
Chronique de droit pénal suisse dans le domaine international (2014)

Schweizerische Praxis zum Strafrecht im internationalen Umfeld (2014)

par Ursula Cassani¹, Robert Roth², Christian Sager³ & Nadine Zurkinden⁴

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 standards internationaux en matière de blanchiment d'argent
 1. Le blanchiment des avoirs provenant d'infractions fiscales
 2. L'extension de la loi sur le blanchiment d'argent aux infractions fiscales qualifiées
 3. L'extension du champ d'application de la LBA aux négociants
 4. Modifications dans le domaine de l'identification de l'ayant droit économique
 5. Les personnes politiquement exposées
 6. Le remaniement du système de communication et de blocage des avoirs
 7. Entrée en vigueur de la révision
 - B. La mise en œuvre des standards internationaux en matière de corruption
 - C. Le blocage et la restitution des valeurs patrimoniales de potentats
 - D. La lutte contre le terrorisme
 - E. Les instruments bilatéraux
- II. *Die Schweiz und das Europäische Strafrecht (von Nadine Zurkinden)*

¹ Professeure ordinaire, Université de Genève, Juge à la Cour d'appel du pouvoir judiciaire de Genève, membre du comité de rédaction. L'auteure remercie son assistante Nadia Meriboute, titulaire de la maîtrise en droit, d'une licence en relations internationales et du brevet d'avocat, de son aide compétente dans le repérage des actualités et la mise au net du manuscrit.

² Professeur ordinaire, Université de Genève, Directeur de l'Académie de droit international humanitaire et des droits humains.

³ 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. Für Inputs und kritische Lektüre dankt der Autor Dr. iur. Susanne Kuster (Vizedirektorin BJ).

⁴ Dr. iur., Universität Basel. Für wertvolle Hinweise dankt die Autorin Prof. Dr. Sabine Gless, Ordinaria, Universität Basel und Prof. Ursula Cassani, Professeure Ordinaire, Université de Genève.

- A. Übersicht
 - B. Kompatibilität der Schweizer Strafbestimmungen mit der neuen Marktmissbrauchsrichtlinie?
 - 1. Insiderhandel
 - 2. Kursmanipulation
 - C. Fazit
- III. *Internationale Rechtshilfe in Strafsachen: Aus der Praxis der Gerichte der Schweizerischen Eidgenossenschaft (von Christian Sager)*
- A. Auslieferung
 - 1. *Ne bis in idem* als Auslieferungshindernis
 - 2. Diplomatische Immunität im Auslieferungsverfahren
 - 3. Bedeutung der Gerichtsstandsklausel des Art. 34 StPO für die Auslieferung
 - 4. Gründe für das Absehen von Auslieferungshaft
 - 5. Voraussetzungen der Weiterlieferung
 - 6. Rechtliche und andere Fristen
 - 7. Gefährdung durch Dritte als mögliches Auslieferungshindernis
 - B. Akzessorische Rechtshilfe
 - 1. Anwesenheit ausländischer Prozessbeteiligter – anfechtbare Zwischenverfügung?
 - 2. Kostenauflegung bei Rückzug der Beschwerde
 - 3. Anwaltliche Pflicht zur Kenntnis von Amtssprachen
 - 4. Rechtshilfe bei Straftaten im Bereich der indirekten Fiskalität
 - 5. Wirkung des Anwaltsgeheimnisses im Rechtshilferecht
 - 6. Unaufgeforderte Übermittlung von Beweismitteln und Informationen
- IV. *Le droit pénal international de la Suisse (par Robert Roth)*
- A. Le crime d'agression
 - B. Les crimes de guerre
 - C. Les autres dossiers suscitant l'activité de la Suisse

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

A. La mise en œuvre des standards internationaux en matière de blanchiment d'argent

L'année 2014 a été marquée, comme les précédentes,⁵ par la *mise en œuvre des recommandations révisées du GAFI (Groupe d'action financière)*. Le 12 décembre 2014, les Chambres fédérales ont adopté la *loi fédérale sur la mise en œuvre des recommandations du Groupe d'action financière, révisées en 2012*,⁶ après une procédure législative particulièrement chahutée.⁷ Au terme d'un véritable marathon mené jusqu'à la conférence de conciliation, les Chambres fédérales ont rétabli finalement la plupart des éléments biffés par le Conseil national dans sa session de l'été 2014⁸ et entériné des solutions proches du projet gouvernemental. L'exception notable à ce constat est le compromis de dernière minute sur la question des négociants acceptant des paiements en espèces, dont la portée pourrait encore receler bien des incertitudes et des surprises pour les professions concernées. Sans prétendre à l'exhaustivité, nous esquisserons les principaux points sur lesquels porte la modification législative.

1. Le blanchiment des avoirs provenant d'infractions fiscales

L'aspect de la modification législative qui a éveillé les plus grandes controverses fut la création d'un « délit fiscal qualifié », dont le produit pourra dorénavant, à

⁵ URSULA CASSANI, SABINE GLESS, ROBERT RÖTH & CHRISTIAN SAGER, *Chronique de droit pénal suisse dans le domaine international (2013)*, *Schweizerische Praxis zum Strafrecht im internationalen Umfeld (2013)*, RSDIE/SZIER 2014, p. 385 ss, p. 386 ss; URSULA CASSANI, SABINE GLESS, REGULA ECHLE, SÉVANE GARIBIAN & CHRISTIAN SAGER, *Chronique de droit pénal suisse dans le domaine international (2012)*, *Schweizerische Praxis zum Strafrecht im internationalen Umfeld (2012)*, RSDIE/SZIER 2013, p. 467 ss, p. 468 ss.

⁶ FF 2014 9465; le délai référendaire a expiré le 2 avril 2015.

⁷ Conseil des Etats (CE): le 12 mars 2014 (BOCE 2014 156), le 9 septembre 2014 (BOCE 2014 732), le 4 décembre 2014 (BOCE 2014 1177), le 10 décembre 2014 (BOCE 2014 1273); Conseil national (CN): les 18 et 19 juin 2014 (BOCN 2014 1159), le 27 novembre 2014 (BOCN 2014 1965), les 10 décembre 2014 (BOCN 2014 2264) et 11 décembre 2014 (BOCN 2014 2322); adoption le 12 décembre 2014 par les deux Chambre). Pour les résumés des délibérations et dépliants, cf. Curia Vista 13.106.

⁸ Cf. CASSANI/GLESS/ROTH/SAGER (n 5), p. 387 s.

certaines conditions étroitement définies,⁹ faire l'objet de blanchiment d'argent au sens de l'art. 305^{bis} CP.¹⁰ Plutôt que de retoucher les dispositions pénales des lois fiscales, qui font actuellement l'objet d'une révision législative séparée, le législateur a inséré la définition de cette notion dans le code pénal. En vertu du nouvel art. 305^{bis} al. 1^{bis} CP, « [s]ont considérées comme un délit fiscal qualifié, les infractions mentionnées à l'art. 186 de la loi fédérale du 14 décembre 1990 sur l'impôt fédéral direct et à l'art. 59, al. 1, 1^{er} paragraphe, de la loi fédérale du 14 décembre 1990 sur l'harmonisation des impôts directs des cantons et des communes, lorsque les impôts soustraits par période fiscale se montent à plus de 300 000 francs ». Les infractions visées restent des délits, ce qui constitue une rupture par rapport à la tradition juridique suisse, qui limitait jusqu'à présent le blanchiment d'argent aux valeurs patrimoniales issues d'un crime.

En se référant aux infractions d'usage de faux au sens de l'art. 186 LIFD¹¹ et de fraude fiscale au sens de l'art. 59 al. 1, 1^{er} paragraphe LHID,¹² le législateur suisse limite l'application du blanchiment, en matière de fiscalité directe, à la *fraude en matière d'impôts sur le revenu et la fortune*, en excluant d'autres impôts, par exemple sur les successions et les donations. Par ailleurs, ces infractions supposent que l'auteur ait, dans le but de soustraire l'impôt, *fait usage d'un faux dans les titres vis-à-vis de l'autorité fiscale*, ce qui restreint considérablement l'infraction par rapport à ce qui prévaut dans les législations étrangères. Enfin, l'art. 305^{bis} ch. 1^{bis} CP restreint encore le champ d'application du blanchiment en matière fiscale en exigeant que *l'impôt soustrait par période fiscale s'élève à plus de 300 000 francs*. Pour déterminer si cette limite est franchie, il convient de calculer le montant global soustrait par le contribuable pendant une année fiscale, en tenant compte de la situation fiscale concrète de celui-ci et, s'il n'est pas contribuable en Suisse, de la teneur du droit fiscal étranger. La question de savoir si ce seuil – au demeurant extrêmement élevé – est franchi, risque donc de se révéler complexe.

A cela s'ajoute, en matière de fiscalité indirecte, par exemple de TVA, de droit de timbre ou d'impôt sur l'alcool, un élargissement de l'art. 14 al. 4 DPA,¹³

⁹ Sur cet aspect de la révision, cf. CHRISTOPH SUTER/CÉDRIC REMUND, *Infractions fiscales, blanchiment et intermédiaires financiers. Questions choisies de la pratique pour la mise en œuvre de la révision législative « GAFI 2012 »*, Schweizerische Zeitschrift für Gesellschafts- und Kapitalmarktrecht sowie Umstrukturierungen (GesKR) 1 2015, p. 54 ss et URSULA CASSANI, *L'extension du système de lutte contre le blanchiment d'argent aux infractions fiscales: Much Ado About (Almost) Nothing*, RSDA/SZW 2015, p. 78 ss, avec d'autres références.

¹⁰ Code pénal suisse du 21 décembre 1937, RS 311.0.

¹¹ Loi fédérale sur l'impôt fédéral direct (LIFD) du 14 décembre 1990, RS 642.11.

¹² Loi fédérale sur l'harmonisation des impôts directs des cantons et des communes (LHID) du 14 décembre 1990, RS 642.14.

¹³ Loi fédérale sur le droit pénal administratif (DPA) du 22 mars 1974, RS 313.0.

dont la version issue de la révision législative de 2008 érige une forme aggravée de contrebande en crime préalable au blanchiment. Dorénavant, ce crime englobera d'autres formes d'escroqueries aggravées en matière de contributions, sans exiger un trafic transfrontière. L'auteur doit avoir agi par métier ou avec le concours de tiers et s'être procuré ou avoir procuré à un tiers un avantage illicite particulièrement important ou avoir porté atteinte de façon particulièrement importante aux intérêts pécuniaires ou à d'autres droits des pouvoirs publics. La définition du seuil quantitatif est ici abandonnée à la jurisprudence.¹⁴

Quelle que soit l'infraction préalable retenue, il faut que les valeurs patrimoniales blanchies en «*proviennent*». Cet élément constitutif du blanchiment d'argent (art. 305^{bis} al. 1 CP) pose des problèmes conceptuels irrésolus lorsque l'avantage obtenu par l'infraction en amont se présente sous la forme d'une *non-dépense*, comme c'est en général le cas en matière de fraude fiscale.¹⁵ Même à supposer qu'une valeur économisée déterminable comptablement puisse être blanchie, cette non-dépense se matérialiserait sur le compte, parfaitement connu des autorités fiscales, par lequel le contribuable paie ses impôts et non là où se trouvent les avoirs non déclarés. Dès lors, il n'est en général pas possible de considérer qu'un compte non déclaré détenu en Suisse par un contribuable étranger «*provient*» de la fraude fiscale. Il ne faut donc pas attendre de cette révision de l'art. 305^{bis} CP qu'elle apporte une contribution significative à la détection et la répression de la fraude fiscale; l'ouvrage a d'ailleurs d'ores et déjà été remis sur le métier par un nouveau projet de révision législative, visant à imposer aux intermédiaires financiers acceptant des valeurs patrimoniales de clients contribuables à l'étranger le devoir de vérifier la conformité aux règles fiscales applicables.¹⁶

2. L'extension de la loi sur le blanchiment d'argent aux infractions fiscales qualifiées

Les devoirs de diligence des intermédiaires financiers en vertu de la loi sur le blanchiment d'argent (LBA)¹⁷ sont étendus aux avoirs provenant d'un délit fiscal qualifié. Ainsi, en cas de soupçon de provenance des avoirs d'un tel délit,

¹⁴ Message du Conseil fédéral, FF 2014 653.

¹⁵ Pour une analyse approfondie de ces questions, cf. CASSANI (n. 9 supra), p. 86 ss et la doctrine et la jurisprudence citées.

¹⁶ Message relatif à la modification de la loi sur le blanchiment d'argent (Obligations de diligence étendues pour empêcher l'acceptation de valeurs patrimoniales non fiscalisée) du 5 juin 2015, FF 2015 3799; Projet FF 2015 3813.

¹⁷ 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) du 10 octobre 1997, RS 955.0.

l'intermédiaire financier est tenu de clarifier l'arrière-plan économique (art. 6 al. 2 lit. b LBA) et, le cas échéant, de communiquer ses soupçons (art. 9 al. 1 lit. a ch. 2 LBA¹⁸). L'extension de ces mêmes devoirs à l'art. 14 al. 4 DPA selon sa teneur élargie va par ailleurs de soi, puisqu'il s'agit d'un crime.

3. L'extension du champ d'application de la LBA aux négociants

Dans le but de mieux contrôler le risque que de l'argent sale soit blanchi auprès de commerçants, le Conseil fédéral avait proposé d'interdire les paiements en espèces supérieurs à 100 000 francs. Ainsi, les montants supérieurs à cette limite auraient dû passer dans tous les cas par un intermédiaire financier, notamment une banque, ce qui les aurait fait bénéficier du contrôle incombant à ces pivots traditionnels de la lutte contre le blanchiment.

Après bien des controverses, les Chambres fédérales ont, *in extremis*, introduit une solution différente, qui avait la préférence des banques, consistant à *soumettre les négociants aux obligations de diligence en vertu de la LBA*. Ainsi, en vertu du nouvel art. 8a al. 1 et 2 LBA, les négociants (au sens de l'art. 2 al. 1 lit. b LBA nouveau) auront le devoir d'identifier le cocontractant et l'ayant droit économique, de conserver les documents relatifs à ces opérations et de clarifier l'arrière-plan économique. Toutefois, si les paiements dépassant 100 000 francs sont effectués par le biais d'un intermédiaire financier, le négociant est libéré de ces devoirs (art. 8a al. 4 LBA). Enfin, l'obligation de communication, y compris en cas de *délit fiscal qualifié* (art. 9 al. 1^{bis} LBA), est également appliquée aux négociants¹⁹ qui risquent les sanctions de l'art. 37 LBA en cas de violation de ce devoir.

Le contrôle du respect des devoirs incombant aux négociants est plus léger que dans le secteur financier, puisqu'en lieu et place d'une surveillance par l'autorité ou un organisme d'autorégulation, la loi prévoit une simple vérification par l'organe de révision (art. 15 al. 1 et 38 LBA), dont le rapport est destiné à l'organe responsable du négociant (art. 15 al. 4 LBA). Toutefois, le réviseur est tenu de prévenir immédiatement le Bureau de communication (MROS), si le négociant ne remplit pas son obligation de communiquer (art. 15 al. 5 LBA).

¹⁸ Le droit de communication au sens de l'art. 305^{ter} al. 2 CP est également étendu aux délits fiscaux qualifiés.

¹⁹ Pour le devoir de communication, la loi ne prévoit pas d'exemption en faveur des cas dans lesquels aucun paiement en espèces dépassant 100 000 francs n'est effectué.

4. Modifications dans le domaine de l'identification de l'ayant droit économique

Une des préoccupations principales du GAFI dans le cadre de la révision de ses normes internationales était d'améliorer la transparence des structures juridiques et l'identification de leurs bénéficiaires effectifs, notion proche de celle, plus usuelle en Suisse, d'ayants droit économiques. Les recommandations de 2012 considèrent qu'il convient d'identifier comme bénéficiaires effectifs d'une personne morale les personnes physiques «qui en dernier lieu détiennent une participation de contrôle» ou exercent un contrôle par d'autres moyens, voire le dirigeant effectif.²⁰ Cela vaut même lorsque la société en question a une activité opérationnelle et qu'elle n'est donc pas une société de domicile. Pour la Suisse, l'écueil principal était l'anonymat qu'offre l'existence d'*actions au porteur*; par ailleurs, les actionnaires n'étaient considérés comme les ayants droit économiques qu'en cas de *société de domicile* n'exerçant pas d'activité opérationnelle.

La révision législative du 12 décembre 2014 a rendu le droit suisse compatible avec ces principes, en introduisant la clause suivante (art. 2a al. 3 LBA): «[s]ont réputées ayants droit économiques d'une personne morale exerçant une activité opérationnelle les personnes physiques qui, en dernier lieu, contrôlent la personne morale, du fait qu'elles détiennent directement ou indirectement, seules ou de concert avec un tiers, une participation d'au moins 25% du capital ou des voix ou qu'elles la contrôlent d'une autre manière. Si ces personnes ne peuvent pas être identifiées, il y a lieu d'identifier le membre le plus haut placé de l'organe de direction». Par ailleurs, le droit de la société anonyme a été modifié, de manière à introduire une obligation d'annonce de l'acquisition d'actions au porteur de sociétés non cotées en bourse (art. 697i CO), ainsi qu'une obligation d'annoncer l'ayant droit économique des actions non cotées en bourse, lorsque le seuil de 25% est atteint (art. 697j CO)²¹. De même, les ayants droit économiques des parts sociales devront être annoncés aux sociétés à responsabilité limitée (art. 790a CO).

5. Les personnes politiquement exposées

La révision de la LBA élargit la notion de «personne politiquement exposée» (PEP), définie à l'art. 2a al. 1 LBA. Limitée jusqu'à présent aux PEP étrangères, la notion est élargie aux PEP *suisses* (lit. b) et à celles qui œuvrent dans des *organisations intergouvernementales* ou au sein de *fédérations sportives internationales* (lit. c). Par ailleurs, la nouvelle définition ne vise pas seulement les

²⁰ Recommandations 2012 du GAFI, Note interprétative de la recommandation 10, C, 5 (b).

²¹ FF 2014 685, 686 ss.

PEP actuelles, mais aussi celles qui l'ont été par le passé, sans limitation dans le temps. Les relations d'affaires avec les PEP étrangères et leurs proches (au sens de l'art. 2a al. 2 LBA) sont réputées comporter dans tous les cas un risque accru pour l'intermédiaire financier, exigeant des clarifications approfondies (art. 6 al. 3 LBA). Les relations avec les PEP suisses et les PEP dans des organisations internationales ne sont, quant à elles, considérées comme comportant un risque accru qu'en conjonction avec un ou plusieurs autres facteurs de risque.

6. Le remaniement du système de communication et de blocage des avoirs

Le système du devoir de communication et de blocage incombant à l'intermédiaire financier a subi une transformation profonde : d'une part, le Bureau de communication disposera dorénavant d'un délai maximum de 20 jours ouvrables au lieu de cinq pour indiquer à l'intermédiaire financier s'il entend transmettre les informations à l'autorité pénale (art. 23 al. 5 LBA). D'autre part, comme recommandé par le GAFI, la révision met fin au couplage automatique entre la communication en vertu de l'art. 9 LBA et le blocage interne des avoirs par l'intermédiaire financier, afin d'éviter d'alerter le client avant la fin de l'analyse du dossier par cette autorité.²² Le blocage n'intervient donc pas automatiquement dès le moment de la communication, mais dès que le Bureau de communication notifie à l'intermédiaire financier qu'il a transmis les informations à une autorité pénale. Si c'est le cas, le blocage est maintenu jusqu'à réception d'une décision de l'autorité de poursuite pénale, mais au maximum pendant cinq jours ouvrables (art. 10 al. 2 LBA).

7. Entrée en vigueur de la révision

La plupart des modifications entreront en vigueur le 1^{er} janvier 2016, ce qui doit permettre aux professions concernées de s'y adapter, ainsi qu'à ses effets domino sur les autres textes normatifs gouvernant la lutte contre le blanchiment.²³ Les dispositions visant à améliorer la transparence des personnes morales et

²² Par exception à ce qui vient d'être décrit, il y a un blocage immédiat dans l'hypothèse d'une communication sur la base de données transmises par l'autorité de surveillance ou d'autorégulation (art. 9 al. 1 lit. c et art. 10 al. 1^{bis} LBA).

²³ A l'heure où nous finalisons la présente contribution, l'ordonnance de la FINMA sur le blanchiment d'argent (OBA-FINMA), du 3 juin 2015 (RO 2015 2083), ainsi que la Convention relative à l'obligation de diligence des banques (CDB 16) du 1^{er} juin 2015 (en version allemande) viennent d'être publiées. Le 10 juillet 2015, une procédure d'audition a été ouverte sur la base d'un projet d'ordonnance sur la lutte contre le blanchiment d'argent et le financement du terrorisme (Ordonnance sur le blanchiment d'argent, OBA), régissant les devoirs des intermédiaires financiers

l'identification des actions au porteur sont, quant à elles, entrées en vigueur le 1^{er} juillet 2015, en prévision de l'examen de la Suisse par le Forum mondial sur la transparence et l'échange de renseignements à des fins fiscales qui se déroulera cet automne.²⁴

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

Le Conseil fédéral a saisi les Chambres fédérales d'un Message du 30 avril 2014 concernant la modification du code pénal (Dispositions pénales incriminant la corruption)²⁵ qui reprend les propositions de révision concernant notamment la corruption dans le secteur privé contenues dans l'avant-projet du 15 mai 2013 que nous avons commenté dans notre précédente chronique.²⁶

Le 4 juillet 2014, le GRECO a, quant à lui, publié le rapport intermédiaire de conformité de la Suisse (Troisième cycle d'évaluation), sur la question de la «Transparence du financement des partis politiques»²⁷. Comme on s'y attendait, le GRECO relève que les autorités suisses «n'envisagent pas à l'heure actuelle de remédier à l'absence de législation et de réglementation constatée par le Rapport d'Evaluation et de mettre en œuvre les recommandations du GRECO»²⁸ et qualifie la conformité avec les recommandations concernant la transparence du financement des partis politiques de «globalement insuffisante».²⁹ Dès lors, la procédure de non-conformité est poursuivie à l'encontre de la Suisse, qui a dû soumettre un nouveau rapport en mars 2015.

C. Le blocage et la restitution des valeurs patrimoniales de potentats

La révision du droit suisse concernant les avoirs détournés par des potentats ne constitue pas à proprement parler une transposition d'un instrument international, même si la question de la restitution aux pays d'origine constitue un aspect

au sens de l'art. 2 al. 3 LBA et – pour la première fois – des négociants, cf. <https://www.news.admin.ch/message/index.html?lang=fr&msg-id=5808.1>.

²⁴ Communiqué de presse du 29 avril 2015 rapportant la décision du Conseil fédéral du même jour.

²⁵ FF 2014 3433.

²⁶ CASSANI/GLESS/ROTH/SAGER (n. 5), p. 385 ss, p. 390 ss.

²⁷ <<https://www.bj.admin.ch/dam/data/bj/sicherheit/kriminalitaet/korruption/grecoberichte/ber-iii-2014-14-f.pdf>>.

²⁸ Rapport précité, § 31.

²⁹ Rapport précité, § 32.

important de la Convention de Mérida³⁰ (art. 57), que la Suisse a ratifiée en 2009.

En 2010, la Suisse s'était dotée d'une loi sur la restitution des avoirs illicites³¹ (LRAI), permettant de confisquer par la voie administrative et de restituer aux pays d'origine les avoirs détournés par d'anciens potentats, applicable en cas d'échec de la restitution par les voies ordinaires de l'entraide internationale en matière pénale. Le projet de *loi sur les valeurs patrimoniales d'origine illicite* (P-LVP)³², soumis aux Chambres fédérales le 21 mai 2014,³³ vise à *remplacer la LRAI par un dispositif plus complet, gouvernant aussi le blocage initial des avoirs*, ordonné jusqu'à présent par le Conseil fédéral sur la base de compétences qui lui sont attribuées en vertu de l'art. 184 al. 3 Cst féd.

Ainsi, le premier but de la LVP, dont la création a été demandée par une motion adoptée par les Chambres fédérales,³⁴ consiste à améliorer la sécurité juridique, en prévoyant une base légale formelle précisant les conditions du blocage des avoirs appartenant directement ou indirectement à des PEP étrangères, dans le but soit de l'entraide judiciaire (art. 3 P-LVP), soit de la confiscation administrative en cas d'échec de la procédure d'entraide (art. 4 P-LVP). Dans les deux cas, le blocage continue de relever de la compétence du Conseil fédéral.

Le blocage vise les avoirs des *personnes qui sont ou ont été chargées de fonctions politiques dirigeantes (PEP)*, ainsi que des personnes qui, de manière reconnaissable, leur sont *proches* pour des raisons familiales ou personnelles ou pour des raisons d'affaires (art. 2 lit. a et b P-LVP). Le Conseil national vient de restreindre cette notion lors de sa séance du 10 juin 2015, en exigeant que les proches soient «*impliqués*», par quoi il entend les personnes qui, «*de manière reconnaissable, ont prêté leur concours ou ont été utilisées pour détenir des valeurs patrimoniales d'origine illicite par des [PEP]*». ³⁵ Cette définition trop restrictive diffère de celle que le parlement vient d'adopter dans le cadre de la révision de la LBA (art. 2a al. 2 LBA ; cf. I.A.5 *supra*).

Même si la notion de PEP inclut les dirigeants occupant des fonctions actuelles, la LVP, comme la LRAI avant elle, restera inapplicable aux avoirs des

³⁰ Convention des Nations Unies du 31 octobre 2003 contre la corruption (RS 0.311.56).

³¹ Loi fédérale sur la restitution des valeurs patrimoniales d'origine illicite de personnes politiquement exposées (LRAI) du 1^{er} octobre 2010, RS 196.1.

³² Projet de loi fédérale sur le blocage et la restitution des valeurs patrimoniales d'origine illicite de personnes politiquement exposées à l'étranger (Loi sur les valeurs patrimoniales d'origine illicite, LVP), FF 2014 5207.

³³ Message du 21 mai 2014 relatif à la loi sur les valeurs patrimoniales d'origine illicite, FF 2014 5121.

³⁴ Motion Leutenegger Oberholzer, Bloquer les avoirs de potentats renversés (11.3151) du 16 mars 2011.

³⁵ BOCN 2015 1010.

kleptocrates tant qu'ils seront au pouvoir. Toutefois, en permettant le blocage si le « gouvernement ou certains membres du gouvernement de l'Etat d'origine ont perdu ou sont en passe de perdre le pouvoir », l'art. 3 al. 2 lit. a P-LVP aménage la possibilité d'une intervention dans la *phase de transition, lorsque le pouvoir vacille*. Dans tous les cas, il faudra que les autres conditions énumérées à l'art. 3 al. 2 P-LVP soient réunies, soit que le degré de corruption dans l'Etat d'origine soit notoirement élevé (lit. b), que l'on puisse supposer que les valeurs patrimoniales ont été acquises par des crimes (lit. c) et que la sauvegarde des intérêts de la Suisse exige le blocage (lit. c). L'art. 4 P-LVP envisage, quant à lui, le blocage en vue de la confiscation dans l'hypothèse de l'échec de la procédure d'entraide qui doit avoir été conduite à la demande de l'Etat d'origine. Dans ce cas, le blocage suppose la *défaillance de l'Etat d'origine*, prouvée par son inaptitude à soutenir une procédure d'entraide (art. 4 al. 2 lit. b P-LVP, reprenant la condition de l'art. 2 LRAI). Enfin, l'art. 4 al. 3 P-LVP admet le blocage lorsque la coopération avec l'Etat requérant paraît exclue au regard de l'art. 2 lit. a EIMP,³⁶ du fait que celui-ci ne respecte pas les principes de procédure essentiels.

L'art. 7 P-LVP *élargit considérablement les obligations en matière de communication*, puisque son al. 1^{er} stipule que « les personnes et institutions qui détiennent ou gèrent en Suisse des valeurs patrimoniales de personnes tombant sous le coup d'une mesure de blocage [...] doivent les communiquer immédiatement au Bureau de communication en matière de blanchiment ». Il n'est pas nécessaire que l'argent provienne d'un crime, comme c'est le cas à l'art. 9 LBA. Par ailleurs, l'al. 2 crée un devoir de « signalement » à la charge d'autres personnes et institutions qui, sans détenir ou gérer des avoirs, « en ont connaissance de par leurs fonctions » (« *aufgrund ihrer Aufgaben* »).

Le projet prévoit également des mesures d'assistance technique en faveur de l'Etat d'origine dans ses efforts pour obtenir la restitution de valeurs patrimoniales bloquées (art. 11 P-LVP), ce qui correspond à la pratique consacrée. Par ailleurs, le projet du Conseil fédéral habilite le Bureau de communication en matière de blanchiment à transmettre à l'Etat d'origine « toute information, y compris bancaire » (art. 13 P-LVP). Ici encore, le Conseil national a largement vidé la disposition de sa substance lors de sa séance du 10 juin 2015, en la déclarant inapplicable si l'Etat d'origine se trouve dans une situation de défaillance.

Les règles sur la confiscation des valeurs patrimoniales prononcée par le Tribunal administratif reprennent, parfois en les précisant, celles découlant de la LRAI: en particulier, le *renversement du fardeau de la preuve de l'origine illicite des avoirs*, un des principaux atouts de l'actuelle LRAI, est maintenu

³⁶ Loi sur l'entraide pénale internationale (EIMP) du 20 mars 1981, RS 351.1.

(art. 15 P-LVP). De même, l'art. 14 P-LVP retient *que la prescription de l'action pénale ne peut être invoquée*, reprenant une disposition clé de la LRAI, une loi dont la création devait beaucoup à la volonté des autorités suisses de ne pas libérer les fonds Duvalier alors même que l'action pénale était prescrite. On notera, toutefois, que cette clause a d'ores et déjà été modifiée par le Conseil national dans sa session du 10 juin 2015, de manière à déclarer applicables les règles pénales sur la prescription. Si le Conseil des Etats devait lui emboîter le pas, *le résultat serait une nette régression par rapport à la situation juridique actuelle*, qui viderait la loi d'une partie significative de sa substance. En effet, la voie de la confiscation administrative, qui est conçue comme subsidiaire à la voie pénale et à l'entraide, devient précisément pertinente lorsque l'action pénale est prescrite.

Enfin, le projet propose la création de *nouvelles infractions relevant du droit pénal administratif*: la violation du blocage est érigée en délit en cas de commission intentionnelle et en contravention en cas de négligence (art. 25 P-LVP), alors que la violation intentionnelle ou par négligence des obligations de communiquer et de renseigner découlant de l'art. 7 est réprimée au titre de la contravention en vertu de l'art. 26 P-LVP.

D. La lutte contre le terrorisme

Le 12 décembre 2014, l'Assemblée fédérale a adopté une *loi fédérale urgente interdisant les groupes «Al-Qaïda» et «Etat islamique» et les organisations apparentées*³⁷ (ci-après «LFU Al-Qaïda») qui lui avait été proposée un mois plus tôt.³⁸ Soumise à un délai référendaire qui expirait le 2 avril 2015, la loi est entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2015 et a effet jusqu'au 31 janvier 2018. Cette loi remplace l'ordonnance de l'Assemblée fédérale interdisant le groupe Al-Qaïda et les organisations apparentées du 23 décembre 2011,³⁹ confirmant elle-même des mesures ordonnées par le Conseil fédéral en 2001⁴⁰ déjà, mais dont la validité était limitée à fin 2014. Elle remplace également l'ordonnance interdisant le groupe «Etat islamique» et les organisations apparentées du 8 octobre 2014, entrée en vigueur le 9 octobre 2014.⁴¹

Cette effervescence législative est inversement proportionnelle à l'importance de la loi, qui relève de la législation symbolique, voire de la gesticulation

³⁷ RS 122.

³⁸ Message du 12 novembre 2014 concernant la loi fédérale interdisant les groupes «Al-Qaïda» et «Etat islamique» et les organisations apparentées, FF 2014 8755.

³⁹ RO 2012 1.

⁴⁰ RO 2001 3040.

⁴¹ RO 2014 3255.

politique. L'interdiction des organisations terroristes visées fait double emploi avec le crime réprimé à l'art. 260^{ter} CP, qui pénalise l'appartenance et le soutien à une organisation criminelle et englobe les organisations terroristes, dont naturellement Al-Qaïda.⁴² Par ailleurs, le financement du terrorisme constitue un crime au regard de l'art. 260^{quinquies} CP. Ces infractions déclenchent déjà l'application des devoirs de diligence des intermédiaires financiers, ainsi que le devoir de communication en vertu de l'art. 9 LBA. Par ailleurs, les sanctions internationales frappant notamment des personnes apparentées à Al-Qaïda ont été traduites en Suisse par des mesures s'insérant dans le cadre de la loi sur les embargos.⁴³

L'infraction spécifique réprimant Al-Qaïda créée par l'ordonnance de 2001 était donc *inutile*; elle n'a d'ailleurs jamais été appliquée.⁴⁴ Ce fait n'a nullement échappé au Conseil fédéral, qui relève qu'«[u]n abandon de l'interdiction spécifique d'Al-Qaïda risquerait en revanche d'être interprété comme une «légalisation» de ce groupe en Suisse, et, partant, d'être entaché d'une incompréhension à ce sujet».⁴⁵

L'art. 2 LFU Al-Qaïda érige la participation aux groupes Al-Qaïda et Etat islamique, aux groupes de couverture et apparentés, ainsi que divers actes de soutien personnel ou matériel, la propagande et le recrutement pour ces organisations, en crimes passibles d'une peine privative de liberté de cinq ans au plus ou d'une peine pécuniaire. A cette peine s'ajoute la confiscation selon les art. 70 ss CP. La poursuite est soumise au *principe de l'universalité* (art. 2 al. 2 LFU Al-Qaïda), étant précisé, toutefois, que la typicité de l'infraction exige expressément que l'acte constitutif soit commis *sur le territoire suisse (auf dem Gebiet der Schweiz)*. Nonobstant cet élément constitutif, le Message souligne que tous les actes réprimés peuvent être commis également à l'étranger,⁴⁶ sans que la contradiction n'ait été relevée lors des débats des Chambres fédérales. Par ailleurs – autre particularité – la poursuite relève *obligatoirement* de la juridiction fédérale (art. 2 al. 3 LFU Al-Qaïda), alors que l'art. 24 CPP,⁴⁷ applicable par exemple à la participation et au soutien à une organisation criminelle (art. 260^{ter} CP), ne prévoit la compétence fédérale que pour les infractions commises pour une part prépondérante à l'étranger ou dans plusieurs cantons.

⁴² ATF 132 IV 132.

⁴³ RS 946.231. Ordonnance instituant des mesures à l'encontre de personnes et entités liées à Oussama ben Laden, au groupe «Al-Qaïda» ou aux Taliban du 2 octobre 2000, RS 946.203.

⁴⁴ BOCE 2014 E 1065 (Janiak).

⁴⁵ FF 2014 8758.

⁴⁶ FF 2014 8764.

⁴⁷ Code de procédure pénale suisse du 5 octobre 2007, RS 312.0.

Il convient de relever que la mise en vigueur de cette loi urgente *n'a nullement mis fin à la production législative dans le domaine*. En effet, la thématique est reprise dans le *projet de loi sur le renseignement (LRens)*,⁴⁸ qui est actuellement devant le Parlement fédéral. L'art. 72 du projet (P-LRens) confère au Conseil fédéral la compétence d'*interdire* à une personne physique, à une organisation ou à un groupement, pour cinq ans renouvelables, «*une activité qui menace concrètement la sûreté intérieure ou extérieure ou qui sert directement ou indirectement à propager, soutenir ou promouvoir d'une autre manière des activités terroristes ou l'extrémisme violent*».

Les Chambres fédérales ont ajouté à cette disposition un art. 72a P-LRens, permettant au Conseil fédéral d'*interdire* «*une organisation ou un groupement qui, directement ou indirectement, propage, soutient ou promeut d'une autre manière des activités terroristes ou l'extrémisme violent, menaçant ainsi concrètement la sûreté intérieure ou extérieure*».⁴⁹ L'interdiction, prononcée sur la base d'une décision des Nations Unies ou de l'Organisation pour la sécurité et la coopération en Europe et après consultation de commissions compétentes en matière de politique de sécurité (al. 1^{bis}), est d'une durée de cinq ans renouvelables (al. 2). Le Conseil national a décidé de déclarer la décision d'interdiction non susceptible de recours par un ajout à l'art. 79, qui a toutefois, et fort heureusement, été biffé par le Conseil des Etats.⁵⁰

L'art. 72a al. 3 P-LRens ajoute une *nouvelle infraction pénale applicable à celui qui s'associe ou soutient une organisation interdite*, calquée sur l'art. 2 al. 1 LFU Al-Qaïda, mais érigée en simple *délit*, dont l'application est subsidiaire par rapport aux crimes pouvant entrer en considération. Ici encore, le *principe de l'universalité est déclaré applicable* (al. 4), alors que la *typicité fait expressément référence à une commission sur le territoire suisse*.

E. Les instruments bilatéraux

Sur le plan des instruments bilatéraux, l'année 2014 a vu l'entrée en vigueur du Traité d'entraide judiciaire en matière pénale entre la Suisse et le *Colombie*⁵¹ et des Conventions sur le transfèrement des personnes condamnées avec la *République dominicaine*⁵² et avec le *Kosovo*.⁵³ L'accord entre la Suisse, *l'Autriche et le Liechtenstein* concernant la coopération policière transfrontalière du 4 juin

⁴⁸ FF 2014 2159; Message du 19 février 2014 concernant la loi sur le renseignement, FF 2014 2029.

⁴⁹ BOCN 2015 417 s.; BOCE 2015 631.

⁵⁰ BOCN 2015 419; BOCE 2015 639 s.

⁵¹ RS 0.351.926.3.

⁵² RS 0.344.318.

⁵³ RS 0.344.475.

2012 a été approuvé par les Chambres fédérales par arrêté du 21 mars 2014.⁵⁴ Le Conseil fédéral a, par ailleurs, proposé au Parlement l'approbation des accords sur la coopération policière avec le Kosovo⁵⁵ et sur la coopération policière et douanière avec l'Italie⁵⁶ qui, à l'heure où nous écrivons ces lignes, a d'ores et déjà été adoptée⁵⁷.

II. Die Schweiz und das Europäische Strafrecht (von Nadine Zurkinden)

A. Übersicht

In der breiten Öffentlichkeit dominierten im Berichtszeitraum wohl europarechtliche Fragen in Zusammenhang mit der «Masseneinwanderungsinitiative»⁵⁸ und deren Einfluss auf die Beziehungen zwischen der Schweiz und der Europäischen Union (EU).⁵⁹ Der aus der Masseneinwanderungsinitiative hervorgegangene neue Art. 121a der Bundesverfassung enthält unter anderem den Auftrag, Verhandlungen zur Anpassung des Freizügigkeitsabkommens mit der EU⁶⁰ aufzunehmen. Im Februar 2015 hat der Bundesrat ein Mandat zu entsprechenden Verhandlungen verabschiedet.⁶¹ Dieses Thema betrifft das Strafrecht im Berichtszeitraum aber nicht unmittelbar.⁶²

In der strafrechtlichen Zusammenarbeit der EU stehen im Berichtszeitraum weiterhin die Bestrebungen zur Errichtung einer Europäischen Staatsanwalt-

⁵⁴ FF 2014 2823.

⁵⁵ Message du 3 septembre 2014 portant approbation de l'Accord entre la Suisse et le Kosovo sur la coopération policière en matière de lutte contre la criminalité, FF 2014 6623.

⁵⁶ Message relatif à l'approbation de l'accord entre la Suisse et l'Italie sur la coopération policière et douanière 28 mai 2014, FF 2014 4087.

⁵⁷ Arrêté fédéral du 20 mars 2015 portant approbation de l'accord entre la Suisse et le Kosovo sur la coopération policière en matière de lutte contre la criminalité, FF 2015 2553; Arrêté fédéral du 19 juin 2015 portant approbation de l'accord entre la Suisse et l'Italie sur la coopération policière et douanière, FF 2015 4573.

⁵⁸ *Siehe* <<http://www.ejpd.admin.ch/ejpd/de/home/aktuell/abstimmungen/2014-02-09.html>> (Stand 30. Juni 2015).

⁵⁹ *Siehe* die sechs Ausgaben des Informationsbulletins suisseurope im Jahr 2014. Suisseurope; abrufbar unter <<https://www.eda.admin.ch/dea/de/home/dienstleistungen-publikationen/publikationen/suisseurope.html>> (Stand 30. Juni 2015).

⁶⁰ Abkommen zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft einerseits und der Europäischen Gemeinschaft und ihren Mitgliedstaaten andererseits über die Freizügigkeit, SR 0.142.112.681.

⁶¹ Zum aktuellen Stand *siehe* <https://www.bfm.admin.ch/bfm/de/home/themen/fza_schweiz-eu-efta/umsetzung_vb_zuwanderung.html> (Stand 30. Juni 2015).

⁶² Allerdings geriet die bilaterale Zusammenarbeit durch die Annahme der Masseneinwanderungsinitiative unter Druck (*siehe* SABINE GLESS, Internationales Strafrecht, Grundriss für Studium und Praxis, 2. Aufl., Basel 2015, Rn. 436).

schaft einerseits sowie die Bestrebungen, die Verfahrensrechte abzusichern andererseits im Zentrum der Diskussionen.⁶³ Beide Bereiche haben derzeit eine besondere rechtspolitische Bedeutung, unter anderem weil die EU-Institutionen unterschiedliche Vorstellungen über die weitere Entwicklung haben: Die Europäische Kommission hält weiterhin an ihrem Vorschlag für eine Verordnung des Rats über die Errichtung der Europäischen Staatsanwaltschaft⁶⁴ fest.⁶⁵ Dies obwohl die Parlamente mehrerer EU-Mitgliedstaaten Subsidiaritätsrügen gemäss Art. 6 des Protokolls Nr. 2⁶⁶ erhoben hatten.⁶⁷ Das Europäische Parlament und der Rat brachten in der Folge verschiedene Einwände und Forderungen etwa zum Schutzniveau der Verteidigungsrechte und zur Behördenstruktur vor. Eine Einigung über den Inhalt der vorgeschlagenen Verordnung konnte noch nicht erzielt werden.⁶⁸

Im Strafverfahrensrecht strebt man auf europäischer Ebene derweil weitere Harmonisierungen insbesondere zur Stärkung der Verfahrensrechte an.⁶⁹ Die Europäische Kommission legte dazu im Jahr 2013 drei Richtlinienvorschläge vor, die sich noch immer im Rechtsetzungsvorgang befinden.⁷⁰

⁶³ Siehe CASSANI/GLESS/ROTH/SAGER (Fn. 5), S. 396–399.

⁶⁴ EU Kommission, Vorschlag für eine Verordnung zur Errichtung einer Europäischen Staatsanwaltschaft (COM [2013] 534 final); siehe GLESS (Fn. 62), Rn. 471.

⁶⁵ Siehe zu neueren Entwicklungen KATALIN LIGETI, *The European Public Prosecutor's Office*, in: Valsamis Mitsilegas, Maria Bergström & Theodore Konstadinides (Hrsg.), *Research Handbook on EU Criminal Law*, Cheltenham 2015; KATALIN LIGETI & ANNE WEYEMBERGH, *The European Public Prosecutor's Office: Certain Constitutional Issues*, in: Leendert Erkelens, Arjen Meij & Marta Pawlik (Hrsg.), *The European Public Prosecutor's Office. An Extended Arm or a Two-Headed Dragon?*, Den Haag 2015, S. 53–77; KATALIN LIGETI & MICHELE SIMONATO, *The European Public Prosecutor's Office: Toward a Truly European Prosecution Service?*, *New Journal of European Criminal Law* 2013, S. 7–22; JOHN VERVAELE, *The material scope of competence of the European Public Prosecutor's Office: Lex incerta and unpraevia?*, *ERA Forum Journal of the Academy of European Law* 2014, S. 85–99; FRITZ ZEDER, *Der Vorschlag zur Errichtung einer Europäischen Staatsanwaltschaft: grosse – kleine – keine Lösung?*, *Strafverteidiger Forum* 2014, S. 239–248.

⁶⁶ Protokoll über die Anwendung der Grundsätze der Subsidiarität und der Verhältnismässigkeit, ABl. C 306 vom 17. Dezember 2007, S. 150 ff.

⁶⁷ Offizielles Ratsdokument 16624/13 vom 28. November 2013.

⁶⁸ Siehe zu diesen Entwicklungen DOMINIK BRODOWSKI, *Strafrechtsrelevante Entwicklungen in der Europäischen Union – ein Überblick*, *Zeitschrift für internationale Strafrechtsdogmatik* 2015, S. 83–85.

⁶⁹ Siehe zu den Rechtsgrundlagen zur Stärkung der Verfahrensrechte, die bereits vor dem Berichtszeitraum erlassen wurden, CASSANI/GLESS/ROTH/SAGER (Fn. 5), S. 399–402.

⁷⁰ Siehe zum Inhalt dieser Vorschläge, zum Stand der Verhandlungen und für weitere Nachweise DOMINIK BRODOWSKI (Fn. 68), S. 89–93. Die Dokumente zu diesen Rechtsetzungsvorgängen sind in der Datenbank <<http://db.eurocrim.org>> (Stand 30. Juni 2015) verfügbar.

- Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rats zur Stärkung bestimmter Aspekte der Unschuldsvermutung und des Rechts auf Anwesenheit in der Verhandlung in Strafverfahren;⁷¹
- Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rats über Verfahrensgarantien in Strafverfahren für verdächtige oder beschuldigte Kinder;⁷²
- Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rats über vorläufige Prozesskostenhilfe für Verdächtige oder Beschuldigte, denen die Freiheit entzogen ist, sowie über Prozesskostenhilfe in Verfahren zur Vollstreckung eines Europäischen Haftbefehls.⁷³

Ein Mindeststandard an Verfahrensrechten geht aus der Europäischen Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten (EMRK) hervor. Art. 6 Abs. 2 des Vertrags über die Europäische Union⁷⁴ sieht vor, dass die EU der EMRK beitrifft.⁷⁵ Im Juni 2010 hat der Rat die Kommission mit der Aufnahme der Verhandlungen mit dem Europarat zum EMRK-Beitritt beauftragt. Im April 2013 wurden die Verhandlungen mit dem sogenannten Übereinkunftsentwurf abgeschlossen. Die Kommission legte diesen im Juli 2013 dem Gerichtshof der Europäischen Union (EuGH) vor, um ihn gemäss Art. 218 Abs. 11 Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV) um ein Gutachten über die Vereinbarkeit des Übereinkunftsentwurfs mit dem Unionsrecht zu ersuchen.⁷⁶ Das darauf folgende Gutachten 2/13 des Europäischen Gerichtshofs EuGH vom 18. Dezember 2014 hat zu einiger Ernüchterung geführt. Denn es hält fest, dass der Vertragsentwurf zum Beitrittsabkommen zur EMRK mit dem Primärrecht der Europäischen Union nicht vereinbar sei. Noch ist offen, was die Konsequenzen dieses Gutachtens sind.⁷⁷

Neben diesen Entwicklungen gab es auch Entwicklungen im materiell-strafrechtlichen Bereich. So wurden etwa folgende Richtlinien erlassen:

⁷¹ COM [2013] 821 final.

⁷² COM [2013] 822 final.

⁷³ COM [2013] 824 final.

⁷⁴ ABl. C 326 vom 26. Oktober 2012 S. 1 ff.

⁷⁵ *Siehe* zum Grundrechtsschutz und dem Europäischen Strafrecht GLESS (Fn. 62), Rn. 448.

⁷⁶ Pressemitteilung Nr. 180/14 des Gerichtshofs der Europäischen Union, 18. Dezember 2014. Abzurufen unter <http://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2014-12/cp140180de.pdf> (Stand 30. Juni 2015).

⁷⁷ *Siehe* näher und kritisch BENEDIKT PIRKER & STEFAN REITEMEYER, *Zum Gutachten 2/13 des EuGH über den Beitritt der EU zur EMRK. Ein Schritt vor und zwei zurück*, Jusletter 23. März 2015.

- Richtlinie über die Sicherstellung und Einziehung von Tatwerkzeugen und Erträgen aus Straftaten in der Europäischen Union;⁷⁸
- Richtlinie zum strafrechtlichen Schutz des Euro und anderer Währungen gegen Geldfälschung;⁷⁹
- Richtlinie über strafrechtliche Sanktionen bei Marktmanipulation (Marktmissbrauchsrichtlinie).⁸⁰

Die beiden erstgenannten Rechtsakte stützen sich auf Art. 83 Abs. 1 AEUV und ändern, erweitern und ersetzen bestehende Rahmenbeschlüsse. Die letztgenannte neue Marktmissbrauchsrichtlinie (RL 2014/57/EU) ist sowohl aus EU wie auch aus Schweizer Sicht bemerkenswert: Die EU hat mit ihr zum allerersten (und noch einzigen) Mal Gebrauch von ihrer strafrechtlichen Annexkompetenz gemacht.⁸¹ Die Schweiz hatte bereits die Vorgängerrichtlinie⁸² mit Anpassungen der entsprechenden straf- und aufsichtsrechtlichen Bestimmungen autonom nachvollzogen⁸³ und müsste nun allenfalls ihr Recht wieder ändern, um volle Kompatibilität zu erreichen (siehe unten II. B.).

Zunächst zur EU-Perspektive: Seit dem Vertrag von Lissabon verfügt die EU über eine strafrechtliche Annexkompetenz. Damit kann sie materiell-strafrechtliche Mindestvorschriften in einem *Politikfeld* festlegen, in dem bereits *Harmonisierungsmassnahmen* vorliegen. Ein solches Politikfeld stellen der Binnenmarkt und die damit verbundene Integrität der europäischen Finanzmärkte dar. Bedingung für die Festlegung strafrechtlicher Mindestvorschriften ist allerdings, dass sich die *Angleichung der strafrechtlichen Rechtsvorschriften* der Mitgliedstaaten als *unerlässlich* für die wirksame Durchführung der Politik der Union im betreffenden Bereich erweist (Art. 83 Abs. 2 AEUV).

⁷⁸ Richtlinie 2014/42/EU des Europäischen Parlaments und des Rats über die Sicherstellung und Einziehung von Tatwerkzeugen und Erträgen aus Straftaten in der Europäischen Union vom 3. April 2014, ABl. L 127 vom 29. April 2014, S. 39 ff.

⁷⁹ Richtlinie 2014/62/EU des Europäischen Parlaments und des Rats zum strafrechtlichen Schutz des Euro und anderer Währungen gegen Geldfälschung und zur Ersetzung des Rahmenbeschlusses 2000/383/JI des Rats vom 15. Mai 2014, ABl. L 151 vom 21. Mai 2014, S. 1 ff.

⁸⁰ Richtlinie 2014/57/EU des Europäischen Parlaments und des Rats über strafrechtliche Sanktionen bei Marktmanipulation vom 16. April 2014, ABl. L 173 vom 12. Juni 2014, S. 179 ff.

⁸¹ Siehe ULRICH SIEBER, *Einführung*, in: Ulrich Sieber, Helmut Satzger & Bernd von Heintschel-Heinegg. (Hrsg.): *Europäisches Strafrecht*, 2. Aufl., Baden-Baden 2014, N 170.

⁸² Richtlinie 2003/6/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 28. Januar 2003 über Insidergeschäfte und Marktmanipulation, ABl. L 96 vom 12. April 2003, S. 16 ff. Diese stützte sich auf ex-Art. 95 des Vertrags zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft (EGV).

⁸³ Siehe CASSANI/GLESS/ECHLE/GARIBIAN/SAGER (Fn. 5), S. 478–480.

Davon ging die EU zumindest bei schweren Verstössen im Bereich des Marktmissbrauchs aus folgenden Gründen aus:⁸⁴

Die Vorgängerrichtlinie (RL 2003/6/EG) zur neuen Marktmissbrauchsrichtlinie verpflichtete die Mitgliedstaaten nicht zu strafrechtlichen, sondern nur zu *verwaltungsrechtlichen* Massnahmen. Dies lag wohl vor allem daran, dass die EU (bzw. damals EG) zu jenem Zeitpunkt noch über *keine Gesetzgebungskompetenz* zur Einführung von *Kriminalstrafen* verfügte.⁸⁵ Obwohl die Mitgliedstaaten auch strafrechtliche Sanktionen vorsehen durften (Art. 14 Abs. 1 Vorgängerrichtlinie)⁸⁶ und die Vorgängerrichtlinie in der Lehre als strafrechtsrelevanter EU-Rechtsetzungsakt eingestuft wurde,⁸⁷ beschränkten sich manche Mitgliedstaaten auf verwaltungsrechtliche Massnahmen. Aus Sicht der EU verringern diese unterschiedlichen Ansätze «die Einheitlichkeit der Arbeitsbedingungen im Binnenmarkt und können mögliche Täter dazu verleiten, Marktmissbrauch in Mitgliedstaaten zu begehen, in denen dies nicht strafrechtlich geahndet wird.»⁸⁸ Insbesondere, da die Integration der Finanzmärkte zunimmt und die Finanzkriminalität transnationalen Charakter hat,⁸⁹ wurden gemeinsame Mindestvorschriften als notwendig erachtet, um wirksamere Ermittlungsmethoden und eine wirksamere Zusammenarbeit in und zwischen den Mitgliedstaaten zu ermöglichen.⁹⁰

Mit der neuen Marktmissbrauchsrichtlinie verpflichtet die EU ihre Mitgliedstaaten dazu, *strafrechtliche Sanktionen bei Insidergeschäften und Marktmanipulation* vorzusehen.⁹¹ Neben der neuen Marktmissbrauchsrichtlinie wurde auch die (grundsätzlich) unmittelbar anwendbare Marktmissbrauchs-

⁸⁴ Deutschland hat im Dezember 2011 die Subsidiaritätsrüge nach Art. 12 lit. b des Vertrags über die Europäische Union (EUV) erhoben und geltend gemacht, dass die Unerlässlichkeit im Sinne des Art. 83 Abs. 2 AEUV nicht gegeben sei. Die Europäische Kommission teilte jedoch diese Einschätzung nicht (THOMAS KOCH, § 17 *Insidergeschäfte und Marktmanipulation*, in: Ulrich Sieber, Helmut Satzger & Bernd von Heintschel-Heinegg. (Hrsg.): *Europäisches Strafrecht*, 2. Aufl., Baden-Baden 2014, N 42 m.w.Nw).

⁸⁵ Siehe Günter Heine, *Quasi-Strafrecht und Verantwortlichkeit von Unternehmen im Kartellrecht der Europäischen Gemeinschaften und der Schweiz*, Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht 2007, S. 112 m.w.Nw.

⁸⁶ Siehe Botschaft zur Änderung des Börsengesetzes vom 31. August 2011, BBl 2011 6873, S. 6896; KOCH (Fn. 84), N 32.

⁸⁷ Siehe BERND HECKER, *Europäisches Strafrecht*, 4. Aufl., Heidelberg 2012, S. 119; noch weitergehend CASSANI/GLESS/ECHLE/GARIBIAN/SAGER (Fn. 5), S. 478.

⁸⁸ Punkt 7 der Präambel RL 2014/57/EU.

⁸⁹ Vgl. MARGHERITA CERIZZA, *The New Market Abuse Directive*, eucrim 2014, S. 85.

⁹⁰ Punkt 7 der Präambel RL 2014/57/EU.

⁹¹ Siehe SIEBER (Fn. 81), N 170.

verordnung⁹² erlassen. Die beiden neuen Rechtsinstrumente werden die Vorgängerrichtlinie (RL 2003/6/EG) ersetzen.⁹³

B. Kompatibilität der Schweizer Strafbestimmungen mit der neuen Marktmissbrauchsrichtlinie?

Es stellt sich damit die Frage, ob die Schweizer Bestimmungen im Bereich der Finanzkriminalität noch dem ursprünglich intendierten Ziel einer Kompatibilität von Schweizer Recht und EU-Recht genügen oder ob angesichts der neuen EU-Rechtsgrundlagen ein weiterer autonomer Nachvollzug notwendig ist. Dass eine solche Kompatibilität für die Schweiz wichtig ist, wird schon daran deutlich, dass man es in der Schweiz nach Erlass der Vorgängerrichtlinie als Mangel angesehen hatte, dass der Schweizer Straftatbestand des Insiderhandels im Vergleich zum europäischen Recht zu eng gefasst war.⁹⁴ Denn dadurch können Integrität und Wettbewerbsfähigkeit des schweizerischen Finanzplatzes⁹⁵ in Gefahr gebracht und die Schweiz zum *safe haven* für auswertige Rechtsbrecher werden,⁹⁶ da sogar die Rechtshilfefähigkeit bei gewissen Taten eingeschränkt sein kann (Erfordernis der beidseitigen Strafbarkeit).⁹⁷ Fraglich ist, ob die schweizerischen Straftatbestände des Insiderhandels (Art. 40 BEHG⁹⁸) und der Kursmanipulation (Art. 40a BEHG) mit der neuen Marktmissbrauchsrichtlinie kompatibel sind, die nunmehr explizit Straftatbestände für gewisse Verhaltensweisen «zumindest in schweren Fällen und bei Vorliegen von Vorsatz»⁹⁹ vorsieht. Andernfalls besteht das Risiko, dass die Schweiz nach der Umsetzung der

⁹² Verordnung (EU) Nr. 596/2014 des Europäischen Parlaments und des Rats vom 16. April 2014 über Marktmissbrauch und zur Aufhebung der Richtlinie 2003/6/EG des Europäischen Parlaments und des Rats und der Richtlinien 2003/124/EG, 2003/125/EG und 2004/72/EG der Kommission, ABl. L 173 vom 12. Juni 2014, S. 31 ff.

⁹³ Siehe <<http://europa.eu/rapid/midday-express-12-06-2014.htm?locale=en>> (Stand 30. Juni 2015). Die Mitgliedstaaten müssen die neue Marktmissbrauchsrichtlinie bis zum 3. Juli 2016 umsetzen (Art. 13 Marktmissbrauchsrichtlinie). Ab dem 3. Juli 2016 wird auch die Marktmissbrauchsverordnung vollständig anwendbar sein. Einige Verordnungsbestimmungen sind bereits seit dem 2. Juli 2014 anwendbar (Art. 39 Abs. 2 Marktmissbrauchsverordnung).

⁹⁴ Siehe Botschaft zur Änderung des Börsengesetzes vom 31. August 2011, BBl 2011 6873, S. 6874.

⁹⁵ *Ibid.*

⁹⁶ Siehe SABINE GLESS, *Europäisches Strafrecht*, in: Jürg-Beat Ackermann (Hrsg.), *Handbuch des Wirtschaftsstrafrechts*, Bern 2013, N 3.

⁹⁷ Siehe WOLFGANG WOHLERS, *Finanz- und Kapitalmarktstrafrecht*, in: Jürg-Beat Ackermann (Hrsg.), *Handbuch des Wirtschaftsstrafrechts*, Bern 2013, N 8–12 m.w.Nw. Zur beidseitigen Strafbarkeit siehe NADIA CAPUS, *Strafrecht und Souveränität: Das Erfordernis der beidseitigen Strafbarkeit in der internationalen Rechtshilfe in Strafsachen*, Bern 2010, S. 337–351 und *passim*.

⁹⁸ Bundesgesetz über die Börsen und den Effektenhandel, Börsengesetz, BEHG, SR 954.1.

⁹⁹ Art. 3 Abs. 1, 4 Abs. 1 und 5 Abs. 1 RL 2014/57/EU.

neuen Marktmissbrauchsrichtlinie in den EU-Mitgliedstaaten zum *safe haven* für in der EU als kriminell erachtete Finanzgeschäfte wird.

1. Insiderhandel

Insiderhandel liegt zum Beispiel in folgender Situation vor: Ein Unternehmen erzielt einen Forschungserfolg. Noch bevor dieser öffentlich bekannt gegeben wird, kauft ein Händler, der Kenntnis von diesem Forschungserfolg hat, viele Aktien des Unternehmens. Am Tag der Bekanntgabe und in den Wochen danach stösst er die Aktien mit Gewinn ab.

a) Täterkreis

Der Schweizer Straftatbestand des Ausnützens von Insiderinformationen (Art. 40 BEHG) entspricht Art. 3 der neuen Marktmissbrauchsrichtlinie (RL 2014/57/EU) weitgehend. Der *Kreis der potenziellen Täter* ist ähnlich weit gefasst. Beide Straftatbestände umfassen Organinsider, Anteilseigner, Insider aufgrund der Tätigkeit, Deliktinsider sowie weitere sogenannte Sekundärinsider wie z.B. Tippnehmer sowie Personen, die zufälligerweise Kenntnis von einer Insiderinformation erhalten.¹⁰⁰

Die neue Marktmissbrauchsrichtlinie schreibt in Art. 8 vor, dass auch juristische Personen für die in der Richtlinie genannten Straftaten zur Verantwortung gezogen werden können sollen. In der Schweiz ist eine *originäre strafrechtliche Verantwortlichkeit* des Unternehmens auf wenige Straftatbestände beschränkt. Im Bereich des Nebenstrafrechts ist sie einzig bei aktiver Privatbestechung¹⁰¹ vorgesehen (vgl. Art. 102 Abs. 2 StGB). Ein Unternehmen macht sich strafbar, wenn ihm vorzuwerfen ist, dass es nicht alle erforderlichen und zumutbaren organisatorischen Vorkehrungen getroffen hat, um eine solche *Straftat zu verhindern*. Der Schweizer Gesetzgeber hat bewusst auf die Einführung einer originären strafrechtlichen Verantwortlichkeit der Unternehmen bei Insiderhandel und Kursmanipulation verzichtet.¹⁰² Laut Botschaft hätte die Anwendung von Art. 102 Abs. 2 StGB zur Folge, dass die Unternehmen ihre Mitarbeitenden rund um die Uhr überwachen müssten, was zu erheblichen Kosten für die Unternehmen führen würde.¹⁰³ Leider wird die behauptete Notwendigkeit

¹⁰⁰ Art. 40 Abs. 1, 3 und 4 BEHG; Art. 3 Abs. 3 RL 2014/57/EU. *Siehe* dazu im Einzelnen für die Schweiz: WOHLERS (Fn. 97), N 25–31 und N 60–68; für die EU: KOCH (Fn. 84), N 49.

¹⁰¹ Art. 4a Abs. 1 lit. a des Bundesgesetzes vom 19. Dez. 1986 gegen den unlauteren Wettbewerb, SR 241.

¹⁰² *Siehe* Botschaft zur Änderung des Börsengesetzes vom 31. August 2011, BBl 2011 6873, S. 6905–6906.

¹⁰³ *Siehe* Botschaft zur Änderung des Börsengesetzes vom 31. August 2011, BBl 2011 6873, S. 6905.

einer solchen «Totalüberwachung» nicht näher ausgeführt,¹⁰⁴ sondern lediglich darauf hingewiesen, dass vermögenswerte Vorteile, die bei einem Unternehmen aus Anlass eines Insiderdelikts angefallen sind, ohnehin gemäss Art. 70 Abs. 1 StGB eingezogen werden könnten.¹⁰⁵

Die *subsidiäre strafrechtliche Verantwortlichkeit des Unternehmens* für Insiderdelikte und Kursmanipulation wird in der Botschaft nicht erwähnt. Sie ist freilich anwendbar (Art. 102 Abs. 1 i.V.m. Art. 333 Abs. 1 StGB): Ein Insiderdelikt oder eine Kursmanipulation würde dem Unternehmen zugerechnet, wenn die Tat wegen mangelhafter Organisation des Unternehmens keiner bestimmten natürlichen Person zugeordnet werden kann. Vorausgesetzt wird, dass die Tat im Unternehmen in Ausübung geschäftlicher Verrichtung im Rahmen des Unternehmenszwecks begangen wurde. Indem die Schweiz nur eine subsidiäre strafrechtliche Verantwortlichkeit für Unternehmen in Fällen von Marktmissbrauch und Insiderhandel vorsieht, weicht sie jedoch von der neuen Marktmissbrauchsrichtlinie ab.

b) Tathandlung

Die für eine Strafbarkeit wegen Insiderhandel in Art. 40 BEHG beschriebene Tathandlung scheint auf den ersten Blick mit den neuen Rechtsvorgaben der EU weitgehend identisch zu sein: Ein Täter muss eine Insiderinformation nutzen, um entweder selbst Transaktionen durchzuführen,¹⁰⁶ einem anderen eine entsprechende Empfehlung zu geben¹⁰⁷ oder die Insiderinformation einem anderen mitzuteilen (bzw. unrechtmässig offenzulegen)^{108, 109}. Allerdings wird nach EU-Recht auch die *Stornierung oder Änderung noch nicht durchgeführter Transaktionen* als Insidergeschäft angesehen (Art. 3 Abs. 4 und 6 lit. b RL 2014/57/EU),¹¹⁰ in der Schweiz jedoch nicht. Das bedeutet, dass beispielsweise ein Händler, der den Kauf von Aktien eines Unternehmens storniert, nachdem er erfahren hat, dass das Unternehmen einen Insolvenzantrag wegen Überschul-

¹⁰⁴ Es würde nach Art. 102 Abs. 2 StGB jedenfalls keine grenzenlose Haftung des Unternehmens bestehen. Vielmehr ist interpretationsbedürftig, was mit «erforderlichen und zumutbaren organisatorischen Vorkehrungen» gemeint ist (siehe Mark Pieth, *Die strafrechtliche Verantwortlichkeit des Unternehmens*, Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht 2003, S. 363–364).

¹⁰⁵ Siehe Botschaft zur Änderung des Börsengesetzes vom 31. August 2011, BBl 2011 6873, S. 6905.

¹⁰⁶ Art. 40 Abs. 1 lit. a BEHG; Art. 3 Abs. 2 RL 2014/57/EU.

¹⁰⁷ Art. 40 Abs. 1 lit. c BEHG; Art. 3 Abs. 6 RL 2014/57/EU.

¹⁰⁸ Art. 40 Abs. 1 lit. b BEHG; Art. 4 RL 2014/57/EU.

¹⁰⁹ Siehe WOHLERS (Fn. 97), N 50.

¹¹⁰ Siehe KOCH (Fn. 84), N 52–53.

derung stellen wird, in der Schweiz nicht strafbar ist.¹¹¹ Aufsichtsrechtlich ist diese Stornierung aber auch in der Schweiz verboten (Art. 33e BEHG).¹¹²

Gemäss Art. 3 Abs. 2 RL 2014/57/EU reicht es für die Strafbarkeit aus, dass jemand eine Insiderinformation nutzt, um Finanzinstrumente zu erwerben oder zu veräussern. Es spielt keine Rolle, ob der Täter mit dieser Handlung einen Vermögensvorteil erlangt oder einen Verlust eingefahren hat. Aus EU-Sicht wäre also der Tatbestand des Insiderhandels in dem oben genannten Beispiel (II.B.1.) erfüllt, in dem trotz Forschungserfolg eines Unternehmens der Wert der Aktien nicht steigt. Anders als in Art. 3 Abs. 2 RL 2014/57/EU vorgegeben, läge jedoch in der Schweiz kein Insiderhandel vor, da niemandem ein *Vermögensvorteil* verschafft wurde. Es käme allenfalls eine Strafbarkeit wegen versuchtem Insiderhandel in Betracht.¹¹³

c) Tatobjekt

Die Definition der strafrechtlich relevanten Insiderinformationen ist im Schweizer¹¹⁴ und im EU-Recht¹¹⁵ vergleichbar. Nach beiden Definitionen muss die Information *vertraulich* (bzw. nicht öffentlich) und *kursrelevant* sein.¹¹⁶ Zweiteres wird seitens der EU angenommen, wenn ein verständiger Anleger die Informationen wahrscheinlich als Teil der Grundlage seiner Anlageentscheidungen nutzen würde (Art. 7 Abs. 4 Marktmissbrauchsverordnung).

Der Anwendungsbereich des Schweizer Insiderstrafatbestands ist allerdings auf Effekten beschränkt (Art. 1 BEHG), also vereinheitlichte und zum massenweisen Handel geeignete Wertpapiere, nicht verurkundete Rechte mit gleicher Funktion (Wertrechte) und Derivate (Art. 2 lit. a BEHG). Der EU-Insiderstrafatbestand umfasst demgegenüber ein grösseres Spektrum von Finanzinstrumenten.¹¹⁷

¹¹¹ Siehe WOHLERS (Fn. 97), N 52, der dazu ausführt, dass das Rechtsgut der Funktionsfähigkeit des Kapitalmarkts eben nur dann tangiert ist, wenn Transaktionen stattfinden. Anderer Ansicht ist MARTIN KARL WEBER, Informationsmissbrauch im Finanzmarkt, Zürich 2013, S. 132.

¹¹² Siehe FINMA-Rundschreiben 2013/8 «Marktverhaltensregeln», N 14.

¹¹³ Siehe WOHLERS (Fn. 97), N 55–57.

¹¹⁴ Siehe Art. 2 lit. f BEHG.

¹¹⁵ Art. 2 Abs. 4 RL 2014/57/EU verweist für die Definition auf Art. 7 Abs. 1–4 Marktmissbrauchsverordnung.

¹¹⁶ Siehe Expertenkommission Börsendelikte und Marktmissbrauch, Bericht vom 29. Januar 2009, abrufbar unter: <<http://www.efd.admin.ch/dokumentation/zahlen/00578/01375/?lang=de>> (Stand 30. Juni 2015), S. 46–47. Hier wird auch erklärt, dass für das Schweizer Recht bewusst nicht der EU-Begriff «nicht öffentliche Information» übernommen wurde, da die Expertenkommission der Meinung war, dass der schweizerische Begriff «vertrauliche Information» klarer bzw. präziser ist.

¹¹⁷ So gehören etwa auch bestimmte auf Emissionszertifikaten beruhende Auktionsobjekte dazu, selbst wenn die versteigerten Produkte keine Finanzinstrumente sind (Art. 1 Abs. 2 RL 2014/57/EU). Generell werden Finanzinstrumente aufgezählt in Anhang I Abschnitt C der neuen Finanz-

d) Strafmass

Im Strafmass sind das Schweizer und das EU-Recht kompatibel: Die neue Marktmissbrauchsrichtlinie verpflichtet die Mitgliedstaaten der EU dazu, den Insiderhandel zumindest in *schweren* Fällen durch einen Straftatbestand zu erfassen. Die Strafobergrenze für die unrechtmässige Offenlegung von Insiderinformationen muss mindestens zwei Jahre Freiheitsstrafe betragen (Art. 7 Abs. 3 RL 2014/57/EU). Bei den übrigen Tatbestandsvarianten des Insiderhandels muss sie hingegen mindestens vier Jahre Freiheitsstrafe betragen (Art. 7 Abs. 2 RL 2014/57/EU). Laut Botschaft hat die Schweiz den Insiderhandel in schweren Fällen als Verbrechen (Art. 10 Abs. 2 StGB) ausgestaltet, um den GA-FI-Empfehlungen Rechnung zu tragen.¹¹⁸ Die Strafobergrenze beträgt fünf Jahre Freiheitsstrafe für einen Täter, der durch bestimmte Tathandlungen des Insiderhandels einen Vermögensvorteil von mehr als einer Million Franken erzielt (Art. 40 Abs. 2 BEHG).

2. Kursmanipulation

Sowohl der schweizerische Straftatbestand der Kursmanipulation (Art. 40a BEHG) als auch der EU-Straftatbestand der Marktmanipulation (Art. 5 RL 2014/57/EU) können durch *jedermann* begangen werden.¹¹⁹ Vom Täterkreis sind damit aber wiederum nur natürliche und nicht juristische Personen erfasst. Hier weicht die Schweiz – wie schon beim Insiderhandel – von der neuen Marktmissbrauchsrichtlinie ab.¹²⁰

Die strafbewehrten *Tathandlungen* der Kursmanipulation weichen ebenfalls von der neuen Marktmissbrauchsrichtlinie ab. So werden in der EU nicht nur Scheingeschäfte erfasst, sondern auch echte Transaktionen mit manipulatorischem Charakter wie zum Beispiel *Spoofing*. Beim *Spoofing* platziert ein Händler grosse Aufträge zum Beispiel für Aktien. So bringt er andere Marktteilnehmer dazu zu denken, dass der Preis steigt oder fällt. Der Händler löscht seine Aufträge umgehend wieder und gibt gegenläufige Aufträge ein, um das Verhalten der anderen Marktteilnehmer auszunutzen und sich einen Vermö-

marktrichtlinie 2014/65/EU des Europäischen Parlaments und des Rats (ABl. L 173 vom 12. Juni 2014, S. 349 ff.).

¹¹⁸ Siehe Botschaft zur Änderung des Börsengesetzes vom 31. August 2011, BBl 2011 6873, S. 6886. Siehe zu den GA-FI-Empfehlungen CASSANI/GLESS/ECHLE/GARIBIAN/SAGER (Fn. 5), S. 468–470.

¹¹⁹ Expertenkommission Bericht (Fn. 116), S. 52 m.w.Nw.; KOCH (Fn. 84), N 56; WOHLERS (Fn. 97), N 70 m.w.Nw.

¹²⁰ Siehe die Ausführungen dazu oben (II.B.1.a).

gensvorteil zu verschaffen.¹²¹ Der Schweizer Gesetzgeber hat beim autonomen Nachvollzug der früheren EU-Vorgaben bewusst darauf verzichtet, den Anwendungsbereich der Kursmanipulation auf echte Transaktionen mit manipulatorischem Charakter – wie zum Beispiel das *Spoofing* – auszudehnen. Solche Transaktionen wurden in der Schweiz jedoch aufsichtsrechtlich verboten.¹²² Dieses Vorgehen war mit der Vorgängerrichtlinie kompatibel, da diese nicht ausdrücklich strafrechtliche, sondern lediglich verwaltungsrechtliche Massnahmen verlangte. Mit der neuen Marktmissbrauchsrichtlinie, die explizit strafrechtliche Sanktionen für eine Reihe von Handlungen vorsieht,¹²³ wie etwa echte Transaktionen mit manipulatorischem Charakter, scheint der schweizerische Weg¹²⁴ hingegen kaum mehr kompatibel.

Soweit das *Strafmass* betroffen ist, harmonisiert das Schweizer hingegen mit dem EU-Recht bei der Kursmanipulation: Die neue Marktmissbrauchsrichtlinie verpflichtet die EU-Mitgliedstaaten, Marktmanipulation zumindest in *schweren* Fällen durch einen Straftatbestand zu erfassen. Die Strafobergrenze muss mindestens vier Jahre Freiheitsstrafe betragen (Art. 7 Abs. 2 RL 2014/57/EU). Um der Richtlinie zu entsprechen, müsste die Schweiz also zumindest in schweren Fällen die Kursmanipulation als Verbrechen ausgestalten. Dies hat sie laut Botschaft aufgrund der GAFI-Empfehlungen getan.¹²⁵ Die Strafobergrenze beträgt fünf Jahre Freiheitsstrafe für einen Täter, der durch Kursmanipulation einen Vermögensvorteil von mehr als einer Million Franken erzielt (Art. 40a Abs. 2 BEHG).

C. Fazit

Insgesamt sind auch im letzten Berichtszeitraum immer stärkere Harmonisierungsbestrebungen auf EU-Ebene zu verzeichnen. Dem stehen jedoch Probleme gegenüber, alle Vorhaben adäquat auf mitgliedstaatlicher Ebene durchzusetzen. Die verschiedenen Rechtsakte zur Angleichung von Verfahrensrechten im Strafverfahren bieten dafür Paradebeispiele. Entsprechend bleibt abzuwarten, ob es gelingen wird, eine gemeinsame Europäische Staatsanwaltschaft einzurichten.

¹²¹ *Siehe* zum Spoofing <<http://blogs.wsj.com/briefly/2015/02/22/5-things-to-know-about-spoofing-in-financial-markets/>> (Stand 30. Juni 2015).

¹²² *Siehe* Botschaft zur Änderung des Börsengesetzes vom 31. August 2011, BBl 2011 6873, S. 6886; WOHLERS (Fn. 97), N 113 m.w.Nw.

¹²³ Art. 5 Abs. 2 RL 2014/57/EU.

¹²⁴ Art. 40a Abs. 1 BEHG.

¹²⁵ *Siehe* Botschaft zur Änderung des Börsengesetzes vom 31. August 2011, BBl 2011 6873, S. 6886. *Siehe* zu den GAFI-Empfehlungen CASSANI/GLESS/ECHLE/GARIBIAN/SAGER (Fn. 5), S. 468–470.

Mit Blick auf das letzte Jahr ist aus Sicht der Schweiz die Annahme der Marktmissbrauchsrichtlinie (RL 2014/57) besonders bemerkenswert, denn dadurch hat die EU (erstmalig in Ausübung ihrer strafrechtlichen Annexkompetenz) neue Kompatibilitätsvorgaben geschaffen, die den Schweizer Gesetzgeber zu einem Überdenken der eigenen Straftatbestände betreffend Insiderhandel und Kursmanipulation anhalten müssten. Anders als von der neuen Marktmissbrauchsrichtlinie gefordert, sieht das Schweizer Strafrecht keine originäre strafrechtliche Verantwortlichkeit für juristische Personen in Fällen von Insiderhandel und Kursmanipulation nach EU-Standard vor. Auch im generellen Anwendungsbereich und in der Ausgestaltung der Tathandlungen sind die schweizerischen Straftatbestände enger gefasst als es die neue Marktmissbrauchsrichtlinie vorsieht. Betrachtet man die Gesamtrechtsordnung werden diese Inkongruenzen zwar teilweise durch das Schweizer Finanzmarktaufsichtsrecht ausgeglichen. Doch gilt dieses als Verwaltungsrecht und nicht als Strafrecht. Es bleibt abzuwarten, ob der Schweizer Gesetzgeber die entsprechenden Bestimmungen der neuen Marktmissbrauchsrichtlinie wiederum im autonomen Nachvollzug anpassen will oder ob er die geltenden strafrechtlichen Regelungen in Kombination mit den aufsichtsrechtlichen Verboten als ausreichend erachtet, um der transnationalen Finanzkriminalität Herr zu werden.

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

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

A. Auslieferung

1. *Ne bis in idem* als Auslieferungshindernis

Nach Art. 9 EAUe¹²⁶ wird die Auslieferung nicht bewilligt, wenn der Verfolgte wegen Handlungen, derentwegen um Auslieferung ersucht wird, von den zuständigen Behörden des ersuchten Staates rechtskräftig abgeurteilt worden ist. Die Auslieferung kann abgelehnt werden, wenn die zuständigen Behörden des ersuchten Staates entschieden haben, wegen derselben Handlung kein Strafverfahren einzuleiten oder ein bereits eingeleitetes Strafverfahren einzustellen. Der Grundsatz «*ne bis in idem*» ist auch im IRSG¹²⁷ verankert: Gemäss dessen Art. 5 Abs. 1 lit. a wird einem Ersuchen nicht entsprochen, wenn der Richter in der Schweiz oder im Tatortstaat den Verfolgten aus materiellrechtlichen Gründen freigesprochen oder das Verfahren eingestellt hat. «*Ne bis in idem*» ist in der Schweiz ein Grundsatz des Bundesstrafrechts und lässt sich direkt aus der Bundesverfassung herleiten.¹²⁸

In casu war der Verfolgte in der Schweiz verurteilt worden, weil er einen echten, aber inhaltlich unwahren kroatischen Reisepass verwendet hatte. Er hatte für dieses Delikt in der Schweiz eine Freiheitsstrafe verbüsst. Kroatien ersuchte nunmehr um die Auslieferung des Verfolgten und warf ihm vor, er habe sich 2008 im kroatischen Konsulat der bosnischen Stadt Tuzla unter Vorlage eines falschen bosnischen Personalausweises, einer falschen Geburtsurkunde sowie eines ebenfalls falschen Heimatscheins einen falschen kroatischen Reisepass ausstellen lassen.¹²⁹ Vor diesem Hintergrund hielt das Bundesstrafgericht fest, die kroatischen Behörden ersuchten um Auslieferung einerseits wegen des Gebrauchs eines gefälschten bosnischen Personalausweises und andererseits wegen des Falschbeurkundenlassens des kroatischen Reisepasses. In der Schweiz hingegen sei der Verfolgte wegen des Gebrauchs des falsch beurkundeten¹³⁰ kroatischen Reisepasses verurteilt worden. Das Gericht kam zum Schluss, zum einen sei die Tathandlung des Falschbeurkundenlassens von derjenigen der Verwendung einer falschen Urkunde zu unterscheiden, zum anderen sei im kroatischen Auslieferungersuchen neben den Delikten betreffend

¹²⁶ Europäisches Auslieferungsübereinkommen vom 13. Dezember 1957, SR 0.353.1.

¹²⁷ Bundesgesetz vom 20. März 1981 über die internationale Rechtshilfe in Strafsachen, SR 351.1.

¹²⁸ Vgl. BGE 120 IV 10 E.2b, S. 12.

¹²⁹ Entscheid des Bundesstrafgerichts RR.2014.252 + RP.2014.65 vom 20. November 2014, Sachverhalt A, D.

¹³⁰ Im Gerichtsentscheid ist irrtümlicherweise vom Gebrauch eines «*gefälschten*» kroatischen Reisepasses die Rede, wohingegen festzuhalten ist, dass dieser gerade nicht *gefälscht* (unechte Urkunde) sondern *falsch beurkundet* (echte, inhaltlich unwahre Urkunde) ist. Dies wird an früherer Stelle im Entscheid ebenfalls so erörtert, vgl. *supra*, E.4.3.

den kroatischen Reisepass ausserdem der Vorwurf des Gebrauchs eines falsch beurkundeten oder gefälschten bosnischen Personalausweises enthalten. Der Grundsatz «*ne bis in idem*» war daher aus zwei Gründen nicht verletzt.¹³¹

2. Diplomatische Immunität im Auslieferungsverfahren

Art. 31 des Wiener Übereinkommens über diplomatische Beziehungen¹³² sichert diplomatischen Vertretern Immunität sowohl vor der Strafgerichtsbarkeit als auch vor der Verwaltungsgerichtsbarkeit des Empfangsstaates zu. Dabei umfasst der Begriff der diplomatischen Vertreter den Missionschef sowie das diplomatische Personal der Mission.¹³³ Die Ernennung von Personen als diplomatisches Personal einer Mission sowie die Ankunft und Abreise dieser Personen ist dem Aussenministerium des Empfangsstaates vom Entsendestaat zu notifizieren.¹³⁴ Diplomatische Immunität geniessen ausserdem die vom UN-Generalsekretär entsprechend bezeichneten Bediensteten der Vereinten Nationen.¹³⁵ Die Vertreter der Mitglieder bei den Haupt- und Nebenorganen der Vereinten Nationen sowie die mitgliedstaatlichen Delegierten zu UN-Konferenzen geniessen ausserdem während der Wahrnehmung ihrer Aufgaben und während ihrer Reise von und nach dem Tagungsort diplomatische Immunität.¹³⁶ Gleiches gilt für die Bediensteten von Sonderorganisationen der Vereinten Nationen.¹³⁷ Hinsichtlich der Vertreter der Mitglieder ist die Immunität jedoch auf Delegationen zu Tagungen, welche von der Sonderorganisation einberufen werden, beschränkt.¹³⁸

In einem Auslieferungsverfahren mit Deutschland wandte der Verfolgte ein, er sei Forscher und Wissenschaftler im Dienste eines dritten Staates. Im Hinblick auf seine Forschungstätigkeit sei er vom betroffenen Drittstaat zum Mitglied von dessen permanenter Mission bei der UNESCO ernannt worden. Er geniesse folglich in der Schweiz diplomatische Immunität und könne nicht nach Deutschland ausgeliefert werden.¹³⁹ Das Bundesstrafgericht hielt fest, der Ver-

¹³¹ *Supra*, E.4.4.

¹³² Wiener Übereinkommen über diplomatische Beziehungen (WÜD) vom 18. April 1961, SR 0.191.01.

¹³³ Art. 1 lit. e WÜD.

¹³⁴ Art. 10 WÜD.

¹³⁵ Art. V des Übereinkommens über die Vorrechte und Immunitäten der Vereinten Nationen vom 13. Februar 1946, SR 0.192.110.02.

¹³⁶ Art. IV des Übereinkommens über die Vorrechte und Immunitäten der Vereinten Nationen.

¹³⁷ Art. VI des Übereinkommens über die Vorrechte und Immunitäten der Sonderorganisationen der Vereinten Nationen vom 21. November 1947, SR 0.192.110.03.

¹³⁸ Vgl. Art. V des Übereinkommens über die Vorrechte und Immunitäten der Sonderorganisationen der Vereinten Nationen.

¹³⁹ Entscheidung des Bundesstrafgerichts RR.2014.222 vom 12. November 2014, E.6.

folgte sei in der Schweiz weder als diplomatischer Vertreter noch als Bediensteter einer UN-Organisation gemeldet.¹⁴⁰ Es stellte jedoch fest, dass die UNESCO eine Sonderorganisation der Vereinten Nationen sei und prüfte die diplomatische Immunität des Verfolgten unter dieser Prämisse. Dabei hat es die Frage, ob der Betroffene Mitglied der ständigen Vertretung eines Mitgliedstaates bei der UNESCO sei, offengelassen.¹⁴¹ Es prüfte ausschliesslich, ob er ein mitgliedstaatlicher Delegierter zu einer UNESCO-Konferenz in der Schweiz gewesen sei.¹⁴² Im Zusammenhang mit mitgliedstaatlicher Vertretung bei UN-Sonderorganisationen seien die Teilnahme an einer Tagung einer UN-Sonderorganisation einerseits und die Wahrnehmung der Aufgabe als Vertreter eines Mitgliedstaates bei der UN-Sonderorganisation andererseits kumulative Voraussetzungen für die Immunität. Das Bundesstrafgericht verneinte deren kumulatives Vorliegen *in casu* und kam folglich zum Schluss, der Verfolgte geniesse in der Schweiz keine Immunität.¹⁴³ Das Bundesgericht hat diese Ansicht bestätigt.¹⁴⁴

3. Bedeutung der Gerichtsstandsklausel des Art. 34 StPO für die Auslieferung

Art. 34 StPO¹⁴⁵ bestimmt, dass eine beschuldigte Person, welche mehrere Straftaten an verschiedenen Orten verübt hat, für sämtliche Taten an jenem Ort verfolgt und beurteilt wird, an dem die mit der schwersten Strafe bedrohte Tat begangen worden ist. Bei gleicher Strafandrohung sind die Behörden des Ortes zuständig, an dem zuerst Verfolgungshandlungen vorgenommen worden sind.

In casu befand sich der Verfolgte in der Schweiz in Untersuchungshaft, weil ihm hierzulande Einbruchdiebstähle vorgeworfen wurden. Parallel dazu lief ein Auslieferungsverfahren nach Deutschland, wo er weitere Einbruchdiebstähle begangen haben sollte. Der Verfolgte brachte nun vor, die Schweizer Strafbehörden seien in Anwendung von Art. 34 StPO auch zur Verfolgung und Beurteilung der in Deutschland begangenen Taten verantwortlich. Ausserdem sei eine Gesamtstrafe nach Art. 49 StGB auszufällen und die Strafe sei nach dem Asperationsprinzip zuzumessen. Das Bundesstrafgericht hat festgehalten, dass die Regelung des Art. 34 StPO nur bei der Festlegung der Zuständigkeit

¹⁴⁰ *Supra*, E.6.2.

¹⁴¹ Diese Frage wäre zwingend zu prüfen gewesen, hätte der Verfolgte ins Recht geführt, Mitglied einer ständigen mitgliedstaatlichen Vertretung bei den Vereinten Nationen selbst (und nicht bloss bei einer Sonderorganisation) zu sein.

¹⁴² *Supra*, E.6.3.

¹⁴³ *Supra*, E.6.4.

¹⁴⁴ Urteil des Bundesgerichts 1C_566/2104 vom 23. Dezember 2014, E.1.2.2.

¹⁴⁵ Schweizerische Strafprozessordnung vom 5. Oktober 2007, SR 312.0.

innerhalb der Schweiz zu beachten sei, nicht aber im Bereich der Auslieferung an andere Staaten. Gleiches gelte für den Art. 49 StGB.¹⁴⁶

4. Gründe für das Absehen von Auslieferungshaft

Gemäss der Logik des Art. 47 IRSG und konstanter bundesgerichtlicher Rechtsprechung ist die Verhaftung während der gesamten Dauer des Auslieferungsverfahrens die Regel.¹⁴⁷ Das BJ kann gemäss Art. 47 Abs. 1 lit. a IRSG u.a. dann vom Erlass eines Auslieferungshaftbefehls absehen, wenn sich der Verfolgte voraussichtlich der Auslieferung nicht entzieht und er die Strafuntersuchung nicht gefährdet. Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung sind diese beiden Bedingungen kumulativ zu verstehen.¹⁴⁸

Bei der Prüfung des Vorliegens dieser beiden Voraussetzungen ist gemäss bundesgerichtlicher und bundesstrafgerichtlicher Rechtsprechung die Fluchtgefahr der entscheidende Faktor.¹⁴⁹ Dabei sind stets die konkreten Gegebenheiten des Einzelfalls zu prüfen. Ein starres Kategoriensystem wird der Realität nicht gerecht. Die Praxis des Bundesstrafgerichts orientiert sich vielmehr an den beiden Polen der gesellschaftlichen Integration des Verfolgten einerseits und an der Deliktsschwere andererseits. Das Gericht hält ausdrücklich fest, die Freilassung des Verfolgten während der Dauer des Auslieferungsverfahrens sei eine Ausnahme, die nur unter ausserordentlichen Umständen bewilligt werden könne.¹⁵⁰ So wurde im Falle einer Person, welche seit 18 Jahren in der Schweiz niedergelassen, mit einer Schweizerin verheiratet und Vater zweier Schulkinder mit Schweizer Staatsbürgerschaft war, die Fluchtgefahr verneint, obwohl eine lange Freiheitsstrafe drohte. In einem anderen Fall wurde hingegen aufgrund der Deliktsschwere (kriminelle Organisation) die Fluchtgefahr bejaht, obwohl der Verfolgte ebenfalls eine B-Bewilligung besass, mit einer Schweizerin verheiratet und in Erwartung eines Kindes war.¹⁵¹

¹⁴⁶ Entscheid des Bundesstrafgerichts RR.2014.49 + RP.2014.18 vom 29. April 2014, E.6.

¹⁴⁷ Vgl. BGE 130 II 306, E.2.2 S. 309; BGE 117 IV 359, E.2a S. 361 f.; BGE 111 IV 108, E.2. S. 109f.; BGE 109 Ib 58, E.2 S. 59 f.

¹⁴⁸ Vgl. explizit BGE 109 Ib 58, E.2 S. 60.

¹⁴⁹ BGE 130 II 306, E.2.4f. S. 311 f.; Entscheid des Bundesstrafgerichts RH.2014.5 vom 7. Mai 2014, E.7.1.

¹⁵⁰ Entscheid des Bundesstrafgerichts RH.2014.5 vom 7. Mai 2014, E.7.2.

¹⁵¹ *Supra*, E.7.1.

5. Voraussetzungen der Weiterlieferung

Nach dem Grundsatz der Spezialität, der das gesamte Auslieferungsrecht beherrscht und der in Art. 14 EAUe bzw. Art. 38 IRSG seinen Ausdruck findet, darf der Ausgelieferte wegen Taten, die er vor der Übergabe begangen hat und für welche die Auslieferung nicht bewilligt worden ist, im ersuchenden Staat nicht verfolgt werden.¹⁵² Aus dem Spezialitätsgrundsatz folgt ausserdem, dass der Ausgelieferte vom ersuchenden Staat grundsätzlich nicht an einen dritten Staat weitergeliefert werden darf.¹⁵³

Verzichtet der Ausgelieferte gemäss Art. 14 Ziff. 1 lit. a EAUe oder Art. 38 Abs. 2 IRSG auf den Spezialitätsschutz, so kann er anschliessend auch ohne die Zustimmung der Schweiz an einen dritten Staat weitergeliefert werden. Gleiches gilt, wenn der Ausgelieferte, obwohl er dazu die Möglichkeit hatte, das Hoheitsgebiet des Staates, dem er ausgeliefert worden ist, innerhalb von 45 Tagen nach seiner endgültigen Freilassung nicht verlässt, oder wenn er nach dem Verlassen dieses Gebiets dorthin zurückkehrt.¹⁵⁴

Hat der Ausgelieferte hingegen nicht – explizit oder durch Nichtverlassen des Gebiets implizit – auf den Spezialitätsschutz verzichtet, so ist betreffend die Weiterlieferung im Anwendungsbereich des EAUe dessen Art. 15 massgeblich. Dieser bestimmt, dass der ursprünglich ersuchende Staat den ihm Ausgelieferten nur unter der Bedingung an einen Drittstaat weiterliefern darf, dass der ursprünglich ersuchte Staat der Weiterlieferung zustimmt. Die Schweiz prüft in diesen Fällen das Weiterlieferungsersuchen als ob es sich um ein Ersuchen handelte, welches ihr direkt unterbreitet wurde. Damit ist gewährleistet, dass die betroffene Person nicht für Handlungen weitergeliefert wird, für welche die Schweiz die Auslieferung nicht gewährleisten hätte.¹⁵⁵

Die Weiterlieferung ist ausserdem gestützt auf IRSG möglich. Hierbei dient Art. 52 Abs. 3 IRSG als Rechtsgrundlage, welcher bestimmt, dass die Person, welche an einen dritten Staat weitergeliefert werden soll, im Sinne von Art. 52 Abs. 2 IRSG durch eine Justizbehörde des um Weiterlieferung ersuchten Staates zu Protokoll einvernommen wird. Anschliessend prüft die Schweiz auch gestützt auf IRSG das Weiterlieferungsersuchen wie ein ihr direkt unterbreitetes Auslieferungsersuchen.

¹⁵² Vgl. dazu Entscheid des Bundesstrafgerichts RR.2014.102 + RP.2014.45 vom 3. Juni 2014, E.4.

¹⁵³ Vgl. explizit Art. 38 Abs. 1 IRSG.

¹⁵⁴ Art. 15 i.V.m. Art. 14 Ziff. 1 lit. b EAUe; Art. 38 Abs. 2 lit. b Ziff. 1 IRSG.

¹⁵⁵ Entscheid des Bundesstrafgerichts RR.2014.102 + RP.2014.45 vom 3. Juni 2014, E.4.; vgl. auch Urteil des Bundesgerichts 1A.306/2000 vom 12. Februar 2001, E.2.

6. Rechtliche und andere Fristen

Setzt das BJ einem ersuchenden Staat eine Frist zur Ergänzung eines Ersuchens an – selbst unter Androhung von Konsequenzen für den Fall der Nichteinhaltung der Frist – so wird die Frist dennoch nicht zu einer rechtlichen Frist mit zwingender Verwirkung bei Fristablauf. Die Ansetzung derartiger von den rechtlichen Grundlagen nicht explizit vorgesehenen Fristen dient vielmehr dem in Art. 17a IRSG enthaltenen Gebot der raschen Erledigung. Das BJ darf auch nach Fristablauf noch auf das ergänzte Ersuchen eintreten, sofern dieses Gebot dadurch nicht verletzt wird.¹⁵⁶

In casu hatte das BJ am 19. Juni 2014 um Ergänzung eines portugiesischen Auslieferungsersuchens gebeten. Es hatte den ersuchenden Behörden dabei eine Frist bis zum 31. Juli 2014 angesetzt, verbunden mit dem Hinweis, nach Ablauf dieser Frist werde das Auslieferungsersuchen abgewiesen. Am 1. August 2014 trafen die verlangten Ergänzungen auf elektronischem Weg ein und wurden am 27. August 2014 postalisch nachgereicht. Das BJ trat auf das ergänzte Ersuchen ein. Das Bundesstrafgericht wies die dagegen vom Verfolgten erhobene Beschwerde ab.¹⁵⁷

7. Gefährdung durch Dritte als mögliches Auslieferungshindernis

Besteht die Gefahr, dass der Verfolgte im ersuchenden Staat einer gegen Art. 3 EMRK¹⁵⁸ verstossenden unmenschlichen oder erniedrigenden Behandlung ausgesetzt sein könnte, wird die Auslieferung in Anwendung von Art. 80p IRSG von der Abgabe einer förmlichen Garantieerklärung bezüglich der Einhaltung der Grund- und Menschenrechte abhängig gemacht.¹⁵⁹

In einem Auslieferungsfall mit Albanien hatte das BJ bereits Garantien eingeholt. Der Verfolgte machte jedoch u.a. besondere Umstände betreffend seine Person geltend. Er führte an, in früheren Jahren mehrmals Untersuchungshandlungen für das Kriegsverbrechertribunal für Ex-Jugoslawien (ICTY) unterstützt zu haben, u.a. im Prozess gegen den früheren kosovarischen Trans-

¹⁵⁶ Entscheid des Bundesstrafgerichts RR.2014.298 + RP.2014.77 vom 15. März 2015, E.3.3.

¹⁵⁷ *Supra*, E.3.1 ff.

¹⁵⁸ Konvention vom 4. November 1950 zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten, SR 0.101.

¹⁵⁹ BGE 133 IV 76, E.4.1 und E.4.5. S. 86 ff. sowie BGE 134 IV 156, E.6.3. S. 164; vgl. zur Auslieferung unter Garantien auch die Beiträge dieses Autors in den vorangegangenen Chroniquen, CASSANI/GLESS/ECHLE/GARIBIAN/SAGER (Fn. 5), S. 491 f. sowie Cf. CASSANI/GLESS/ROTH/SAGER (Fn. 5), S. 405 ff.

portminister Fatmir Limaj.¹⁶⁰ Als wichtiger Zeuge in diesen Prozessen sei er besonders gefährdet und in dieser Eigenschaft grundsätzlich auf Schutz angewiesen.¹⁶¹ In einer Stellungnahme hatte die Direktion für Völkerrecht (DV) des Eidgenössischen Departements für auswärtige Angelegenheiten dazu zuhanden des BJ ausgeführt, die Position als Zeuge in Kriegsverbrecherprozessen könne eine gewisse Gefährdung darstellen. Die DV verwies dazu auf den Bericht der Kommission für Rechtsfragen und Menschenrechte der parlamentarischen Versammlung des Europarats.¹⁶² Es sei nicht auszuschliessen, dass sich das Wirkungsfeld krimineller Banden kosovo-albanischer Herkunft bis nach Albanien erstrecke, konkrete Hinweise darauf habe die DV jedoch nicht. Zudem gehe sie davon aus, dass Albanien grundsätzlich in der Lage sei, die Sicherheit des Verfolgten zu gewährleisten.¹⁶³

Das Bundesstrafgericht hielt zunächst fest, die Auslieferung könne lediglich aus Gründen verweigert werden, welche das Auslieferungsrecht ausdrücklich vorsehe. Weder das EAUe noch das IRSG sähen grundsätzlich eine drohende Gefahr für den Beschwerdeführer, welche von Dritten – und nicht vom ersuchenden Staat – ausgehen könnte, als Auslieferungshindernis vor.¹⁶⁴ Das Bundesstrafgericht zog allerdings in Erwägung, dass der Verfolgte in der Schweiz Asyl erhalten hatte, weil er angab, aufgrund seiner Zeugeneigenschaft in den vorgenannten Kriegsverbrecherprozessen in seinem Herkunftsstaat Kosovo verfolgt zu sein.¹⁶⁵ Es könne daher nicht ausgeschlossen werden, dass für den Verfolgten eine Gefährdung durch Dritte bestehe und dass sich diese aufgrund der möglichen Reichweite kosovo-albanischer Banden durch eine Auslieferung nach Albanien erhöhe.¹⁶⁶ Das Gericht ordnete demnach die Einholung einer zusätzlichen, konkreten Zusicherung der albanischen Behörden an, dass sie durch *«geeignete Massnahmen den persönlichen Schutz des gefährdeten Beschwerdeführers vor möglicher Vergeltung oder Einschüchterung durch Dritte innerhalb des Haftvollzugs in Albanien gewährleisten werden»*.¹⁶⁷ Das Bundesgericht schützte diese Anordnung zur Einholung zusätzlicher Garantien.¹⁶⁸

¹⁶⁰ Entscheid des Bundesstrafgerichts RR.2013.258 + RP.2013.52 vom 6. Juni 2014, Sachverhalt L.

¹⁶¹ *Supra*, E.11.1.

¹⁶² Parliamentary Assembly of the Council of Europe, Doc. 12440, 29. November 2010.

¹⁶³ Entscheid des Bundesstrafgerichts RR.2013.258 + RP.2013.52 vom 6. Juni 2014, Sachverhalt M.

¹⁶⁴ *Supra*, E.11.2.

¹⁶⁵ *Supra*, E.11.3.

¹⁶⁶ *Supra*, E.11.5.

¹⁶⁷ *Supra*, E.11.6.

¹⁶⁸ Urteil des Bundesgerichts 1C_319/2014 vom 31. Juli 2014, E.1.3.

B. Akzessorische Rechtshilfe

1. Anwesenheit ausländischer Prozessbeteiligter – anfechtbare Zwischenverfügung?

Gemäss Art. 80e Abs. 2 lit. b IRSG sind Zwischenverfügungen u.a. dann selbstständig anfechtbar, wenn sie durch die Anwesenheit von Personen, die am ausländischen Prozess beteiligt sind, einen unmittelbaren und nicht wieder gutzumachenden Nachteil bewirken.

Letzteres ist gemäss Bundesstrafgericht nicht automatisch der Fall, sobald Mitglieder von Behörden des ersuchenden Staates beim Vollzug des Rechtshilfeersuchens anwesend sind. Im Gegenteil resultiere daraus in vielen Fällen gar ein Vorteil für den Verfolgten, da dem Verhältnismässigkeitsprinzip besser zum Durchbruch verholfen werden könne: Beispielsweise bei der Beschlagnahme von Dokumenten könnten die Behördenmitglieder des ersuchenden Staates mit Blick auf die Bedürfnisse des dortigen Verfahrens zu einer selektiveren Auswahl beitragen.¹⁶⁹ Nach dem Verständnis des Bundesstrafgerichts muss daher der unmittelbare und nicht wiedergutzumachende Nachteil in der Situation, wo ausländische Verfahrensbeteiligte beim Vollzug des Rechtshilfeersuchens anwesend sind, explizit begründet werden, damit die entsprechende Zwischenverfügung i.S.v. Art. 80e Abs. 2 lit. b IRSG selbstständig angefochten werden kann. Als Begründung ist gemäss Bundesstrafgericht einzig die Konstellation des Art. 65a Abs. 3 IRSG denkbar, in welcher den ausländischen Prozessbeteiligten Tatsachen aus dem Geheimbereich zugänglich gemacht werden, bevor die zuständige schweizerische Behörde über Gewährung und Umfang der Rechtshilfe entschieden hat.¹⁷⁰

¹⁶⁹ Vgl. Entscheide des Bundesstrafgerichts RR.2014.137 + RP.2014.46 vom 16. April 2014, S.3 sowie RR.2013.256 vom 30. September 2013, S. 3, welche wiederum auf den *offenbar falsch verstandenen* BGE 122 II 367, E.2b S. 371 verweisen, wo genau das Gegenteil erwogen wird: «Wegen der nur beschränkten Mitwirkungsmöglichkeiten, die Beamten des ersuchenden Staates im Zusammenhang mit dem Vollzug eines Ersuchens zustehen, müsse der ersuchte Staat eine Ausscheidung von Unterlagen, wie sie hier zur Diskussion stehe, selber vornehmen (allenfalls unter – auf das Nötigste begrenzter – Mitwirkung von Vertretern des ersuchenden Staates). Würde eine solche Ausscheidung grundsätzlich an den ersuchenden Staat delegiert, so würden dadurch – selbst wenn dieser einen neutralen Experten beiziehen würde – die Regelungen betreffend Spezialitätsgrundsatz (bzw. -vorbehalt) und Schutz der Geheimosphäre des betroffenen Beschuldigten sowie allfälliger Dritter ernsthaft infrage gestellt.»

¹⁷⁰ Entscheid des Bundesstrafgerichts RR.2014.137 + RP.2014.46 vom 16. April 2014, S.3.

2. Kostenauflegung bei Rückzug der Beschwerde

Bezüglich der Kostenauflegung im Bereich der Rechtshilfeverfahren verweist Art. 39 Abs. 2 lit. b i.V.m. Art. 37 Abs. 2 lit. a StBOG¹⁷¹ auf das VwVG¹⁷². Art. 63 VwVG bestimmt, die Verfahrenskosten bestehend aus Spruchgebühr, Schreibgebühren und Barauslagen seien der unterliegenden Partei aufzuerlegen. Unterliege diese nur teilweise, so seien die Kosten zu ermässigen. Ausnahmsweise könnten sie ganz erlassen werden.

Das Bundesstrafgericht hat – ohne dazu weitere Erwägungen anzustellen – entschieden, dass ein Beschwerdeführer, der schlicht und einfach den Rückzug der Beschwerde erkläre und die Rückerstattung des Kostenvorschusses verlange, wie eine unterliegende Partei zu behandeln sei.¹⁷³ Wenn die Beschwerde in einem frühen Stadium des Beschwerdeverfahrens zurückgezogen wird, noch bevor die Vorinstanz zum Einreichen der Akten gemäss Art. 57 Abs. 1 VwVG aufgefordert worden ist, werden nur die Kosten, welche bis zu diesem Zeitpunkt entstanden sind, auferlegt.¹⁷⁴

3. Anwaltliche Pflicht zur Kenntnis von Amtssprachen

Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung ist im Bereich der internationalen Rechtshilfe zu erwarten, dass Schweizer Anwältinnen und Anwälte die Amtssprachen des Bundes zumindest passiv verstehen.¹⁷⁵ Das Bundesgericht hielt gar explizit und recht generell fest, von einem in der Schweiz praktizierenden Rechtsanwalt könne erwartet werden, dass er Französisch verstehe.¹⁷⁶

Das Bundesstrafgericht hat in diesem Zusammenhang festgehalten, dass die Frage, in welcher Sprache im Rechtshilfeverfahren eine Urkunde einzureichen sei, von jener nach der Verfahrenssprache zu unterscheiden sei. Während sich die Verfahrenssprache gemäss Art. 33a Abs. 2 VwVG i.V.m. Art. 39 Abs. 2 lit. b StBOG nach der Sprache des angefochtenen Entscheids richte, so gelte hinsichtlich der Einreichung von Urkunden die Sprachenfreiheit. Art. 33a Abs. 1 und 2 VwVG erlaube es den Parteien, Urkunden in einer Amtssprache eigener Wahl einzureichen, auch wenn diese Sprache nicht mit der Verfahrenssprache

¹⁷¹ Bundesgesetz über die Organisation der Strafbehörden des Bundes vom 19. März 2010, SR 173.71.

¹⁷² Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren vom 20. Dezember 1968, SR 172.021.

¹⁷³ Entscheidung des Bundesstrafgerichts RR.2014.201-203 vom 13. August 2014, S. 4, unter Verweis auf Entscheide des Bundesstrafgerichts RR.2012.161 vom 3. August 2012, S. 2 sowie RR.2012.152 vom 10. Juli 2012, S. 2.

¹⁷⁴ Entscheidung des Bundesstrafgerichts RR.2014.201-203 vom 13. August 2014, S. 4.

¹⁷⁵ Urteile des Bundesgerichts 1A.186/2006 vom 5. September 2007, E.3.2.3; 1A.275/2003 vom 27. Januar 2004, E.2.2 sowie 1A.37/2001 vom 12. Juli 2001, E.3b.

¹⁷⁶ Urteil des Bundesgerichts 1A.37/2001 vom 12. Juli 2001, E.3b.

oder dem Sprachgebrauch der betreffenden Partei übereinstimme.¹⁷⁷ Wird demnach in einem Beschwerdeverfahren in Rechtshilfesachen, dessen Verfahrenssprache Deutsch ist, eine französischsprachige Urkunde eingereicht, so können die Parteienvertreter keine Übersetzung dieser Urkunde ins Deutsche verlangen und das rechtliche Gehör bleibt gewahrt, sofern sie Kenntnis von der französischsprachigen Urkunde und genügend Gelegenheit zu einer Stellungnahme dazu erhalten haben.¹⁷⁸

4. Rechtshilfe bei Straftaten im Bereich der indirekten Fiskalität

Das IRSG kennt eine starke Einschränkung der Rechtshilfe im Bereich der Fiskaldelikte. Art. 3 Abs. 3 IRSG hält unter der Marginalie «*Art der Tat*» fest, einem Ersuchen werde nicht entsprochen, wenn Gegenstand des Verfahrens eine Tat sei, welche auf eine Verkürzung fiskalischer Abgaben gerichtet erscheine oder Vorschriften über währungs-, handels- oder wirtschaftspolitische Massnahmen verletze. Gemäss lit. a der Norm ist akzessorische Rechtshilfe möglich, wenn Abgabebetrag vorliegt. Auslieferung und stellvertretende Strafverfolgung sind gemäss lit. b beschränkt auf Fälle des *qualifizierten* Abgabebetrugs. Das EUeR¹⁷⁹ lässt Raum für eine analoge Einschränkung der Rechtshilfe: Gemäss seinem Art. 2 lit. a kann die Rechtshilfe u.a. verweigert werden, wenn sich das Ersuchen auf strafbare Handlungen bezieht, die vom ersuchten Staat als fiskalische strafbare Handlungen angesehen werden.¹⁸⁰

Bei der Zusammenarbeit mit Staaten aus dem Schengen-Raum wird diese Einschränkung jedoch von Art. 51 lit. a i.V.m. Art. 50 Abs. 1 SDÜ¹⁸¹ im Bereich der indirekten Fiskalität durchbrochen. Die Vertragsparteien haben sich verpflichtet, einander auch wegen Verstössen gegen die gesetzlichen Bestimmungen im Bereich der Verbrauchsteuern, Mehrwertsteuern und des Zolls Rechtshilfe zu leisten. Die Schweiz leistet den anderen Schengen-Staaten demnach im

¹⁷⁷ Entscheid des Bundesstrafgerichts RR.2013.164 vom 11. Februar 2014, E.4.3.2.

¹⁷⁸ *Supra*, E. 4.3.4 – 4.3.6.

¹⁷⁹ Europäisches Übereinkommen über die Rechtshilfe in Strafsachen vom 20. April 1959, SR 0.351.1.

¹⁸⁰ Zu bemerken ist an dieser Stelle allerdings, dass die Frage der Fiskalrechtshilfe derzeit im Umbruch ist und in näherer Zukunft grundlegende Veränderungen an den rechtlichen Grundlagen zu erwarten sind. Vgl. dazu die Informationen auf der Webseite des BJ, www.bj.admin.ch > Sicherheit > Laufende Rechtsetzungsprojekte > Rechtshilfe in Fiskalsachen.

¹⁸¹ Übereinkommen zur Durchführung des Übereinkommens von Schengen vom 14. Juni 1985, ABl. L239 vom 22. September 2000, S. 19–62, für die Schweiz verbindlich aufgrund des Abkommens zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der Europäischen Gemeinschaft über die Assoziierung dieses Staates bei der Umsetzung, Anwendung und Entwicklung des Schengen-Besitzstands (SAA) vom 26. Oktober 2004, SR 0.362.31.

Bereich dieser Steuern auch bei einfacher Steuerhinterziehung Rechtshilfe. Das Bundesstrafgericht hat vor diesem Hintergrund festgehalten, die von der bundesgerichtlichen Rechtsprechung verlangten erhöhten Anforderungen an die Darlegung der Verdachtsmomente im Bereich von Fiskaldelikten gälten im Bereich der Rechtshilfe an Schengen-Staaten bei Delikten gegen die indirekte Fiskalität nicht. Diese erhöhten Anforderungen ergäben sich nämlich aus Art. 3 Abs. 3 IRSG, welcher aufgrund des Vorrangs des Staatsvertragsrechts im Anwendungsbereich des SDÜ aber gerade nicht zum Tragen komme.¹⁸²

5. Wirkung des Anwaltsgeheimnisses im Rechtshilferecht

Die Schweiz hat zu Zwangsmassnahmen in der Rechtshilfe gemäss Art. 5 Abs. 1 lit. a EUeR völkerrechtlich verbindlich erklärt, die dem Rechtshilfeersuchen zugrunde liegende strafbare Handlung müsse sowohl nach dem Recht des ersuchenden Staates als auch nach dem des ersuchten Staates strafbar sein.¹⁸³ Demnach kommt in der Schweiz die Regelung des Art. 64 IRSG zur Anwendung, welche verlangt, Zwangsmassnahmen dürften nur angeordnet werden, wenn aus der Darstellung des Sachverhalts im Rechtshilfeersuchen hervorgehe, dass die im Ausland verfolgte Handlung die objektiven Merkmale eines nach schweizerischem Recht strafbaren Tatbestands aufweise. Ausserdem sind die Zwangsmassnahmen nach schweizerischem Recht durchzuführen.

Das Bundesstrafgericht hat festgehalten, ein in der Schweiz zugelassener Rechtsanwalt könne vor diesem Hintergrund im hiesigen Rechtshilfeverfahren nicht automatisch kein Berufsgeheimnis mehr geltend machen, sobald er in einem ausländischen Strafverfahren als Beschuldigter gelte. Dies sei nur dann der Fall, wenn der ihm vorgeworfene ausländische Sachverhalt einen Schweizer Straftatbestand erfüllen würde.¹⁸⁴

In casu ging es um einen schweizerischen Rechtsanwalt und Notar, der einer deutschen Gesellschaft als Hausnotar für das Schweizgeschäft gedient hatte. Deutsche Strafuntersuchungsbehörden führten gegen die deutsche Gesellschaft ein Strafverfahren wegen Insolvenzdelikten. In diesem Zusammenhang rückte auch der schweizerische Rechtsanwalt in den Fokus der deutschen Strafuntersuchung.¹⁸⁵ Im Zusammenhang mit einem aus dieser Untersuchung herrührenden Rechtshilfeersuchen prüfte das Bundesstrafgericht, ob der dem Rechtsanwalt spezifisch vorgeworfene Sachverhalt die Voraussetzungen der beidseitigen

¹⁸² Entscheidung des Bundesstrafgerichts RR.2013.298 + 299 vom 6. Mai 2014, E.4.2.2.

¹⁸³ Vgl. Art. 3 des BB vom 27. September 1966 (AS 1967 805), des BB vom 4. Juni 1984 (AS 1986 322) und Art. 1 des BB vom 21. März 1996 (AS 1999 1351).

¹⁸⁴ Entscheidung des Bundesstrafgerichts RR.2014.1 – 3 vom 3. September 2014, E.3.3.

¹⁸⁵ *Supra*, Sachverhalt sowie E.3.5.5.

Strafbarkeit erfülle. Es hielt dazu fest, der im Ersuchen dargelegte Sachverhalt sei so zu subsumieren, wie wenn die Schweiz wegen eines analogen Sachverhalts ein Strafverfahren eingeleitet hätte. Es gelte der Grundsatz der abstrakten beidseitigen Strafbarkeit. Das Rechtshilfegericht prüfe bloss, ob der ausländische Sachverhaltsvorwurf, sofern er – analog – in der Schweiz begangen worden wäre, *prima facie* die Tatbestandsmerkmale einer schweizerischen Strafnorm erfüllen würde.¹⁸⁶ Das Gericht hielt fest, der im Ersuchen geschilderte Sachverhalt erfülle in der Schweiz mehrere Straftatbestände, wonach die Rechtshilfevoraussetzung der beidseitigen Strafbarkeit grundsätzlich vorliege. Jedoch werde dem Rechtsanwalt selbst im Ersuchen kein Sachverhalt vorgeworfen, welcher in der Schweiz tatbestandsmässig sei. Folglich könne er sich im Rechtshilfeverfahren auf sein Berufsgeheimnis berufen. Von seinem Berufsgeheimnis erfasste Unterlagen seien demnach nach den Regeln des Rechtshilferechts auszusondern.¹⁸⁷

6. Unaufgeforderte Übermittlung von Beweismitteln und Informationen

Gemäss seinem Wortlaut erlaubt Art. 67a Abs. 1 IRSG einer schweizerischen Strafverfolgungsbehörde die unaufgeforderte Übermittlung von Beweismitteln an eine ausländische Strafverfolgungsbehörde, wenn die schweizerische Behörde diese Beweismittel für eine eigene Strafuntersuchung erhoben hat. Gemäss Rechtsprechung des Bundesstrafgerichts war vor diesem Hintergrund die Eröffnung eines schweizerischen Strafverfahrens *conditio sine qua non* für die unaufgeforderte Übermittlung von Beweismitteln und Informationen gemäss Art. 67a IRSG: Hatte keine schweizerische Strafverfolgungsbehörde ein eigenes Strafverfahren eröffnet, war auch eine Übermittlung bereits erlangter Beweismittel an das Ausland nicht zulässig.¹⁸⁸

Das Bundesgericht hat diese Rechtsprechung nun revidiert. Es hält zwar fest, Art. 67a IRSG sei zurückhaltend anzuwenden. Sein Sinn sei es nicht, die Denunziation zu fördern und einen unkontrollierten Informationsfluss an das Ausland zu ermöglichen.¹⁸⁹ Es ist demnach zu verhindern, dass ein schweizeri-

¹⁸⁶ *Supra*, E.3.6. m.w.H. insb. auf BGE 136 IV 179, E.2.3.4, S. 186 sowie BGE 139 IV 137, E.5.1.1, S. 152.

¹⁸⁷ *Supra*, E.3.8.

¹⁸⁸ Vgl. Entscheid des Bundesstrafgerichts RR.2012.311 vom 11. Juli 2013, E.5.3. Dies galt auch in Fällen, wo die schweizerische Strafverfolgungsbehörde, z.B. aufgrund der ungenügenden Beweislage oder aufgrund fehlenden Strafanspruchs, gar kein eigenes Strafverfahren eröffnen konnte. Das Bundesstrafgericht stützte diese Meinung vornehmlich auf die Botschaft zur IRSG-Revision 1995/96 ab, wo Art. 67a IRSG ins Gesetz eingefügt worden war, vgl. BBl 1995 III 1, 24f.

¹⁸⁹ Entscheid des Bundesgerichts 1C_126.2014 vom 16. Mai 2014, E.5.5.1, unter Verweis auf BGE 125 II 238, E.5a, S. 245.

sches Strafverfahren nur vorgeschoben und sein Zweck umgangen wird. Gleichzeitig steht gemäss der Auffassung des Bundesgerichts das schweizerische Strafverfolgungsinteresse bei der unaufgeforderten Übermittlung von Beweismitteln nicht im Vordergrund. Ihr Hauptzweck ist es, die Einleitung oder den Fortschritt eines ausländischen Strafverfahrens zu befördern.¹⁹⁰ Vor diesem Hintergrund widerspricht das Bundesgericht der Auffassung des Bundesstrafgerichts, wonach es unverhältnismässig sei, zwecks Durchsetzung rein ausländischer Strafverfolgungsinteressen Beweismittel oder Informationen unaufgefordert an ausländische Behörden weiterzuleiten.¹⁹¹ Dabei gab das Bundesgericht insbesondere zu bedenken, dass Art. 67a IRSG lange vor der Schweizerischen Strafprozessordnung in Kraft getreten ist. Dies habe zur Folge, dass im Jahr 1995, als die Botschaft zur IRSG-Revision und zu Art. 67a IRSG verfasst wurde, anders als heute gemäss Art. 309 Abs. 3 StPO, die förmliche Eröffnung der Strafuntersuchung mittels Verfügung nicht vorgeschrieben war.¹⁹² Also konnte damals schon in früherem Stadium vom Vorliegen einer schweizerischen «Strafuntersuchung» ausgegangen werden.

Das Bundesgericht hat sodann festgehalten, dass eine kantonale Staatsanwaltschaft, welche gestützt auf Art. 67a IRSG Informationen aus einer Verdachtsmeldung der Meldestelle für Geldwäscherei an Kolumbien weiterleitete, ohne selbst in der Sache ein Strafverfahren zu eröffnen, diese Bestimmung nicht verletzt hat. Eine Auslegung nach Sinn und Zweck des Art. 67a IRSG ergebe, dass die in der Norm enthaltenen Hinweise auf eine Strafuntersuchung bzw. ein Strafverfahren in der Schweiz nicht generell im Sinne einer unabdingbaren Voraussetzung für die unaufgeforderte Übermittlung zu verstehen seien. Da die betreffende kantonale Staatsanwaltschaft rechtmässig mit der Sache befasst war und die übermittelten Informationen geeignet waren, Kolumbien die Stellung eines Rechtshilfeersuchens an die Schweiz zu ermöglichen, konnte die Staatsanwaltschaft deren unaufgeforderte Übermittlung auf Art. 67a IRSG abstützen.¹⁹³

¹⁹⁰ Entscheid des Bundesgerichts IC_126.2014 vom 16. Mai 2014, E.5.5.2.

¹⁹¹ Vgl. dazu Entscheid des Bundesstrafgerichts RR.2012.311 vom 11. Juli 2013, E.5.3.2.

¹⁹² Entscheid des Bundesgerichts IC_126.2014 vom 16. Mai 2014, E.5.5.2.

¹⁹³ Entscheid des Bundesgerichts IC_126.2014 vom 16. Mai 2014, E.5.5.5.

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

C'est dans une certaine discrétion, et sans véritable débat parlementaire, que la Suisse a approuvé les amendements au Statut de la Cour pénale internationale (CPI),¹⁹⁴ qui avaient eux-mêmes été adoptés lors de la Conférence de révision du Statut, à Kampala en juin 2010. Ces amendements concernent d'une part le crime d'agression, devenu le quatrième crime international reconnu comme tel par le Statut, après les crimes de guerre, le crime contre l'humanité et le génocide et, d'autre part, des modifications mineures apportées à la liste des crimes de guerre commis dans le cadre des conflits armés non internationaux.

A. Le crime d'agression

S'agissant du crime d'agression, le dispositif est complexe, surtout en ce qui concerne la juridiction de la CPI et l'admissibilité. Un compromis a dû être passé entre Etats désireux de franchir ce pas historique et Etats réticents, avec la mise en place d'un système dit d'*opt-in* et d'*opt-out*, qui affectera l'unité dans l'application du droit pénal international (du moins entre Etats parties au Statut de la CPI).¹⁹⁵ Tout d'abord, l'entrée en vigueur des amendements eux-mêmes est soumise à l'exigence d'une ratification par deux tiers des Etats parties d'ici au 1er janvier 2017. La Suisse sera vraisemblablement le 20^{ème} Etat à déposer ses instruments de ratification, 82 ratifications étant à ce jour, soit après l'adhésion de la Palestine au Statut le 2 janvier 2015, nécessaires pour permettre l'entrée en vigueur.¹⁹⁶ Toutefois, même après avoir ratifié, l'Etat partie peut « *opt out* » en déposant auprès du greffe une déclaration aux termes de laquelle il n'accepte pas la juridiction de la CPI à l'égard de crimes d'agression.¹⁹⁷ Cet Etat aura contribué à faire naître juridiquement le crime d'agression, mais ne pourra plus être concerné que comme *victime* d'un tel crime. Ce régime particulier d'*opt-out* peut conduire à ce que la Cour ait juridiction à l'égard des crimes de guerre commis par les ressortissants de l'Etat en question, mais pas à l'égard d'un crime d'agression. Le Conseil fédéral a obligeamment établi dans le Message à l'appui de la ratification des amendements un tableau couvrant toutes combi-

¹⁹⁴ FF 2015 2551. Le délai référendaire est échu le 9 juillet 2015.

¹⁹⁵ Cf. la critique très vive par exemple de ROBERT MANSON, *Identifying the Rough Edges of the Kampala Compromise*, Crim. Law Forum 2010, pp. 3 ss, en particulier p. 16.

¹⁹⁶ Au 7 juillet 2015, 19 Etats avaient ratifié l'amendement et 4, dont l'Allemagne, l'avaient « accepté », https://treaties.un.org/pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtsg_no=XVIII-10-a&chapter=18&lang=fr, consulté le 8 juillet 2015.

¹⁹⁷ Statut de la CPI, art. 15^{bis} ch. 4.

naisons entre la ratification et le dépôt d'une « déclaration déclinatoire », tableau qu'on consultera avec profit.¹⁹⁸

Par contraste avec les dispositions touffues concernant la juridiction et l'admissibilité, les travaux préparatoires à la Conférence de Kampala et la Conférence elle-même ont débouché sur un résultat assez impressionnant quant à la description du crime d'agression. Le projet de crimes contre la paix et la sécurité humaine de la Commission de droit international restait très imprécis et était quelque peu circulaire : était « responsable du crime d'agression » l'individu qui participait ... à une agression.¹⁹⁹ Le principe de la précision des incriminations menaçait d'être mis à mal. La définition proposée par le nouvel art. 8bis du Statut de la CPI est beaucoup plus développée : le Statut énumère une série de comportements – diverses modalités d'usage de la force non compatible avec la Charte des Nations Unies, blocus de ports ou de côtes, invasion – qui donne au crime d'agression des contours relativement bien définis. Sous l'angle du principe de la légalité, un pas important a été franchi.

B. Les crimes de guerre

S'agissant des crimes de guerre, la révision du Statut est limitée dans ses ambitions. Parmi les nombreuses propositions débattues lors des travaux préparatoires, seule a été retenue une extension aux conflits armés non internationaux de la criminalisation de l'usage de certaines armes (gaz asphyxiants, balles style « dum dum » etc.), déjà prévue dans le Statut pour les conflits internationaux (art. 8, § 2 lit. e).²⁰⁰ De nombreuses propositions n'ont pas franchi la porte de la Conférence et n'ont donc pas été discutées. Deux de ces propositions qui, pour le moment, n'ont pas passé le stade des groupes de travail²⁰¹ méritent toutefois d'être mentionnées ici, car elles portent sur deux des débats clefs du droit pénal.

La première proposition est l'« amendement mexicain » visant à incriminer l'utilisation d'armes nucléaires. Aussi surprenant et choquant que cela puisse

¹⁹⁸ FF 2014 1993.

¹⁹⁹ Projet de Code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité, in : *Annuaire de la Commission de droit international* 1996, vol. II, pp. 44–46.

²⁰⁰ Il est intéressant de noter qu'à ce jour (cf. n. 196), 20 Etats ont ratifié la modification de l'art. 8 du Statut. Deux pays ont ratifié cette disposition sans (encore) ratifier les amendements liés au crime d'agression (Norvège, Maurice). A l'inverse, la Géorgie, pour des raisons géostratégiques évidentes, s'est empressée de ratifier les amendements liés au crime d'agression, mais ne l'a pas encore fait s'agissant de l'art. 8.

²⁰¹ Voir, pour un état postérieur à la conférence de Kampala, le Rapport du groupe de travail sur les amendements (sous présidence suisse) présenté à New York en décembre 2011, doc. ICC-ASP/10/32.

paraître, un tel acte n'a pas été retenu dans le Statut en 1998, malgré les efforts de plusieurs pays dont la Suisse. Le Mexique a repris le flambeau. La version initiale de sa proposition visait non seulement l'utilisation effective, mais également la « menace d'utilisation ». La version révisée renonce à cette extension, qui poserait de délicats problèmes en matière de *ius ad bellum* et ne retient que l'utilisation proprement dite. En l'absence d'une incrimination spécifique – et cela vraisemblablement pour longtemps, étant donné l'opposition farouche des Etats disposant de l'arme nucléaire – l'utilisation de cette arme ne restera hypothétiquement punissable qu'en tant qu'elle viole les principes essentiels du droit humanitaire. En droit suisse, la doctrine envisage l'application de l'art. 264g ch. 1 lit. a CP.²⁰²

La seconde proposition est portée par les Pays-Bas qui ont toujours (en tout cas depuis les débats de l'après 2001) tenté de faire adopter un « crime international de terrorisme ». La démarche consisterait à reprendre le modèle du crime d'agression et à introduire graduellement ce crime nouveau et spécifique, les actes de terrorisme – ou de terreur²⁰³ – étant de toute manière punissables en tant que crimes de guerre. Elle ne paraît guère avoir de chances d'aboutir, pas davantage que l'adoption d'une Convention générale sur le terrorisme, bloquée depuis bien des années²⁰⁴.

La modification de l'art. 8 mentionnée ci-dessus (art. 8, § 2 lit. e dans sa nouvelle version), maintenant ratifiée par la Suisse, est sans impact sur le droit national, le titre 12^{ter} du CP ne faisant pas la différence entre conflits internationaux et non internationaux. S'agissant de l'agression, les « éléments d'interprétation » adoptés à Kampala²⁰⁵ insistent sur le fait qu'« il est entendu que les amendements ne doivent pas être interprétés comme créant un droit ou une obligation d'exercer la compétence nationale à l'égard d'un acte d'agression commis par un autre État ». Il ressort clairement de l'histoire de l'élaboration du crime d'agression qu'à la différence des autres crimes, celui-ci devait être réservé à une juridiction internationale – la CPI depuis 2002. Pour cette raison, le

²⁰² Cf. JORUN BAUMGARTNER/ANDREAS R. ZIEGLER, in: Hans Vest et al., *Die völkerstrafrechtlichen Bestimmungen des StGB*, Zürich/St. Gallen, 2014, Art. 264d N 84–85; DAMIEN SCALIA, in: *Commentaire romand du Code pénal suisse II* (à paraître), Art. 264h N 9.

²⁰³ Cf. TPIY, *Procureur c Stanislav Galic*, Jugement de la Chambre d'appel, 30 novembre 2006, § 86–109; cf. Prot. Additionnel I aux Conventions de Genève, art. 51 (2) et Prot. Additionnel II, art. 51 (2).

²⁰⁴ Cf. en dernier lieu le Rapport du Comité spécial créé par la résolution 51/210 de l'Assemblée générale, Seizième session (8–12 avril 2013), UN Doc. A/68/37*. Preuve du blocage total, le Comité spécial ne s'est réuni ni en 2014, ni en 2015.

²⁰⁵ Résolution RC/Res.6 (<http://crimeofaggression.info/documents/6/RC-Res6-FRA.pdf>, consulté le 8 juillet 2015).

Conseil fédéral a renoncé à transposer le crime d'agression dans le droit pénal suisse.²⁰⁶

C. Les autres dossiers suscitant l'activité de la Suisse

En-dehors de ce travail législatif important, qui fait suite à la ratification de la Convention sur les disparitions forcées²⁰⁷, la Suisse reste active dans des dossiers soit particulièrement chauds (la tragédie syrienne et l'hypothèse de l'établissement d'un tribunal pénal international ou internationalisé²⁰⁸), soit moins chauds mais tout aussi importants sur le moyen terme, telle que l'amélioration du fonctionnement de la Cour pénale internationale.²⁰⁹

²⁰⁶ FF 2014 1984 s.

²⁰⁷ Cf. CASSANI/GLESS/ROTH/SAGER (n. 5), pp. 418 ss.

²⁰⁸ *Ibidem*, p. 419.

²⁰⁹ Cf. le «Background Document» du DFAE pour la «Retreat on Strengthening the Proceedings at the International Criminal Court», Glion, 3–5 septembre 2014 (https://www.eda.admin.ch/content/dam/eda/en/documents/dfa/dfa_aussenpolitik_voelkerrecht_Background_Document_ICC_Retreat_en.pdf, consulté le 8 juillet 2015).

