UNIVERSITÉ DE GENÈVE

Archive ouverte UNIGE
https://archive-ouverte.unige.ch

Article scientifique | Article | 2017

Published version | Open Access

This is the published version of the publication, made available in accordance with the publisher's policy.

Chronique de droit pénal suisse dans le domaine international / Schweizerische Praxis zum Strafrecht im internationalen Umfeld (2016)

Cassani, Ursula; Garibian, Sévane; Gless, Sabine; Sager, Christian; Wahl, Thomas

How to cite

CASSANI, Ursula et al. Chronique de droit pénal suisse dans le domaine international / Schweizerische Praxis zum Strafrecht im internationalen Umfeld (2016). In: Swiss Review of International and European Law, 2017, vol. 27, n° 3, p. 415–446.

This publication URL: https://archive-ouverte.unige.ch/unige:98156

© This document is protected by copyright. Please refer to copyright holder(s) for terms of use.

Chronique de droit pénal suisse dans le domaine international
Schweizerische Praxis zum Strafrecht im internationalen Umfeld (2016)

Ursula Cassani*, Sévane Garibian**, Sabine Gless***, Christian Sager****
& Thomas Wahl*****

Table des matières/Inhalt

I. Les instruments internationaux en matière pénale et leur transposition en droit suisse (par Ursula Cassani)
   A. La traite d'êtres humains et le travail forcé
   B. La violence domestique
   C. Le blanchiment d'argent et le financement du terrorisme
   D. La corruption
   E. La coopération internationale (extradition, entraide judiciaire, coopération policière transfrontalière)
II. Internationale Rechtshilfe in Strafsachen : Aus der Praxis der Gerichte der Schweizerischen Eidgenossenschaft (von Christian Sager)
   A. Auslieferung
   B. Kleine Rechtshilfe
III. Le droit pénal international de la Suisse (par Sévane Garibian)
   A. Actualité législative
   B. Actualité judiciaire
IV. Die Schweiz und das Europäische Strafrecht (von Sabine Gless & Thomas Wahl)
   A. Reform der Informationssysteme zur Strafverfolgung
   B. Harmonisierung von Beschuldigtenrechten im Strafprozess

* 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 de son aide précieuse dans le repérage des actualités et la relecture du manuscrit.

** Professeure boursière FNS à l'Université de Genève, Professeure associée à l'Université de Neuchâtel. L'auteure tient à remercier Lucy Nusbaumer (stagiaire académique) de son assistance lors de la préparation de cette chronique.

*** Ordinaria, Universität Basel. Die Autorin dankt stud. iur. Sylvia Meyer für wertvolle Hilfe bei den Recherchearbeiten.

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

***** Wissenschaftliche Assistenz, Universität Basel, Referent für Europäisches Strafrecht, Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht, Freiburg i.Br.

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

A. La traite d'êtres humains et le travail forcé

Selon l'Organisation internationale du Travail (OIT), au moins 21 millions de personnes sont victimes de travail forcé et obligatoire dans le monde.[1] Le contexte dans lequel ce dernier est imposé a considérablement changé depuis la convention sur le travail forcé de 1930 : « un nombre accru de travailleurs sont astreints au travail forcé ou obligatoire dans l'économie privée »,[2] et le phénomène de la migration expose certains groupes de travailleurs au risque de devenir victimes bien plus qu'auparavant. Ce constat a amené la Conférence générale de l'Organisation internationale du Travail à adopter un protocole de 2014 relatif à la convention sur le travail forcé qui date de 1930,[3] dont les Chambres fédérales, saisies d'un Message de 2016[4], ont approuvé la ratification le 17 mars 2017[5].

Ce protocole vient s'ajouter à un tissu dense d'instruments internationaux régissant le domaine large des atteintes à la liberté décrites sous les appellations mal délimitées de traite des êtres humains, d'esclavagisme, de travail forcé ou obligatoire, etc. Sa ratification n'entraîne aucune modification du droit suisse. Le Message du Conseil fédéral se base sur le « principe que les situations de travail forcé dans l'économie privée sont couvertes par la définition de traite des êtres humains »,[6] infraction réprimée à l'art. 182 CP[7], qui ne recouvre toutefois pas toutes les formes de travail forcé. S'y ajoutent l'usure (art. 157 CP) et la contrainte (art. 181 CP), de même que les dispositions extra-pénales protégeant la personnalité du travailleur.

Il est regrettable que l'occasion n'ait pas été saisie pour préciser et compléter l'art. 182 CP, comme l'exige une partie de la doctrine[8]. Cette disposition, sans véritablement définir la notion de traite, se concentre sur l'offre, l'acquisition ou le recrutement de la victime en vue de son exploitation et non l'exploitation elle-même. Or, il est concevable que les rapports de travail soient initiés sur une base volontaire –

1 Estimation citée dans le Message portant approbation du protocole de 2014 à la convention nº 29 concernant le travail forcé ou obligatoire du 24 août 2016, FF 2016 6793, p. 6795.

2 Préambule du Protocole de 2014 relatif à la convention sur le travail forcé, 1930, adopté à Genève, 103e session CIT (11 juin 2014), FF 2016 6817, entré en vigueur sur le plan international le 9 novembre 2016.

3 Protocole, supra n. 2.

4 Message, supra n. 1.

5 Arrêté fédéral du 17 mars 2017, FF 2017 2311 (délai référendaire au 6 juillet 2017).

6 Message, supra n. 1, FF 2016 6793, p. 6800.

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

8 Nadja Capus, « Hundert Jahre Gesetzgebung zur Bekämpfung des Menschenhandels », Revue suisse de criminologie, 1/2005, 28–32, p. 31 ; Nathanaël Pétermann, Les obligations positives de l'Etat dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, Berne 2014, p. 431. Voir également : Daniela Demko, « Strafrechtliche Aspekte im Kampf gegen Versklavung und Menschenhandel auf internationaler Ebene und in der Schweiz », 127 Revue pénale suisse (RPS) (2009), 177–205, p. 198 ss.

concept qui doit toutefois être manié avec caution – et que les conditions imposées à la victime relèvent ensuite du travail forcé. La problématique a déjà été relevée par le GRETA, qui est chargé du suivi de la mise en œuvre de la Convention du Conseil de l'Europe sur la lutte contre la traite des êtres humains.[9] Son rapport de 2015 sur la Suisse « considère que le fait d'indiquer explicitement dans la définition de la traite, prévue au code pénal, les notions de travail ou de services forcés, d'esclavage, de pratiques analogues à l'esclavage et de servitude parmi les types d'exploitation pourrait faciliter la mise en œuvre de cette disposition ».[10] L'ajout à l'art. 182 CP d'un alinéa réprimant expressément le travail forcé, à l'instar du § 232b StGB allemand[11] *(Zwangsarbeit),* aurait clarifié la situation juridique.

Le protocole de 2014, dans l'élaboration duquel la Suisse a joué un rôle significatif, enjoint les membres de prendre des mesures préventives, de protection et d'assistance et d'élaborer une politique nationale et un plan d'action national « visant la suppression effective et durable du travail forcé ou obligatoire » (art. 1 § 2). Un tel instrument n'est pas nouveau pour la Suisse, puisque le SCOTT (Service de coordination contre la traite d'êtres humains et le trafic de migrants de l'Office fédéral de la Police) a approuvé un premier plan d'action contre la traite des êtres humains en 2012, qui a été suivi le 30 novembre 2016 par un deuxième plan d'action national pour les années 2017–2020.[12]

B. La violence domestique

Le 2 décembre 2016, le Conseil fédéral a soumis aux Chambres fédérales la ratification de la convention du Conseil de l'Europe sur la prévention et la lutte contre la violence à l'égard des femmes et la violence domestique (convention d'Istanbul), conclue le 11 mai 2011.[13] Cette convention vise à unifier la lutte contre les violences subies par les femmes au niveau européen et au-delà, par des mesures préventives, pénales et d'assistance aux victimes. Son art. 66 § 1 met en place un Groupe d'experts sur la lutte contre la violence à l'égard des femmes et la violence domestique (« GREVIO »), chargé de veiller à la mise en œuvre des obligations qui en résultent.

9 RS 0.311.543.

10 GRETA (Groupe d'experts sur la lutte contra la traité des êtres humains), Rapport concernant la mise en œuvre de la Convention du Conseil de l'Europe sur la lutte contre la traite des êtres humains par la Suisse. Premier cycle d'évaluation, 2015, N 36.

11 Code pénal allemand, tel que modifié par la Gesetz zur Verbesserung der Bekämpfung des Menschenhandels und zur Änderung des Bundeszentralregistergesetzes sowie des Achten Buches Sozialgesetzbuch du 11 octobre 2016.

12 Plan d'action national contre la traite des êtres humains 2017–2020, <https://www.ejpd.admin.ch/dam/data/fedpol/aktuell/news/2017/2017-04-13/nap-2017-2020-f.pdf> (consulté le 12 juillet 2017).

13 Message du 2 décembre 2016 concernant l'approbation de la convention du Conseil de l'Europe sur la prévention et la lutte contre la violence à l'égard des femmes et la violence domestique (convention d'Istanbul), FF 2017 163 ; texte de la convention, FF 2017 255 ; projet d'arrêté fédéral, FF 2017 253.

La ratification de cette convention ne nécessite pas de modification du droit suisse, qui réprime déjà les infractions visées, soit la violence psychique, physique et sexuelle, le harcèlement sexuel, le mariage forcé, les mutilations génitales, ainsi que l'avortement et la stérilisation forcés. Les mesures préventives et de protection exigées par la convention ne posent pas davantage de difficultés au regard du droit actuel, à l'exception de la réglementation généreuse de l'octroi du droit de résidence accordé à la victime (art. 59), pour laquelle une réserve est proposée.[14] Par ailleurs, la mise en œuvre d'une permanence téléphonique dispensant des conseils accessibles vingt-quatre heures sur vingt-quatre, sept jours sur sept (art. 24), est à l'étude, sans toutefois nécessiter une modification législative.[15]

Sans prévoir l'application du principe de l'universalité, l'art. 44 de la convention définit la compétence de manière large. La Suisse fera des réserves[16] : d'une part, le juge suisse ne peut établir sa compétence à l'égard des actes commis à l'étranger par un ressortissant étranger sur le seul fait que ce dernier a sa résidence en Suisse ; d'autre part, en matière de compétence extraterritoriale, la renonciation à la condition que les faits soient également punissables au lieu de commission fait l'objet d'une réserve partielle. En effet, l'art. 44 § 3 de la convention entend imposer la renonciation à la double incrimination pour la violence sexuelle, y compris le viol (art. 36), le mariage forcé (art. 37), les mutilations génitales féminines (art. 38) et l'avortement et la stérilisation forcés (art. 39). Le CP connaît d'ores et déjà l'application extraterritoriale du droit suisse en matière de mariage forcé (art. 181*a* al. 2 CP) et de mutilations génitales féminines (art. 124 al. 2 CP), ainsi que pour les violences sexuelles contre les enfants (art. 5 CP). Selon la réserve proposée, l'exigence de double incrimination sera par contre maintenue pour la violence sexuelle à l'égard des adultes, ainsi que l'avortement et la stérilisation forcés.

C. Le blanchiment d'argent et le financement du terrorisme

Déjà commentée dans nos précédentes chroniques,[17] la révision des dispositions en matière de lutte contre le blanchiment d'argent et de financement du terrorisme par la loi fédérale du 12 décembre 2014 sur la mise en œuvre des recommandations du

14 Art. 1er al. 3 lit. d projet d'arrêté fédéral, supra n. 13.

15 Message, supra n. 13, p. 164 et 204 s.

16 Art. 1er al. 3 lit. a et projet d'arrêté fédéral, supra n. 13.

17 Cassani in : Ursula Cassani, Robert Roth, Christian Sager & Nadine Zurkinden, « Chronique de droit pénal suisse dans le domaine international (2014), Schweizerische Praxis zum Strafrecht im internationalen Umfeld (2014) », 25 Swiss Rev. Int'l & Eur. L. (SZIER/RSDIE) (2015), 413–455, p. 416 ss ; et in : Ursula Cassani, Sabine Gless, Robert Roth & Christian Sager, « Chronique de droit pénal suisse dans le domaine international (2013), Schweizerische Praxis zum Strafrecht im internationalen Umfeld (2013) », 24 Swiss Rev. Int'l & Eur. L. (SZIER/RSDIE) (2014), 385–420, p. 386 ss.

Groupe d'action financière, révisées en 2012,[18] est entrée en vigueur le 1er janvier 2016. Les dispositions issues de cette révision ont donc été prises en considération par les experts du GAFI dans le 4e rapport d'évaluation mutuelle de la Suisse publié le 7 décembre 2016[19]. Dans l'ensemble, ce rapport évalue la conformité de la législation et des pratiques suisses aux standards internationaux de manière positive. Parmi les critiques formulées, on peut relever deux points saillants : d'une part, les experts du GAFI considèrent le nombre des déclarations d'opérations suspectes (i.e. des communications au MROS), comme insuffisant[20] au vu de l'importance de la place financière suisse ; d'autre part, ils relèvent des faiblesses dans la maîtrise des risques offshores.[21] Entre autres observations, les experts pointent avec une certaine insistance l'enjeu « des activités des avocats et des fiduciaires dans des montages de sociétés, domiciliées en particulier dans des pays non coopératifs ».[22] Il est vrai que ces professionnels, dont l'activité dans ce domaine a été portée sur la place publique par les affaires des « Panama papers », des « Swissleaks », etc., ne sont soumis aux devoirs de diligence et de communication en vertu de la LBA[23] que s'ils agissent comme organe dans ces structures, rôle qu'ils se gardent souvent d'endosser. Les experts du GAFI recommandent donc l'extension des obligations de diligence en vertu de la LBA aux « activités des avocats, notaires et fiduciaires liées à la création de personnes morales et constructions juridiques ».[24]

La Suisse devra présenter son premier rapport de suivi en février 2018. Le Département fédéral des finances a été chargé de préparer, d'ici la fin 2017, un projet de révision législative destiné à la consultation.[25]

D. La corruption

La modification législative en matière de *corruption*, quant à elle, est entrée en vigueur le 1er juillet 2016[26]. Analysée dans une précédente chronique,[27] elle portait essentiel-

18 FF 2014 585, RO 2015 1389.

19 GAFI, Mesures de lutte contre le blanchiment de capitaux et le financement du terrorisme, Suisse, rapport d'évaluation mutuelle, décembre 2016, <https://www.newsd.admin.ch/newsd/message/attachments/46553.pdf>.

20 GAFI, supra n. 19, p. 4.

21 GAFI, supra n. 19, ch. 22, 26, 49, 104, 283, 416.

22 GAFI, supra n. 19, ch. 293.

23 Loi fédérale concernant la lutte contre le blanchiment d'argent et le financement du terrorisme (LBA) du 10 octobre 1997, RS 955.0.

24 GAFI, supra n. 19, p. 102.

25 Conseil fédéral, communiqué du 28 juin 2017.

26 Loi fédérale du 25 septembre 2015 (Dispositions pénales incriminant la corruption), RO 2016 1287.

27 Cassani in : Ursula Cassani, Sabine Gless, Robert Roth & Christian Sager, « Chronique de droit pénal suisse dans le domaine international (2015), Schweizerische Praxis zum Strafrecht im internationalen Umfeld (2015) », 26 Swiss Rev. Int'l & Eur. L. (2016), 477–504, p. 478 s.

lement sur la corruption dans le secteur privé, notamment l'introduction de la poursuite d'office, ainsi que sur une clarification dans la définition de l'octroi et de l'acceptation d'un avantage dans le secteur public, et donnait suite à des critiques adressées à la législation suisse par les experts du GRECO. Ces adaptations ont été déclarées satisfaisantes dans le troisième rapport de conformité intérimaire sur la Suisse,[28] adopté par le GRECO dans le cadre du troisième cycle d'évaluations, nonobstant le fait que le principe de la poursuite d'office de la corruption d'agent privé n'a pas été mis en œuvre de manière cohérente, puisque les infractions de peu de gravité restent poursuivies sur plainte. Nous avons déjà eu l'occasion de relever cette incohérence, dont le GRECO semble vouloir s'accommoder au regard des critères d'interprétation exposés par le gouvernement suisse,[29] nonobstant leur imprécision et l'absence de leur ancrage dans le texte légal.

Ce rapport intérimaire se révèle, en revanche, sévère pour ce qui est du deuxième thème évalué dans le cadre du troisième cycle d'évaluation, soit la transparence du financement des partis politiques.[30] Aucun progrès n'ayant été réalisé sur ce front, le GRECO fonde tout de même quelques espoirs sur la vivacité du débat entourant la question dans les médias suisses, ainsi que sur l'initiative populaire fédérale « Pour plus de transparence dans le financement de la vie politique » lancée en 2016,[31] et invite la Suisse à présenter un nouveau rapport sur l'état d'avancement de la mise en œuvre de la recommandation au 30 avril 2017.[32]

Le quatrième cycle d'évaluation du GRECO, quant à lui, porte sur la prévention de la corruption des parlementaires, des juges et des procureurs. Le rapport relatif à la Suisse, adopté le 2 décembre 2016,[33] montre que certains particularismes bien ancrés du système suisse, par exemple l'obligation faite à certains juges de rétrocéder une partie de leur salaire au parti politique qui les a présentés, sont considérés comme problématiques. Les experts formulent une série de recommandations[34] visant les organes législatifs et judiciaires de la Confédération. Celles-ci concernent notamment i) la transparence du vote au sein du Conseil des Etats et dans les commissions des deux Chambres, ainsi que les déclarations sur les intérêts personnels des parlementaires ; ii) la qualité et l'objectivité du recrutement des juges, leur indépendance par rapport au pouvoir politique et les sanctions disciplinaires, iii) le Ministère public de

28 GRECO, Troisième Cycle d'Evaluation, Troisième Rapport de Conformité intérimaire sur la Suisse, Incriminations (STE 173 et 191, PFC 2), Transparence du financement des partis politiques, adopté par le GRECO lors de sa 72e Réunion Plénière (Strasbourg, 27 juin–1er juillet 2016), ch. 15.

29 GRECO, supra n. 28, ch. 11–14.

30 GRECO, supra n. 28, ch. 16–32.

31 GRECO, supra n. 28, ch. 22 s ; pour le texte de l'initiative, cf. FF 2016 3447, p. 3449 s.

32 GRECO, supra n. 28, ch. 30.

33 GRECO, Quatrième Cycle d'Evaluation, Prévention de la corruption des parlementaires, des juges et des procureurs, Rapport d'évaluation, Suisse, adopté par le GRECO lors de sa 74e Réunion Plénière (Strasbourg, 28 novembre–2 décembre 2016).

34 GRECO, supra n. 33, p. 66 s.

la Confédération et son autorité de surveillance. Un rapport sur la mise en œuvre de ces recommandations doit être présenté d'ici le 30 juin 2018.

E. La coopération internationale (extradition, entraide judiciaire, coopération policière transfrontalière)

Déjà évoqués dans notre précédente chronique,[35] les troisième et quatrième protocoles additionnels à la convention européenne d'extradition[36] sont entrés en vigueur pour la Suisse le 1er novembre 2016.

Le 29 juin 2016, la Suisse a conclu un mémorandum d'entente avec le *Nigéria*, qui vise à renforcer la coopération en matière judiciaire, sur la base de la réciprocité et du droit national.[37] Selon le communiqué de l'Office fédéral de la Justice, ce mémorandum « vise notamment à soutenir le gouvernement nigérian dans sa lutte contre la corruption et à renforcer la transparence de la place financière suisse ».[38] Il contient en annexe un modèle de requête et prévoit notamment l'aide fournie dans la rédaction des demandes d'entraide (art. 11). Un mémorandum similaire a été conclu avec la *Tanzanie* le 21 novembre 2016.[39]

L'Accord de coopération policière et douanière entre le Conseil fédéral suisse et le Gouvernement de la *République italienne*[40] est entré en vigueur par échange de notes le 1er novembre 2016. Par ailleurs, un Accord bilatéral sur la collaboration policière avec le *Monténégro* a été signé le 7 avril 2016 et soumis aux Chambres fédérales avec un Message du 12 octobre 2016.[41] Selon ce dernier, cet instrument bilatéral constitue « la suite logique d'une coopération qui a fait ses preuves », déjà mise en place avec de nombreux Etats de la région, du fait que « [l]es criminels originaires du Sud-Est de l'Europe occupent une place de premier plan dans la criminalité en Suisse ».[42]

35 Cassani in : Cassani, Gless, Roth & Sager, supra n. 27, 26 Swiss Rev. Int'l & Eur. L. (2016), p. 481.

36 Troisième Protocole additionnel du 10 novembre 2010 à la Convention européenne d'extradition du 13 décembre 1957 (RS 0.353.13) ; Quatrième Protocole additionnel du 20 septembre 2012 à la Convention européenne d'extradition du 13 décembre 1957 (RS 0.353.14).

37 Mémorandum d'Entente entre le Conseil Fédéral Suisse et le Gouvernement de la République Fédérale du Nigéria sur l'entraide judiciaire en matière pénale, non publié dans le RS, mais sur internet, <https://www.rhf.admin.ch/rhf/fr/home/strafrecht/rechtsgrundlagen/bilateral/nigeria-mou.html>.

38 Communiqué de l'OFJ du 29 juillet 2016.

39 Mémorandum d'Entente entre le Conseil Fédéral Suisse et le Gouvernement de la République-Unie de Tanzanie sur l'entraide judiciaire en matière pénale, non publié dans le RS, <https://www.rhf.admin.ch/rhf/fr/home/strafrecht/rechtsgrundlagen/bilateral/tansania-mou.html> ; communiqué de l'OFJ du 21 novembre 2016.

40 RS 0.360.454.1.

41 Message du 12 octobre 2016 portant approbation de l'accord entre la Suisse et le Monténégro sur la coopération policière en matière de lutte contre la criminalité (FF 2016 7913). Texte de l'accord (FF 2016 7933). Le Conseil national s'est prononcé à l'unanimité pour la ratification de l'accord le 3 mai 2017, BO 2017 N 650 s.

42 Message, supra n. 41, p. 7916.

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

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

A. Auslieferung

1. Fehlende Hafterstehungsfähigkeit kein Auslieferungshindernis

In einem Auslieferungsfall zwischen der Schweiz und den USA sahen weder der anwendbare bilaterale Vertrag[43] noch das IRSG[44] die Möglichkeit vor, eine Auslieferung aus gesundheitlichen Gründen zu verweigern. Demnach stand eine allenfalls fehlende Hafterstehungsfähigkeit einer Auslieferung grundsätzlich nicht entgegen.[45] Es oblag vielmehr dem ersuchenden Staat, dem Ausgelieferten angemessene medizinische Behandlung zukommen zu lassen und ihn seinem Gesundheitszustand entsprechend unterzubringen – oder ihn allenfalls mangels Hafterstehungsfähigkeit aus der Haft zu entlassen. Im schweizerischen Auslieferungsverfahren ist bloss die Hafterstehungsfähigkeit mit Blick auf die Auslieferungshaft gemäss Art. 47 Abs. 2 IRSG zu prüfen.[46]

In casu war ein spanisch-venezolanischer Doppelbürger am 27. Mai 2015 zusammen mit weiteren Fussballfunktionären auf US-Ersuchen hin in Zürich verhaftet worden. Am 23. September 2015 hatte das BJ dessen Auslieferung an die USA bewilligt. Seine Rechtsvertreter hatten im Beschwerdeverfahren gegen diesen Auslieferungsentscheid geltend gemacht, der angeblich angeschlagene Gesundheitszustand des Beschwerdeführers sei ein Hindernis für dessen Auslieferung an die USA.[47] Über die Hafterstehungsfähigkeit des Betroffenen mit Blick auf die schweizerische Aus-

43 Auslieferungsvertrag zwischen der Schweiz und den Vereinigten Staaten von Amerika vom 14. November 1990, SR 0.353.933.6.

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

45 Ausnahmen von diesem Grundsatz sind denkbar, vgl. unten 2.

46 Entscheid des Bundesstrafgerichts RR.2015.280 vom 27. Januar 2016, E. 9.4., mit Hinweis auf BGE 129 II 56, E. 8 sowie Entscheid des Bundesgerichts 1A.116/2016 vom 26. Juni 2003, E. 2.1.

47 Ibid., Sachverhalt.

lieferungshaft war bereits in einem früheren Beschwerdeverfahren entschieden worden.[48]

2. Rückweisungsentscheid des Bundesstrafgerichts : unanfechtbarer Zwischenentscheid

Ein Entscheid, mit welchem das Bundesstrafgericht eine Sache zu weiteren Sachverhaltsabklärungen an das BJ zurückweist, kann nicht vor Bundesgericht angefochten werden. Da dieser Entscheid das Auslieferungsverfahren nicht abschliesse, handle es sich lediglich um einen Zwischenentscheid. Diese sind im Bereich der Rechtshilfe in Strafsachen grundsätzlich nicht selbstständig anfechtbar, ausser sie könnten einen nicht wiedergutzumachenden Nachteil bewirken oder kämen im Ergebnis einem Endentscheid gleich (vgl. Art. 93 BGG). Beides hielt das Bundesgericht im Falle eines Rückweisungsentscheids im Auslieferungsverfahren für offensichtlich nicht gegeben, wonach ein taugliches Anfechtungsobjekt fehlte.[49]

Dem vorliegenden Fall lag ein Auslieferungsverfahren mit Russland zugrunde. Das BJ hatte die Auslieferung am 16. Juli 2015 unter Vorbehalt des Entscheids des Bundesstrafgerichts über die Einrede des politischen Delikts bewilligt. Die hiergegen erhobene Beschwerde hiess das Bundesstrafgericht am 21. Januar 2016 gut. In seinem Entscheid hatte sich das Bundesstrafgericht allerdings nicht mit der Frage des politischen Delikts befasst, sondern die Sache an das BJ zurückgewiesen, da dieses die Einrede der fehlenden Hafterstehungsfähigkeit des Verfolgten nicht vertieft abgeklärt habe. Das Bundesstrafgericht hat dabei nicht den Grundsatz infrage gestellt, dass mangelnde Hafterstehungsfähigkeit kein Auslieferungshindernis darstelle. Vielmehr hatte es festgehalten, dass Russland zu Art. 1 des Europäischen Auslieferungsübereinkommens[50] den Vorbehalt angebracht habe, es liefere Personen u.a. grundsätzlich nicht aus «*when there are grounds for supposing that the extradition of the person can seriously affect him due to his old age or state of health*». Zwar habe die Schweiz ihrerseits keinen entsprechenden Vorbehalt angebracht, aber auf der Grundlage der Reziprozität habe sie dem ersuchenden Staat seinen eigenen Vorbehalt entgegenzuhalten.[51] Vor dem Hintergrund dieser Konzeption hatte das BJ gegen den Rückweisungsentscheid des Bundesstrafgerichts Beschwerde an das Bundesgericht erhoben. Dieses trat auf die Beschwerde aus den genannten Gründen nicht ein.

48 Entscheid des Bundesstrafgerichts RH.2015.21 vom 2. Oktober 2015, lit. E.

49 Entscheid des Bundesgerichts 1C.53/2016 vom 8. Februar 2016, E.1.2.f.

50 Europäisches Auslieferungsübereinkommen vom 13. Dezember 2017, SR 0.353.1.

51 Entscheid des Bundesstrafgerichts RR.2015.231 + RR.2015.213 + RP.2015.42 vom 21. Januar 2016, E.6.3.2.

3. Anforderung an Glaubhaftmachung bei drohender Menschenrechtsverletzung

Gemäss Art. 2 lit. a IRSG wird einem Ersuchen nicht entsprochen, wenn Gründe für die Annahme bestehen, dass das Verfahren im Ausland den in der EMRK[52] oder dem UNO-Pakt II[53] festgelegten Verfahrensgrundsätzen nicht entspricht. Zweck des Art. 2 IRSG ist es, zu verhindern, dass die Schweiz auf dem Wege der Rechtshilfe oder der Auslieferung Beiträge zu einem Verfahren leistet, das dem Standard etablierter Rechtsstaaten nicht genügt. Ein auf dieser Grundlage gefällter Entscheid beinhaltet notwendigerweise ein Werturteil über die inneren Angelegenheiten des ersuchenden Staates – über dessen politisches System, seine Institutionen, sein Niveau des Grundrechtsschutzes sowie der Unabhängigkeit der Justiz.[54]

Im Bereich der Auslieferung bedeutet dies, dass den Gerichten eine Pflicht zu besonderer Vorsicht obliegt. In einem Auslieferungsverfahren mit Kosovo hat der Beschwerdeführer bloss in allgemeiner Weise angeführt, die menschenrechtliche Lage im Kosovo sei ungenügend. Er hat nicht aufgezeigt, wie er selbst in seinen Rechten betroffen ist. Das Bundesstrafgericht hat im Grundsatz entschieden, es gereiche nicht zu einer Verletzung des Art. 2 IRSG, wenn die im ausländischen Verfahren beschuldigte Person generell die schlechte Menschenrechtslage und die politische Instabilität im ersuchenden Staat rüge. Sie müsse zudem glaubhaft machen, dass ein ernsthaftes, objektives Risiko für eine schwere Verletzung ihrer persönlichen Menschenrechte bestehe. Das habe die betroffene Person *in casu* nicht getan.[55] Das Gericht hat gar entschieden, die Abklärungen des BJ hinsichtlich der Menschenrechtslage im Kosovo hätten keine besondere Gefährdungslage ergeben, wonach Auslieferungen an den Kosovo ohne die Auflage von Menschenrechtsgarantien möglich seien.[56] In einem Auslieferungsverfahren mit Ungarn hat das Bundesstrafgericht erkannt, der betreffende Staat sei zwar in der Vergangenheit wiederholt für Verletzungen der EMRK-Verfahrensrechte gerügt worden.[57] Es seien systemische Probleme im ungarischen Justizsystem, insbesondere im Strafvollzug, festgestellt worden.[58] Da Ungarn jedoch ein etablierter Rechtsstaat sei, könne davon ausgegangen werden, der Staat setze die vom EGMR verlangten Massnahmen um und behebe die erkannten Missstände. Vor diesem Hintergrund habe der Beschwerdeführer

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

53 Internationaler Pakt vom 16. Dezember 1966 über bürgerliche und politische Rechte, SR 0.103.2.

54 Entscheide des Bundesstrafgerichts RR.2015.298 vom 12. Januar 2016, E.3.1.ff. sowie RR.2016.199 + RP.2016.56 vom 29. Dezember 2016, E.2.2.

55 Entscheid des Bundesstrafgerichts RR.2015.298 vom 12. Januar 2016, E.3.2.1.

56 Ibid., E.3.3.1.

57 Entscheid des Bundesstrafgerichts RR.2016.199 + RP.2016.56 vom 29. Dezember 2016, E.2.4.1.

58 Ibid., E.2.4.3.

nicht glaubhaft gemacht, dass er bei einer Auslieferung nach Ungarn individuell und konkret von Menschenrechtsverletzungen bedroht sei.[59]

4. Überstellung gegen den Willen – Reststrafe und vorzeitige Entlassung

Das Überstellungsübereinkommen[60] ermöglicht Ausländern, denen wegen der Begehung einer Straftat die Freiheit entzogen ist, die Strafverbüssung in deren Heimatsstaat, wenn sowohl der Urteils- wie auch der Heimatstaat Mitglied des Überstellungsübereinkommens und beide mit der Überstellung einverstanden sind. Hauptziel dabei ist die bessere Resozialisierung des Verurteilten. Unter anderem darum bedarf die Überstellung grundsätzlich der Zustimmung des Verurteilten. Gemäss Art. 3 des Zusatzprotokolls[61] zum Überstellungsübereinkommen ist jedoch die Überstellung gegen den Willen des Verurteilten möglich, wenn sowohl der Urteils- als auch der Vollstreckungsstaat das Zusatzprotokoll ratifiziert haben.[62]

Diese Rechtsgrundlage findet zwischen der Schweiz und Rumänien Anwendung. In einem Verfahren mit Rumänien um Überstellung des Verurteilten gegen seinen Willen hat das Bundesgericht daher zunächst festgehalten, nichts spreche grundsätzlich gegen eine Überstellung. Rumänien gehöre zu den Staaten, mit welchen die Schweiz im Bereich der Auslieferung ohne das Einholen von Garantien verkehren könne.[63] *In casu* war der Betroffene in der Schweiz wegen qualifizierten Raubes zu einer mehrjährigen Freiheitsstrafe verurteilt worden, hatte jedoch im Zeitpunkt des Überstellungsersuchens der Schweiz an Rumänien nur noch eine Restfreiheitsstrafe von elf Monaten bis zur Möglichkeit einer vorzeitigen Entlassung zu verbüssen.[64] Das Bundesgericht hielt fest, die vorzeitige Entlassung stelle die letzte Etappe des Freiheitsentzugs dar und komme damit bloss einer Vollzugslockerung gleich. Für die Bemessung der relevanten Restfreiheitsstrafe i.S.v. Art. 3 Ziff. 1 lit. c Überstellungsübereinkommen sei die gesamte Reststrafe massgeblich und nicht etwa nur jene bis zur Möglichkeit einer vorzeitigen Entlassung (vgl. Art. 86ff. StGB[65]). Eine Überstellung war demnach *in casu* grundsätzlich noch möglich.[66] Allerdings hat das Bundesstrafgericht auch festgehalten, dass der um die Überstellung ersuchende Staat bis

59 Ibid., E.2.7., *in analogiam* zum Italien-Entscheid des Bundesgerichts, 1C_176/2014 vom 12. Mai 2014, E.4.4., vgl. im Detail Sager in: Cassani, Gless, Roth & Sager, Fn. 17, 24 Swiss Rev. Int'l & Eur. L. (RSDIE/SZIER) (2014), S. 385ff.

60 Übereinkommen vom 21. März 1983 über die Überstellung verurteilter Personen, SR 0.343.

61 Zusatzprotokoll vom 18. Dezember 1997 zum Übereinkommen über die Überstellung verurteilter Personen, SR 0.343.1.

62 Vgl. im Detail Sager, in: Cassani, Gless, Roth & Sager, Fn. 27, 26 Swiss Rev. Int'l & Eur. L. (SRIEL) (2016), S. 477ff.

63 Entscheid des Bundesgerichts 1C_268/2016 vom 6. Juli 2016, E.2.2.

64 Ibid., Sachverhalt.

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

66 Entscheid des Bundesgerichts 1C_268/2016 vom 6. Juli 2016, E.3.2.

zum Moment der Übergabe der Person für den Vollzug der von ihm verhängten Freiheitsstrafe verantwortlich bleibe. Da bis zum Zeitpunkt des Bundesgerichtsurteils die vorgenannten elf Monate bereits vergangen waren, wies das Bundesgericht die Schweizer Behörden an, zunächst über die bedingte Entlassung zu entscheiden. Nur falls diese definitiv abgelehnt werde, könne die Person an Rumänien überstellt werden. In den übrigen Punkten wies das Bundesgericht die Beschwerde ab.[67]

B. Kleine Rechtshilfe

1. Rechtshilfeweise Herausgabe von Telefonprotokollen vor Erlass der Schlussverfügung

Die Art. 18*a* und 18*b* IRSG bilden keine Rechtsgrundlage für die rechtshilfeweise Herausgabe von Telefonprotokollen vor Erlass der Schlussverfügung. Gemäss der Auffassung des Bundesgerichts erlaubt die erste Bestimmung, die sich zwar mit Telefonprotokollen befasst, keine vorzeitige Herausgabe. Die zweite Bestimmung hingegen erfasst keine Kommunikationsinhalte, sondern nur die Verkehrsdaten (Randdaten), wonach sich daraus ebenfalls keine Grundlage für die Herausgabe von Telefonprotokollen vor Erlass der Schlussverfügung ableiten lässt.[68]

In casu hatte Frankreich die Schweiz um die rechtshilfeweise Vornahme von Telefonabhörungen ersucht. Die ersuchende Behörde hatte die schweizerische Rechtshilfebehörde darauf hingewiesen, dass die Rechtshilfehandlung zum Schutze des französischen Strafverfahrens in diesem Stadium vertraulich zu bleiben hätte. Die Schweiz nahm in der Folge die verlangte Rechtshilfemassnahme vor und übermittelte die erstellten Telefonprotokolle – unter der Garantie, dass diese bis zur Information der betroffenen Person nur zu Ermittlungszwecken verwendet würden – an Frankreich, ohne die von der Massnahme betroffene Person zu informieren, wie dies grundsätzlich gemäss Art. 80*e* ff. IRSG vorgesehen wäre.[69] Das Bundesstrafgericht hat dieses Vorgehen geschützt. Es hatte das Erfordernis der Vertraulichkeit mit Blick auf das ausländische Strafverfahren erkannt und festgestellt, dass die Schweizer Rechtshilfebehörden die betroffene Person nach Wegfall des Vertraulichkeitsbedürfnisses raschestmöglichst informiert hätten. Damit seien dieser keine unmittelbaren und nicht wiedergutzumachenden Nachteile erwachsen.[70] Das Bundesgericht hingegen kam zu einem anderen Schluss. Es befand, zwar dürften im nationalen Strafverfahren gemäss StPO[71] Telefonprotokolle ausgewertet und verwendet werden, bevor die betroffene Person von der Massnahme Kenntnis habe. Im Rechtshilfeverfahren

67 Ibid., 3.3. ff.
68 Entscheid des Bundesgerichts 1C_1/2017 vom 27. März 2017, E. 2.
69 Entscheid des Bundesstrafgerichts RR.2016.175-176 vom 21. Dezember 2016, Sachverhalt.
70 Ibid., E. 2.4.3. ff.
71 Schweizerische Strafprozessordnung vom 5. Oktober 2007, SR 312.0.

verstosse ein derartiges Vorgehen jedoch gegen fundamentale Prinzipien desselben. Insbesondere könne es nicht auf Art. 63 IRSG abgestützt werden. Den darin enthaltenen Verweis auf «nach schweizerischem Recht zulässige Prozesshandlungen und andere Amtshandlungen» interpretierte das Bundesgericht ausdrücklich nur als Verweis auf das interne *Rechtshilfe*recht und nicht etwa auf das Strafprozessrecht.[72] Im Rahmen der anschliessenden Analyse des Art. 18*a* IRSG kam das Bundesgericht zum Schluss, dieser erlaube nicht ausdrücklich (« *expressément* ») die vorzeitige Herausgabe von Telefonprotokollen. Den Verweis in Art. 18*a* Abs. 4 IRSG auf die Art. 269–279 StPO für die Voraussetzungen und das Verfahren der Überwachung – und vor diesem Hintergrund die erwähnte Zulässigkeit der Verwertung von Telefonprotokollen ohne Information des Betroffenen gemäss diesen Bestimmungen – thematisierte das Bundesgericht in diesem Zusammenhang nicht. In seiner anschliessenden Auseinandersetzung mit Art. 18*b* IRSG stellte das Bundesgericht fest, dieser erlaube zwar die vorzeitige Übertragung von Informationen an das Ausland. Indem es die Bestimmung aber im Lichte der Cybercrime-Konvention[73] auslegte, erkannte es, dass diese nur Verkehrsdaten (Randdaten) erfasse und nicht den Inhalt der Kommunikation. Das Bundesgericht kam vor diesem Hintergrund zum Schluss, die Herausgabe von Telefonprotokollen vor Erlass der Schlussverfügung sei bloss nach einer Gesetzesänderung möglich.[74] Eine entsprechende Anpassung des IRSG befindet sich in Vorbereitung.[75]

2. Medienträchtigkeit macht noch keine Bedeutsamkeit

Gemäss Art. 84 Abs. 1 BGG[76] ist gegen einen Entscheid auf dem Gebiet der internationalen Rechtshilfe in Strafsachen die Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten nur zulässig, wenn er eine Auslieferung, eine Beschlagnahme, eine Herausgabe von Gegenständen oder Vermögenswerten oder eine Übermittlung von Informationen aus dem Geheimbereich betrifft und es sich um einen besonders bedeutenden Fall handelt. Ein solcher liegt gemäss Art. 84 Abs. 2 BGG insbesondere vor, wenn Gründe für die Annahme bestehen, dass elementare Verfahrensgrundsätze verletzt worden sind oder das Verfahren im Ausland schwere Mängel aufweist.

Hinsichtlich einer Beschwerde in einem Rechtshilfeverfahren mit den USA im Zusammenhang mit den Strafuntersuchungen gegen diverse Fussballfunktionäre der FIFA wegen Betrugs und weiterer Delikte hielt das Bundesgericht fest, der blosse Umstand, dass die USA gegen FIFA-Funktionäre ermittelten und diese Ermittlun-

72 Entscheid des Bundesgerichts 1C_1/2017 vom 27. März 2017, E. 2.2.

73 Übereinkommen über die Cyberkriminalität vom 23. November 2001, SR 0.311.43.

74 Entscheid des Bundesgerichts 1C_1/2017 vom 27. März 2017, E. 2.3.

75 Der Entwurf ist momentan als Bestandteil des Massnahmenpakets im Bereich der Terrorismusbekämpfung in der Vernehmlassung, siehe infra Fn. 100.

76 Bundesgesetz über das Bundesgericht vom 17. Juni 2005, SR 173.110.

gen ein grosses Medienecho auslösten, vermöge noch keinen besonders bedeutenden Fall im Sinne von Art. 84 Abs. 2 BGG zu begründen. Zwar liege mit der Herausgabe von Bankunterlagen ein taugliches Anfechtungsobjekt im Sinne von Art. 84 Abs. 1 BGG vor. Der dem Bundesgericht vorgelegte Fall werfe jedoch keine rechtlichen Grundsatzfragen auf und der angefochtene Entscheid stütze sich auf die einschlägigen Rechtsquellen und die diesbezügliche Rechtsprechung. Folglich trat das Bundesgericht auf die Beschwerde nicht ein.[77]

3. Rechthilfeweise Einvernahme des Verwaltungsratspräsidenten – Beschwerdelegitimation der juristischen Person ?

Gemäss Art. 80*h* lit. b IRSG ist im Rechtshilfeverfahren zur Beschwerdeführung berechtigt, wer persönlich und direkt von einer Rechtshilfemassnahme betroffen ist und ein schutzwürdiges Interesse an deren Aufhebung oder Änderung hat. Mit Blick auf die rechtshilfeweise Einvernahme von im ausländischen Strafverfahren beschuldigten Personen bedeutet dies, dass diese sich gegen die Herausgabe des Protokolls ihrer Einvernahme zur Wehr setzen können.[78] Grundsätzlich ist immer nur der Einvernommene selbst von der Herausgabe seines Einvernahmeprotokolls unmittelbar betroffen. Nur er kommt damit als Legitimierter überhaupt infrage. Eine Gesellschaft als Dritte ist demnach mit Blick auf das Protokoll über die Einvernahme eines Arbeitsnehmers oder eines Verwaltungsratsmitglieds grundsätzlich nicht zur Beschwerde legitimiert – auch dann nicht, wenn diese Person in ihrer Einvernahme Aussagen über die Gesellschaft bzw. deren Geschäfte macht.[79] Ist allerdings eine Gesellschaft selbst die Beschuldigte im ausländischen Strafverfahren und wird ihr Verwaltungsratspräsident als Organ der Gesellschaft einvernommen, so ist die Gesellschaft als Betroffene der Rechtshilfemassnahme anzusehen. Demnach ist sie im Sinne von Art. 80*h* lit. b IRSG in dieser Konstellation zur Beschwerde legitimiert.[80]

4. Rechtshilfe bei Devisendelikten und Strafsanktionen nach Kartellgesetz

Gemäss Art. 1*a* IRSG ist bei der Anwendung dieses Gesetzes den Hoheitsrechten, der Sicherheit, der öffentlichen Ordnung oder anderen wesentlichen Interessen der Schweiz Rechnung zu tragen. Das Bundesstrafgericht hat bestätigt, dass die Rechtshilfe bei Devisendelikten der schweizerischen öffentlichen Ordnung sowie anderen wesentlichen Interessen der Eidgenossenschaft zuwiderläuft. Die Rechtshilfe ist fol-

77 Entscheid des Bundesgerichts 1C_344/2016 vom 8. August 2016, E. 6.
78 Entscheid des Bundesstrafgerichts RR.2013.160 vom 6. Februar 2014, E. 2.2.3. m.w.H.
79 Ibid., E. 2.2.3., sowie RR.2010.262 vom 11. Juni 2012, E. 2.2.
80 Entscheid des Bundesstrafgerichts RR.2015.318 vom 1. Juni 2016, E. 2.4.

glich im Bereich von Devisendelikten abzulehnen.[81] Dies gilt jedoch nicht für Verstösse gegen das Kartellgesetz. Seit 1995 verfügt die Schweiz ihrerseits über ein Kartellgesetz, das für gewisse Verstösse Strafsanktionen vorsieht.[82] Es kann demnach nicht mehr behauptet werden, die Rechtshilfe im Bereich von Straftaten nach Kartellgesetz verstosse gegen den schweizerischen *ordre public* oder widerspreche anderen wesentlichen Interessen der Eidgenossenschaft. Die Rechtshilfe ist folglich in diesem Bereich zuzulassen.[83]

In casu war die Rechtshilfe an Brasilien im Zusammenhang mit einem komplexen Wirtschaftsstrafverfahren zu beurteilen. Die brasilianischen Behörden ermittelten wegen Korruption, Geldwäscherei, falschen Beweisaussagen, Devisendelikten sowie Verstössen gegen das Kartellrecht.[84] Das Bundesstrafgericht hatte die Rechtshilfe auf der Grundlage der vorangegangenen Erörterungen für alle Bereiche ausser der Verfolgung der Devisendelikte erlaubt.[85] Gegen diesen Entscheid hat die von der brasilianischen Strafuntersuchung betroffene Gesellschaft Beschwerde beim Bundesgericht eingelegt. Das Bundesgericht hat das Urteil des Bundesstrafgerichts bestätigt, ohne sich allerdings vertieft mit den Fragen der Zulässigkeit der Rechtshilfe bei Devisendelikten und Straftaten nach Kartellgesetz auseinanderzusetzen. Es hat lediglich summarisch erwogen, dass die Rechthilfe an Brasilien für die Mehrzahl der im dortigen Verfahren verfolgten Delikte zulässig sei.[86] In solchen Fällen könne die Rechtshilfe auch für die Verfolgung weiterer Delikte gewährt werden, selbst wenn diese für sich alleine im schweizerischen Strafrecht nicht strafbar wären – solange die Rechtshilfe zu deren Verfolgung in den einschlägigen Rechtsgrundlagen nicht explizit verboten sei.[87] Das Bundesgericht hat sich demnach implizit zur Frage der Rechtshilfe bei Devisendelikten geäussert: Indem es den Ausschluss der Rechtshilfe seitens des Bundesstrafgerichts für diese Deliktskategorie schützte, hat es bestätigt, dass hierbei tatsächlich ein Verstoss gegen den schweizerischen *ordre public* oder andere wesentliche Interessen der Eidgenossenschaft vorläge. Zur Rechtshilfefähigkeit von Straftaten gegen das Kartellgesetz hingegen hat sich das Bundesgericht noch nicht abschliessend geäussert. Es hat einzig festgestellt, dass in der Rechtshilfe zur Verfolgung derartiger Straftaten gemeinsam mit weiteren Delikten kein Verstoss gegen den schweizerischen *ordre public* oder andere wesentliche Interessen der Schweiz zu erkennen sei. Die Frage der Zulässigkeit der Rechtshilfe *einzig* für Straftaten gegen das Kartellgesetz hingegen hat das Bundesgericht explizit offengelassen.

81 Entscheid des Bundesstrafgerichts RR.2015.246 vom 14. Januar 2016, E. 7.1. ff.

82 Vgl. Art. 54ff. Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen vom 6. Oktober 1995, SR 251.

83 Entscheid des Bundesstrafgerichts RR.2015.246 vom 14. Januar 2016, E. 8.2.

84 Ibid., Sachverhalt.

85 Ibid., Urteilsdispositiv.

86 Das Bundesgericht nennt explizit Korruption, Geldwäscherei sowie falsche Beweisaussage.

87 Entscheid des Bundesgerichts 1C_46/2016 vom 11. März 2016, E. 1.2.

III. Le droit pénal international de la Suisse (par Sévane Garibian)

A. Actualité législative

Sur le plan législatif, l'année a été marquée par l'entrée en vigueur, le 10 septembre 2016, des amendements au Statut de Rome de la Cour pénale internationale (CPI) relatifs aux crimes de guerre[88] et au crime d'agression[89]. Pour mémoire, les amendements avaient été respectivement adoptés à Kampala les 10 et 11 juin 2010 et approuvés par l'Assemblée fédérale le 20 mars 2015[90]. S'agissant des crimes de guerre, l'amendement étend la notion en interdisant l'utilisation de poison ou d'armes empoisonnées, de gaz ainsi que de toutes matières ou procédés analogues, de même que l'emploi de « balles dum-dum » dans les conflits armés non internationaux. Il n'entraîne pas de modification du droit pénal interne, qui prévoit déjà une telle protection.[91] Quant au crime d'agression, il entre dans la compétence de la CPI, sous réserve de l'activation de celle-ci par les Etats parties au Statut de Rome.[92] La répression couvre la planification, la préparation, le lancement ou l'exécution d'un acte d'agression constituant une violation manifeste de l'interdiction du recours à la force prévue par la Charte des Nations Unies. Le caractère manifeste de l'infraction dépend de la nature, de la gravité et de l'ampleur de l'acte. Sont seules punissables les personnes effectivement en mesure de contrôler ou de diriger l'action politique ou militaire d'un Etat, autrement dit des personnalités de haut rang (crime dit « de dirigeant »).[93] Dans son Message du 19 février 2014, le Conseil fédéral précisait ne pas souhaiter transposer le crime d'agression dans l'ordre juridique suisse, sachant que cela pourrait « entraîner un jugement sur les actes d'autres Etats recourant à la force ».[94] Il préconisait donc d'« attendre de connaître les effets concrets de l'amendement apporté au Statut de Rome au niveau de la Cour pénale internationale, ainsi que l'approche qu'adopteront d'autres Etats »,[95] ce qui n'empêche pas la Suisse, en l'état actuel du droit national, de coopérer pleinement avec la CPI en la matière.

88 RS 0.312.12 ; RO 2015 3833.

89 RS 0.312.11 ; RO 2015 3825.

90 RO 2015 3823. Le délai référendaire étant échu au 9 juillet 2015, l'instrument de ratification avait été déposé le 10 septembre 2015.

91 Voir l'art. 264*h* al. 1 CP.

92 Une telle activation (non encore réalisée) est possible depuis le 1er janvier 2017, plus de 30 Etats ayant déjà ratifié l'amendement. Elle fera l'objet de la prochaine réunion de l'Assemblée des Etats parties en décembre 2017.

93 Pour des développements, cf. Roth, in : Cassani, Roth, Sager & Zurkinden, supra n. 17, 25 Swiss Rev. Int'l & Eur. L. (SZIER/RSDIE) (2015), p. 452 ss.

94 Message portant approbation des amendements au Statut de Rome de la Cour pénale internationale relatifs au crime d'agression et aux crimes de guerre, du 19 février 2014, FF 2014 1973, p. 1975.

95 FF 2014 1973, p. 1975.

Est aussi entrée en vigueur, le 1er janvier 2017, la Convention internationale du 20 décembre 2006 pour la protection de toutes les personnes contre les disparitions forcées.[96] La mise en œuvre de cet instrument en Suisse a nécessité des modifications législatives commentées dans une précédente chronique[97] : la création d'une nouvelle infraction sanctionnant la disparition forcée en tant que délit distinct (art. 185bis CP), et la mise sur pied d'un réseau de services de coordination (Confédération et cantons) visant à déterminer dans les plus brefs délais, en cas de soupçon de disparition forcée, le lieu où se trouve la personne concernée. L'ordonnance du Conseil fédéral du 2 novembre 2016 fixe les modalités de fonctionnement du réseau de coordination.[98] L'ensemble de ces textes est également entré en vigueur le 1er janvier 2017.

Dans le cadre de la lutte contre le terrorisme, signalons l'adoption par le Conseil fédéral, le 4 mars 2016, de l'ordonnance sur la reprise automatique des listes de sanctions du Conseil de sécurité des Nations Unies.[99] Les modifications apportées aux listes de sanctions sont donc désormais directement applicables en Suisse, alors qu'elles étaient jusque-là transposées dans le droit national au terme d'une procédure administrative. Cette reprise automatique s'applique uniquement aux listes de personnes – entreprises et entités – visées par des sanctions, à l'exclusion d'autres modifications. Les personnes visées continueront d'être recensées dans la banque de données SESAM (SECO Sanctions Management).

Le 22 juin 2017, le Conseil fédéral a mis en consultation un avant-projet concernant l'approbation et la mise en œuvre de la Convention du Conseil de l'Europe pour la prévention du terrorisme du 16 mai 2005 (Convention de Varsovie), ainsi que de son Protocole additionnel du 22 octobre 2015.[100] Ces instruments, ainsi que les adaptations proposées du droit suisse, feront l'objet d'une analyse dans la chronique de l'année 2017.

B. Actualité judiciaire

Toujours en matière de lutte contre le terrorisme, et sur le plan judiciaire, on notera la condamnation par le Tribunal pénal fédéral (TPF) de trois ressortissants irakiens, le 18 mars 2016, pour participation, respectivement dans un cas pour soutien, à une

96 RS 0.103.3 ; RO 2016 4693. Rappelons que la Convention avait été approuvée par l'Assemblée fédérale le 18 décembre 2015 (RO 2016 4687), et l'instrument de ratification déposé le 2 décembre 2016.

97 RS 150.2 ; RO 2016 4499. Nous renvoyons à Roth, in : Cassani, Gless, Roth & Sager, supra n. 17, 24 Swiss Rev. Int'l & Eur. L. (SZIER/RSDIE) (2014), p. 418 ss.

98 RS 150.21 ; RO 2016 4503.

99 RO 2016 671 ; l'ordonnance est entrée en vigueur immédiatement, soit le 4 mars 2016, à 18h.

100 Pour toutes informations y relatives, y compris l'avant-projet concernant l'approbation et la mise en œuvre de la Convention et de son Protocole additionnel, ainsi que le renforcement des normes pénales contre le terrorisme et le crime organisé, voir <https://www.ejpd.admin.ch/ejpd/fr/home/aktuell/news/2017/2017-06-22.html> (consulté le 6 juillet 2017). Le délai de la procédure de consultation court jusqu'au 13 octobre 2017.

organisation criminelle au sens de l'art. 260ter CP. Sur la base notamment du Bulletin du Conseil de sécurité des Nations Unies, le TPF considère qu'il est établi que l'Etat islamique (EI), à l'instar des organisations antérieures à sa proclamation dont il est question dans le cas d'espèce (*Islamic State of Iraq and al-Sham* et *Islamic State in Syria*), constitue une organisation terroriste dangereuse visée par l'art. 260ter CP.[101] Sur recours de deux des condamnés, à qui il est reproché d'avoir été prêts à agir sur ordre de l'organisation, le Tribunal fédéral (TF) confirme la condamnation pour participation à une organisation criminelle terroriste.[102] Il souligne, d'une part, que la participation s'entend *largo sensu* et ne suppose donc pas une appartenance au « noyau dur » de l'organisation[103] ; et, d'autre part, que celui qui est prêt à agir sur ordre de cette dernière se distingue du simple « sympathisant », l'art. 260ter CP ne réprimant ainsi ni les convictions ni les opinions[104]. L'art. 260ter CP étant applicable, l'art. 2 de l'ordonnance de l'Assemblée fédérale qui interdit le groupe *Al-Qaïda* et les organisations apparentées,[105] en vigueur à l'époque des faits, n'entre pas en considération : sa portée est en effet subsidiaire par rapport aux dispositions pénales plus sévères.[106]

Par ailleurs, un ressortissant suisse, « voyageur du djihad », a été reconnu coupable de violation de l'art. 2 de la loi fédérale du 12 décembre 2014 interdisant les groupes *Al-Qaïda* et EI et les organisations apparentées (loi « *Al-Qaïda*/EI »)[107] par jugement du TPF en date du 15 juillet 2016.[108] Selon le TPF, l'auteur a « encourag[é] » les activités de l'EI « de toute autre manière »[109] au sens de l'art. 2 de la loi « *Al-Qaïda*/EI », laquelle, en tant que loi spéciale et postérieure, prime sur l'art. 260ter CP.[110] Si le TPF estime que la clause générale de l'encouragement de toute autre manière n'est pas sans poser problèmes au regard du principe de la précision découlant de l'art. 1er CP (*nullum crimen sine lege*), il affirme qu'il est toutefois possible de délimiter l'infraction en tenant compte de critères objectifs et subjectifs, ainsi que de la proximité (*Tatnähe*) entre le comportement de l'auteur et les crimes de l'EI.[111] Sur recours du condamné, le TF confirme que la loi « *Al-Qaïda*/EI » l'emporte sur l'art. 260ter CP, de même

101 TPF SK.2015.45 du 18 mars 2016, consid. I.2.1, p. 13 et consid. II.1.4, p. 16–17.

102 TF 6B_1132/2016 du 7 mars 2017 (publication aux ATF prévue) et TF 6B_1104/2016 du 7 mars 2017. Les deux affaires ont été renvoyées au TPF sur la fixation de la peine.

103 TF 6B_1132/2016 du 7 mars 2017, consid. 6.2.3.

104 TF 6B_1104/2016 du 7 mars 2017, consid. 2.3.

105 Du 23 décembre 2011, RO 212 1.

106 TF 6B_1132/2016 du 7 mars 2017, consid. 1.2.3.

107 RS 122. A propos de cette loi, nous renvoyons au commentaire de Cassani, in : Cassani, Roth, Sager & Zurkinden, supra n. 17, 25 Swiss Rev. Int'l & Eur. L. (SZIER/RSDIE) (2015), p. 424–425.

108 L'accusé avait été arrêté en 2015 à l'aéroport de Kloten, alors qu'il s'apprêtait à embarquer dans un avion à destination d'Istanbul. Au cours de l'enquête pénale, il avait reconnu avoir eu l'intention de se rendre en Syrie dans la zone de combats de l'EI, tout en soutenant qu'il voulait simplement rejoindre des collègues et non combattre.

109 TPF SK.2016.9 du 15 juillet 2016, consid. II, 1.14, 1.14.3 s.

110 TPF SK.2016.9 du 15 juillet 2016, consid. II, 1.15.

111 TPF SK.2016.9 du 15 juillet 2016, consid. II, 1.14.3.

que sur un éventuel reproche de représentation de la violence (art. 135 CP), fondé sur la possession d'images produites par l'EI montrant notamment une exécution, mais pour lequel l'intention délictueuse était de toute façon douteuse.[112] Sur l'interprétation conforme au principe de la précision, le TF approuve les considérants du TPF.[113] Soulignant que les simples « sympathisants » ne tombent pas sous le coup de la loi, le TF rejoint l'analyse du TPF selon laquelle l'auteur, en donnant suite à l'appel à la « guerre sainte » et en entourant son départ d'une certaine publicité, avait fait de la propagande constitutive d'un encouragement au sens de l'art. 2 de la loi « *Al-Qaïda*/EI ».[114]

A noter que, dans le cadre des mesures pénales actuellement soumises à consultation par le Conseil fédéral,[115] sont notamment projetées deux modifications du CP en lien avec les affaires précitées. La première consiste en « l'actualisation » de l'art. 260ter CP par l'inclusion expresse des organisations terroristes et l'adaptation des critères de définition de ces organisations, de même que l'alourdissement des peines maximales encourues. La seconde vise à remplacer la loi « *Al-Qaïda*/EI » (en vigueur jusqu'au 31 décembre 2018) par un nouvel art. 260^{sexies} CP interdisant les voyages entrepris à des fins terroristes et toute activité visant à financer de tels voyages, de même que l'entraînement et le recrutement de terroristes. La disposition s'appliquerait tant aux groupes qu'aux individus isolés.

Dans son rapport de gestion 2016, le MPC revient sur l'enquête pénale menée depuis le mois d'août 2014 contre Alieu Kosiah, ancien commandant du groupe armé *United Liberation Movement of Liberia for Democracy* (ULIMO).[116] Le MPC fait état de sa difficulté à réunir les preuves étant donné le peu de sources écrites, et le refus du Libéria d'entrer en matière sur une demande d'entraide judiciaire présentée en 2014, compliquant d'autant l'accès aux témoignages.[117] Le MPC conclut par ailleurs au classement de l'affaire Nezzar en janvier 2017, au terme d'une procédure de plus de cinq ans.[118] Après avoir envisagé la mise en place d'une Commission rogatoire internationale, reçu cinq plaintes et auditionné Khaled Nezzar ainsi que seize personnes, il fait volte-face en considérant qu'il n'y avait pas de conflit armé au moment des faits

112 TF 6B_948/2016 du 22 février 2017, consid. 4.2.2

113 TF 6B_948/2016 du 22 février 2017, consid. 4.2.1.

114 TF 6B_948/2016 du 22 février 2017, consid. 4.2.2.

115 Cf. supra n. 100.

116 Alieu Kosiah avait été arrêté le 10 novembre 2014 pour son implication présumée dans des crimes de guerre (viols, pillages, travail forcé, recrutement d'enfants soldats) commis au Libéria dans les années 1993–1994.

117 Cf. <https://www.newsd.admin.ch/newsd/message/attachments/47799.pdf>, p. 21 (consulté le 6 juillet 2017).

118 Sur cette affaire, cf. Garibian, in : Ursula Cassani, Sabine Gless, Regula Echle, Sévane Garibian & Christian Sager, « Chronique de droit pénal suisse dans le domaine international (2012), Schweizerische Praxis zum Strafrecht im internationalen Umfeld (2012) », 23 Swiss Rev. Int'l & Eur. L. (SZIER/RSDIE) (2013), p. 500 ss.

en Algérie et qu'il ne peut donc y avoir de crimes de guerre. Un recours a été déposé par les parties civiles devant le TPF.

Enfin, nous relèverons la suspension, le 16 mars 2016, des enquêtes visant un ex-ministre du Rwanda domicilié en Suisse depuis 1994, pour crimes de guerre (enquête ouverte par la justice militaire suisse depuis 1999).[119] Il s'agissait de la dernière procédure de la justice militaire suisse fondée sur la Convention de Genève relative à la protection des personnes civiles en temps de guerre. Pour terminer, il est intéressant de noter la première condamnation en Suisse d'un ancien politicien d'extrême droite pour avoir nié le génocide de Srebrenica.[120] Donatello Poggi a en effet été reconnu coupable de discrimination raciale (art. 261bis CP) au Tessin, le 31 mai 2016,[121] pour avoir qualifié le génocide en question de « mensonge propagandiste » dans deux articles datant de 2012. Le jugement a été confirmé en appel le 2 juin 2017.[122] Un recours a été déposé par Donatello Poggi devant le TF.

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

Von den verschiedenen Entwicklungen im Europäischen Strafrecht im letzten Jahr[123] erscheinen für die Schweiz von besonderem Interesse: (A.) die Massnahmen der EU zur Verbesserung bestehender und Errichtung neuer Informationssysteme, um Lücken beim Informationsaustausch im Grenzmanagement und in der Strafverfolgung zu schliessen sowie (B.) die Bestrebungen zur Harmonisierung von Verfahrensrechten im Strafverfahren durch EU-Vorgaben.

119 Cf. <https://www.admin.ch/gov/fr/accueil/documentation/communiques.msg-id-61013.html> (consulté le 6 juillet 2017).

120 Rappelons que les massacres de Srebrenica ont été qualifiés de génocide par le Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie (cf. Chambre d'appel, Radislav Krstic, arrêt du 19 avril 2004, IT-98-33-A, §§ 35 ss), ainsi que par la Cour internationale de Justice (CIJ, Application de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide, arrêt du 26 février 2007, C.I.J. Recueil 2007, §§ 278–297).

121 Jugement de première instance rendu par la *Pretura penale* (non publié).

122 Jugement d'appel rendu par la *Corte di appelo e di revisione penale* (non publié).

123 Bedeutende Auswirkungen wird auch die Europäische Staatsanwaltschaft (EuStA) haben. Da die entscheidenden Entwicklungen – insbesondere der Abschluss des Legislativaktes – erst 2017 zu erwarten sind, soll eine genauere Analyse späteren Berichten vorbehalten bleiben. Im Berichtszeitraum (2016) hat sich ergeben, dass nicht alle EU-Mitgliedstaaten einen im Rat ausgehandelten Verordnungsentwurf zur Errichtung der EuStA mittragen. Derzeit wollen ca. 20 EU-Mitgliedstaaten die EuStA im Wege der sog. verstärkten Zusammenarbeit auf den Weg bringen. Über den Vorschlag für eine EuStA wurde bereits berichtet durch Gless, in: Cassani, Gless, Roth & Sager, supra Fn. 17, 24 Swiss Rev. Int'l & Eur. L. (SZIER/RSDIE) (2014), S. 396 ff.

A. Reform der Informationssysteme zur Strafverfolgung

Bereits im Frühjahr 2016 hatte die EU-Kommission unter dem Titel «Solidere und intelligentere Informationssysteme für das Grenzmanagement und mehr Sicherheit»[124] eine Überarbeitung der EU-Datenverwaltungsarchitektur angestossen, mit der sowohl das Grenzmanagement als auch die innere Sicherheit verbessert werden sollen. Man reagierte damit auf die durch weltweite Konflikte ausgelöste Migrationskrise sowie auf Terroranschläge in europäischen Städten (November 2015 in Paris, Dezember 2015 in Berlin, März 2016 in Brüssel). In ihrer Mitteilung regt die EU-Kommission eine dynamische Verbindung von gemeinsam genutzten Datenbanken im Bereich Grenzmanagement, Strafverfolgung und Migrationssteuerung an. Sie sah insbesondere drei Handlungsfelder: Optimierung bestehender Informationssysteme; Lückenschliessung durch zusätzliche Informationssysteme und – als langfristiges Ziel – Verbesserung der Interoperabilität von Informationssystemen.

1. Reformen bestehender Informationssysteme, insbesondere SIS II

Die Schweiz partizipiert an drei zentralen Informationssystemen im Rahmen der Schengen-Zusammenarbeit:[125] Dem Schengener Informationssystem (SIS) mit umfangreichen Daten zu Personen- und Sachfahndungsausschreibungen, dem Visa-Informationssystem (VIS) mit Daten von Drittstaatsangehörigen über Visa für den kurzfristigen Aufenthalt im Schengen-Raum und dem EURODAC-System mit Fingerabdruckdaten von Asylbewerbern und Drittstaatsangehörigen, die illegal die Schengen-Aussengrenzen überschritten haben. Zur Behebung von Funktions- und Qualitätsmängeln in diesen Systemen legte die EU-Kommission Vorschläge vor.[126]

Insbesondere Änderungen im SIS (mit derzeit 63 Millionen Ausschreibungen durch Polizei-, Justiz-, Zoll-, Grenzkontroll- und Einwanderungsbehörden) sind von grosser praktischer Bedeutung, wobei das SIS als wohl bedeutsamste Ausgleichsmassnahme für den Wegfall der Binnengrenzkontrollen in der Praxis nicht – wie ursprünglich intendiert – im Bereich der Strafverfolgung, sondern bei der Migrationskontrolle die grössere Rolle spielt. Im Dezember 2016 hatte die Kommission drei separate Reformvorschläge für die zweite Generation des SIS, das sog. SIS II unterbreitet. Neben Gesetzgebungsvorschlägen für die Nutzung des SIS für das Grenzmanagement[127] und die Rückkehr/Rückführung sich illegal aufhaltender Drittstaatsangehöriger[128] befasst sich ein Vorschlag mit der Einrichtung, dem Betrieb und der Nutzung des SIS für die polizeiliche und justizielle Zusammenarbeit in Straf-

124 Mitteilung der Kommission vom 06.04.2016, COM(2016) 205 final.
125 Sabine Gless, Internationales Strafrecht, Lehrbuch, 2. Aufl., Basel 2015, Rn 558, 577 ff.
126 Mitteilung der Kommission vom 06.04.2016, COM(2016) 205 final.
127 COM(2016) 882 final.
128 COM(2016) 881 final.

sachen.[129] Dadurch sollen nicht nur die auf die frühere Säulenstruktur der EU zurückzuführenden unterschiedlichen Rechtsgrundlagen in diesem Bereich konsolidiert werden, sondern es sollen auch neue Vorschriften und Funktionen für das SIS eingeführt werden. Im Kern betreffen die Neuerungen Änderungen zu den Ausschreibungskategorien, wie etwa die Einführung der neuen Kategorie « unbekannte gesuchte Personen ». Ferner werden Rechtsgrundlagen geschaffen, um die Identität von Personen aufgrund Gesichts- und Lichtbildern, daktylografischen Daten oder DNA-Profilen festzustellen, deren Nutzung bisher nicht oder nur eingeschränkt möglich ist. Ein dritter wichtiger, hier zu erwähnender Punkt ist die Erweiterung von SIS-Zugangsrechten durch nationale Behörden sowie EU-Agenturen, insbesondere Europol.[130] Diese Massnahmen haben eine unmittelbare Auswirkung auf die Schweiz, da sie unter anderem eine Erweiterung des Datenzugriffs für die Behörden bedeuten.

2. Errichtung neuer Informationssysteme

Obwohl die bestehenden Informationssysteme bereits eine grosse Anzahl von Daten und eine Vielzahl von – auch strafrechtsrelevanten – Sachverhalten erfassen, sieht man noch Lücken, die durch neue Massnahmen geschlossen werden sollen, etwa über Erfassung von Grenzübertritten oder Nutzung von Fluggastdatensätzen.[131]

3. Einreise-/Ausreisesystem

Die Einführung eines Einreise-/Ausreisesystems (kurz EES genannt) soll Grenzübertritte von visumpflichtigen oder visumbefreiten Drittstaatsangehörigen erfassen, die für Kurzaufenthalte von höchstens 90 Tagen in einem Zeitraum von 180 Tagen in den Schengen-Raum einreisen. Es soll Kenndaten von Drittstaatsangehörigen (alphanumerische Daten, vier Fingerabdrücke und ein Gesichtsbild) sowie die Angaben aus den Reisedokumenten erfassen und mit anderen Daten verknüpfen und so auch das bisherige Verfahren (manuelles Abstempeln von Reisedokumenten) ablösen, das als fehleranfällig und unzuverlässig gilt. So soll künftig die Einhaltung von Aufenthaltsdauern besser überwachbar sein und eine systematische und zuverlässige Ermittlung von sog. «*Overstayern*» ermöglicht werden, also von Personen, die legal in die EU eingereist, aber nach Ablauf der zulässigen Aufenthaltsdauer in der EU

129 COM(2016) 883 final. Klarzustellen ist, dass die getrennt eingereichten Vorschläge der sog. variablen Geometrie geschuldet sind, da die EU-Mitgliedstaaten in unterschiedlichem Masse sich an der EU-Politik im Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts beteiligen. Dies lässt jedoch die – bereits gegenwärtig bestehende – Einheitlichkeit des Schengener Informationssystems unberührt.

130 Gless, Fn. 125, Rn 454 ff.

131 Geprüft wird von der Kommission zusätzlich, ob ein Europäisches Polizeiregisterinformationssystem (EPRIS) geschaffen werden soll. Siehe dazu die Mitteilung der Kommission, COM(2016) 205 final.

bzw. im Schengen-Raum geblieben sind. Ziel ist eher die Kontrolle illegaler Migration und – als eine Art Nebeneffekt – die Stärkung der inneren Sicherheit durch wirksamere Bekämpfung von Terrorismus und schwerer Kriminalität. Zum einen will man durch die Abfrage und Speicherung biometrischer Daten im neuen System Verdächtige oder Straftäter leichter identifizieren können, etwa wenn sie nach einer legalen Einreise in den Schengen-Raum ihre amtlichen Ausweispapiere vernichten. Zum anderen können Reisebewegungen von Drittstaatsangehörigen, einschliesslich tatverdächtiger Personen nachvollzogen werden, wodurch das SIS ergänzt wird.

4. Reiseinformations- und -genehmigungssystem (ETIAS)

Eine weitere Lücke sieht die EU-Kommission darin, dass gegenwärtig keine Informationen über visumsbefreite Drittstaatsangehörige gesammelt werden, wenn diese über die Landgrenzen in den Schengen-Raum einreisen, die den Passagierdaten bei Schiffsreisen (API) oder Passagierdatensätze bei Flugreisen (PNR) entsprechen würden oder jenen von visumpflichtigen Personen im VIS. Auf Initiative des Europäischen Rates[132] hat die Kommission im Dezember 2016 eine Verordnung für ein automatisiertes, EU-weites Reiseinformations- und genehmigungssystems (ETIAS) vorgeschlagen,[133] in das alle von der Visumpflicht befreite Reisende Angaben über geplante Reisen eingeben müssen. Durch automatisierte Datenverarbeitung dieser Informationen soll vorab eine Reisegenehmigung erteilt oder diese verweigert werden können. In der Hauptfunktion soll sich das ETIAS laut Kommissionsvorschlag an dem Vorbild ähnlicher bereits eingeführter Systeme in den USA, Kanada und Australien orientieren: Visumbefreite Drittstaatsangehörige werden vor ihrer Ankunft an den Schengen-Aussengrenzen darauf überprüft, ob von ihnen ein Risiko illegaler Migration oder Sicherheitsrisiken ausgehen.[134] Die Informationen sollen automatisch mit anderen EU-Informationssystemen, einer speziellen ETIAS-Überwachungsliste und definierten Überprüfungsregeln abgeglichen werden.

5. Inpflichtnahme Privater, insbesondere RL zu Fluggastdatensätzen (PNR)

Der dritte Bereich, in dem gesetzgeberisches Handeln der EU gefordert wird, betrifft die Verfügbarkeit von Daten, die Private sammeln, jedoch aus Sicht von EU-Regierungen für die wirksame Verhütung und Bekämpfung der schweren Kriminalität und des Terrorismus relevant sein können.

132 Siehe u.a. die Bratislava-Erklärung und den Bratislava-Fahrplan unter: <http://www.consilium.europa.eu/en/press/press-releases/2016/09/16-bratislava-declaration-and-roadmap/>.

133 COM(2016) 731 final.

134 Siehe COM(2016) 731 final, S. 4.

Ob resp. unter welchen Voraussetzungen durch private Stellen gesammelte Daten für Strafverfolgungs- oder Gefahrenabwehrzwecke generell zur Verfügung gestellt werden dürfen, ist umstritten. Viel wurden in Zusammenhang mit der Vorratsdatenspeicherung der Verkehrs- und Standortdaten im Telekommunikations- und Internetverkehr diskutiert.[135] Eine EU-Regelung fehlt, nachdem der EuGH die RL 2006/24/EG über die Vorratsspeicherung von Daten als mit der EU-Grundrechtecharta für unvereinbar erklärt hatte.[136] Im Berichtszeitraum hat der EuGH hier ein wichtiges Folgeurteil gefällt: Das Gericht hat Hürden für rein nationale Regelungen zur Vorratsdatenspeicherung formuliert, indem nationale Vorratsdatenspeicherungen, welche eine allgemeine Speicherung aller Verkehrs- und Standortdaten vorsehen als mit EU-Recht unvereinbar angesehen werden.[137]

Das bedeutet jedoch nicht, dass Big-Data-Auswertungen an sich unzulässig sind. Vielmehr sollen künftig sog. Fluggastdatensätze (PNR-Daten) nicht nur ins Ausland übermittelt,[138] sondern in der EU auf der Grundlage der Richtlinie (EU) 2016/681 zum Zwecke der «Verhütung, Aufdeckung, Ermittlung und Verfolgung von terroristischen Straftaten und schwerer Kriminalität» ausgewertet werden.[139] Sie verpflichtet die EU-Mitgliedsstaaten zunächst, sog. PNR-Zentralstellen einzurichten bzw. zu benennen, die für die Erhebung, Speicherung und Verarbeitung der PNR-Daten sowie für den Datenaustausch verantwortlich sind. Des Weiteren müssen die EU-Mitgliedstaaten sicherstellen, dass Fluggesellschaften, welche Flüge aus oder in die EU (sog. Drittstaatsflüge) durchführen, verschiedenste Einzeldaten an die PNR-Stellen übermitteln. Nach Art. 2 der RL können die Mitgliedstaaten freiwillig entscheiden, ob sie die RL auch auf Flüge innerhalb der EU (sog. EU-Flüge) anwenden, wozu sich angesichts der gegenwärtigen Sicherheitslage alle Mitgliedstaaten in einer nachgereichten Erklärung verpflichten wollen.[140] Insgesamt handelt es sich hier um einen Kompromiss, da sich vor allem das Europäische Parlament jahrelang vehement gegen die EU-PNR-Richtlinie gestemmt hatte.

Positiv für den Datenschutz ist die Fixierung von Zwecken und Formen, für die und in denen PNR-Daten von Zentralstellen mit anderen Informationssystemen und anhand festgelegter Kriterien abgeglichen werden dürfen durch die EU-Richt-

135 Sabine Gless & Christopher Geth, « Antennensuchlauf und Rasterfahndung », in : André Kuhn, Pierre Margot u.a. (Hrsg.), Kriminologie, Kriminalpolitik und Strafrecht aus internationaler Perspektive, Festschrift für Martin Killias zum 65. Geburtstag, Bern 2013, S. 1034–1035.

136 EuGH, Urteil vom 08.04.2014 in den verbundenen Rechtssachen C-293/12 und C-594/12, Digital Rights Ireland und Seitlinger u.a.

137 EuGH, Urteil vom 21.12.2016 in den verbundenen Rechtssachen C-203/15, Tele2 Sverige AB/Post-och telestyrelsen, und C-698/15, Secretary of State for the Home Department/Tom Watson u.a.

138 Sabine Gless, « Hauptteil III : Übereinkommen der EU », in : Wolfgang Schomburg, Otto Lagodny, Sabine Gless & Thomas Hackner (Hrsg.), Internationale Rechtshilfe in Strafsachen, 5. Aufl., München 2012, HT III B 2 ab (S. 1306 ff.) und HT III B 2c (S. 1351 ff.).

139 ABl. L 119 vom 04.05.2016, S. 132.

140 Ratsdokument vom 18.04.2016, Nr. 7829/16 ADD 1.

linie. Ferner wird der Informationsaustausch zwischen den Mitgliedstaaten geregelt sowie die Bedingungen für den Zugang von Europol zu den Daten und die Übermittlung der Daten an Drittstaaten. Die Mitgliedstaaten sind verpflichtet, die Daten für einen Zeitraum von fünf Jahren zu speichern. Die Richtlinie muss bis 25. Mai 2018 in nationales Recht umgesetzt werden.

Insgesamt ist das Ziel, durch die Verarbeitung von PNR-Daten verdächtige oder ungewöhnliche Reisemuster zu identifizieren und durch Abgleich mit anderen Datenbanken zu Personen oder Gegenständen, Kriminelle zu ermitteln. Dieses Ziel verfolgen auch bilaterale Abkommen. Solche Abkommen bestehen derzeit zwischen der EU und den USA und Australien.[141] Ein bilaterales Abkommen mit Kanada scheiterte bisher am Widerstand des Europäischen Parlaments, mit Mexiko wird ein Abkommen gegenwärtig verhandelt.

6. Datenschutzrechtliche Probleme

Informationssammlungen und -verarbeitungen, und insbesondere Big-Data-Anwendungen im polizeilichen und justiziellen Bereich stehen in einem Spannungsverhältnis mit verschiedenen Grundrechten, etwa dem Recht auf Achtung des Privatlebens und dem Recht auf Schutz personenbezogener Daten[142] und drohen insgesamt die Gewichte im Verhältnis Staat und Individuum in der Strafverfolgung zu verschieben.[143] Der Balance zwischen individuellen Rechten auf Privatsphäre und Datenschutz und öffentlichen Sicherheitsinteressen soll die primärrechtliche Verankerung des Grundrechts auf Datenschutz in Art. 8 der EU-Grundrechtecharta sowie die sekundärrechtliche Harmonisierung des Datenschutzes durch die Verordnung (EU) 2016/679 und die RL 2016/680 Rechnung dienen. Die Rechtsprechung des EuGH muss das grössere Bild im Auge behalten.[144] Denn Strafverfolgung muss an begangenes Unrecht anknüpfen, nicht auf ein statistisch ermitteltes Risiko reagieren.

Eine wichtige Instanz, die sich für den Schutz der Privatsphäre einsetzt, ist der Europäische Datenschutzbeauftragte (EDSB). Er fungiert als Berater für EU-Organe und -Einrichtungen in allen Fragen im Zusammenhang mit der Verarbeitung personenbezogener Informationen. In dieser Funktion gibt er auch Stellungnahmen zu neuen Instrumenten für den Datenaustausch zwischen Strafverfolgungsbehörden ab. Zwar sind solche Stellungnahmen für die gesetzgebenden EU-Organe (Rat und

141 Siehe Gless, Fn. 138.

142 Siehe Gless, in: Cassani, Gless, Roth & Sager, Fn. 27, 26 Swiss Rev. Int'l & Eur. L. (2016), S. 483; René Rhinow & Markus Schefer, Schweizerisches Verfassungsrecht, 2. Aufl., Basel 2009, Rn. 1376 ff.

143 Siehe Sabine Gless, « Predictive policing und operative Verbrechensbekämpfung », in : Felix Herzog u.a. (Hrsg.), Rechtsstaatlicher Strafprozess und Bürgerrechte, Gedächtnisschrift für Edda Wesslau, Berlin 2016, 165–180.

144 Dazu ausführlich Gless, Fn. 142, S. 484 ff.

Europäisches Parlament) nicht bindend; sie können jedoch die Gesetzgebung beeinflussen, insbesondere wenn sie Gehör bei den grundsätzlich grundrechtsfreundlich eingestellten Berichterstattern des Europäischen Parlaments finden, welche massgeblich die Verhandlungen vor Erlass eines Rechtsaktes führen und Abstimmungsempfehlungen geben.

Der EDSB äusserte sich kritisch zu den o.g. Initiativen zur Errichtung neuer Informationssysteme bzw. der Erweiterung des Datenaustauschs zu Strafverfolgungszwecken innerhalb der EU und zeigt verschiedene datenschutzrechtliche Probleme auf.[145] Er bemängelt die Vorschläge insbesondere unter den Gesichtspunkten der Verhältnismässigkeit, dem Zweckbindungsgrundsatz und der ausreichenden Gewährleistung der datenschutzrechtlichen Individualrechte (wie das Recht auf Auskunft, Löschung oder Korrektur personenbezogener Daten).

Der EDSB kritisierte ferner die Länge der Speicherungfristen (fünf Jahre sowohl für den EES-Datensatz als auch ETIAS-Antragsdaten) und stellte die Notwendigkeit und Verhältnismässigkeit der Erfassung biometrischer Daten sowie das Bestreben, Interoperabilität und Interkonnektivität der IT-Systeme herzustellen und die Nutzung der Systeme zum *Profiling* infrage. Im Zusammenhang mit dem Zweckbindungsgrundsatz übt der EDSB ferner Kritik am breit angelegten Zugang von Gefahrenabwehr- und Strafverfolgungsbehörden zu den Datenbanken. Aus seiner Sicht fügen sich die vorgeschlagenen Regelungen in die Tendenz ein, Gefahrenabwehr- und Strafverfolgungsbehörden Zugriff auf alle personenbezogenen Daten von Drittstaatsangehörigen zu ermöglichen, welche die Schengen-Grenzen überschreiten, obwohl sie als Reisende grundsätzlich nicht der Begehung einer ungesetzlichen Handlung verdächtig sind. Der Umstand, dass Ein-/Ausreisedaten für einen spezifischen Zweck erhoben werden – und somit verfügbar sind – rechtfertigt nach Ansicht des EDSB nicht, diese Daten allgemein für andere Zwecke wie etwa zur Strafverfolgung zugänglich bzw. verwendbar zu machen.[146] Der EDSB sieht die gesetzgebenden Organe der EU in der Pflicht, die Notwendigkeit des Zugangs fundierter nachzuweisen.

7. Auswirkungen auf die Schweiz

Die geplanten Änderungen des SIS II sowie die Einrichtung neuer Informationssysteme, wie EES und ETIAS, sind für die Schweiz durch die Schengen-Assoziierung von Bedeutung. Alle gelten als Weiterentwicklung des Schengen-Besitzstandes.[147]

145 Opinion 06/2016, 21.09.2016, EDPS Opinion on the Second EU Smart Borders Package – Recommendations on the revised Proposal to establish an Entry/Exit System, abrufbar unter: <https://edps.europa.eu/sites/edp/files/publication/16-09-21_smart_borders_en.pdf>. Siehe Opinion 3/2017, 06.03.2017, EDPS Opinion on the Proposal for a European Travel Invormation and Authorisation System (ETIAS), abrufbar unter: <https://edps.europa.eu/sites/edp/files/publication/17-03-070_etias_opinion_en.pdf>.

146 Opinion 06/2016, a.a.O., S. 19; Opinion 3/2017, a.a.O., S. 13 f.

147 Ausführlich dazu Gless, Fn. 142, S. 487 ff.; Gless, Fn. 125, Rn. 558 ff.

Werden die Rechtsakte auf EU-Ebene angenommen, muss die Schweiz sie – nach Massgabe von Art. 7 SAA[148] – entweder ins nationale Recht übernehmen[149] oder aber Rat und Kommission notifizieren, dass die Eidgenossenschaft den Inhalt nicht akzeptiert. Bei Annahme erfolgt die Umsetzung nach allgemeinen Ratifikationsregeln. Eine Herausforderung bei der Umsetzung dürfte die datenschutzrechtliche Vereinbarkeit der neuen «Strafverfolgungsinstrumente» mit Schweizer Standards werden.[150] Es besteht jedoch die Möglichkeit, dass weitere datenschutzrechtliche Anliegen während des Verhandlungsprozesses über die Kommissionsvorschläge im Rat und Europäischen Parlament noch berücksichtigt werden.

Die neue EU-Richtlinie 2016/681 zur Verwendung von PNR-Daten für Gefahrenabwehr- und Strafverfolgungszwecke betrifft die Schweiz insofern als alle Fluggesellschaften, welche Flüge in oder aus dem Hoheitsgebiet eines EU-Mitgliedstaates anbieten, zur Lieferung der Passagierdaten verpflichtet sind. Die Schweiz selbst ist nicht verpflichtet, die EU-Richtlinie zu übernehmen. Allerdings wird derzeit von den zuständigen Schweizer Stellen geprüft, ob Gesetzesänderungen im Hinblick auf die bessere Nutzung von PNR-Daten initiiert werden sollen.[151] Dies betrifft insbesondere den automatisierten Datenzugang und regelmässigen Abgleich der PNR-Daten zum Zweck der Bekämpfung schwerer Straftaten, wie er in der EU-RL vorgesehen, derzeit in der Schweiz aber nicht gesetzlich möglich ist.[152]

B. Harmonisierung von Beschuldigtenrechten im Strafprozess

Lediglich einen mittelbaren Einfluss auf das Schweizer Recht dürfte die Harmonisierung von Verfahrens-, insbesondere Beschuldigtenrechten in den Mitgliedstaaten der EU haben.

148 ABl. L 52, 27.02.2008, S. 52.

149 Zur Reform des SIS II, siehe COM(2016) 881, S. 8 und Erwägungsgrund 26 ; COM(2016) 882, S. 6 und Erwägungsgrund 47 ; COM(2016) 883, S. 6 und Erwägungsgrund 57. Zum EES siehe COM(2016) 194 final, S. 16 und Erwägungsgrund 49. Zu ETIAS, s. COM(2016) 721, S. 26 und Erwägungsgrund 61.

150 Beat Rudin, « Schengen », in : Stephan Breitenmoser, Sabine Gless & Otto Lagodny (Hrsg.), Rechtsschutz bei Schengen und Dublin, Zürich/St. Gallen 2013, S. 49.

151 Siehe SRF, « EU setzt auf Massenspeicherung von Passagierdaten », 14.04.2016, abrufbar unter : <https://www.srf.ch/news/international/eu-setzt-auf-massenspeicherung-von-passagierdaten>.

152 Siehe Zweiter Bericht der Task-Force TETRA, Massnahmen der Schweiz zur Bekämpfung des dschihadistisch motivierten Terrorismus, abrufbar unter : <https://www.fedpol.admin.ch/dam/data/fedpol/aktuell/news/2015/2015-11-02/ber-tetra-d.pdf>, S. 20.

1. EU-Rechtsvorgaben

Basierend auf Art. 82 Vertrag über die Arbeitsweise der EU (AEUV)[153] hat die EU in den letzten Jahren verschiedene Richtlinien (RL) zur Vereinheitlichung von Strafverfahrensrechten in Kraft gesetzt.[154] Die EU-Vorgaben intendieren nur eine schrittweise und partielle Harmonisierung von Rechten im Strafverfahren.[155] Ein Schwerpunkt lag auf der Stärkung der Verfahrensrechte von verdächtigten und beschuldigten Personen. Grundlage ist ein Gesetzgebungsfahrplan von 2009.[156] Er hat vor allem jene Verfahrensrechte im Blick, deren Vereinheitlichung gegenseitiges Vertrauen innerhalb der EU schaffen und so eine reibungslosere grenzüberschreitende Zusammenarbeit auf der Grundlage gegenseitiger Anerkennung ermöglichen könnte, etwa bei Überstellungen auf der Grundlage von Europäischen Haftbefehlen.[157]

Bedeutung für die Schweiz könnte dieses EU-Recht insofern erlangen, weil die EU solche Rechtsvorgaben grundsätzlich an ihrer Grundrechtecharta als einem eigenen übergeordneten Rechtsrahmen orientiert. Das Verhältnis der EU-Grundrechtecharta zu parallelen Justizgrundrechten in der EMRK und deren Auslegung durch die Rechtsprechung des EGMR bleibt jedoch bis heute ungeklärt.[158]

2016 haben Rat und Europäisches Parlament die letzten drei Richtlinien ihres Gesetzgebungsfahrplans verabschiedet.[159] Im Einzelnen handelt es sich um:

- Richtlinie (EU) 2016/343 vom 9. März 2016 über die Stärkung bestimmter Aspekte der Unschuldsvermutung und das Recht auf Anwesenheit in der Verhandlung in Strafverfahren;[160]
- Richtlinie (EU) 2016/800 vom 11. Mai 2016 über Verfahrensgarantien in Strafverfahren für Kinder, die Verdächtige oder beschuldigte Personen in Strafverfahren sind ;[161]

153 Ausführlich zur Entwicklung des Europäischen Strafrechts in diesem Bereich siehe Robert Esser, in : Ulrich Sieber, Helmut Satzger & Bernd von Heintschel-Heinegg, Europäisches Strafrecht, 2. Aufl., Baden-Baden 2014, § 53, Rn. 31 ff.

154 Dazu näher Gless, Fn. 123, S. 399 ff.

155 Gless, Fn. 123, S. 400.

156 Entschliessung des Rates vom 30. November 2009 über einen Fahrplan zur Stärkung der Verfahrensrechte von Verdächtigen oder Beschuldigten in Strafverfahren, ABl. C 295, 04.12.2009, S. 1.

157 Siehe Entschliessung des Rates vom 30.11.2009, a.a.O., Nr. 8.

158 Siehe Martin Borowsky, « Titel VII, Allgemeine Bestimmungen über die Auslegung und Anwendung der Charta », in: Jürgen Meyer (Hrsg.), Charta der Grundrechte der Europäischen Union, 4. Aufl., Baden-Baden 2014, Art. 52, Rn. 29, 30 m.w.N.; Frank Meyer, « Die Bindung der EU-Mitgliedstaaten an die Grundrechtecharta in einer europäischen Strafrechtspflege », ZStW 2016, 1090.

159 Zu den entsprechenden Vorschlägen der Kommission siehe Zurkinden, in: Cassani, Roth, Sager & Zurkinden, Fn. 17, 25 Swiss Rev. Int'l & Eur. L. (SZIER/RSDIE) (2015), S. 429.

160 ABl. L 65, 11.03.2016, S. 1. Einzelheiten zur RL bei Steven Cras & Anže Erbežnik, « The Directive on the presumption of innocence and the right to be present at trial », eucrim 2016, S. 25.

161 ABl. L 132, 21.05.2016, S. 1. Einzelheiten zur RL bei Steven Cras, « The Directive on procedural safeguards for children who are suspects or accused persons in criminal proceedings », eucrim 2016, S. 109.

– Richtlinie (EU) 2016/1919 vom 26. Oktober 2016 über Prozesskostenhilfe für Verdächtige und beschuldigte Personen in Strafverfahren sowie für gesuchte Personen in Verfahren zur Vollstreckung eines Europäischen Haftbefehls.[162]

Damit ist der Gesetzgebungsfahrplan auf EU-Ebene abgearbeitet.[163] Ob ein neuer Fahrplan aufgelegt wird, erscheint noch unklar. Die europäischen Anwaltsvereinigungen, ECBA und CCBE, fordern dies und nennen als mögliche Bereiche: Untersuchungshaft, insbesondere im Zusammenhang mit Europäischen Haftbefehlsverfahren; Zeugenrechte, Zulässigkeit und Ausschluss von Beweisen Jurisdiktionskonflikte und *ne bis in idem*, Rechtsmittel sowie Kompensationsregelungen bei Ermittlungen gegen Unschuldige.[164]

2. Auswirkungen der Entwicklungen auf die Schweiz

Die EU-Richtlinien zur Harmonisierung des Strafverfahrensrechts haben in der Schweiz keine unmittelbare Auswirkung; insbesondere gelten sie nicht als Weiterentwicklung des Schengen-Rechts. Eine Motivation der Schweiz, sich allenfalls bei einer Reform des Strafverfahrensrechts an EU-Vorgaben zu orientieren, könnten sich etwa daraus ergeben, dass EU-Mitgliedstaaten ihr Recht an die – in ihrem Ziel verbindlichen Richtlinien – an einen neuen EU-Garantiestandard anpassen wollen,[165] etwa weil die Eidgenossenschaft eine möglichst unkomplizierte grenzüberschreitende Kooperation wünscht. Der Ausbau von gegenseitigem Vertrauen durch Rechtsharmonisierung ist kein Modell, das ausschliesslich in der EU praktiziert wird, auch wenn die Idee oft in einem Atemzug mit dem Grundsatz der gegenseitigen Anerkennung genannt wird, welche die neueren Rechtshilfeinstrumente der EU dominiert, wie den Europäischen Haftbefehl oder die Europäische Ermittlungsanordnung. Das Modell findet immer wieder bei internationaler strafrechtlicher Kooperation zwischen Staaten Anwendung.[166] Ein weiterer Motivationsfaktor für die Schweiz könnte sein, dass das Risiko einer Ablehnung eines Rechtshilfeersuchens wegen

162 ABl. L 297, 04.11.2016, S. 1. Einzelheiten zur RL bei Steven Cras, « The Directive on the Right to Legal Aid in Criminal and EAW Proceedings », eucrim 2017, S. 35.

163 Zu den bereits zuvor erlassenen Richtlinien (Dolmetschung/Übersetzung, Belehrung, Recht auf Verteidigerzugang und auf Benachrichtigung Dritter) siehe Gless, Fn. 123, S. 400 f. sowie Steven Cras & Luca De Matteis, « The Directive on the right to interpretation and translation in criminal proceedings », eucrim 2010, S. 153 ; Steven Cras & Luca De Matteis, « The Directive on the right to information », eucrim 2013, 22 ; Steven Cras, « The Directive on the right of access to a lawyer in criminal proceedings and in European arrest warrant proceedings », eucrim 2014, S. 32.

164 Näher Holger Matt, « Guest Editorial », eucrim 2017, S. 1 ; zur Notwendigkeit eines kohärenteren Gesamtkonzepts siehe auch Gless, Fn. 125, Rn. 450.

165 Gless, Fn. 123, S. 401.

166 Vgl. Thomas Hackner, in : Schomburg, Lagodny, Gless & Hackner, Fn. 138, Einführung, Rn. 59 ; Otto Lagodny, ebda., § 73 IRG, Rn. 6a, 9.

Nichtkonformität mit Menschenrechten in der innereuropäischen Kooperation entschärft würde.[167]

Veranschaulichen lässt sich ein allfälliger Anpassungsbedarf etwa an immer wieder auftauchenden Problemen in sog. Abwesenheitsverfahren und deren Vereinbarkeit mit dem *fair trial*-Grundsatz nach Art. 6 Abs. 1 EMRK. Dieser Aspekt könnte etwa in Zusammenhang mit der Entwicklung in der Schweiz, sehr viele Verfahren nicht durch Verhandlungen vor Gericht, sondern im Wege des Strafbefehls zu beenden, neu an Bedeutung gewinnen. In der Vergangenheit haben Abwesenheitsurteile im Rechtshilfeverkehr mit Italien zu Friktionen geführt.[168] Hintergrund ist, dass solche *in absentia*- oder Kontumazialverfahren nur ausnahmsweise zulässig sind, wenn sie bestimmte Voraussetzungen erfüllen. Dann sind sie aber auch grundsätzlich rechtshilfefähig. Die EU-Richtlinie 2016/343 bestätigt, dass das Recht von Verdächtigen oder Beschuldigten, in der sie betreffenden Verhandlung anwesend zu sein, nicht absolut gilt und dass die Betroffenen unter bestimmten Voraussetzungen ausdrücklich oder stillschweigend, aber unmissverständlich erklären können, auf dieses Recht zu verzichten.[169] Sie sieht dann in Einklang mit dem einschlägigen *case law* des EGMR Kriterien vor, unter welchen Umständen ein Abwesenheitsverfahren gegen den Beschuldigten durchgeführt werden kann, in dem über dessen Schuld ein Urteil gefällt werden kann.[170] So muss die Person z.B. persönlich geladen oder auf anderem Wege amtlich über den Termin und Ort der Verhandlung in einer Weise unterrichtet werden, dass sie von der Verhandlung tatsächlich Kenntnis nehmen kann. Möglich ist auch die Durchführung des Verfahrens in Abwesenheit des Beschuldigten, wenn dieser nach entsprechender Unterrichtung von einem Rechtsbeistand vertreten wird.[171] Können die Voraussetzungen nicht erfüllt werden, muss der das Abwesenheitsverfahren grundsätzlich zulassende Mitgliedstaat gewährleisten, dass der Beschuldigte nach Auffinden eine neue Verhandlung erhält, in der eine neue Prüfung des Sachverhalts, einschliesslich neuer Beweismittel, ermöglicht wird und die auch zur Aufhebung der ursprünglichen Entscheidung führen kann.[172] In den vergangenen Jahren hat beispielsweise Italien seine Gesetze zu *in absentia*-Verfahren immer wieder mit Blick auf den EMRK-Standard angepasst und *in absentia*-Verfahren zu-

167 Vgl. Art. 2 Eu-RhÜbk und Art. 3 lit. a IRSG.

168 Siehe Peter Popp, Grundzüge der internationalen Rechtshilfe in Strafsachen, Basel 2001, Rn. 372.

169 Siehe Erwägungsgrund 35 der RL; Christoph Grabenwarter & Katharina Pabel, Europäische Menschenrechtskonvention, 6. Aufl., Basel 2016, § 24, Rn. 123.

170 EGMR (GK), 01.03.2006, *Sejodvic v. Italy,* Nr. 56581/00, §§ 81 ff; EGMR, 13.02.2000, *Krombach v. France,* Nr. 29731/96, §§ 85 f.; EGMR, 22.09.1994, *Lala v. The Netherlands,* Nr. 14861/89; EGMR, 22.09.1994, *Pelladoah v. The Netherlands,* Nr. 16737/90; EGMR, 12.02.1985, EGMR, 23.11.1993, *Poitrimol v. France,* Nr. 14032/88, §§ 31 ff.; *Colozza and Rubinat v. Italy,* Series A No. 89, §§ 27 ff.

171 Art. 8 RL 2016/343.

172 Art. 9 RL 2016/343. Zu ähnlichen Regelungen im RB 2009/299/JI Thomas Wahl, « Der Rahmenbeschluss zu Abwesenheitsentscheidungen – Brüsseler EU-Justizkooperation als Fall für Strassburg? », eucrim 2015, S. 70.

gunsten grosszügigerer Aussetzungsmöglichkeiten des Verfahrens für die Gerichte zurückgedrängt. Weiterer Anpassungsbedarf aufgrund der Richtlinie bleibt abzuwarten, zumal immer noch unklar ist, ob die bisherigen italienischen Reformen alle Voraussetzungen europäischen Rechts erfüllen.[173]

Der EuGH hat in jüngerer Zeit über die Vereinbarkeit der Durchführung eines deutschen Strafbefehlsverfahrens gegen einen sich im Ausland befindlichen Beschuldigten mit europäischen Standards entschieden. Hierzu fehlt bisher eine eindeutige Rechtsprechung des EGMR, sodass der EuGH hier eigene Standards setzen kann. Der EuGH billigte das deutsche Recht, das mit Zustellungsbevollmächtigten in Deutschland und Zustellfiktionen operiert und auch den Fristlauf für das Rechtsmittel des Einspruchs gegen Strafbefehle mit Zustellung an einen Bevollmächtigten beginnen lässt. Das hat besonders Nachteile für den nicht durch einen deutschen Anwalt vertretenen Beschuldigten im Ausland, der seine Rechte, insbesondere dasjenige auf rechtliches Gehör, allenfalls über eine Wiedereinsetzung in den vorigen Stand, durchzusetzen vermag.[174]

Für die Schweiz könnte das Nebeneinander von teils identischen Gewährleistungen des Europarats (in Form der EMRK) und der EU (in Form von Grundrechtecharta und Richtlinien zu Verfahrensrechten) bedeuten, dass sie sich langfristig einem System paralleler Grundrechtsvorgaben gegenüber sehen könnte. Vor diesem Hintergrund erscheint etwa im Bereich der Vollstreckung von Strafbefehlen ein autonomer Nachvollzug der EuGH-Rechtsprechung – ähnlich wie bei der Dublin-Zusammenarbeit – als sinnvolle Option.[175] Das gilt etwa für Fälle, in denen der EuGH in seiner Rechtsprechung von der des EGMR abweicht oder in seinen Urteilen über Rechtsfragen entscheidet, die der EGMR noch nicht dezidiert entschieden hat. Beispiele lassen sich bereits für beide Bereiche nennen. So hat der EuGH z.B. entschieden, dass sich aus dem Unionsrecht – genauer: der Richtlinie 2010/64 – grundsätzlich kein Anspruch des Betroffenen ergibt, dass verfahrensrelevante Dokumente wie Rechtsmittel *in* die verfahrensgegenständliche Gerichtssprache übersetzt werden müssen.[176] Aus der Leitentscheidung des EGMR in *Kamasinski* lässt sich hier

173 Siehe dazu das Urteil des deutschen Bundesverfassungsgerichts, Beschl. v. 15.12.2015 – 2 BvR 2735/14, abrufbar unter: <https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/DE/2015/12/rs20151215_2bvr273514.html>.

174 Siehe EuGH, verb. Rs. C-124/16 *(Tranca),* C-211/16 *(Reiter)* und C/C-188/16 *(Opria).* Hierbei handelt es sich letztlich um ein Folgeurteil aus der oben zitierten Entscheidung in der Rs. *Covaci*. Kritisch Andreas Gietl, « Der Zustellungsbevollmächtigte im Strafverfahren gegen EU-Ausländer », StV 2017, S. 263 ; Thomas Wahl, « Die EU-Strafverfahrensrechtsrichtlinien vor deutschen Gerichten », eucrim 2017, S. 52.

175 Vgl. dazu Peter Uebersax, « Dublin in der Rechtsprechung der Schweiz », in : Stephan Breitenmoser, Sabine Gless & Otto Lagodny (Hrsg.), Rechtsschutz bei Schengen und Dublin, Zürich/St. Gallen 2013, S. 187–208.

176 EuGH, Rs. C-216/14 *Gavril Covaci,* NJW 2016, 303, Rz. 38, 44.

die gegenteilige Auffassung ableiten.[177] Grundsätzlich würde man sich wünschen, dass Leitentscheidungen des EuGH (zu den Verfahrensrechtsrichtlinien oder zu anderen Reformfragen im Europäischen Strafrecht) auch eine innerschweizerische Diskussion über inländische Vorschriften anstossen, sodass die Schweiz auch bei Reformbestrebungen mitten in Europa ist.

177 EGMR, 19.12.1989, *Kamasinski v. Austria,* 9783/82, § 74. Näher dazu Wahl, Fn. 174, S. 50, 51 ; Ders., « Die EU-Richtlinien zur Stärkung der Strafverfahrensrechte im Spiegel der EMRK », ERA Forum, DOI 10.1007/s12027-017-0470-7.