegeben ist.<sup>138</sup>

<sup>133</sup> Entscheid des Bundesstrafgerichts RR.2012.10 + RP.2012.3 vom 26. April 2012, E. 3.2.3.

<sup>134</sup> Entscheid des Bundesgerichts 2C\_397/2012 vom 19. November 2012, E. 3.1.

<sup>135</sup> Dieses Gericht war im zugrundeliegenden Fall zuständig, da die Beschwerdeführerin mittels Beschwerde an das Bundesstrafgericht ihre Freilassung aus der Auslieferungshaft erwirkt hatte. Das Bundesamt verweigerte eine Entschädigungszahlung für die zu Unrecht erlittene Auslieferungshaft. Gegen diese Verfügung erhob die Beschwerdeführerin in der Folge erneut Beschwerde vor Bundesstrafgericht. Das Bundesstrafgericht entschied, dass ein Teil der Auslieferungshaft ungerechtfertigt gewesen war und dafür eine Entschädigung auszurichten sei. Jedoch lehnte das zuständige Eidgenössische Finanzdepartement die Bezahlung der verlangten Entschädigungsforderung ab. Gegen diese neuerliche Verfügung erhob die Beschwerdeführerin nunmehr Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht (und in der Folge ans Bundesgericht), vgl. zur Prozessgeschichte Entscheid des Bundesgerichts 2C\_397/2012 vom 19. November 2012, A–C.

<sup>136</sup> Entscheid des Bundesverwaltungsgerichts A-4859/2010 vom 13. März 2012, E. 7.4.

<sup>137</sup> Vgl. oben 4.

<sup>138</sup> Entscheid des Bundesgerichts 2C\_397/2012 vom 19. November 2012, E. 4.2 ff.

Dennoch kann sich die Auslieferungshaft im Nachhinein als unrichtig erweisen. Das ist regelmässig der Fall, wenn ein Verfolgter schliesslich nicht ausgeliefert wird. In solchen Fällen war die Auslieferungshaft ungerechtfertigt.<sup>139</sup> Dies, verbunden mit dem Umstand, dass jede Verhaftung einen schwerwiegenden Eingriff in die Persönlichkeitsrechte des Betroffenen darstellt, führt regelmässig zu einem Entschädigungsanspruch des Betroffenen gestützt auf Art. 15 Abs. 1 IRSG i.V.m. Art. 429 StPO *per analogiam*.<sup>140</sup>

## 7. Übertragung der Strafverfolgung an das Ausland

Gemäss Art. 88 lit. b IRSG kann ein anderer Staat um Übernahme der Strafverfolgung wegen einer der schweizerischen Gerichtsbarkeit unterworfenen Tat ersucht werden, wenn die Gesetzgebung des anderen Staates die Verfolgung und die gerichtliche Ahndung der Tat zulässt, der Verfolgte diesem Staat ausgeliefert wird und die Übertragung der Strafverfolgung eine bessere soziale Wiedereingliederung erwarten lässt.<sup>141</sup>

Dies ist dann der Fall, wenn der Verfolgte seinen gewöhnlichen Aufenthalt im anderen Staat hat und lediglich zur Verübung einer strafbaren Handlung in die Schweiz eingereist ist.<sup>142</sup> Grundsätzlich ist der Verfolgte im Falle der Abtretung der Strafverfolgung an einen anderen Staat berechtigt, das entsprechende Ersuchen des Bundesamts mittels Beschwerde anzufechten. Dies gilt allerdings nicht, wenn der Verfolgte seinen gewöhnlichen Aufenthalt ausserhalb der Schweiz hat.<sup>143</sup> Die Tatsache, dass jemand in einem schweizerischen Gefängnis in Untersuchungs- oder Auslieferungshaft sitzt, vermag keinen gewöhnlichen Aufenthalt in der Schweiz im Sinne dieser Regelung herbeizuführen.<sup>144</sup> Der Täter kann in dieser Situation folglich das schweizerische Ersuchen um Über-

<sup>139</sup> Ibid., E. 5.1.

<sup>140</sup> Ibid., E. 5.2f.

<sup>141</sup> Art. 7 Abs. 1 EAUE, der festhält, die Auslieferung könne abgelehnt werden, wenn die Handlung ganz oder teilweise auf dem Gebiet des ersuchten Staates stattgefunden habe, steht diesem Vorgehen als «Kann-Norm» nicht im Wege, vgl. Entscheid des Bundesstrafgerichts RR.2013.42 + RP.2013.5 vom 7. Mai 2013, E. 6.1.

<sup>142</sup> Entscheid des Bundesstrafgerichts RR.2013.44 + RP.2013.7 vom 7. Mai 2013, E.4.2; im zu beurteilenden Fall war eine Person mit gewöhnlichem Aufenthalt in Lyon (Frankreich) zum Zwecke eines bandenmässigen Raubüberfalls im Kanton Genf in die Schweiz eingereist und dabei verhaftet worden. Das Verfahren gegen mehrere andere Tatbeteiligte wurde in Frankreich geführt. Bestätigt in Entscheid des Bundesstrafgerichts RR.2013.42 + RP.2013.5 vom 7. Mai 2013, E. 6.1., welcher den gleichen Fall betrifft.

<sup>143</sup> Art. 25 Abs. 2 IRSG.

<sup>144</sup> Entscheid des Bundesstrafgerichts RR.2013.44 + RP.2013.7 vom 7. Mai 2013, E. 1.3.2.

nahme der Strafverfolgung oder Urteilsvollstreckung nicht anfechten. Wohl aber steht ihm die Beschwerde gegen den Auslieferungsentscheid offen.<sup>145</sup>

## **B. Akzessorische Rechtshilfe**

### **1. Herausgabe von Bankdaten – Beschwerdelegitimation des wirtschaftlich Berechtigten**

Gemäss Art. 80h lit. b IRSG ist einzig zur Beschwerde legitimiert, wer persönlich und direkt von einer Rechtshilfemassnahme betroffen ist und an deren Aufhebung oder Änderung ein schutzwürdiges Interesse hat. Art. 9a lit. a IRSV konkretisiert, für die Herausgabe von Bankdaten sei dies der Kontoinhaber. Im Zusammenhang mit den Konten aufgelöster Gesellschaften sind es ausnahmsweise die an der Gesellschaft wirtschaftlich Berechtigten.<sup>146</sup>

Das Bundesgericht hat die Definition, wer an einer Gesellschaft wirtschaftlich berechtigt sei, in seiner jüngsten Rechtsprechung konkretisiert.

Zunächst ist festzuhalten, dass der Beschwerdeführer selbst die Auflösung der Gesellschaft sowie seine wirtschaftliche Berechtigung an deren Konten beweisen muss.<sup>147</sup> Kann er diesen Beweis nicht erbringen, so fehlt es an seiner Beschwerdelegitimation.<sup>148</sup>

Besonders kompliziert sind Fälle, bei denen das Vermögen einer aufgelösten Gesellschaft auf das Konto einer dritten Gesellschaft transferiert wird, die ebenfalls unter der Kontrolle des Beschwerdeführers steht. In dieser Situation muss der Beschwerdeführer beweisen, dass er in Wahrheit Begünstigter der Liquidation ist.<sup>149</sup> Dazu genügt es, wenn er beweist, dass er der wirtschaftlich Berechtigte am Konto dieser dritten Gesellschaft ist, auf welches der Liquidationserlös ausbezahlt wurde. Dafür lässt das Bundesgericht bereits die unterschriftliche Bestätigung durch zwei namentlich bekannte Direktoren dieser dritten Gesellschaft genügen.

Als Fazit hält das Bundesgericht fest, es sei nicht entscheidend, wie der Beweis erbracht werde, dass jemand der wirtschaftlich Berechtigte an den Konten

<sup>145</sup> Ibid. E. 1.5.

<sup>146</sup> BGE 123 II 153 E. 2c und d, S. 157.

<sup>147</sup> Entscheide des Bundesgerichts 1C\_370/2012 vom 3. Oktober 2012, E. 2.3. sowie 1C\_388/2012 vom 20. September 2012, E. 1.2., jeweils m.w.H.

<sup>148</sup> Entscheid des Bundesstrafgerichts RR.2012.45 vom 7. August 2012, E. 3.2. Wird das Vermögen einer aufgelösten Gesellschaft mittels Check ausbezahlt, so erscheint diejenige Person als wirtschaftlich berechtigt, an *Order* welche der Check ausgestellt wurde, unabhängig davon, wer den Check tatsächlich entgegengenommen hat. Das Bundesgericht hat sich dieser Erwägung im seinem Entscheid 1C\_388/2012 vom 20. September 2012, E. 1.2., angeschlossen.

<sup>149</sup> Entscheid des Bundesgerichts 1C\_370/2012 vom 3. Oktober 2012, E. 2.5.

einer aufgelösten Gesellschaft sei. Massgeblich sei einzig, dass dieser Beweis erbracht werde.<sup>150</sup>

## 2. Beschwerdelegitimation der juristischen Person

Im Rechtshilfeverfahren ist grundsätzlich auch eine juristische Person beschwerdelegitimiert.<sup>151</sup> Gleich in einer Reihe von Fällen ist das Bundesstrafgericht allerdings nicht auf Beschwerden von juristischen Personen eingetreten, die sich gegen eine Herausgabe von Bankdaten zur Wehr gesetzt hatten.<sup>152</sup> In all diesen Fällen war die juristische Person vor oder während des Rechtshilfeverfahrens in Konkurs gegangen und aus dem Handelsregister gelöscht worden. Folglich hatte sie zum Zeitpunkt der bundesstrafgerichtlichen Entscheidung ihre Rechtspersönlichkeit und damit ihre rechtliche Existenz als Prozesspartei verloren.<sup>153</sup>

## 3. Gestohlene Beweismittel im Rechtshilfeverfahren

Hat die Schweiz ein Rechtshilfeersuchen zu beurteilen, bei welchem im zugrunde liegenden ausländischen Strafverfahren gestohlene Beweismittel verwendet wurden, steht die Frage im Raum, ob die rechtswidrige Herkunft dieser Beweismittel auch im schweizerischen Rechtshilfeverfahren zu berücksichtigen sei.<sup>154</sup>

Das Bundesstrafgericht stellte in einem ersten so gelagerten Fall zunächst fest, es sei nicht erwiesen, dass sich das ausländische Verfahren, aus welchem das Rechtshilfeersuchen herrühre, einzig auf rechtswidrig erlangte Beweismittel abstütze.<sup>155</sup> Zudem sei es nicht Sache des Rechtshilferichters, die Qualität der Beweismittel im nationalen Strafverfahren des ersuchenden Staates zu be-

<sup>150</sup> Entscheid des Bundesgerichts 1C\_370/2012 vom 3. Oktober 2012, E. 2.7.

<sup>151</sup> Sofern sie partei- und prozessfähig ist und die Bedingungen von Art. 80h Lit.b IRSG erfüllt sind.

<sup>152</sup> Entscheide des Bundesstrafgerichts RR.2012.160 vom 10. Oktober 2012, E. 1.3.2.; RR.2012.98 vom 31. Oktober 2012 sowie RR.2013.1 vom 14. Mai 2013.

<sup>153</sup> Die Beschwerde hätte in all diesen Fällen vom wirtschaftlich Berechtigten am Liquidationserlös geführt werden müssen, vgl. Entscheid des Bundesstrafgerichts RR.2013.1 vom 14. Mai 2013.

<sup>154</sup> *I.c.* war über ein Rechtshilfeersuchen aus Belgien zu befinden. Die belgische Staatsanwaltschaft führte ein Verfahren wegen Korruption gegen eine luxemburgische Gesellschaft. In diesem Verfahren wurden Beweismittel verwendet, die im Jahr 2002 einer liechtensteinischen Gesellschaft gestohlen und später an die deutschen Steuerbehörden verkauft worden waren, welche sie ihrerseits den belgischen Steuerbehörden weiterreichten. Von da waren sie in den Besitz der belgischen Staatsanwaltschaft gelangt, vgl. Entscheid des Bundesstrafgerichts RR.2012.82–83 vom 26. Februar 2013, C.-E.

<sup>155</sup> Für seine Erwägungen war insb. die Tatsache massgeblich, dass das belgische Strafverfahren bereits vor Kenntnis der gestohlenen Beweismittel in Gang gesetzt worden war, vgl. *ibid.* E. 3.1. ff.

urteilen. Es sei vielmehr an den Parteien, entsprechende Rügen vor dem Strafrichter geltend zu machen.<sup>156</sup> Dieser Argumentation schloss sich auch das Bundesgericht an. Die Schweiz müsse zwar sicherstellen, dass das rechtshilfeweise unterstützte ausländische Strafverfahren regulär ablaufe, besonders hinsichtlich Einhaltung der Menschenrechte. Jedoch müsse sie sich nicht zur Verwertbarkeit und Glaubwürdigkeit von Beweismitteln im ausländischen Strafverfahren äussern. Vor diesem Hintergrund vermöge die blossе Tatsache, dass in einem ausländischen Strafverfahren gestohlene Beweismittel verwendet würden, noch keinen besonders bedeutenden Fall i.S.v. Art. 84 BGG zu konstituieren. Das Bundesgericht trat auf die Beschwerde folglich nicht ein.<sup>157</sup>

#### 4. Fristenlauf

Gemäss Art. 80k IRSG beträgt die Beschwerdefrist gegen die Schlussverfügung 30 Tage, gegen eine Zwischenverfügung 10 Tage ab der schriftlichen Mitteilung der Verfügung. Nach Art. 80m IRSG besteht eine Verpflichtung zur Zustellung der Rechtshilfeverfügung an den Berechtigten allerdings nur, wenn dieser Wohn- bzw. Firmensitz oder mindestens ein Zustellungsdomizil in der Schweiz hat. Art. 9 IRSV hält dazu fest, dass die Partei oder ihr Rechtsbeistand, die Wohnsitz im Ausland haben, ein Zustellungsdomizil in der Schweiz bezeichnen müssen. Unterlassen sie dies, kann die Zustellung unterbleiben.

In einem so gelagerten Fall hat die zuständige kantonale Staatsanwaltschaft ihre Schlussverfügung, welche die Herausgabe von Bankdaten anordnete, der schweizerischen Bank des Betroffenen zugestellt. Dazu führt das Bundesstrafgericht aus, die Bank sei zwar nicht automatisch Stellvertreterin ihres Kunden. Habe aber der Kunde mit der Bank eine sogenannte «Banklagernd-Vereinbarung» abgeschlossen, welche sinngemäss bestimmt, dass die Bank sowohl die Dokumente über die interne Kundenbeziehung als auch die den Kunden betreffende externe Post weiterzuleiten oder zu verwahren habe, so sind die der Bank zugestellten amtlichen Dokumente als dem Kunden rechtsgültig eröffnet anzusehen.<sup>158</sup> Die Frist beginnt in solchen Fällen also am Tag der Zustellung an die Bank zu laufen. Eine schriftliche Eingabe ist fristwährend, wenn sie am letzten Tag der Frist (spätestens um Mitternacht) der Behörde eingereicht oder zu deren Händen der schweizerischen Post oder einer schweizerischen diplomatischen oder konsularischen Vertretung übergeben wird. Die Übergabe an eine ausländische Post reicht hingegen nicht, die Eingabe müsste mindestens am

<sup>156</sup> Ibid. E. 3.5. Das Bundesstrafgericht führte aus, dies gelte *i.c.* umso mehr, als das belgische Strafverfahren explizit ein Verwertbarkeitsverbot rechtswidrig erlangter Beweismittel kenne.

<sup>157</sup> Entscheid des Bundesgerichts 1C\_260/2013 vom 19. März 2013, E. 1.4.

<sup>158</sup> Entscheid des Bundesstrafgerichts RR.2013.10 vom 7. Mai 2013, E. 2.4.

letzten Tag der Frist von der schweizerischen Post zur Weiterbeförderung in Empfang genommen werden, wofür der Absender die Beweislast trägt. Zudem muss die Beschwerdeschrift vom Beschwerdeführer eigenhändig und handschriftlich unterzeichnet sein, eine Unterschrift in Kopierform genügt nicht.

Aus diesem Grund ist die Frist nicht gewahrt, wenn eine Beschwerdeschrift zwar innerhalb der Frist per Telefax an das Bundesstrafgericht gesendet und gleichzeitig in schriftlicher Form einer ausländischen Post übergeben wird, die Schriftform aber erst nach Ablauf der Frist beim Bundesstrafgericht eintrifft.<sup>159</sup>

## 5. Rechtliches Gehör

Die Bedeutung des rechtlichen Gehörs als elementarem Verfahrensgrundsatz auch im Rechtshilfeverfahren wurde bereits an anderer Stelle hervorgehoben.<sup>160</sup> Im Rechtshilfeverfahren verleiht der Art. 80b IRSG dem Berechtigten ein persönlichkeitsbezogenes Mitwirkungsrecht am Verfahren. Gemäss der Auslegung des Bundesstrafgerichts hat er demnach das Recht, tatsächlich gehört zu werden. Seine Vorbringen müssen sorgfältig und ernsthaft geprüft und in der Entscheidungsfindung berücksichtigt werden. Daraus folgt die Pflicht der Rechtshilfebehörden, ihren Entscheid zu begründen. Wenigstens kurz müssen die Überlegungen genannt werden, welche die Behörde leiteten und auf die sie ihren Entscheid stützt.<sup>161</sup>

Wenn sich die Schlussverfügung einer kantonalen Staatsanwaltschaft mit keinem Wort zu den zahlreichen Eingaben des Beschwerdeführers äussert, aus der Verfügung ebenfalls nicht ersichtlich ist, warum die Staatsanwaltschaft von den Begehren der ersuchenden Behörde abgewichen ist, und sie sich zudem nicht mit weiteren entscheiderelevanten Aspekten auseinandersetzt, muss das eigentliche Fehlen einer Begründung festgestellt werden. Eine derartige Verfügung verletzt den Anspruch auf rechtliches Gehör des Beschwerdeführers.<sup>162</sup> Obschon das Verfahren vor der Beschwerdekammer des Bundesstrafgerichts grundsätzlich die Heilung von Verletzungen des rechtlichen Gehörs erlaubt, kommt dies nur bei nicht besonders schwerwiegenden Verletzungen desselben infrage. Eine schwere Verletzung von Verfahrensrechten hat dagegen die Rückweisung der Sache an die Vorinstanz zur Folge.<sup>163</sup> Wo keine Auseinandersetzung mit und Begründung von wesentlichen Vorbringen des Beschwerdeführers

<sup>159</sup> Ibid. E. 2.5. Der (deutsche) Beschwerdeführer hatte *i.c.* den Beweis nicht erbracht, dass die Beschwerdeschrift innerhalb der Frist in den Besitz der schweizerischen Post übergegangen war.

<sup>160</sup> Supra, A.1.

<sup>161</sup> Entscheid des Bundesstrafgerichts RR.2011.302 vom 12. Februar 2013, E. 5.2.1.

<sup>162</sup> Ibid., E. 5.3.

<sup>163</sup> So die ständige Praxis des Bundesgerichts, vgl. z.B. BGE 127 V 431 E. 3d/aa, S. 437 f.; BGE 126 V 130 E. 2b, S. 132.

vorliegt, ist die Verletzung des rechtlichen Gehörs gemäss Bundesstrafgericht so schwer, dass sie nicht vor dessen Beschwerdekammer geheilt werden kann. Es hat in der Folge die Sache mit verbindlichen Weisungen an die Vorinstanz zurückgewiesen.<sup>164</sup>

## 6. Spezialitätsvorbehalt

Der Grundsatz der Spezialität besagt, dass die durch Rechtshilfe erhaltenen Auskünfte und Schriftstücke regelmässig nur für das Verfahren verwendet werden dürfen, für welches die Rechtshilfe gewährt wurde. Ebenfalls ist die Verwendung in der Regel auf den im Ersuchen genannten Sachverhalt beschränkt. Dies gilt gemäss Art. 67 IRSG für schweizerische Rechtshilfehandlungen zugunsten eines ausländischen Strafverfahrens.<sup>165</sup> Ebenfalls sind jedoch die schweizerischen Behörden dazu verpflichtet, in ihren Verfahren ausländische Spezialitätsvorbehalte zu beachten.<sup>166</sup>

Wenn nun eine kantonale Staatsanwaltschaft ausländische Bankdaten verwertet, die sie unter Spezialitätsvorbehalt erhalten hat,<sup>167</sup> und gestützt darauf ein Schema bezüglich der Geldflüsse im betreffenden Fall erstellt, so bleibt sie grundsätzlich an den Spezialitätsvorbehalt gebunden. Das hat zur Folge, dass dieses Schema, sobald es Informationen enthält, welche direkt aus den rechtshilfeweise erlangten ausländischen Bankdaten stammen, nicht in einem neuen Rechtshilfeverfahren an einen dritten Staat weitergereicht werden darf.<sup>168</sup>

Demgegenüber verletzt der Austausch rechtshilfeweise erlangter Informationen zwischen verschiedenen Strafverfolgungsbehörden des ersuchenden Staates den Spezialitätsvorbehalt nicht.<sup>169</sup>

<sup>164</sup> Entscheid des Bundesstrafgerichts RR.2011.302 vom 12. Februar 2013, E. 5.5. Diese Möglichkeit stellt Art. 61 Abs. 1 VwVG «ausnahmsweise» zur Verfügung.

<sup>165</sup> Vgl. dazu Entscheid des Bundesstrafgerichts RR.2010.225 vom 16. Oktober 2012, E. 2.

<sup>166</sup> Art. 30 Abs. 3 IRSG; das Bundesstrafgericht sieht diese Verpflichtung gar als Ausfluss aus dem Grundsatz «*pacta sunt servanda*», vgl. RR.2012.180 + 221 vom 15. April 2013, E. 2.2.

<sup>167</sup> Im konkreten Fall hatte die kantonale Staatsanwaltschaft die Bankdaten aus Luxemburg mit der Auflage erhalten, dass «les renseignements fournis et les documents saisis dans le cadre de la présente commission rogatoire ne peuvent être utilisés ni aux fins d'investigation, ni aux fins de leur production comme moyen de preuve dans une procédure pénale ou administrative autre que celle pour laquelle l'entraide a été accordée», *ibid.* E. 2.3.

<sup>168</sup> *Ibid.* E. 2.3.; vgl. auch Entscheid des Bundesstrafgerichts RR.2012.180 + 221 vom 25. Januar 2013, E. 2. ff. In diesem Fall hatte die kantonale Staatsanwaltschaft gestützt auf die luxemburgischen Bankdaten ein Schema über Geldflüsse im Bereich der organisierten Kriminalität erstellt. In einem neuen, vom ersten völlig verschiedenen Rechtshilfeverfahren war dieses Schema, quasi ein «Derivat» aus den luxemburgischen Bankdaten, dann an eine italienische Staatsanwaltschaft weitergegeben worden, was gemäss Bundesstrafgericht den luxemburgischen Spezialitätsvorbehalt verletzte.

<sup>169</sup> Rechtshilfeweise erlangte Unterlagen sowie ihre «Derivate» können also innerhalb desselben Verfahrens problemlos zwischen verschiedenen Staatsanwaltschaften desselben Staates ausgetauscht



## 7. Verfahren im Direktverkehr: Beschwerdemöglichkeit

Im Rechtshilfeverkehr mit europäischen Staaten kommt dem Europäischen Rechtshilfeübereinkommen (EUeR)<sup>170</sup> grosse Bedeutung zu. Zwischen der Schweiz und Deutschland wird das EUeR durch eine Zusatzvereinbarung ergänzt, welche unter anderem für die meisten Rechtshilfebegehren den Direktverkehr zwischen den Staatsanwaltschaften der beiden Staaten erlaubt.<sup>171</sup>

Wenn nun gestützt auf diese Möglichkeit eine kantonale Staatsanwaltschaft ein Verfahren direkt an Deutschland übergibt,<sup>172</sup> muss sie dabei die bundesrechtlichen Vorgaben beachten.<sup>173</sup> Das bedeutet, dass auch in dieser Situation die formellen Bestimmungen des IRSG Anwendung finden. Dies gilt insbesondere auch für Art. 25 Abs. 2 IRSG, wonach eine derartige von der kantonalen Strafverfolgungsbehörde angeordnete Abtretung des Verfahrens bundesrechtlich anfechtbar ist. Darum hat die kantonale Staatsanwaltschaft die Abtretung grundsätzlich in Form einer Verfügung zu erlassen und dem Verfolgten zur Kenntnis zu bringen.<sup>174</sup> Wenn die kantonale Staatsanwaltschaft dies unterlässt, kann der Verfolgte dennoch Beschwerde gegen die Übertragung des Strafverfahrens einreichen, sobald er davon Kenntnis hat. Ficht er hingegen erst die Schlussverfügung der kantonalen Staatsanwaltschaft gegen die spätere rechtshilfweise Übergabe von Beweismitteln an Deutschland mit dem Argument an, das Rechtshilfeverfahren habe von Anfang an unter einem Mangel gelitten, da die ursprüngliche Abtretung des Verfahrens an Deutschland nicht rechtens gewesen sei, so hat er sein Beschwerderecht verwirkt.<sup>175</sup> Selbst bei fehlender Eröffnung beginne die Frist mit demjenigen Zeitpunkt zu laufen, in welchem der Betroffene tatsächlich von der Verfügung Kenntnis erhält, so das Bundesstrafgericht. Dies gilt auch dann, wenn die Übertragung des Verfahrens aus schweizerischer Sicht tatsächlich «formell mangelhaft und inhaltlich bundesrechtswidrig» gewesen ist.<sup>176</sup>

und im Rahmen dieses Verfahrens von diesen auch verwendet werden, vgl. Entscheidung des Bundesstrafgerichts RR.2010.225 vom 16. Oktober 2012, E. 2.2.

<sup>170</sup> Europäisches Übereinkommen über die Rechtshilfe in Strafsachen vom 20. April 1959, SR 351.1.

<sup>171</sup> Vgl. Art. VIII des Vertrags zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der Bundesrepublik Deutschland über die Ergänzung des Europäischen Übereinkommens über die Rechtshilfe in Strafsachen vom 20. April 1959 und die Erleichterung seiner Anwendung vom 13. November 1969 (ZV-D EUeR).

<sup>172</sup> Dazu ist sie gemäss Art. 21 EUeR und Art. XII ZV-D EUeR grundsätzlich berechtigt.

<sup>173</sup> So Entscheidung des Bundesstrafgerichts RR.2013.22 vom 17. Mai 2013, E. 5.4.2. Diese befinden sich, wie oben bei A) 7. dargelegt wurde, primär in Art. 88 IRSG.

<sup>174</sup> Ibid. E. 5.4.3.

<sup>175</sup> Ibid. E. 5.6.

<sup>176</sup> Ibid. E. 5.5.

## IV. La coopération avec les juridictions pénales internationales (par Sévane Garibian)

### A. La compétence universelle du juge suisse en matière de crime de guerre

Le 25 juillet 2012, le Tribunal pénal fédéral (TPF) a rejeté le recours déposé par le ressortissant algérien Khaled Nezzar<sup>177</sup> contre la décision sur compétence du Ministère public de la Confédération (MPC).<sup>178</sup> Nous soulignerons les points les plus saillants de cette jurisprudence relativement à l'application de l'art. 264m CP, introduit le 1<sup>er</sup> janvier 2011 sous la note marginale « Actes commis à l'étranger ».<sup>179</sup>

En premier lieu, le TPF affirme que l'art. 264m CP constitue une *lex specialis* pour la répression des crimes internationaux, qui prévaut donc sur l'art. 7 CP préexistant.<sup>180</sup> Ce dernier prévoit aussi une compétence universelle du juge suisse pour la poursuite de crimes de génocide, crimes contre l'humanité ou crimes de guerre, mais à titre subsidiaire – sans compter que son champ d'application est plus restrictif (principe de la double incrimination, principe du droit le plus favorable et principe *ne bis in idem*, absents de l'art. 264m CP).<sup>181</sup>

En second lieu, le TPF considère que l'art. 264m CP s'applique en l'espèce, bien que son entrée en vigueur soit postérieure à la commission des faits dont est accusé Khaled Nezzar. Il affirme en effet que le principe de la non-rétroactivité de la norme pénale<sup>182</sup> « ne s'applique pas aux règles de procédure, notamment aux dispositions réglant les compétences ».<sup>183</sup> Ce raisonnement audacieux ne semble valoir que parce que, et dans la mesure où, les faits en question constituent des crimes d'une nature particulière, dont l'interdiction se fonde sur des

<sup>177</sup> Khaled Nezzar est un ancien membre de la junte au pouvoir après le coup d'Etat de 1992 qui a marqué le début d'une guerre civile en Algérie, durant laquelle le pouvoir se serait servi de la torture et d'exactions extrajudiciaires à l'appui d'une politique criminelle d'Etat. Arrêté le 20 octobre 2011 alors qu'il était en Suisse, il fut remis en liberté par le MPC le lendemain à la condition d'obtempérer à toute convocation future pour la suite de l'enquête. On ignore à ce jour où il se trouve.

<sup>178</sup> TPF BB. 2011.140, décision du 25.7.2012. Pour une étude détaillée de cette décision: ROBERT ROTH, « Representational Capacity or Global Governance ? A Swiss Federal Court Addresses the Accusations against a Former Algerian General », *Journal of International Criminal Justice*, n°11, 2013, pp. 643–657.

<sup>179</sup> Cf. la loi fédérale du 18 juin 2010 portant modification de lois fédérales en vue de la mise en œuvre du Statut de Rome de la Cour pénale internationale, en vigueur depuis le 1<sup>er</sup> janvier 2011 (RO 2010 4963 ; FF 2008 3461).

<sup>180</sup> TPF BB. 2011.140, consid. 2.3.

<sup>181</sup> Art. 7, al. 2–4, CP.

<sup>182</sup> Art. 2, al. 1, CP.

<sup>183</sup> TPF BB. 2011.140, consid. 2.3.

normes internationales coutumières de *jus cogens*.<sup>184</sup> Il n'est pas sans faire penser à celui – plus ancien mais du même ordre – du ministre français des Affaires étrangères et des juges de la Cour de cassation, lorsqu'ils justifient l'application rétroactive de la loi (dite «de forme») du 26 décembre 1964 prévoyant l'imprescriptibilité des crimes contre l'humanité,<sup>185</sup> par ailleurs non incriminés dans le droit pénal français de l'époque,<sup>186</sup> afin de permettre la poursuite de Klaus Barbie et de Paul Touvier.<sup>187</sup>

En troisième lieu et quant à la condition de l'existence d'un «lien» avec la Suisse, le TPF affirme deux choses. D'une part, les juges considèrent que «la présence en Suisse du recourant lors de son interpellation par le MPC suffit», l'autorité de poursuite ayant en l'espèce la possibilité de décider si elle veut suspendre ou renoncer à la poursuite (art. 264*m* al. 2 lit. b CP): «une interprétation trop stricte de la condition de la présence sur sol suisse reviendrait à laisser décider l'auteur de l'infraction de la poursuite de celle-ci», ce qu'il s'agit d'éviter.<sup>188</sup> D'autre part, le TPF rappelle que le législateur a renoncé à l'ancienne exigence du «lien étroit» lors de la récente réforme du CP.<sup>189</sup>

Le raisonnement du TPF se fait systématiquement l'écho de la volonté du législateur. Celui-ci, en adaptant le droit national au Statut de Rome de la Cour pénale internationale, cherche à assurer en Suisse «une répression sans faille»<sup>190</sup> des violations graves des droits humains – ceci dans le plus strict respect de l'esprit du Statut, lequel renvoie les Etats parties à leur propre responsabilité (prioritaire) en matière de lutte contre l'impunité de ces crimes, comme corollaire de leur souveraineté.

C'est aussi en ce sens que la Cour des plaintes rappelle, s'agissant de la question de l'extradition selon l'article 264*m* du CP, que pour être poursuivi en Suisse, l'auteur présumé ne doit pas pouvoir être extradé,<sup>191</sup> à moins que l'Etat

<sup>184</sup> Cf. le Message relatif à la modification de lois fédérales en vue de la mise en œuvre du Statut de Rome de la Cour pénale internationale, FF 2008 3461, p. 3474.

<sup>185</sup> Loi n° 64-1326 du 26 décembre 1964 tendant à constater l'imprescriptibilité des crimes contre l'humanité, *JO*, 29 décembre 1964.

<sup>186</sup> Ils ne le seront que lors de la réforme du Code pénal français en 1994 (tout comme le crime de génocide).

<sup>187</sup> Voir l'interprétation du ministre des Affaires étrangères, sollicité par les juges de la Cour de cassation dans le cadre de l'affaire Touvier (Crim. 30 juin 1976 : Bull. crim. n° 236); puis les juges de cassation eux-mêmes dans l'affaire Barbie (Crim. 26 janvier 1984 : Bull. crim. n° 34).

<sup>188</sup> TPF BB. 2011.140, consid. 3.1.

<sup>189</sup> L'exigence d'un «lien étroit», introduite à l'art. 9*a* CPM au 1<sup>er</sup> juin 2004 (RO 2004 2691), est restée en vigueur jusqu'au 31 décembre 2010 (cf. Message précité (note 184), FF 2008 3493–3496 et 3546).

<sup>190</sup> Message précité (note 184), FF 2008 3468.

<sup>191</sup> Le législateur marquant ainsi la préférence accordée à l'ouverture d'une procédure pénale dans l'Etat territorial ou national actif.

compétent ne veuille ou ne puisse le poursuivre sérieusement (comme l'Algérie ici).<sup>192</sup> Il en va de même s'agissant de la question de l'immunité de juridiction dont pourrait bénéficier Khaled Nezzar pour les actes commis durant son mandat.<sup>193</sup> en s'appuyant sur l'évolution des principes de droit international en la matière,<sup>194</sup> et la nature impérative de l'interdiction des crimes dont il s'agit,<sup>195</sup> le TPF conclut que le recourant ne saurait se prévaloir d'aucune immunité *ratione materiae*. Une interprétation large des règles de l'immunité fonctionnelle serait, ajoute-t-il, contraire à l'objectif de lutte « contre ces violations graves aux valeurs fondamentales de l'humanité ».<sup>196</sup>

## **B. L'extension du champ d'application de la loi fédérale relative à la coopération avec les tribunaux pénaux internationaux**

Le Conseil fédéral a étendu le champ d'application de la loi fédérale relative à la coopération avec les tribunaux internationaux chargés de poursuivre les violations graves du droit international humanitaire<sup>197</sup> au Mécanisme international chargé d'exercer les fonctions résiduelles des Tribunaux pénaux (ci-après : Mécanisme),<sup>198</sup> par ordonnance du 8 juin 2012.<sup>199</sup> L'ordonnance est entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> juillet 2012, date à compter de laquelle le Mécanisme opère, dans un premier temps, pendant quatre ans.<sup>200</sup>

Le 8 juin 2012, le Conseil fédéral a en outre soumis un projet de modification de la loi fédérale relative à la coopération avec les tribunaux internationaux chargés de poursuivre les violations graves du droit international humanitaire,<sup>201</sup>

<sup>192</sup> TPF BB. 2011.140, consid. 3.4.

<sup>193</sup> A la suite d'une tentative d'assassinat en 1994, Khaled Nezzar démissionne de ses fonctions officielles : son immunité *ratione personae* est dès lors éteinte (cf. TPF BB. 2011.140, consid. 5.4 à 5.4.2).

<sup>194</sup> Cf. les développements contenus dans TPF BB. 2011.140 consid. 5.3.3 à 5.3.6.

<sup>195</sup> Voir *ibid.*, consid. 5.4, ainsi que *supra*, note 184.

<sup>196</sup> TPF BB. 2011.140, consid. 5.4.3.

<sup>197</sup> Loi fédérale du 21 décembre 1995, RS 351.20. Voir aussi l'ordonnance du 12 février 2003 sur l'extension du champ d'application de l'arrêté fédéral relatif à la coopération avec les tribunaux internationaux chargés de poursuivre les violations graves du droit international humanitaire au Tribunal spécial pour la Sierra Leone (RS 351.201.11).

<sup>198</sup> Rappelons que le Mécanisme fut créé par le Conseil de sécurité de l'ONU par résolution 1966 du 22 décembre 2010.

<sup>199</sup> RO 2012 3413 ; RS 351.201.12.

<sup>200</sup> Par. 1 et 17 de la résolution 1966 (2010). Le Conseil de sécurité examinera par la suite, au terme de cette période puis à un rythme bisannuel, si le Mécanisme doit subsister.

<sup>201</sup> FF 2012 6185 ; Message concernant la modification de la loi fédérale relative à la coopération avec les tribunaux internationaux chargés de poursuivre les violations graves du droit international humanitaire (FF 2012 6181).

visant à prolonger sa durée de validité de dix ans, soit jusqu'au 31 décembre 2023. Il s'agit en effet de proroger cette loi afin que « les modalités de la coopération de la Suisse avec les tribunaux pour l'ex-Yougoslavie et pour le Rwanda, le Tribunal spécial pour la Sierra Leone et le Mécanisme soient réglées pour les années suivantes ».<sup>202</sup> Les Chambres fédérales ont adopté la modification législative le 22 mars 2013.<sup>203</sup>

### **C. L'entrée en vigueur de l'Accord sur les privilèges et immunités de la Cour pénale internationale**

L'Accord sur les privilèges et immunités de la Cour pénale internationale conclu à New York le 9 septembre 2002 est entré en vigueur pour la Suisse le 25 octobre 2012,<sup>204</sup> suite à sa ratification le 25 septembre 2012. La Cour a en effet la personnalité juridique internationale et la capacité juridique qui lui est nécessaire pour exercer ses fonctions et accomplir sa mission.<sup>205</sup> Elle jouit pour cela de privilèges et immunités sur le territoire des Etats Parties au Statut de Rome.<sup>206</sup>

### **D. Divers**

Erwin Sperisen, ressortissant suisse-guatémaltèque et ancien chef de police au Guatemala, a été arrêté le 31 août 2012 par le Ministère public genevois pour des exactions (notamment tortures et disparitions forcées) commises entre 2004 et 2007. Il faisait l'objet d'une enquête en Suisse depuis 2009. Le 6 août 2010, les autorités guatémaltèques avaient en outre émis un mandat d'arrêt à son encontre.

Par ailleurs, l'affaire Gaspard Ruhumuliza, ancien homme d'Etat rwandais réfugié en Suisse et suspecté d'avoir commis le crime de génocide au Rwanda en 1994, a été classée le 2 octobre 2012, faute de preuves. Le 29 septembre 2009, le Procureur général de la République du Rwanda avait présenté à la Confédération une demande de délégation de la poursuite pénale, après que la Suisse ait classé une première fois l'affaire en 2005 puis refusé l'extradition au Rwanda en 2009.

<sup>202</sup> Message cité note précédente, FF 2012 6183.

<sup>203</sup> FF 2013 2215. Le délai référendaire est arrêté au 13 juillet 2013. En l'absence de référendum, la loi entrera en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 2014.

<sup>204</sup> RO 2012 5735 ; RS 0.192.110.931.2.

<sup>205</sup> Art. 4 du Statut de Rome.

<sup>206</sup> Art. 48 du Statut de Rome.

