



M. Andrea Candrian
Office fédéral de la Justice
Unité droit pénal international
Bundesrain 20
3003 Berne

Berne, le 13 octobre 2017

PRISE DE POSITION DE LA SECTION SUISSE D'AMNESTY INTERNATIONAL SUR LA MISE EN ŒUVRE DE LA CONVENTION DU CONSEIL DE L'EUROPE POUR LA PRÉVENTION DU TERRORISME ET DE SON PROTOCOLE ADDITIONNEL ET RENFORCEMENT DES NORMES PÉNALES CONTRE LE TERRORISME ET LE CRIME ORGANISÉ

1. Introduction

La Section suisse d'Amnesty International remercie le Département fédéral de justice et police de lui fournir l'occasion de prendre position sur la mise en œuvre de la Convention du Conseil de l'Europe pour la prévention du terrorisme et de son protocole additionnel ainsi que sur les mesures de renforcement des normes pénales contre le terrorisme et le crime organisé.

Amnesty International condamne fermement toute action à caractère terroriste et demande que les auteurs présumés de tels actes soient traduits en justice. Ils devront cependant pouvoir bénéficier de toutes les garanties d'un procès équitable et respectueux de leurs droits fondamentaux. Toute mesure visant à prévenir le terrorisme ne pourra donc porter atteinte aux droits fondamentaux des individus qu'à **la triple condition que l'atteinte soit prévue dans la loi, qu'elle soit proportionnée et qu'elle s'avère absolument nécessaire pour atteindre l'objectif souhaité**. Ceci est particulièrement vrai pour les mesures de prévention qui touchent l'ensemble de la population telle que la surveillance des télécommunications.

Enfin, les normes impératives du droit international (*ius cogens*) comme, par exemple, le principe de non refoulement, doivent absolument être respectées.

Dans le cadre de la présente prise de position seuls les aspects liés aux droits humains et à leur respect seront traités. Amnesty International ne s'exprime pas sur les modifications proposées du Code de procédure pénale et de la loi sur le blanchiment d'argent.

2. Convention du Conseil de l'Europe pour la prévention du terrorisme et son protocole additionnel

Amnesty International prend note de la volonté du Conseil fédéral de ratifier la Convention du Conseil de l'Europe pour la prévention du terrorisme et son Protocole additionnel. En adhérant à ces traités, la Suisse

partagera les mêmes principes et les mêmes normes que l'ensemble des États membres du Conseil de l'Europe, évitant ainsi de créer un « refuge » pour les terroristes au milieu du continent.

L'expérience et les mesures prises ces dernières années dans divers États européens montrent que ces principes sont souvent appliqués de manière abusive. Amnesty International souhaite donc que la Suisse fasse preuve de retenue et les mette en œuvre dans le plus strict respect des libertés individuelles et des droits fondamentaux, en particulier de la liberté d'expression, de réunion et de circulation ou encore du droit à la protection de la sphère privée, les plus souvent menacés par les mesures de lutte contre le terrorisme.

3. Modification de la loi fédérale du 25 septembre 2015 sur le renseignement (LRens)

Art. 74, al. 4^{bis}

Le droit à la liberté d'expression n'a cessé d'être mis à mal dans toute l'Europe ces dernières années. Les diverses mesures prises dans le but de restreindre la liberté de parole et d'autres formes d'expression témoignent d'une situation dans laquelle la liberté d'accéder à l'information, de proposer des opinions, d'échanger des idées et de participer à des débats rigoureux et exigeants – dans le domaine public ou en ligne – se détériore rapidement.

De nombreux gouvernements ont cherché à ériger en infraction toute forme d'expression perçue comme favorable aux objectifs de groupes armés ou d'organisations considérés comme « terroristes ». Parce qu'ils ont exprimé de telles opinions, des artistes, des défenseurs des droits humains et de nombreuses autres personnes, dont certains mineurs, ont souffert du fait que les discours et autres formes d'expression considérés comme « acceptables » sont de moins en moins nombreux dans un espace européen ultra-sécurisé.

En vertu du droit international relatif aux droits humains, chacun a le droit d'avoir une opinion et d'exercer de manière pacifique son droit à la liberté d'expression, notamment en recherchant, recevant et communiquant des informations et idées de toute espèce¹. Les États peuvent appliquer certaines restrictions concernant l'exercice de la liberté d'expression. Cependant, toute limitation doit être prévue par un texte de loi clair et accessible au public, et elle doit être nécessaire et proportionnée par rapport à l'objectif légitime visé. Cet objectif peut être la protection de la sécurité nationale ou de l'ordre public².

Il est vrai que les États peuvent interdire l'« incitation » aux actes criminels, mais la frontière entre cette possibilité et la criminalisation d'autres formes d'expression est bien trop souvent franchie. En matière de criminalisation des formes d'expression, une série de conditions particulièrement strictes doivent s'appliquer pour que ces sanctions n'enfreignent pas le droit à la liberté d'expression.

À l'occasion de la Journée mondiale de la liberté de la presse de l'UNESCO en mai 2015, quatre experts de la liberté d'expression aux Nations unies ont affirmé que « ... [l]a responsabilité pénale pour des propos liés au terrorisme ne devrait être engagée que lorsque les propos en question incitent autrui à commettre des actes de terrorisme ; des concepts flous comme "la glorification", la "justification" ou "l'encouragement" au terrorisme ne devraient pas être employés³ ». Ces termes vagues sont précisément ceux qui ont été érigés en infractions pénales dans plusieurs pays d'Europe.

¹ PIDCP, article 19 (1 et 2).

² Pacte International relatif aux Droits Civils et Politiques, article 19 (3b).

³ Article 19, "Special Rapporteurs warn against restrictions on freedom of speech in conflicts", 4 mai 2015, <https://www.article19.org/resources.php/resource/37952/en/special-rapporteurs-warn-against-restrictions-on-freedom-of-speech-in-conflicts>.

Amnesty International craint que l'art. 74, al. 4^{bis} proposé n'ouvre la porte à des interprétations trop vagues et ne soit appliqué de manière trop stricte avec des conséquences importantes pour les auteurs présumés. Les infractions vaguement définies comme « apologie du terrorisme » risquent d'incriminer des déclarations ou d'autres formes d'expression qui, même si elles sont profondément choquantes pour de nombreuses personnes, sont bien loin de constituer une incitation⁴. La modification de la LRens ne porte certes que sur la propagande en faveur d'organisations interdites ou de leurs objectifs, mais la marge de manœuvre reste suffisamment grande pour laisser le champ libre aux abus.

Des poursuites pénales ne devraient pouvoir être engagées pour des formes d'expression que lorsqu'elles constituent réellement une incitation, c'est-à-dire **lorsqu'elles encouragent d'autres personnes à commettre des infractions pénales reconnues** et lorsqu'il existe une probabilité raisonnable que ces personnes commettent de tels actes, avec un lien de cause à effet clair et direct entre la déclaration/le propos et l'infraction pénale ; les infractions vagues comme la « glorification » ou l'« apologie » du terrorisme doivent être supprimées.

4. Modification du Code pénal

Article 66a, al. 1, let. l et p : Expulsion,

La formulation de l'art 66a alinéa 1 ne laisse pas de place au juge pour apprécier le cas de manière individuelle. Elle ne tient notamment pas compte du fait que certaines personnes, même si elles relèvent du domaine du terrorisme, pourraient être protégées d'un renvoi par le principe de non-refoulement, qui veut que nul ne puisse être renvoyé vers un État où il risquerait d'être torturé ou de subir de graves violations des droits humains. L'expérience montre qu'un certain nombre d'États européens ont été complices de « restitutions » illégales, de torture et de disparitions forcées dans le cadre des programmes de « restitutions » et de détention secrète menés par les États-Unis entre 2001 et 2006⁵. L'Union européenne et ses principaux États membres ont toutefois réaffirmé leur engagement en faveur de l'interdiction absolue de la torture et des autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants, semblant vouloir revenir à l'état de droit après une longue période de mépris choquant pour les droits humains⁶.

De telles affirmations sonnent cependant un peu creux à la lumière des pratiques ayant encore cours dans de nombreux États, dont certains membres de l'Union européenne, qui expulsent ou extradent des personnes soupçonnées de représenter une menace contre la sécurité nationale et d'être liées au terrorisme vers des endroits où elles sont exposées à de véritables risques de torture et d'autres mauvais traitements, en violation du principe de *non-refoulement*⁷.

De nombreux États ont invoqué le statut d'un individu ou ses actions, par exemple la menace qu'il représenterait pour la sécurité de l'État ou des soupçons de terrorisme qui pèseraient sur lui, dans le but d'éloigner cette personne de leur territoire. Ils balayent ainsi la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, qui a jugé de manière catégorique et à plusieurs reprises que le fait de mettre en

⁴ Martin Scheinin, ancien rapporteur spécial des Nations Unies sur la protection et la promotion des droits de l'homme et des libertés fondamentales dans la lutte antiterroriste, a établi une série de critères de conformité au droit international relatif aux droits humains en cas de criminalisation de certains propos. L'expression interdite *doit* être limitée à l'incitation à un comportement qui est véritablement de nature terroriste ; ne doit pas limiter la liberté d'expression plus que ce qui est nécessaire à la sauvegarde de la sécurité nationale, de l'ordre et de la sécurité publics ou de la santé ou de la moralité publiques ; doit être interdite par la loi en termes précis et éviter l'emploi d'expressions vagues telles que « glorification » ou « promotion » du terrorisme ; doit comporter un risque réel (objectif) que l'acte préconisé par l'incitation sera commis ; doit faire référence expressément à l'intention de communiquer un message et l'intention que ce message incite à la commission d'un acte lié au terrorisme ; et doit préserver l'application des moyens ou principes de défense conduisant à l'exclusion de la responsabilité pénale en renvoyant à l'incitation « illégale » au terrorisme. Voir Conseil des droits de l'homme des Nations unies, *Rapport du Rapporteur spécial sur la promotion et la protection des droits de l'homme et des libertés fondamentales dans la lutte antiterroriste*, A/HRC/31/65, 22 février 2016, http://www.un.org/french/documents/view_doc.asp?symbol=A%2FHRC%2F31%2F65&Submit=Recherche&Lang=F

⁵ Voir par exemple, Amnesty International, *Breaking the Conspiracy of Silence: USA's 'Partners in Crime' Must Act in Wake of Senate Torture Report*, 20 janvier 2015 (index : EUR 01/002/2015), <https://www.amnesty.org/en/documents/EUR01/002/2015/en/>

⁶ "EU says CIA torture report a positive step", *EUBusiness.com*, 10 décembre 2014, <http://www.eubusiness.com/news-eu/us-torture-politics.z2z>.

⁷ CEDH, article 3 ; Convention des Nations unies contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants, article 3 ; PIDCP, article 7.

balance le risque de préjudice encouru par la personne si elle est expulsée du pays avec le danger qu'elle représente pour la communauté si elle n'est pas expulsée « repose sur une conception erronée des choses » :

« Le "risque" et la "dangerosité" ne se prêtent pas dans ce contexte à un exercice de mise en balance car il s'agit de notions qui ne peuvent qu'être évaluées indépendamment l'une de l'autre. En effet, soit les éléments de preuve soumis à la Cour montrent qu'il existe un risque substantiel si la personne est renvoyée, soit tel n'est pas le cas. La perspective que la personne constitue une menace grave pour la collectivité si elle n'est pas expulsée ne diminue en rien le risque qu'elle subisse des mauvais traitements si elle est refoulée.⁸ »

En 2015, la Cour a rendu deux arrêts non définitifs : l'un à l'encontre de la Belgique et l'autre contre la France. Ces décisions réaffirment que, quelle que soit l'accusation portée contre une personne, l'interdiction absolue de la renvoyer vers un lieu où elle serait exposée à des risques de torture et à d'autres formes de mauvais traitements prime sur toute autre considération⁹.

Nous souhaitons donc que le projet d'article 66a alinéa 1 soit modifié de manière à permettre au juge d'apprécier la situation au regard du principe de non-refoulement, de sorte que la Suisse puisse se conformer à ses obligations internationales et refuser d'extrader, d'expulser ou de transférer toute personne vers un endroit où elle risquerait réellement de subir des actes de torture ou d'autres mauvais traitements.

Article 260^{ter}, alinéa 2, let. a : Organisations criminelles et terroristes

Die Einführung eines Organisationsverbotes stellt eine grundlegende Abkehr von der bewährten Schweizer Tradition dar, nicht Organisationen zu verbieten, sondern deren kriminelle Taten zu verfolgen. Die Auswirkungen eines solchen Verbotes sind für die Schweiz unabsehbar.

Die Zahl von bewaffneten nicht-staatlichen Akteuren weltweit ist sehr gross: Wer wird entscheiden, welche Gruppierung als Terror-Organisation gezählt wird und welche nicht? Wie kann verhindert werden, dass ausländische Regierungen Druck ausüben, damit die Schweiz eine bestimmte Organisation als terroristisch verbietet? Wie verträgt sich das Organisationsverbot mit der Schweizer Neutralitätspolitik?

Das bisherige Verbot von Organisationen wie Al-Qaeda und IS war befristet und musste dem Parlament zu Beschluss und Verlängerung vorgelegt werden. Im Nachrichtendienstgesetz (NDG) ist immerhin noch der Bundesrat als politische Behörde zuständig, der (nach Art. 74) entscheiden kann, welche Organisation mittels Verfügung verboten werden soll. Mit dem neuen Strafgesetzbuch (260^{ter}) liegt es hingegen alleine im Ermessen eines Richters, eine bestimmte Organisation als Terror-Organisation zu qualifizieren. Gerichte fallen damit politische Entscheidungen von grosser und unabsehbarer Tragweite für die Schweiz.

Die Schweiz ist Standort von humanitären Organisationen wie z.B. dem IKRK, die bei ihrer Tätigkeit auch mit bewaffneten Gruppen verhandeln müssen, beispielsweise für die Organisation von Hilfslieferungen an die Zivilbevölkerung in Gebieten, die von bewaffneten Gruppen kontrolliert werden. Wie kann gesichert werden, dass humanitäre Organisationen durch das Verbot der Unterstützung von Terror-Organisationen nicht in ihrer wichtigen Arbeit behindert werden?

⁸ Saadi c. Italie, (37201/06), Cour européenne des droits de l'homme, 28 février 2008, § 139, <http://hudoc.echr.coe.int/eng/?i=001-85275>.

⁹ Ouabour c. Belgique, (26417/10), Cour européenne des droits de l'homme, 2 juin 2015,

https://www.google.fr/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&cad=rja&uact=8&ved=0ahUKewi9ivzpoqvRAhWE-vBoKHxu3C_UQFggcMAA&url=http%3A%2F%2Fhudoc.echr.coe.int%2Fapp%2Fconversion%2Fpdf%2F%3Flibrary%3DECHR%26id%3D003-5095928-6279457%26filename%3D003-5095928-6279457.pdf&usq=AFQjCNHPIwExCM4VMB-ih8LUOhiFnyAGA&sig2=jN1Z-O-au6arN65ZOPzSqQ (violation de l'article 3 dans l'éventualité de l'extradition vers le Maroc de la personne reconnue coupable d'infractions à caractère terroriste en Belgique et recherchée par le Maroc) ; R.K. c. France, (61264/11), Cour européenne des droits de l'homme, 9 juillet 2015, https://www.google.fr/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&ved=0ahUKewjF85y1o6vRAhXLRQK-Het_BWUQFggcMAA&url=http%3A%2F%2Fhudoc.echr.coe.int%2Fapp%2Fconversion%2Fpdf%2F%3Flibrary%3DECHR%26id%3D003-5129520-6330947%26filename%3D003-5129520-6330947.pdf&usq=AFQjCNHZaufD1N0pYgavitAnShzpeYkEJA&sig2=9rqOIRoDXd8fviYOMr8fA (le renvoi d'un homme tchétchène recherché en Russie pour des faits de terrorisme l'exposerait à de réels risques de torture en violation de l'article 3).

Das EDA und andere Akteure in der Schweiz sind regelmässig engagiert in ziviler Friedensbildung und in der Mediation von Konflikten. In ihrer Tätigkeit müssen Mediatoren auch Verhandlungen mit bewaffneten Gruppen führen. Die Neutralität der Schweiz und das Fehlen eines Organisationsverbotes haben die Rolle der Schweiz als Vermittlerin befördert. Wie kann verhindert werden, dass das Verbot von Terror-Organisationen diese wichtige Rolle der Schweiz unterminiert?

Gegen ein Organisationsverbot hatte sich auch Bundesanwalt Michael Lauber ausgesprochen: „Im Unterschied zu Deutschland existiert in der Schweiz aber kein Organisations-Verbot. Ich halte dies nicht nur aus rechtspolitischer, sondern auch aus praktischer Sicht für richtig: Übertriebene Organisations-Verbote verhindern keine Aktivitäten, sondern treiben sie in den Untergrund. Das würde unsere Arbeit schwieriger machen und die Radikalisierung fördern.“¹⁰

Comme il n'existe aucune définition universelle du « terrorisme » en droit international, les États et les organes internationaux se sont dotés de leurs propres définitions. La Suisse n'échappe pas à la règle et fournit la sienne dans l'art 260^{ter} al. 2 let. a.

À mesure que sont apparues de nouvelles définitions, elles sont devenues de plus en plus vagues et excessivement larges. Ce manque de clarté que l'on retrouve dans de nombreuses lois antiterroristes a généré une *incertitude* quant à ce qu'est exactement un acte de terrorisme. Cela peut avoir d'importantes conséquences, qui vont du profilage des membres de certains groupes dont on estime qu'ils ont un penchant pour la « radicalisation », l'« extrémisme » ou la « criminalité » sur la base de stéréotypes – à savoir la culpabilité par association – à l'utilisation absolument abusive par les États de lois définissant de façon large le terrorisme.

Dans certains cas, des personnes qui ne sont associées d'aucune manière à des actes criminels peuvent être soumises à diverses mesures : surveillance injustifiée de leurs communications électroniques, contrôles de leur faculté de vivre dans certaines zones ou de rencontrer certaines personnes, perquisitions brutales de leur domicile et fouille de leur voiture, contrôles ou fermeture totale de leur lieu de culte. Des définitions excessivement larges du terrorisme ont donc des conséquences bien réelles.

Selon le « principe de légalité » inscrit dans le droit international, les lois pénales doivent être suffisamment précises pour que chacun puisse savoir clairement ce qui constitue une infraction pénale et les conséquences qu'entraîne la commission de cette infraction¹¹.

Souvent, le fait de susciter la « peur » au sein de la population, de l'intimider ou de préférer une « menace » à son égard est un élément clé des définitions du terrorisme. Ainsi, par exemple, des actes de désobéissance civile pourraient être considérés comme une « menace » à l'ordre établi, et des militants pacifiques pourraient se trouver en infraction avec les lois antiterroristes. Les organes de protection des droits humains ont critiqué à de multiples reprises les États qui adoptent des lois définissant le terrorisme de façon imprécise et excessivement large.

Nous recommandons donc, en lien avec l'art 260^{ter} al. 2 let. a, de veiller à ce que chacun des éléments constitutifs des infractions à caractère terroriste soit précisément et suffisamment circonscrit de manière à respecter le principe de légalité.

¹⁰ <http://www.nzz.ch/schweiz/bundesanwalt-michael-lauber-wir-brauchen-hoehere-strafen-ld.130589>

¹¹ Voir Martin Scheinin (ancien) rapporteur spécial sur la promotion et la protection des droits de l'homme et des libertés fondamentales dans la lutte antiterroriste, rapport à la Commission des droits de l'homme, doc. ONU E/CN.4/2006/98, § 46 : « La première condition énoncée au paragraphe 1 de l'article 15 [du PIDCP] est que l'acte terroriste doit être interdit par les dispositions du droit national ou international. Pour que l'interdiction soit "prescrite par la loi", il faut que la loi soit suffisamment accessible de sorte que chacun sache dans quelles limites il doit inscrire son comportement ; et qu'elle soit libellée en termes suffisamment précis pour que chacun ait un comportement adapté. »

Article 260^{sexies}, al 1, let. c et al. 2 Recrutement, entraînement et voyage en vue d'un acte terroriste

La question des personnes qui se rendent dans des zones de conflit dans des pays étrangers pour participer à des opérations armées a fait l'objet d'une grande attention ces dernières années. Ce que l'on appelle le phénomène des « combattants terroristes étrangers » concernait surtout des hommes, femmes et enfants musulmans, citoyens ou résidents d'États européens et qui se sont rendus en Syrie et en Irak pour rejoindre des groupes armés et faire avancer leurs objectifs.

Les initiatives visant à incriminer les voyages et les activités de préparation des voyages sont extrêmement problématiques, car elles peuvent avoir des effets négatifs sur le droit de circuler librement¹². Elles peuvent aussi porter atteinte au principe de légalité, ce qui peut entraîner une application arbitraire et/ou discriminatoire de ces mesures.

Dans certains pays, la simple « intention de voyager » ou l'« incitation à voyager » constituent des infractions pénales. Avec la criminalisation de ce que l'on appelle les actes préparatoires à un voyage à l'étranger dans le but de commettre un acte terroriste, des actions très éloignées de la commission d'une infraction principale de nature terroriste – c'est-à-dire la commission d'une infraction terroriste dûment reconnue par la loi, comme le fait de poser une bombe ou de décapiter un prisonnier – sont désormais érigées en infraction.

En effet, la distance entre l'acte commis et l'infraction principale est importante, étant donné que les États incriminent non seulement l'acte de préparation d'un voyage à l'étranger dans le but de commettre une infraction terroriste, mais également les actions préparatoires à la préparation d'un voyage à l'étranger à cette fin. Le problème qui se pose ici est que des actions telles que la consultation de sites Internet « extrémistes » et la recherche de tarifs pour des vols vers Istanbul peuvent exposer des personnes à des poursuites, bien avant qu'elles n'aient décidé de commettre un attentat terroriste, ou même alors qu'elles n'avaient jamais envisagé cette possibilité.

Cette crainte est encore renforcée par l'imprécision plus générale concernant les types d'actions ou de soutien à un groupe terroriste qui constitueraient une infraction une fois la personne arrivée à l'étranger. Par exemple, comment seraient traités aux termes de ces lois les femmes et enfants qui ont prévu d'aller à l'étranger ou qui sont allés dans des lieux tels que la Turquie, un pays considéré comme un axe de transit majeur en direction de la Syrie ou l'Irak¹³ ? Toutes les femmes et les jeunes filles qui font des préparatifs ou qui voyagent réellement dans le but d'épouser des combattants – et non de rejoindre un groupe armé – doivent-elles être considérées comme des « combattantes terroristes étrangères » et soumises à des sanctions pénales ? Dans les cas où des enfants sont concernés, on peut s'interroger sur leur capacité à consentir et même se demander s'ils doivent être considérés comme des enfants soldats, et non des combattants volontaires et consentants. Des dizaines de cas de ce genre impliquant des femmes et des enfants ont été recensés dans toute la région¹⁴.

Amnesty International appelle la Suisse à veiller à ce que les mesures visant à criminaliser les actes de préparation tels que le voyage et/ou les actes de préparation au voyage soient à la fois nécessaires et

¹² PIDCP, article 12 :

« 1. Quiconque se trouve légalement sur le territoire d'un État a le droit d'y circuler librement et d'y choisir librement sa résidence.

2. Toute personne est libre de quitter n'importe quel pays, y compris le sien.

3. Les droits mentionnés ci-dessus ne peuvent être l'objet de restrictions que si celles-ci sont prévues par la loi, nécessaires pour protéger la sécurité nationale, l'ordre public, la santé ou la moralité publiques, ou les droits et libertés d'autrui, et compatibles avec les autres droits reconnus par le présent Pacte.

4. Nul ne peut être arbitrairement privé du droit d'entrer dans son propre pays. »

Voir aussi Protocole n° 4 à la CEDH, article 2.

¹³ Edwin Bakker et Seran de Leede, *European Female Jihadists in Syria: Exploring an Under-Researched Topic*, avril 2015, [https://www.icct.nl/download/file/ICCT-Bakker-de-Leede-European-Female-Jihadists-In-Syria-Exploring-An-Under-Researched-Topic-April2015\(1\).pdf](https://www.icct.nl/download/file/ICCT-Bakker-de-Leede-European-Female-Jihadists-In-Syria-Exploring-An-Under-Researched-Topic-April2015(1).pdf).

¹⁴ Harriet Sherwood, et al., "Schoolgirl jihadis: the female Islamists leaving home to join Isis fighters. Hundreds of girls and women are going missing in the west, reappearing in Iraq and Syria to bear children for the caliphate", *The Guardian*, 29 septembre 2014, <http://www.theguardian.com/world/2014/sep/29/schoolgirl-jihadis-female-islamists-leaving-home-join-isis-iraq-syria>.

proportionnées, en vue d'atteindre un but gouvernemental réellement légitime, conformément au droit de chacun de circuler librement.

La Suisse veillera également à respecter le principe de la légalité et à éviter toute application arbitraire et discriminatoire en pratique, en faisant en sorte que tout acte préparatoire amené à être incriminé ait un lien suffisamment étroit et direct avec la commission d'une infraction pénale principale, avec un risque réel et prévisible que l'acte soit effectivement commis.

5. Loi sur l'entraide internationale en matière pénale (EIMP)

Art 80d^{bis} transmission d'informations et de moyens de preuve

Le partage et la transmission d'informations peuvent permettre aux États de mieux lutter contre le terrorisme, mais ils ne sauraient se faire sans que certaines précautions ne soient prises.

Les accords sur les échanges d'information sont très souvent confidentiels et échappent à tout contrôle public. Ils prennent le plus souvent la forme de « *memorandum of understanding* » secrets entre ministères concernés, voire directement entre agences de renseignement¹⁵. Certains peuvent expressément mentionner ne pas être conçus comme des instruments légalement contraignants au sens du droit international, ce qui leur évite de devoir être validés par une procédure de ratification parlementaire.

Il est dès lors nécessaire que ces échanges internationaux soient fondés sur une base légale conséquente qui fixe clairement les droits et devoirs des agences de renseignements. Cette base légale doit régler la question des échanges d'information avec l'étranger pour leur donner une légitimité démocratique.

Il ne faut en effet pas écarter la possibilité que des échanges d'informations sensibles et hautement personnelles entre États puissent entraîner des violations graves des droits humains, notamment de l'article 17 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques qui protège le droit à la vie privée. Le Comité des droits de l'homme des Nations Unies a répété à plusieurs reprises que les pratiques liées à l'échange international de renseignements doit se faire en pleine conformité avec les obligations découlant du Pacte. Le Comité a par ailleurs insisté sur la nécessité de mettre en place un mécanisme de contrôle indépendant sur les partages de renseignements et la transmissions de données personnelles.

Le partage d'information entre États soulève deux domaines de préoccupation principaux :

- Il peut permettre à des États de contourner les contraintes légales internationales et domestiques sur la surveillance en autorisant les services de renseignements à utiliser des données récoltées illégalement par des agences étrangères.
- Les États peuvent être appelés à partager des données personnelles avec des États connus pour ne pas respecter le droit international, en particulier les droits humains et le droit international humanitaire. De tels transferts de données personnelles sont à même de mettre des individus en danger, notamment des défenseurs des droits humains, des journalistes ou de simples opposants.

Les articles 2 et 3 EIMP sont là pour empêcher de tels abus, mais, comme nous l'avons mentionné plus haut, des accords bilatéraux et secrets peuvent échapper à ces cautèles.

Amnesty International
Section suisse

¹⁵ Voir notamment, « Humanrights implications of Intelligence sharing, Briefing to National Intelligence Oversight Bodies », Privacy International, September 2017, <https://www.privacyinternational.org/node/1514>



APPEL DE GENÈVE
GENEVA CALL

Office fédéral de la justice
Unité Droit pénal international
Bundesrain 20
3003 Berne

Chêne-Bougeries, le 12 octobre 2017

Prise de position de la Fondation Appel de Genève

Procédure de consultation relative à l'approbation et la mise en œuvre de la Convention du Conseil de l'Europe du 16 mai 2005 pour la prévention du terrorisme et de son Protocole additionnel du 22 octobre 2015 et sur le renforcement des normes pénales contre le terrorisme et le crime organisé

Madame, Monsieur,

Nous vous prions de trouver, ci-joint, la prise de position de l'Appel de Genève dans le cadre de la procédure de consultation citée en exergue. Comme demandé, le document vous est envoyé sous la forme électronique en format *pdf* ainsi qu'en *word*.

Veuillez agréer, Madame, Monsieur, l'assurance de nos considérations distinguées.

Elisabeth Decrey-Warner
Présidente Exécutive

Bertrand Reich
Président du Conseil

Annexe mentionnée



Procédure de consultation relative à l'approbation et la mise en œuvre de la Convention du Conseil de l'Europe du 16 mai 2005 pour la prévention du terrorisme et de son Protocole additionnel du 22 octobre 2015 et sur le renforcement des normes pénales contre le terrorisme et le crime organisé

Prise de position de l'Appel de Genève

1. Introduction

La présente prise de position s'inscrit dans la procédure de consultation ouverte le 21 juin 2017, portant sur l'approbation et la mise en œuvre de la Convention du Conseil de l'Europe du 16 mai 2005 pour la prévention du terrorisme et de son Protocole additionnel du 22 octobre 2015 ainsi que sur le renforcement des normes pénales contre le terrorisme et le crime organisé.

L'Appel de Genève est une fondation de droit suisse basée à Genève qui se consacre à la promotion du respect du droit international humanitaire en période de conflits armés et autres situations de violence. En particulier, l'Appel de Genève plaide auprès des groupes armés non-étatiques pour un meilleur respect des populations civiles et mène des activités qui visent à renforcer leurs connaissances du droit international humanitaire ainsi que leurs capacités de mise en œuvre. L'Appel de Genève adhère pleinement aux principes humanitaires d'humanité, d'impartialité et de neutralité.

Depuis plus de 15 ans, l'Appel de Genève est un partenaire stratégique du Département Fédéral des Affaires Etrangères et reçoit une contribution financière importante de la Division sécurité humaine. La Suisse a de plus grandement facilité les activités de l'Appel de Genève, notamment l'organisation de rencontres entre groupes armés non-étatiques et agences humanitaires sur des thèmes liés au droit international humanitaire. L'action de l'Appel de Genève est reconnue au niveau international, par de nombreux Etats, les Nations Unies¹, l'Union Européenne et d'autres organisations intergouvernementales et régionales.

Face aux actes terroristes qui frappent l'Europe et plus largement le monde, l'Appel de Genève comprend pleinement la nécessité de mener une lutte coordonnée contre toutes les formes de terrorisme et en conséquence le besoin pour la Suisse de ratifier la Convention du Conseil de l'Europe du 16 mai 2005 pour la prévention du terrorisme et de son Protocole additionnel du 22 octobre 2015. Néanmoins, les modifications proposées dans l'avant-projet (ci-après AP) du droit suisse, plus

¹ Voir par exemple le dernier rapport du Secrétaire général de Nations Unies sur la protection des civils en période de conflit armé (S/2017/414), 10 mai 2017

précisément de l'art. 260^{ter} du Code pénal suisse (ci-après CP) soulèvent des inquiétudes quant à la possibilité que des collaborateurs et collaboratrices d'organisations humanitaires tel que l'Appel de Genève puissent à l'avenir faire l'objet de poursuites pénales en Suisse en raison de leurs activités humanitaires. Les remarques ci-dessous se limitent à l'examen des modifications de l'art. 260^{ter} du CP proposées dans l'AP.

2. L'article 260^{ter} AP-CP : les risques pour l'action humanitaire

L'art. 260^{ter} du CP distingue la participation en tant que membre d'une organisation criminelle et le soutien à l'activité d'une telle organisation depuis l'extérieur. L'AP prévoit la suppression de l'exigence que l'organisation soit soutenue dans son activité *criminelle* (ou, nouvellement, terroriste). Selon l'AP, est désormais considérée comme une infraction le fait de soutenir une organisation criminelle (ou terroriste) dans son activité, que cette activité soit à caractère criminel ou non (art. 260^{ter} al. 1 let. b et al. 2 let. b). En proposant de supprimer la condition d'un lien de causalité entre l'acte de soutien et une activité *criminelle* (ou *terroriste*) de l'organisation, l'AP élargit considérablement la portée d'une disposition qui permet déjà d'appréhender un vaste spectre d'actes.

L'Appel de Genève craint que cette définition large de la notion de soutien n'apporte une insécurité juridique et un manque de prévisibilité entre actes punissables et non punissables. Ainsi, en supprimant l'adjectif *terroriste* dans le cadre du soutien à l'activité d'une organisation criminelle (ou terroriste), des activités menées par des organismes humanitaires comme la fourniture de soins médicaux à des combattants hors de combat, des formations au droit international humanitaire ou des négociations en vue d'obtenir l'accès aux populations civiles dans le besoin, risqueraient d'être interprétées comme une forme de soutien à l'activité générale d'une organisation terroriste et de tomber sous le coup de l'art. 260^{ter} al. 2 let. b.

Comme le soulignent le Comité international de la Croix-Rouge (ci-après CICR) et l'Union Interparlementaire (ci-après UIP) dans leur *Guide à l'usage des parlementaires de 2016*², une telle criminalisation de l'action humanitaire est incompatible avec l'article 3 commun aux quatre Conventions de Genève du 12 août 1949 (ci-après art. 3 commun). La Suisse, en tant qu'Etat partie aux Conventions de Genève, est tenue, au titre de l'art. 3 (2) commun, de respecter le droit qu'ont les organismes humanitaires impartiaux de proposer leurs services aux parties à un conflit armé, y compris aux parties non-étatiques. En effet, le fait qu'un groupe armé non-étatique soit ou non considéré comme terroriste n'a aucun effet sur son statut de partie au conflit. Dès lors, si l'on devait considérer qu'un organisme humanitaire impartial, du seul fait de son interaction avec une partie non-étatique considérée comme terroriste – une interaction sans laquelle il ne serait pas en mesure de mener à bien sa mission – est en train de soutenir une organisation terroriste au sens de l'art. 260^{ter} al. 2 let. b AP-CP, cela reviendrait à considérablement entraver son action et violerait par conséquent l'art. 3 commun aux Conventions de Genève.

En accord avec les recommandations du CICR et de l'UIP visant à ce que « les mesures adoptées par les gouvernements pour réprimer les actes de terrorisme [soient] conçues de manière à ne pas entraver l'action humanitaire »³ et afin d'éviter tout risque de contradiction entre le projet d'article 260^{ter} al. 2 du CP et les obligations de la Suisse au titre d'Etat partie des Conventions de Genève, l'Appel de Genève suggère d'introduire une clause visant à exempter les activités humanitaires conduites par les organismes humanitaires impartiaux tels que reconnus par le droit international humanitaire.

² CICR et UIP, « Droit international humanitaire », Guide à l'usage des parlementaires No. 25, 2016, <http://www.ipu.org/PDF/publications/ihl-fr.pdf>, p. 71.

³ Ibid., p. 71.

Une telle clause serait par ailleurs conforme aux instruments existant en matière de lutte contre le terrorisme, notamment la Convention du Conseil de l'Europe pour la prévention du terrorisme qui stipule à son art. 12 (1) que « chaque Partie doit s'assurer que l'établissement, la mise en œuvre et l'application de l'incrimination visée aux articles 5 à 7 et 9 de la présente Convention soient réalisés en respectant les obligations relatives aux droits de l'homme lui incombant [...] et d'autres obligations découlant du droit international, lorsqu'ils lui sont applicables. »⁴. L'alinéa 7 du préambule de cette même Convention rappelle que « [...] le besoin de renforcer la lutte contre le terrorisme et réaffirmant que toutes les mesures prises pour prévenir ou réprimer les infractions terroristes doivent respecter l'Etat de droit et les valeurs démocratiques, les droits de l'homme et les libertés fondamentales, ainsi que les autres dispositions du droit international, y compris le droit international humanitaire lorsqu'il est applicable. »

3. Propositions

En conséquence, l'Appel de Genève propose en premier lieu d'ajouter le qualificatif de « *criminelle* », respectivement « *terroriste* », de l'activité soutenue dans les al. 1 b. et 2 b. de l'art. 260^{ter} AP-CP.

De plus, nous proposons d'inclure un nouvel alinéa au titre du projet d'article 260ter al. 2 qui pourrait être formulé alternativement comme suit :

- 1) « Sont exclus de l'al. 2 let. b du présent article les activités menées par un organisme humanitaire impartial, tel que par exemple le Comité International de la Croix-Rouge, conformément aux règles du droit international humanitaire applicable en cas de conflit armé » ; ou
- 2) « Les activités menées par un organisme humanitaire impartial, tel que par exemple le Comité international de la Croix-Rouge, conformément aux règles du droit international humanitaire applicable en cas de conflit armé, ne sont pas considérées comme une forme de soutien au titre de l'alinéa 2 let. b du présent article. ».

L'Appel de Genève espère que ces propositions vous seront utiles et qu'elles seront prises en considération au vu de l'enjeu réellement important, et reste à disposition pour toute question ou information complémentaire.

Genève, le 12 octobre 2017



Elisabeth Decrey-Warner
Présidente Exécutive



Bertrand Reich
Président du Conseil

⁴ Convention du Conseil de l'Europe pour la prévention du terrorisme, 16 mai 2005, art. 12 (1) ; une indication que l'on retrouve dans le Préambule (par. 7) de la même Convention.



Association Romande des Intermédiaires Financiers

Rue de Rive 8 – Case postale 3178 – 1211 Genève 3
Tél. 022 310 07 35 – Fax 022 310 07 39 – www.arif.ch – e-mail: info@arif.ch
CHE-101.192.434 TVA

Office fédéral de la justice
Bundesrain 20
CH-3003 Berne
A l'att. de Monsieur Andrea CANDRIAN
Et par courrier électronique :
andrea.candrian@pj.admin.ch

Genève, le 13 octobre 2017

Concerne : consultation concernant l'approbation et la mise en œuvre de la Convention pour la prévention du terrorisme

Messieurs,

Notre organisme d'autorégulation agréé par la FINMA compte près de 500 membres. L'ARIF a édicté un règlement en matière LBA, ainsi qu'un code de conduite applicable aux gérants de fortune indépendants conforme aux règles-cadres de la FINMA.

Dans le délai que vous avez imparti, nous répondons à la consultation que vous avez ouverte. Nous ne nous prononcerons que sur l'objet spécifique du blanchiment d'argent et du fonctionnement du bureau de communication.

Concernant les articles 6 et 8 LBA, nous approuvons les modifications proposées, qui correspondent d'ores et déjà à la bonne pratique actuelle.

Concernant l'article 9, nous émettons une réserve à propos de l'alinéa 1bis, qui étend aux négociants les obligations faites aux intermédiaires financiers : il apparaît en effet extrêmement théorique peu probable qu'un négociant puisse développer le soupçon fondé que les espèces qui seraient utilisées lors d'une opération commerciale ont un rapport avec le terrorisme.

Nous approuvons entièrement la modification de l'article 11a permettant au Bureau de communications d'adresser des demandes de renseignements aux intermédiaires financiers suite à des informations qui lui seraient parvenues d'un de ses homologues étrangers.

Concernant l'article 15, nous émettons des réserves quant à l'opportunité de faire peser un devoir sur l'organe de révision d'un négociant, dès lors qu'il est encore moins probable que cet organe de révision soit à même de découvrir qu'un négociant aurait failli à son obligation de communiquer.



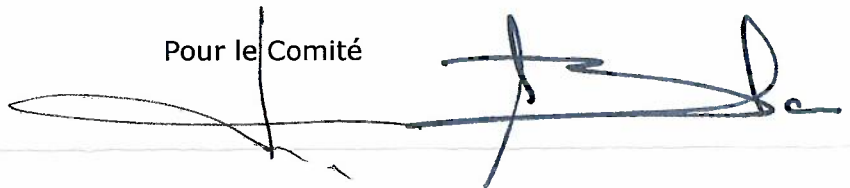
L'accumulation de normes abstraites par souci de systématique mais ne trouvant aucun cas d'application n'est pas propre à renforcer la lutte contre le blanchiment et le terrorisme.

Nous approuvons entièrement les articles 23, 27 et 29a modifiés, dès lors qu'il va de soi que le Bureau de communications doit être à même de dénoncer les infractions qu'il constate aux autorités compétentes.

Cependant, au-delà des textes qui sont soumis à consultation, nous réitérons notre avis que les normes qui sont introduites peu à peu dans l'ordre juridique suisse tendent à la création d'une véritable centrale de renseignements et de lutte intérieure contre le crime organisé et le terrorisme. Il serait judicieux que ce corpus fasse l'objet d'une loi fédérale consolidée définissant et précisant les moyens d'actions de cette centrale de renseignements, et lui donnant des pouvoirs d'exécution plus étendus et concrets, si la consultation populaire le permet.

En vous remerciant de nous avoir donné l'occasion de nous exprimer à ce sujet, nous vous adressons, Messieurs, l'assurance de notre dévouée considération.

Pour le Comité

A handwritten signature in blue ink, consisting of several fluid, overlapping strokes, positioned to the right of the text 'Pour le Comité'.



Association de
Banques Privées Suisses
Vereinigung
Schweizerischer Privatbanken
Association of Swiss Private Banks

Par e-mail

(andrea.candrian@bj.admin.ch)
(annemarie.gasser@bj.admin.ch)

Madame
Simonetta Sommaruga
Conseillère fédérale
Département fédéral de justice et police
Bundeshaus West
3003 Berne

Genève, le 13 octobre 2017

Consultation sur l'approbation et la mise en œuvre de la Convention du Conseil de l'Europe du 16 mai 2005 pour la prévention du terrorisme et de son Protocole additionnel du 22 octobre 2015 et sur le renforcement des normes pénales contre le terrorisme et le crime organisé

Madame la Conseillère fédérale,

Nous remercions votre Département d'avoir invité l'Association de Banques Privées Suisses (ABPS) à participer à la consultation ouverte le 22 juin 2017 à propos du renforcement des normes pénales contre le terrorisme et le crime organisé.

De façon générale, les banques privées suisses **soutiennent** les nouvelles dispositions permettant de poursuivre et de réprimer plus efficacement certains comportements liés au terrorisme (soutien, entraînement, financement, etc.). Ce fléau des temps modernes doit être combattu vigoureusement, dans l'intérêt de toutes les populations.

Les banques jouent un rôle important puisque certains transferts destinés au financement du terrorisme passent par leur intermédiaire. Elles ont l'obligation de les détecter et de les annoncer. Toutefois, ces transferts ne portent évidemment pas une étiquette permettant de les identifier. L'analyse attendue des banques ne doit pas être si profonde et complexe qu'elle en vient à paralyser le trafic des paiements. Dans ce contexte, nous nous permettons de suggérer quelques précisions à certaines des modifications législatives proposées.

La nouvelle version de l'article **260^{ter} du Code pénal** étend l'infraction de participation ou de soutien à une organisation criminelle aux organisations terroristes. Simple en théorie, la définition d'organisation terroriste est plus compliquée en pratique, car les combattants de la liberté d'un jour peuvent devenir des terroristes le lendemain – ou inversement. Sauf certains cas évidents, il s'agit d'une appréciation politique qu'il ne revient pas aux banques d'effectuer. Il serait donc bon que le Conseil fédéral publie une liste, régulièrement actualisée, des organisations considérées comme terroristes et de leurs membres connus, sur le modèle des listes de personnes physiques, entreprises et entités visées par des sanctions financières.

Le nouvel article **260^{sexies} du Code pénal** réprime de cinq ans de prison au plus tout recrutement, entraînement et voyage en vue d'un acte terroriste. Son alinéa 2 menace de la même peine notamment « *quiconque réunit ou met à disposition des fonds dans le dessein de financer* » un tel voyage. Nous souhaitons insister pour que le financement punissable d'un voyage en vue d'un acte terroriste soit limité aux cas clairement intentionnels, c'est-à-dire lorsque le but de ce voyage est connu. Un intermédiaire financier qui met à disposition des fonds pour un voyage ne peut pas enquêter au-delà du raisonnable sur les motivations dudit voyage – étant entendu que d'après la nouvelle version de l'article 9 alinéa 1 LBA, il doit informer immédiatement le bureau de communication s'il sait ou présume que les fonds concernés sont soumis au pouvoir de disposition d'une organisation criminelle ou terroriste.

Enfin, l'arrêté fédéral objet de la consultation introduit un nouvel article **11a alinéa 2^{bis} LBA**, qui tend à corriger le fait que le bureau de communication suisse ne puisse pas obtenir d'informations d'intermédiaires financiers suisses sur la base de renseignements fournis par des homologues étrangers. Cette évolution semble utile et acceptable, à condition qu'elle se limite à des affaires de terrorisme ou qu'elle ne serve pas, par exemple, à contourner les règles de l'entraide judiciaire ou de l'assistance administrative, qui garantissent les droits des clients. Il faut aussi rappeler que le seuil d'annonce à une cellule de renseignements financiers à l'étranger peut être beaucoup plus bas qu'en Suisse et que les cas communiqués par l'étranger peuvent ne pas être susceptibles de blanchiment en Suisse (en matière fiscale notamment). C'est pourquoi nous proposons de compléter l'article 11a alinéa 2^{bis} LBA comme suit, afin de garantir le respect du principe de double incrimination :

« Lorsque l'analyse des informations en provenance d'un homologue étranger montre que des intermédiaires financiers au sens de la présente loi prennent part ou ont pris part à une transaction ou à une relation d'affaires en lien avec lesdites informations, et que l'état de fait présenté par l'homologue étranger constitue une infraction préalable au sens de l'art. 305^{bis} al. 1 CP, les intermédiaires financiers concernés doivent fournir toutes les informations y afférentes au bureau de communication à la demande de ce dernier, pour autant qu'ils disposent de ces informations. »

* * *

En vous remerciant par avance de l'attention que vous porterez à la présente, nous vous prions de croire, Madame la Conseillère fédérale, à l'expression de notre très haute considération.

ASSOCIATION DE
BANQUES PRIVEES SUISSES



Jan Langlo
Directeur



Jan Bumann
Directeur adjoint

Office fédéral de la justice
Unité Droit pénal international
Bundesrain 20
3003 Berne

Par courriel :
andrea.candrian@bj.admin.ch
annemarie.gasser@bj.admin.ch

Paudex, le 13 octobre 2017
PGB

Consultation : approbation et mise en œuvre de la Convention du Conseil de l'Europe pour la prévention du terrorisme et de son Protocole additionnel ; renforcement des normes pénales contre le terrorisme et le crime organisé

Madame, Monsieur,

Nous avons pris connaissance du dossier mentionné en titre, qui a retenu toute notre attention. Par la présente, nous souhaitons vous faire part de notre position.

Analyse générale

Le projet d'arrêté fédéral mis en consultation a pour but de permettre à la Suisse de ratifier la Convention du Conseil de l'Europe pour la prévention du terrorisme, ainsi que son Protocole additionnel, et d'intégrer dans la législation helvétique, en application de ces traités internationaux, plusieurs nouvelles dispositions permettant de poursuivre et de réprimer plus efficacement certains comportements liés au terrorisme (soutien, entraînement, financement, etc.).

Concrètement, et pour l'essentiel, le projet contient les éléments suivants :

- *Modification de la loi fédérale sur le renseignement (LRens) à son article 74 pour y inclure certains éléments figurant actuellement dans la loi fédérale interdisant les groupes Al-Qaïda et Etat islamique, dès lors que cette dernière loi n'a qu'une durée limitée.*

Cette « intégration » d'une législation spécifique et provisoire dans une législation générale et pérenne permettra de maintenir, sans l'affaiblir, la lutte entreprise depuis plusieurs années contre certaines organisations terroristes, en conservant la distinction entre le traitement réservé aux personnes qui participent activement à de telles organisations et à celles qui font seulement de la propagande. Cette adaptation législative apparaît à la fois utile et raisonnable et n'appelle aucune critique particulière.

- *Modification de l'article 260^{ter} du Code pénal (CP) afin de punir explicitement et de manière plus sévère la participation ou le soutien à des organisations terroristes, et d'introduire dans le Code pénal un nouvel article 260^{sexies} réprimant le recrutement, l'entraînement ou les voyages en vue de commettre des actes terroristes ;*

Ces nouvelles dispositions pénales constituent le cœur du projet et visent à adapter la législation helvétique aux exigences des deux traités internationaux mentionnés plus haut. Les autorités auront désormais la possibilité de poursuivre certains comportements manifestement liés à une menace terroriste, même s'il n'est pas possible de prouver un lien avec une organisation criminelle ou terroriste reconnue (cas d'organisations non identifiables), ou si ce lien est inexistant (cas de «loups solitaires»). Il sera en particulier possible de punir des cas d'entraînement et de formation au terrorisme (y compris lors de voyages à l'étranger) même s'ils concernent des «combattants de réserve» sans lien avec un acte terroriste spécifique et clairement planifié. Il sera aussi possible de punir le financement de tels comportements.

Ces nouvelles dispositions du Code pénal étendront la liste des actes punissables. Même si les formulations choisies sont relativement claires et précises, elles laissent tout de même quelque marge d'appréciation aux autorités (y compris aux autorités politiques chargées de désigner des organisations comme terroristes). Il n'est sans doute pas inutile d'insister pour que l'usage qui en sera fait soit mesuré et prudent – tout comme il n'est pas anodin que la Convention pour la prévention du terrorisme contienne certaines dispositions relatives au respect du principe de proportionnalité et au respect des libertés individuelles.

Nous souhaitons aussi insister pour que le financement punissable de tels actes soit limité aux cas clairement intentionnels. L'art. 260^{sexies} al. 2 évoque la mise à disposition de fonds «dans le dessein de financer un voyage au sens de l'al. 1»; le dessein de financer un tel voyage doit en l'occurrence s'accompagner, pour être punissable, d'une connaissance du but de ce voyage (entraînement terroriste, etc.). Il va de soi (mais peut-être cela mériterait-il d'être précisé) qu'un intermédiaire financier qui met à disposition des fonds pour un voyage ne peut pas enquêter au-delà du raisonnable sur les motivations dudit voyage (étant entendu que les intermédiaires financiers consentent déjà d'importants efforts pour identifier par exemple des personnes suspectes).

- *Modification de la loi fédérale sur l'entraide pénale internationale (EIMP) en y introduisant un nouvel article 80d^{bis} autorisant dans des cas exceptionnels la transmission anticipée et rapide d'informations et de moyens de preuve (avant la décision de clôture d'une procédure d'entraide), ainsi qu'un nouvel article 80d^{ter} permettant de constituer des équipes communes dans des enquêtes internationales.*

Ces dispositions visent à rendre plus rapides et plus efficaces les enquêtes internationales, qui sont devenues la règle s'agissant de terrorisme. Une telle évolution de l'entraide apparaît justifiée. Il est toutefois impératif qu'elle soit limitée à des cas où existe un danger terroriste grave et imminent, et qu'elle ne s'applique pas à d'autres affaires (par exemple fiscales). En ce sens, il nous semble que les conditions a) et b) mentionnées à l'art. 80d^{bis} devraient être cumulatives et non alternatives.

- *Modification de la loi fédérale sur le blanchiment d'argent (LBA), essentiellement afin de permettre au Bureau de communication en matière de blanchiment d'argent (MROS) de s'adresser à des intermédiaires financiers en Suisse sur la base de demandes ou d'informations émanant d'un de ses homologues étrangers.*

Il s'agit de renforcer la coopération entre les cellules de renseignements financiers dans la lutte contre le financement du terrorisme, en évitant que le MROS ne soit obligé de traiter différemment les informations en provenance de Suisse et celles provenant de l'étranger. Cette évolution semble utile et acceptable, à condition qu'elle se limite à des affaires de terrorisme et qu'elle ne serve pas, par exemple, à une simple entraide fiscale. En ce sens, l'art. 11a al. 2^{bis} devrait être précisé, soit en y incluant expressément une référence aux affaires de terrorisme, soit en spécifiant au moins que les actes concernés doivent être punissables en droit suisse.

Résumé par article

- Art. 260^{sexies} CP : l'alinéa 2 mériterait d'être précisé afin d'incriminer la mise à disposition de fonds «dans le dessein de financier un voyage au sens de l'al. 1 let. c et en en connaissant ou en en soupçonnant le but».
- Art. 80d^{bis} EIMP : à l'alinéa 1, les deux conditions a) et b) devraient être cumulatives («et» plutôt que «ou»). La présence d'un danger grave et imminent apparaît en effet nécessaire pour que la rapidité de transmission soit justifiée.
- Art. 11a LBA : l'alinéa 2^{bis} devrait être précisé, soit en y incluant expressément une référence aux affaires de terrorisme, soit en spécifiant au moins que les actes concernés doivent être punissables en droit suisse

En conclusion, nous approuvons globalement le projet d'arrêté fédéral mis en consultation, sous réserve des précisions souhaitables évoquées ci-dessus.

Nous vous remercions de l'attention que vous porterez à ce qui précède et vous prions d'agréer, Madame, Monsieur, nos salutations les meilleures.

Centre Patronal



Pierre-Gabriel Bieri



CICR

Procédure de consultation relative à l'approbation et la mise en œuvre de la Convention du Conseil de l'Europe du 16 mai 2005 pour la prévention du terrorisme et de son Protocole additionnel du 22 octobre 2015 et sur le renforcement des normes pénales contre le terrorisme et le crime organisé

Position du Comité International de la Croix Rouge (CICR) sur le Projet d'Arrêté fédéral relatif au renforcement des normes pénales contre le terrorisme et le crime organisé

Le CICR remercie le Département fédéral de justice et police (DFJP) de l'avoir inclus parmi les destinataires de la procédure de consultation relative à l'avant-projet d'Arrêté fédéral portant approbation et mise en œuvre de la Convention du Conseil de l'Europe du 16 mai 2005 pour la prévention du terrorisme et de son Protocole additionnel du 22 octobre 2015 ainsi que sur le renforcement des normes pénales contre le terrorisme et le crime organisé.

La position du CICR porte plus particulièrement sur l'article 260 ter alinéa 2 du code pénal suisse dont les termes se lisent comme suit dans l'avant-projet:

« Est puni d'une peine privative de liberté de dix ans au plus ou d'une peine pécuniaire quiconque :

- a. participe à une organisation qui poursuit le but de commettre des actes de violence criminelle visant à intimider une population ou à contraindre un Etat ou une organisation internationale à accomplir ou à s'abstenir d'accomplir un acte quelconque ; ou
- b. soutient un telle organisation dans son activité ».

L'augmentation du nombre de groupes armés non étatiques qui se livrent à des actes de terrorisme suscite des inquiétudes croissantes, tant au plan national qu'international. Cette situation a poussé les États et les organisations internationales à réagir en durcissant les mesures de lutte contre le terrorisme déjà en place et en adoptant de nouvelles.

Le projet d'Arrêté fédéral soumis par le DFJP à la procédure de consultation s'inscrit dans ce train de mesures et constitue à ce titre un instrument national important de lutte contre le terrorisme.

Le CICR reconnaît la légitimité des États à prendre les mesures nécessaires pour assurer leur sécurité et éliminer le terrorisme. Le CICR a constamment affirmé que le terrorisme était la négation même du principe d'humanité et contredisait d'autres principes et objectifs fondamentaux qui sous-tendent le droit international humanitaire (DIH). Dans cette perspective, le CICR condamne les actes de terrorisme, qu'ils soient ou non perpétrés dans le cadre d'un conflit armé, et quels qu'en soient leurs auteurs. Le CICR est aussi profondément préoccupé par les effets dévastateurs que ces actes ont sur les personnes et les communautés déjà lourdement touchées par les situations de conflit armé.

Ceci étant, le CICR a attiré l'attention à de maintes reprises depuis 2011 sur les effets potentiellement néfastes que peuvent avoir les mesures de lutte contre le terrorisme adoptées par les États - tant au niveau international que national - sur l'action humanitaire neutre, indépendante et impartiale.

En effet, les législations de nombreux Etats adoptées au titre de la lutte contre le terrorisme sont susceptibles de rendre pénalement répréhensible l'action des acteurs humanitaires impartiaux et de leur personnel. L'interdiction, dans certaines législations pénales, d'activités de « soutien » (comme c'est le cas dans le projet d'article 260 ter al. 2 du AP-CP)¹ à des organisations désignées comme terroristes² pourrait ainsi aboutir à la criminalisation des activités usuelles des organismes humanitaires impartiaux et de leur personnel. Or, ces activités demeurent essentielles en ce qu'elles visent à répondre aux besoins des victimes de conflits armés et de situations de violence se situant sous le seuil du conflit armé.

Au nombre de ces activités figurent notamment les visites et l'assistance matérielle à des détenus soupçonnés d'appartenir à une organisation désignée comme terroriste ou condamnés pour ce chef d'accusation, le fait de faciliter les visites familiales à ces détenus, la formation aux premiers secours, les séminaires de chirurgie de guerre, la diffusion du DIH auprès des membres de groupes armés figurant sur des listes de terroristes et l'assistance humanitaire nécessaire pour pourvoir aux besoins essentiels de la population civile dans des régions contrôlées par des groupes armés associés au terrorisme.

Il est à noter que ces activités humanitaires découlent directement du mandat confié par les Etats aux organismes humanitaires impartiaux tels que le CICR, au titre du DIH. Or, le risque existe que de telles activités soient considérées comme constituant une forme de « soutien » à une organisation terroriste aux fins du projet d'article 260 ter al. 2 du code pénal suisse, ce qui irait à l'encontre de la lettre et de l'esprit du DIH. Ainsi, la formulation large interdisant le « soutien » au terrorisme figurant dans le projet d'article 260 ter al. 2 du code pénal suisse pourrait mettre le CICR dans l'impossibilité de s'acquitter de son mandat confié par les Etats dans des contextes où les groupes armés non étatiques parties à un conflit armé non international seraient qualifiés d' « organisations terroristes ».

Le CICR rappelle que les Etats parties aux Conventions de Genève de 1949 et à leurs Protocoles additionnels de 1977, sont tenus au titre de leurs dispositions pertinentes régissant l'action humanitaire - notamment l'article 3(2) commun des Conventions de 1949 - de respecter le droit qu'ont les organismes humanitaires impartiaux tels que le CICR d'offrir leurs services humanitaires aux parties à un conflit, y compris aux groupes armés considérés comme terroristes, et de les mettre en œuvre une fois le consentement du ou des belligérants concernés obtenu.

Dans cette perspective, le CICR a indiqué à plusieurs reprises que les États devraient avoir davantage conscience de la nécessité d'harmoniser leurs politiques et leurs obligations juridiques dans les domaines respectifs de l'action humanitaire et de la lutte contre le terrorisme, afin de pouvoir dûment atteindre les objectifs visés dans l'un comme dans l'autre. Les recommandations qu'il avait formulées à cet égard en 2011 et 2015 demeurent pertinentes aujourd'hui.³

¹ Souvent, les législations pénales ne définissent pas - ou alors que très vaguement - cette notion de soutien. Tel est le cas de l'avant-projet d'arrêté fédéral. En effet, dans le rapport explicatif de l'avant-projet (p.37), il est spécifié que la notion de soutien « englobe toute contribution notable au renforcement de l'organisation, sans qu'il faille prouver une quelconque contribution à une infraction concrète. Il peut aussi consister en une activité qui, prise isolément, est légale ».

² En situation de conflit, certains groupes armés non étatiques désignés comme terroristes par des organisations internationales ou des Etats peuvent toutefois constituer des parties au conflit au regard du DIH.

³ CICR, Rapport sur le droit international humanitaire et les défis posés par les conflits armés contemporains d'octobre 2011 (pp. 59-61) soumis à la XXXI^e Conférence Internationale de la Croix-Rouge et du Croissant Rouge, Genève Suisse, 28 novembre-1 décembre 2011, <https://www.icrc.org/fre/resources/documents/report/31-international-conference-ihl-challenges-report-2011-10-31.htm>

Le CICR réaffirme par conséquent le point suivant :

- Les mesures internationales et nationales adoptées par les gouvernements en vue d'une répression pénale des actes de terrorisme devraient être conçues de telle façon qu'elles ne fassent pas obstacle à l'action humanitaire. En particulier, les législations créant les crimes de « soutien », « appui matériel », « services » et « assistance » à des personnes ou entités impliquées dans le terrorisme ou d'« association » avec de telles personnes ou entités devrait exclure de leur portée les activités qui sont exclusivement de caractère humanitaire et impartial et sont menées sans aucune discrimination.

Conformément à cette recommandation, et afin d'éviter tout risque de contradiction entre le projet d'article 260 ter al. 2 du Code Pénal et les obligations de la Suisse au titre des Conventions de Genève de 1949 et de leurs Protocoles additionnels de 1977, le CICR suggère d'introduire dans ce projet d'article une clause visant à exempter les activités humanitaires conduites par les organismes humanitaires impartiaux tels que reconnus par le DIH.

Le CICR estime qu'une telle clause permettrait à la Suisse de respecter ses obligations au titre du DIH tout en se conformant aux instruments existant en matière de lutte contre le terrorisme puisque ces derniers indiquent généralement que leur mise en œuvre doit être effectuée en respectant les autres obligations internationales incombant aux parties contractantes, notamment celles découlant du DIH.⁴

Le CICR propose donc l'inclusion d'un nouvel alinéa au titre du projet d'article 260 ter al. 2 qui pourrait être formulé alternativement comme suit :

- « Sont exclues de l'alinéa 2 lettre b du présent article les activités menées par un organisme humanitaire impartial, tel que le Comité International de la Croix Rouge, conformément aux règles du droit international applicable en cas de conflit armé » ; ou
- « Les activités menées par un organisme humanitaire impartial, tel que le Comité International de la Croix Rouge, conformément aux règles du droit international applicable en cas de conflit armé, ne sont pas considérées comme une forme de soutien au titre de l'alinéa 2 lettre b du présent article ».

Voir aussi, CICR, Rapport sur les le droit international humanitaire et les défis posés par les conflits armés contemporains d'octobre 2015 (pp. 26-27) soumis à la XXXIe Conférence Internationale de la Croix-Rouge et du Croissant Rouge, Genève Suisse, 8-10 décembre 2015 <https://www.icrc.org/fr/document/le-droit-international-humanitaire-et-les-defis-poses-par-les-conflits-armes-contemporains>.

⁴ Voir en particulier l'alinéa 7 du préambule de la Convention du Conseil de l'Europe de 2005 pour la prévention du terrorisme : « Rappelant le besoin de renforcer la lutte contre le terrorisme et réaffirmant que toutes les mesures prises pour prévenir ou réprimer les infractions terroristes doivent respecter l'Etat de droit et les valeurs démocratiques, les droits de l'homme et les libertés fondamentales, ainsi que les autres dispositions du droit international, y compris le droit international humanitaire lorsqu'il est applicable ». Voir aussi l'article 12 de cette même convention : « Chaque Partie doit s'assurer que l'établissement, la mise en œuvre et l'application de l'incrimination visée aux articles 5 à 7 et 9 de la présente Convention soient réalisés en respectant les obligations relatives aux droits de l'homme lui incombant, notamment la liberté d'expression, la liberté d'association et la liberté de religion, telles qu'établies dans la Convention de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales, dans le Pacte international relatif aux droits civils et politiques, et d'autres obligations découlant du droit international, lorsqu'ils lui sont applicables ».

EJPD

Bundesamt für Justiz/ Fachbereich Internationales Strafrecht

Bundesrain 20

3003 Bern

per E-Mail an andrea.candrian@bj.admin.ch und annemarie.gasser@bj.admin.ch

Bern, 17. Oktober 2017

Genehmigung und Umsetzung des Übereinkommens des Europarates zur Verhütung des Terrorismus mit dem dazugehörigen Zusatzprotokoll und Verstärkung des strafrechtlichen Instrumentariums gegen Terrorismus und organisierte Kriminalität,

Vernehmlassungsfrist 10. Oktober 2017 / Verlängerung bis 17. Oktober 2017 bewilligt

Sehr geehrte Frau Bundesrätin

Sehr geehrte Damen und Herren

Hiermit nehmen die Demokratischen Juristinnen und Juristen Schweiz (DJS) Stellung zu den oben aufgeführten Vorlagen. Grundsätzlich schliessen wir uns der *Stellungnahme von grundrechte.ch vom 10. Oktober 2017 an*, möchten an dieser Stelle aber die aus unserer Sicht wichtigsten Punkte noch einmal aufgreifen.

1. Einleitung

Die oben genannten Vorlagen bedeuten auf verschiedener Ebene die grundlegende Abkehr der bisherigen Politik der Schweiz:

- der Ausbau von Organisationsverboten steht mit der schweizerischen Neutralitätspolitik in Konflikt (siehe Punkt 2.);

- der Ausbau von Organisationsverboten steht im Widerspruch zur humanitären Tradition der Schweiz (siehe Punkt 2.);
- mit StGB 260^{ter} wird der Entscheid, eine Organisation als terroristisch einzustufen und damit deren Unterstützung als strafbar zu qualifizieren, von der Legislative weg hin in das Ermessen der Strafjustiz verlagert (siehe Punkt 3.1.).

Die DJS stehen diesem politischen Richtungswandel sehr kritisch gegenüber – insbesondere da die weitreichenden Neuerungen zur Umsetzung der in Frage stehenden Übereinkommen gar nicht notwendig sind. Hierzu äussert sich der Vorentwurf und erläuternde Bericht vom Juni 2017 wie folgt: «Die Schweiz hat das Übereinkommen des Europarates am 11. September 2012 und das Zusatzprotokoll am 22. Oktober 2015 unterzeichnet. *Das geltende schweizerische Recht vermag den durch die beiden Abkommen aufgestellten Verpflichtungen bezüglich Strafbarkeit, Prävention und internationaler Kooperation bereits heute weitgehend zu genügen*» (S. 2).

Die Absicht des Bundesrates, straf- und verwaltungsrechtliche Bestimmungen einzuführen, die über die Verpflichtungen des Europarats und der Vereinten Nationen hinausgehen, lehnen die DJS entschieden ab.

Weiter sehen die DJS unüberwindbare Probleme in der Unschärfe der Definition der Begriffe «Terror» sowie «terroristische Organisation» an sich und der daraus folgenden mangelnden Bestimmtheit der damit im Zusammenhang stehenden Strafbestimmungen (siehe Punkt 3.2.).

2. Widerspruch zur Neutralität/ humanitären Tradition

Das Verbot einer Organisation dürfte auf dem Parkett internationaler Diplomatie immer als Einnehmen einer politischen Position verstanden werden. Gute Dienste haben in der Schweiz, die sich regelmässig in ziviler Friedensbildung und Mediation in Konfliktsituationen engagiert, eine starke Tradition. Die Neutralität und das Fehlen von politischer Positionierung im zuvor genannten Sinne haben aus Sicht der DJS die Rolle der Schweiz als Vermittlerin stets befördert. Sollte von der bewährten Praxis, weitgehend auf Organisationsverbote und pauschale Kriminalisierung zu verzichten, sondern vielmehr einzelne, kriminelle Handlungen zu verfolgen, abgewichen werden, sehen die DJS die vermittelnden Möglichkeiten der Schweiz gefährdet. Dies gilt es absolut notwendigerweise zu verhindern.

Zudem ist die Schweiz Standort wichtiger humanitärer Organisationen (z.B. IKRK), die von der Eidgenossenschaft auch finanziell unterstützt werden; auch gibt es hierzulande eine Vielzahl von NGOs. Humanitäre Organisationen und NGOs sind im Rahmen ihrer Tätigkeit im In- und/oder Ausland auch in Kontakt mit bewaffneten Gruppen und leisten z.B. in Gebieten, die von bewaffneten Gruppen kontrolliert werden, gegenüber der Zivilbevölkerung materielle Hilfe sowie Unterstützung. Die hier kommentierten Vorlagen bergen jedoch die Gefahr, die wichtige Arbeit von solchen (Schweizer) Organisationen zu behindern resp. einzuschränken, da humanitäre Hilfe sowie friedensfördernde Projekte, plötzlich als ideelle oder materielle Unterstützung von Terrorismus eingestuft werden könnten.

3. «Definition» und Auslegung des Begriffs der «terroristischen Organisation»

Im internationalen Recht gibt es keine universelle Definition des Begriffes «Terrorismus», weshalb Staaten und internationale Organisationen den Begriff selbständig und nach eigenem Gutdünken definieren. In den letzten Jahren hat der Begriff jedoch eine stetige Ausdehnung erfahren und die Bezeichnung «terroristische Organisation» ist mittlerweile an sich durch mangelhafte Bestimmtheit gekennzeichnet. Umso notwendiger war es, im «Bundesgesetz über das Verbot der Gruppierungen ,Al-Qaïda’ und ,Islamischer Staat’ sowie verwandter Organisationen» vom 12. Dezember 2014 in Art. 1 detailliert und nachvollziehbar zu regeln, was eine verbotene Organisation darstellt. Mit StGB 260^{ter} Abs. 2 sollen die Beteiligung an einer «terroristischen Organisationen» (lit. a) und damit die Organisation an sich sowie deren Unterstützung (lit. b) neu ohne – durch die Legislative bestimmte – Auflistung der konkreten Organisationen unter Strafe gestellt werden. An Stelle der Benennung einzelner Organisationen soll in StGB 260^{ter} Abs. 2 lit. a folgende Definition einer «terroristischen Organisation» eingeführt werden: eine Organisation, die den Zweck verfolgt, Gewaltverbrechen zu begehen, mit denen die Bevölkerung eingeschüchtert oder ein Staat oder eine internationale Organisation zu einem Tun oder Unterlassen genötigt werden soll. Dies erachten die DJS aus verschiedenen Gründen als äusserst problematisch.

3.1. Verletzung der Gewaltenteilung und damit zusammenhängende Problemstellungen

Faktisch obliegt es nach der vorgesehenen Gesetzesänderung der Strafjustiz, über die Qualifikation einer «terroristischen Organisation» zu entscheiden – die Definitionshoheit soll der Legislative folglich entzogen und dem *richterlichen Ermessen* unterstellt werden (vgl. Vorentwurf und erläuternder Bericht, S. 43 ff.). Dies verletzt jedoch die in der Verfassung verankerte Gewaltenteilung.

Weil der Gesetzesentwurf keine klare Definition verbotener Organisationen vorsieht, ist zudem ein Kompetenzgerangel zwischen Nachrichtendienst und (kantonalen) Strafverfolgungsbehörden vorprogrammiert, da die neue Strafnorm den kantonalen Justizbehörden im Vergleich zu NDG 72 eine viel breitere Pönalisierung von Organisationen erlaubt. Da die Strafverfolgung grundsätzlich Sache der Kantone ist und das Bundesgericht nur zurückhaltend in das richterliche Ermessen der Vorinstanzen eingreifen darf, besteht die Gefahr, dass die kantonalen Gerichtspraxen stark von einander abweichen können. Schon allein aus diesem Grund ist eine abschliessende Aufzählung aller verbotenen Organisationen im Gesetzestext – im Einklang mit BV 123 I – auf Bundesebene zwingend.

3.2. Verletzung des Bestimmtheitsgebots

Das Bestimmtheitsgebot bzw. das Legalitätsprinzip, wie es StGB 1 der gesamten schweizerischen Strafrechtsordnung zu Grunde legt, verlangt eine ausreichende Bestimmtheit von Strafnormen. Dieses Grundprinzip der Strafverfolgung wird auch durch EMRK 7 geschützt, welches bei der Umsetzung von untergeordneten Beschlüssen des Europarats eingehalten werden muss.

Vorliegend erlaubt es aber die unklare Definition des Begriffs im Gesetzesentwurf den Gerichtsbehörden nach Gutdünken eine mehr oder weniger beliebige Organisation als «terroristisch» resp. eine

mehr oder weniger beliebige Handlung als «Unterstützung» einer solchen Organisation zu erklären. Für die rechtsunterworfenen Individuen ist somit nicht genügend vorhersehbar, welche Handlungen als strafbar qualifiziert werden könnten und welche nicht. Die schwammige Definition der Strafbarkeit führt damit zu Rechtsunsicherheit und öffnet der Willkür – resp. der Gesinnungsbestrafung – Tür und Tor. Um der individuellen Vorhersehbarkeit mit Sicherheit rechtsgenügend Rechnung zu tragen, bedarf es wiederum einer abschliessenden Aufzählung aller verbotenen Organisationen im Gesetzestext. Dies umso mehr, als zwingend auch alle Vermögenswerte eingezogen (StGB 28a Abs. 2 lit. b) und ausländische Personen konsequent des Landes verwiesen werden (StGB 66a Abs. 1 lit. l und p) sollen. Solch einschneidende Verschärfungen verlangen erst recht eine genügend klare Umschreibung aller Strafbarkeitsvoraussetzungen.

4. Bemerkungen zu den einzelnen Artikeln

Betreffend die Bemerkungen zu den einzelnen Artikeln verweisen die DJS vollständig auf die Stellungnahme von grundrechte.ch vom 10. Oktober 2017. An dieser Stelle möchten wir uns jedoch ausdrücklich der Empfehlung anschliessen, NDG 74 zu streichen, StGB 260^{ter} in seiner heutigen Form zu belassen und für terroristische Organisation eine separate Regelung mit einer abschliessenden, national verbindlichen Liste der verbotenen Gruppierungen zu schaffen. Weiter ist der neue StGB 260^{sexies} mit reduzierter Strafandrohung zu belassen und auf Rechtshilfegesetz 80^{bis} zu verzichten, weil NDG 61 vollauf zur Weitergabe von Daten an ausländische Behörden genügt.

5. Schlussfolgerung

Die Umsetzung des Übereinkommens des Europarates zur Verhütung des Terrorismus mit dem dazugehörigen Zusatzprotokoll und Verstärkung des strafrechtlichen Instrumentariums gegen Terrorismus und organisierte Kriminalität würde nur marginale Änderungen des Schweizerischen Rechts erfordern und kann weitgehend ohne die vorgeschlagenen zusätzlichen Gesetzesänderungen vollzogen werden. Demgegenüber will der Bundesrat aber schwammige Definitionen für «terroristische Organisationen» einführen, was zu einer erheblichen Rechtsunsicherheit und willkürlichen Entscheiden führen würde. Die DJS lehnen deshalb einen unnötigen Umbau des Strafgesetzes ab.

Abschliessend erlauben wir uns den Hinweis, dass der Schutz freiheitlicher Werte nicht mit Mitteln erreicht werden kann, welche eben diese Grundsätze einer demokratischen und rechtsstaatlichen Grundordnung – wie z.B. die Gewaltenteilung, das Bestimmtheitsgebot oder das Willkürverbot – unterlaufen. Der Fokus ist nicht auf eine Verschärfung des Strafrechts zu legen, sondern vielmehr auf politische Partizipation aller hier lebenden MigrantInnen sowie auf Integrationsmassnahmen im Bildungs- und Sozialbereich.

Mit der Bitte um Kenntnisnahme und Berücksichtigung dieser Ausführungen verbleibe ich,

Mit freundlichen Grüßen,

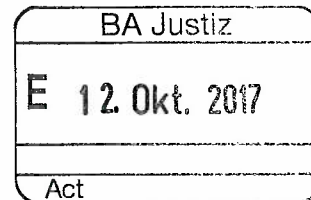
A handwritten signature in black ink, appearing to read 'M. Aebli', is placed on a light gray rectangular background.

Melanie Aebli

Geschäftsleiterin DJS



Einschreiben / vorab per E-Mail
Bundesamt für Justiz BJ
Herr Andrea Candrian
Stv. Leiter Internationales Strafrecht
Bundesrain 20
3003 Bern



Zug, 11. Oktober 2017

Stellungnahme zu den Gesetzesänderungen im Bereich der Terrorismusbekämpfung

Sehr geehrter Herr Candrian
Sehr geehrte Damen und Herren

Wir nehmen Bezug auf Ihr Schreiben vom 7. Juli 2017, mit welchem Sie uns zur Einreichung einer Stellungnahme in oben genannter Angelegenheit eingeladen haben.

Das Forum SRO ist ein im Handelsregister des Kantons Zürich eingetragener Verein. Seine Mitglieder sind derzeit 10 Selbstregulierungsorganisationen (SRO) gemäss Geldwäschereigesetz, deren 9 ordentliche Mitglieder von der FINMA und ein assoziiertes Mitglied von der Eidgenössischen Spielbankenkommission beaufsichtigt werden. Zweck des Vereins ist es unter anderem, sich im Rahmen von Vernehmlassungen für die Belange der Mitglieder im Rahmen ihrer Tätigkeit als SRO einzusetzen. Für weitere Informationen steht Ihnen unsere Homepage www.forum-sro.ch zur Verfügung.

Gerne nehmen wir fristgerecht wie folgt Stellung:

1. Art. 80d^{bis} VE-IRSG

Mit dem Ziel einer effizienteren Terrorismusbekämpfung soll das Bundesgesetz über die internationale Rechtshilfe in Strafsachen (Rechtshilfegesetz, IRSG) angepasst werden. Da die Schweiz gestützt auf das geltende Recht anderen Ländern im Rahmen der Rechtshilfe Informationen regelmässig erst nach formellem Abschluss des Rechtshilfeverfahrens übermitteln könne, soll über Art. 80d^{bis} VE-IRSG eine vorzeitige Übermittlung von Informationen und Beweismitteln, d.h. eine «dynamische Rechtshilfe», ermöglicht werden (Ziff. 4.4.1 Erläuterungsbericht):

«Art. 80d^{bis} Vorzeitige Übermittlung von Informationen und Beweismitteln

¹ Die zuständige kantonale oder eidgenössische Behörde kann vor Erlass der Schlussverfügung jede für das ausländische Verfahren notwendige Rechtshilfemassnahme anordnen und Informationen sowie erhobene Beweismittel, die im Zusammenhang mit der Verhinderung oder Verfolgung einer auslieferungsfähigen Straftat stehen, vorzeitig übermitteln:

- a. wenn es im Interesse des Verfahrens liegt, insbesondere um die Vertraulichkeit des Verfahrens zu wahren; oder
- b. um eine schwere und unmittelbare Gefahr abzuwehren, insbesondere verbunden mit der Begehung einer terroristischen Straftat.

² Die Übermittlung kann unaufgefordert oder auf Ersuchen erfolgen.

³ Die Mitteilung an die betroffene Person wird aufgeschoben.

⁴ Die vorzeitige Übermittlung gemäss Absatz 1 setzt voraus, dass sich die ersuchende Behörde vorgängig verpflichtet:

- a. die Informationen oder Beweismittel nur zu Ermittlungszwecken und keinesfalls zum Zweck des Beantragens, Begründens oder Aussprechens eines Endentscheids zu verwenden;
- b. die zuständige eidgenössische oder kantonale Behörde, sobald es das ausländische Verfahren erlaubt, darüber zu informieren, dass die vorzeitige Übermittlung der betroffenen Person gemäss Artikel 80m zur Kenntnis gebracht werden kann, damit diese vor Erlass der Schlussverfügung Stellung nehmen kann;
- c. die durch vorzeitige Übermittlung erlangten Informationen oder Beweismittel aus den Akten des ausländischen Verfahrens zu entfernen, wenn die Rechtshilfe verweigert wird.

⁵ Die gemäss Absatz 1 vorgesehene Zwischenverfügung wird dem Bundesamt unverzüglich und vor der vorzeitigen Übermittlung mitgeteilt. Sie ist nicht selbständig anfechtbar.»

2. Art. 11a Abs. 2^{bis} und 3 VE-GwG

Verstärkt werden soll auch die internationale Zusammenarbeit zwischen den Meldestellen für Geldwäscherei (Financial Intelligence Units, FIU). Da die zuständige Schweizer Behörde (Meldestelle für Geldwäscherei, MROS) erst tätig werden darf, wenn eine Verdachtsmeldung aus der Schweiz vorliegt, würden heute Informationen aus dem Ausland über mögliche Terrorismusfinanzierung in der Schweiz teilweise liegen gelassen (Ziff. 4.5.1.4 Erläuterungsbericht). Deshalb schlägt der Bundesrat vor, dass die MROS künftig auch aufgrund von Informationen ausländischer FIUs aktiv werden könne. Entsprechend soll Art. 11a des Geldwäschereigesetzes (GwG) wie folgt ergänzt werden:

«Art. 11a Abs. 2^{bis} und 3

^{2bis} Wird aufgrund der Analyse von Informationen, die von einer ausländischen Meldestelle stammen, erkennbar, dass diesem Gesetz unterstellte Finanzintermediäre an einer Transaktion oder Geschäftsbeziehung im Zusammenhang mit diesen Informationen beteiligt sind oder waren, so müssen die beteiligten Finanzintermediäre der Meldestelle auf Aufforderung hin alle damit zusammenhängenden Informationen herausgeben, soweit sie bei Ihnen vorhanden sind.

³ Die Meldestelle setzt den nach den Absätzen 1, 2 und 2bis betroffenen Finanzintermediären eine Frist für die Herausgabe.»

3. Einschätzung

a. Internationale Amts- oder Rechtshilfe als Ausnahme des Grundsatzes der Territorialhoheit

Grundsätzlich gilt der völkerrechtliche Grundsatz der Territorialhoheit, nach welchem die Hoheitsgewalt eines Staates durch seine Landesgrenzen beschränkt wird. Die Schweiz hat die Strafhoheit für Taten, die auf ihrem eigenen Staatsgebiet begangen wurden. Besteht keine schweizerische Strafhoheit für eine Tat, so kann

diese Tat in der Schweiz nicht aufgrund des schweizerischen Strafgesetzbuches (StGB) beurteilt werden. Umgekehrt ist die Ausübung fremder Strafhoheit auf schweizerischem Territorium unzulässig: Möchte ein ausländischer Staat aufgrund eines im Ausland von einem Ausländer verübten Deliktes, dass die Schweiz Amtshandlungen leistet, muss dieser Staat mit den Mitteln der Rechtshilfe oder der Amtshilfe vorgehen. Tut er das nicht, verstösst er gegen die Staatensouveränität, welche über Art. 271 StGB in der Schweiz einen strafrechtlichen Schutz genießt. Die internationale Amts- und Rechtshilfe dient somit dazu, dem ausländischen Staat trotz seiner fehlenden Strafhoheit Hilfe zur Durchsetzung seines Strafanspruches in der Schweiz zu leisten, indem ihm die in der Schweiz befindlichen Beweise zugänglich gemacht werden. Da die Beweisbeschaffung nach schweizerischer Auffassung eine amtliche Handlung ist, die unter den Schutzbereich von Art. 271 StGB fällt, muss sie aufgrund eines von Staatsverträgen oder im Bundesrecht geregelten Verfahrens erfolgen und ist damit an zahlreiche Voraussetzungen gebunden.

b. Amts- oder Rechtshilfeverfahren als Verwaltungsverfahren

Bei der Amtshilfe leisten mit rechtsdurchsetzenden Aufgaben betraute Behörden in einem nichtstreitigen und nichtstrafenden Verfahren Hilfe. Beim Rechtshilfeverfahren handelt es sich dagegen um eine Hilfeleistung zwischen rechtsprechenden Behörden in einem streitigen und strafenden Verfahren. In beiden Fällen stellt die Hilfeleistung einen Verwaltungsakt dar, dessen materielle und formelle Regeln dem Verwaltungsrecht unterstehen. Beim Amts- oder Rechtshilfeverfahren handelt es sich also grundsätzlich um ein Verwaltungsverfahren.

Das Rechtshilfegesetz sieht ausdrücklich vor, dass die Bestimmungen des Verwaltungsverfahrensgesetzes (VwVG) zur Anwendung gelangen (Art. 12 Abs. 1 IRSG). Für das Amtshilfeverfahren fehlt eine einheitliche Verfahrensordnung: Das Steueramtshilfegesetz (StAhiG) sieht etwa die Anwendbarkeit des VwVG ausdrücklich vor (Art. 5 Abs. 1 StAhiG); gemäss Rechtsprechung darf über das Amtshilfeverfahren das Rechtshilfeverfahren weder materiell noch im Hinblick auf den Rechtsschutz ausgehöhlt bzw. umgangen werden. Entsprechend finden in beiden Verfahren die Grundsätze der Rechtshilfe und damit diejenigen des Verwaltungsrechts Anwendung. Sofern eine natürliche Person in ihren Grundrechten eingeschränkt werden soll, sind die allgemeinen Voraussetzungen zur Beschränkung von Grundrechten zu beachten: Dazu bedarf es einer gesetzlichen Grundlage, eines öffentlichen Interesses und der Verhältnismässigkeit.

c. Zu Art. 80d^{bis} VE-IRSG

Diese Bestimmung sieht unter Abs. 1 vor, dass Informationen und Beweismittel an ausländische Behörden übermittelt werden dürfen, bevor über die Erteilung der Rechtshilfe formell entschieden wurde. Diese Amtshandlung stellt gemäss Abs. 5 der genannten Bestimmung eine «nicht anfechtbare Zwischenverfügung» dar, über welche die betroffenen Parteien erst im Nachhinein erfahren (Abs. 3).

Zwar sind Individuen nicht Partei am Rechtshilfeverkehr an sich, da die Rechtshilfe in erster Linie das Verhältnis zwischen Staaten betrifft, jedoch sind sie Partei am Rechtshilfeverfahren im ersuchten Staat. Entsprechend sind Verfolgte und weitere Personen, welche von der Rechtshilfemassnahme betroffen sind, gestützt auf Art. 21 IRSG befugt, Verfügungen eidgenössischer und kantonaler Behörden an-

zuzufügen. Verfügungen müssen deshalb mit einer Rechtsmittelbelehrung versehen sein, die das zulässige Rechtsmittel, die Rechtsmittelinstanz und die Rechtsmittelfrist nennt (Art. 22 IRSG). Art. 21 f. IRSG setzen den – als selbständiges Grundrecht in Art. 29 Abs. 2 der Bundesverfassung (BV) verankerten – Anspruch auf rechtliches Gehör um. Der Anspruch auf rechtliches Gehör ist das Recht der Privaten, in einem vor einer Verwaltungs- oder Justizbehörde geführten Verfahren mit ihrem Begehren angehört zu werden, Einblick in die Akten zu erhalten und zu den für die Entscheidung wesentlichen Punkten Stellung nehmen zu können.

Werden Informationen oder Beweismittel im Rahmen einer „nicht anfechtbaren Zwischenverfügung“ (Abs. 1 und 5) übermittelt – über welche die Betroffenen erst später erfahren (Abs. 3), liegt eine Verletzung des Grundrechts des rechtlichen Gehörs nach Art. 29 Abs. 2 BV vor. Denn im Gegensatz zu den Ausführungen des Erläuterungsberichts (Ziff. 4.4.2.2 Abs. 7) ist diese Grundrechtsverletzung nicht über die Anfechtbarkeit der (späteren) Schlussverfügung heilbar: Da Rechtsprechung und Lehre die These der „Heilbarkeit“ der Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör durch die nachträgliche Gehörsgewährung „im Rechtsmittelverfahren“ ablehnen, ist eine gesetzlich verankerte, d.h. eine „von vornherein“ bestehende Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör absolut ausgeschlossen. Art. 80d^{bis} VE-IRSG ist somit aufgrund Verletzung von Art. 29 Abs. 2 BV unzulässig.

Auch die der ersuchenden (ausländischen) Behörde auferlegten Voraussetzungen gemäss Abs. 4 dieser Bestimmung sind nicht geeignet, um zu einem anderen Schluss zu gelangen: Gemäss Abs. 4 muss sich die ausländische Behörde „vorgängig verpflichten“, (1) die Informationen oder Beweismittel „nur zu Ermittlungszwecken [...] zu verwenden“ (lit. a), (2) der zuständigen (schweizerischen) Behörde mitzuteilen, „sobald es das ausländische Verfahren erlaubt“, dass die Betroffenen informiert werden dürfen (lit. b), und (3) die erhaltenen Informationen und Beweismittel zu vernichten, sollte die Rechtshilfe verweigert werden (lit. c). Die Prüfung der Einhaltung der Voraussetzungen nach Art. 80d^{bis} Abs. 4 lit. a bis c VE-IRSG kann sich lediglich darauf beschränken, die Vollständigkeit der entsprechenden Bestätigung der ersuchenden (ausländischen) Behörde zu überprüfen. Dabei verlangt Art. 80d^{bis} Abs. 4 VE-IRSG nicht einmal die Schriftform der Bestätigung. Ferner verfügt die Schweiz über keinerlei Möglichkeit, bei – auch offensichtlich – unzutreffender Bestätigung diese zu hinterfragen, geschweige denn zu überprüfen. Art. 80d^{bis} Abs. 4 VE-IRSG sieht ferner keine Sanktion bei Nichteinhaltung der Bestätigung vor: Diese Bestimmung sieht nicht einmal vor, dass bei Verletzung der Bestätigung die Schweiz bei einem weiteren Gesuch der ersuchenden (ausländischen) Behörde die Herausgabe weiterer Informationen oder Beweismitteln verweigert wird. Dadurch wird in Kauf genommen, dass die Schweiz Missachtungen von Art. 80d^{bis} Abs. 4 VE-IRSG der ersuchenden (ausländischen) Behörde machtlos gegenübersteht und dass damit die – ohnehin unter Verletzung des Grundrechts gemäss Art. 29 Abs. 2 BV beschaffenen – Informationen oder Beweismittel – auch zu eigenen (Schweizer) Bürgern – im Ausland missbraucht bzw. zweckentfremdet werden.

d. Zu Art. 11a Abs. 2^{bis} und 3 VE-GwG

Gemäss dieser Bestimmung ist die MROS ermächtigt, ohne vorgängige Verdachtsmeldung Informationen bei einem Schweizer Finanzintermediär zu beschaffen, dies gestützt auf Informationen einer ausländischen Meldestelle.

Laut Erläuterungsbericht ergänzt diese neue Bestimmung die Kompetenzen der MROS im Bereich der internationalen Amtshilfe (Ziff. 4.5.1.5 Abs. 1). Insbesondere soll die MROS der Anfrage einer ausländischen Meldestelle bezüglich Informationen „krimineller oder transaktioneller Art“ ohne vorgängige Verdachtsmeldung nachkommen können. Für die Beschaffung der dafür nötigen Informationen soll sich die MROS nicht mehr auf die Datenbanken oder auf die Amtshilfe anderer Schweizer Behörden beschränken müssen, vielmehr soll sie Informationen direkt bei den Finanzintermediären einholen dürfen. Das direkt an den Finanzintermediär gerichtete Auskunftersuchen stelle dabei keine „Verfügung zur Herausgabe von Dokumenten gemäss Bestimmungen der Strafprozessordnung“ dar, da es sich bei der MROS nicht um eine Strafbehörde handle (Ziff. 4.5.1.5 Abs. 2 bis 4).

Wie oben ausgeführt (Ziff. 3/b), darf über das Amtshilfeverfahren das Rechtshilfeverfahren weder materiell noch hinsichtlich des Rechtsschutzes ausgehöhlt bzw. umgangen werden. Entsprechend finden auch auf das Amtshilfeverfahren die Grundsätze der Rechtshilfe und damit diejenigen des Verwaltungsrechts Anwendung. Somit müssen Personen, welche vom Amtshilfeverfahren betroffen sind, im Rahmen dieses Verfahrens von ihrem Anspruch auf rechtliches Gehör gemäss Art. 29 Abs. 2 BV Gebrauch machen können. Dieses Grundrecht kann einem am Amtshilfeverfahren Beteiligten nicht dadurch verwehrt werden, dass der Erläuterungsbericht das Informationersuchen der MROS nicht als Verfügung qualifiziert (Ziff. 4.5.1.5 Abs. 4). Tatsache ist, dass das von der MROS direkt an den Finanzintermediär gerichtete Informationersuchen alle Elemente einer Verfügung gemäss Art. 5 VwVG enthält, da es sich dabei um eine hoheitliche, einseitige und individuell-konkrete Anordnung einer Behörde handelt. Art. 11a Abs. 2^{bis} VE-GwG ist somit aufgrund der Verletzung von Art. 29 Abs. 2 BV unzulässig. Sowohl zu Art. 11a Abs. 2^{bis} GwG als auch zu Art. 80d^{bis} VE-IRSG gilt es zu bemerken, dass das Grundrecht des Anspruchs auf rechtliches Gehör, welchem Verfassungsrang zukommt, nicht leichtfertig geopfert werden darf, d.h. ohne auf Verfassungsstufe definierte dringende Notwendigkeit, welche hier nicht gegeben ist.

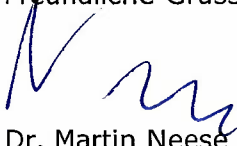
Die verfassungswidrige Informationsbeschaffung gemäss Art. 11a Abs. 2^{bis} VE-GwG wird nicht dadurch leichter, dass der Austausch der Informationen zwischen MROS und ausländischer Meldestelle nach Art. 30 ff. GwG gestaltet wird, auch nicht dadurch, dass die MROS keine Beweismittel, sondern lediglich Informationen in Berichtsform übermittelt (Ziff. 4.5.1.5 Abs. 5 Erläuterungsbericht).

Die Finanzintermediäre werden durch diese Regelung in rechtsstaatlich bedenklicher Weise für die Informationsbeschaffung eingebunden, ohne dass geregelt wäre, welches die Rechtsfolgen bei einer Weigerung der Informationsherausgabe sind und in welcher Art die Informationen herausgegeben werden müssen. So stellt sich z.B. die Frage, ob der Finanzintermediär einzelne Aktenstücke herausgeben müsste oder einen Bericht z.H. der MROS verfassen könnte. Ebenfalls ist der Finanzintermediär ungenügend gegenüber allfälligen Repressalien des (ehemaligen) Kunden geschützt, der möglicherweise im Rahmen eines im Ausland eingeleiteten Verfahrens erfährt, dass der Finanzintermediär in der Schweiz (sein Vertragspartner) Hinweise und Informationen geliefert hat. Insbesondere ist in Anbetracht der Mitgliedstaaten der Egmont Gruppe (z.B. Afghanistan, Angola, Aserbaidschan, Kirgistan, Russland u.w.) nicht ausgeschlossen, dass solche Informationen – entgegen dem Gesetzestext – auch in rechtsstaatlich bedenklichen Verfahren verwendet werden.

Gestützt auf das Vorangehende lehnen wir diese Neuerungen aus Bedenken bezüglich der Rechtsstaatlichkeit und der Grundrechtskonformität der vorgenannten Bestimmungen ab, zumal keine Notwendigkeit besteht, die MROS mit diesen Kompetenzen, insbesondere jenen nach Art. 11a Abs. 2^{bis} VE-GwG, auszustatten, da die MROS bereits heute über gesetzlich verankerte Austauschmöglichkeiten mit der FINMA sämtliche notwendigen Informationen beschaffen und mit ausländischen Partnern austauschen kann. Der durch den im bestehenden Weg stattfindenden Austausch verschafft zudem dem Vieraugenprinzip die notwendige Nachachtung.

Wir danken Ihnen im Voraus für eine wohlwollende Prüfung unserer Anliegen und stehen Ihnen bei Fragen gerne zur Verfügung.

Freundliche Grüsse



Dr. Martin Neese
Präsident



Caroline Kindler
Geschäftsführerin

EJPD

Bundesamt für Justiz

Fachbereich Internationales Strafrecht

Bundesrain 20

3003 Bern

andrea.candrian@bj.admin.ch

annemarie.gasser@bj.admin.ch

Bern, 10. Oktober 2017

Genehmigung und Umsetzung des Übereinkommens des Europarates zur Verhütung des Terrorismus mit dem dazugehörigen Zusatzprotokoll und Verstärkung des strafrechtlichen Instrumentariums gegen Terrorismus und organisierte Kriminalität – Vernehmlassungsfrist 10. Oktober 2017 – Stellungnahme von grundrechte.ch

Sehr geehrte Frau Bundesrätin

Sehr geehrte Damen und Herren

Sie erhalten vorliegend die Vernehmlassungsantwort von grundrechte.ch zu den oben aufgeführten Vorlagen. Wir hoffen, dass unsere Anregungen in die weitere Bearbeitung der Vorlage einfliessen werden.

1. Vorbemerkungen

grundrechte.ch ist der Überzeugung, dass der Problembereich Terrorismus besonnen angegangen werden muss. Die Opfer von Terroranschlägen in Europa bzw. in der ganzen Welt sowie die damit einhergehenden Auswirkungen auf die betroffene Bevölkerung und Gesellschaft sollten demnach in Relation mit anderen Ereignissen betrachtet werden, die zahlreiche Todesopfer und Verletzte fordern - zumal man sich darin einig ist, dass es keine absolute Sicherheit gibt (Naturkatastrophen, kriegerische Auseinandersetzungen, einzelne Amoktäter, Strassenverkehr etc.).

Wenn der Bundesrat wirklich die Zahl der Opfer von Gewalttaten reduzieren will, wäre ein rigoroses Verbot der Herstellung und des Exports von Waffen eine äusserst wirksame Massnahme, weil kriegerische Ereignisse mit Abstand am meisten Opfer fordern. Die im Rahmen des Schengener-Abkommens anstehende Anpassung des Schweizer Waffengesetzes ist dabei ein kleiner aber wichtiger Schritt.

Die Schweiz ist bislang von schlimmen Terroranschlägen verschont geblieben. Dafür gibt es sicherlich mehrere Gründe, so auch, dass bislang auf breite Organisationsverbote verzichtet worden ist. Mit den vorgesehenen neuen Strafnormen droht diesem „Friedenzustand“ ein jähes Ende: bisher tolerierte Gruppierungen könnten zu Staatsfeinden erklärt und bestraft werden, was einer Radikalisierung der ihnen angehörenden Mitglieder oder Sympathisanten Vorschub leistet und sie zwingt, noch mehr im Untergrund zu handeln.

Zudem geben wir zu bedenken, dass Terrorismus auch immer eine Sache des Blickwinkels ist. Humanitäre Hilfe oder Projekte in Friedensprozessen, die von Schweizer NGO in aller Welt geleistet

werden, könnten plötzlich als ideelle oder materielle Unterstützung von Terrorismus eingestuft werden.

Der Bundesrat räumt auf Seite zwei des Berichts selber ein, dass das geltende schweizerische Recht die Verpflichtungen der Abkommen des Europarats und der Vereinten Nationen bezüglich Strafbarkeit, Prävention und internationaler Kooperation mit ganz wenigen Ausnahmen bereits heute erfüllt. **Die neu vorgeschlagenen Strafbestimmungen sind also grösstenteils gar nicht notwendig. Die Absicht des Bundesrats, straf- und verwaltungsrechtliche Bestimmungen einzuführen, die über die Verpflichtungen des Europarats und der Vereinten Nationen hinausgehen, lehnt grundrechte.ch entschieden ab.**

2. Allgemeine Bemerkungen

2.1 Überstürzt erlassene Gesetze sind schlechte Gesetze

In der Vergangenheit haben der Bundesrat und das Parlament wiederholt im Schnellverfahren Gesetze verabschiedet, um ein vermeintliches Übel zu lösen. Statt ein gutes Ergebnis zu erreichen, wurden aber durch unüberlegte Bestimmungen neue Probleme geschaffen. Das aktuellste Beispiel ist das Verkehrssicherheitspaket Via sicura vom 15. Juni 2012. Es enthielt unter anderem höhere Strafandrohungen bei Raser Delikten. Schon nach wenigen Jahren gab es parlamentarische Vorstösse und eine Volksinitiative, um die Mindeststrafe von einem Jahr Gefängnis wieder abzuschaffen, eine entsprechende Gesetzesänderung ist momentan im Gang. Auch beim Nachrichtendienstgesetz NDG, gerade mal seit September 2017 in Kraft, sollen bereits wieder Anpassungen gemacht werden (Art. 74 NDG, Verbot von Organisationen ausserhalb eines Beschlusses von UNO oder OSZE, im Visier sind aktuell etwa der IZRS oder die Aktion «Lies!»“).

Die Umsetzung des Übereinkommens des Europarates zur Verhütung des Terrorismus mit dem dazugehörigen Zusatzprotokoll und Verstärkung des strafrechtlichen Instrumentariums gegen Terrorismus und organisierte Kriminalität würde nur marginale Änderungen des Schweizerischen Rechts erfordern. **Der Bundesrat will aber ohne triftigen Grund schwammige Definitionen für terroristische und kriminelle Organisationen einführen, was zu einer erheblichen Rechtsunsicherheit und willkürlichen Entscheiden führen würde.** grundrechte.ch lehnt aus diesem Grund einen unnötigen Umbau des Strafgesetzes ab.

2.2 Parlament verliert Gesetzgebungshoheit

Im «Bundesgesetz über das Verbot der Gruppierungen «Al-Qaïda» und «Islamischer Staat» sowie verwandter Organisationen» vom 12. Dezember 2014 ist in Art. 1 detailliert und nachvollziehbar geregelt, was eine verbotene Organisation ist. Die eidgenössischen Räte beschlossen dieses Gesetz, was der Gewaltentrennung entspricht. **Neu sollen global «terroristische Organisationen» und deren Unterstützung in einer sehr unscharfen Umschreibung unter Strafe gestellt werden. Die Definitionshoheit wird vom Parlament zu den (kantonalen) Strafverfolgungsbehörden und Gerichten verschoben, welche nach eigenem Ermessen eine beliebige Organisation als terroristisch respektive eine beliebige Handlung als Unterstützung einer terroristischen Organisation erklären können.** Dies widerspricht der verfassungsmässigen Gewaltentrennung und würde zu grosser Willkür führen, mit allen Konsequenzen für die Betroffenen.

2.3 Bestimmtheitsgebot der EMRK wird verletzt

Durch die unscharfe Definition der Strafbarkeit wird im Gleichschritt mit der Verletzung der Gewaltentrennung (siehe 2.2) auch das konventionsmässige Gebot der Bestimmtheit von Strafandrohungen verletzt, insbesondere weil weder eine an sich strafbare Handlung noch ein Vorsatz gefordert ist und auf Seiten der «terroristischen Organisationen» die Erfordernisse einer

Operation im Verdeckten sowie einer verbrecherischen Tätigkeit fehlen. Für die Bevölkerung ist es somit fast unmöglich, sich so zu verhalten, dass sie nicht mit einem Strafverfahren konfrontiert wird. Es kommt hinzu, dass mit einer Verurteilung zwingend auch alle Vermögenswerte eingezogen (Art. 28a Abs. 2 Bst. b StGB) und ausländische Personen konsequent des Landes verwiesen werden (Art. 66a Abs. 1 Bst. l und p StGB). Solch einschneidende Verschärfungen verlangen erst recht eine genügend klare Umschreibung einer terroristischen Organisation. **Die EMRK, welche eine ausreichende Bestimmtheit von Strafnormen vorschreibt, muss bei der Umsetzung von untergeordneten Beschlüssen des Europarats eingehalten werden.**

2.4 Konflikt mit Art. 14 StGB

Gemäss Art. 14 StGB verhält sich rechtmässig, «wer handelt, wie es das Gesetz gebietet oder erlaubt, auch wenn die Tat nach diesem oder einem andern Gesetz mit Strafe bedroht ist». Dass mit den neuen Strafnormen künftig erlaubte Handlungen unter Strafe gestellt werden sollen, führt zu einem unauflösbaren Widerspruch mit Art. 14 StGB.

2.5 Gesinnungsbestrafung

Die schwammige Definition der Strafbarkeit einer bestimmten Tat wird unweigerlich dazu führen, dass diese neue Strafnorm zur Gesinnungsbestrafung missbraucht wird. Im Strafgesetzbuch gibt es mit «Landfriedensbruch» (Art. 260 StGB) und «Gewalt und Drohung gegen Behörden und Beamte» (Art. 285 StGB) bereits zwei Artikel, die zur Gesinnungsbestrafung herangezogen werden können.

Weil keine Tat nachgewiesen werden muss, sondern eine einfache Aussage eines Polizisten für eine Verurteilung genügt, müssten Angeschuldigte einen Gegenbeweis erbringen (Umkehr der Beweislast) was erfahrungsgemäss äusserst schwierig oder kaum möglich ist. So waren beispielsweise im Juni 2017 von den 2090 in der Hooligan-Datenbank HOOGAN registrierten Delikten deren 568 Landfriedensbruch und 308 Gewalt und Drohung gegen Beamte, was zusammen 42 % aller Delikte ausmacht. Im Übrigen ist festzuhalten, dass nicht etwa 2090 Straftaten in HOOGAN verzeichnet sind, die zu einer Verurteilung geführt haben, sondern diese Taten wurden lediglich zur Anzeige gebracht.

2.6 Neue Form der Sippenhaft

Die Unbestimmtheit der neuen Strafbestimmungen trifft in starkem Masse Familienangehörige von Personen, welche terroristischer Aktivitäten verdächtigt werden, insbesondere weil weder eine an sich strafbare Handlung noch ein Vorsatz gefordert ist und weil die Erfordernisse einer Operation im Verdeckten sowie einer verbrecherischen Tätigkeit fehlen. Innerhalb von Familien wird in der Regel unkritisch z.B. finanzielle Hilfe geleistet, um einem Familienmitglied in Not zu helfen. Ein Terrorismus-Verdacht gegen eine bestimmte Person weitet sich daher sehr schnell gegen alle Familienangehörigen aus, auch wenn diese keinerlei Bezug zu terroristischen Straftaten haben.

2.7 Hilfswerke im Visier der Strafverfolgungsbehörde

In der Schweiz gibt es eine Vielzahl von NGO, die entweder im Inland Beratung und Unterstützung für spezifische Migrations-Gruppen anbieten oder im Ausland humanitäre Hilfe leisten oder Friedensprozesse begleiten. Einsätze oder Lieferungen von Hilfsgütern wie auch Vermittlungsarbeit erfolgen im Ausland häufig an und mit bewaffneten Gruppierungen, welche wiederum in ihrem Land als terroristische Organisationen verfolgt werden. Dadurch kommt es zwangsläufig auch zu Kontakten zwischen den NGO und diesen Gruppierungen. Neu sollen auch an sich legale Handlungen, z. B. Zahlungen, strafbar sein können, auch wenn die Empfängerorganisation nicht im Verdeckten operiert und keine verbrecherischen Tätigkeiten ausübt. Ebenso fehlt eine abschliessende Aufzählung aller verbotenen Organisationen im Gesetzestext.

2.8 Medienfreiheit in Gefahr

Mit demselben Problem wie NGO (siehe 2.7) sind auch Journalisten konfrontiert, weil der Quellenschutz aufgrund einer sehr diffusen Bestimmung aufgehoben werden kann. Es besteht die grosse Gefahr, dass eine kritische Medienlandschaft verunmöglicht wird.

2.9 Territorialprinzip ist verletzt

Alle unscharf umschriebenen Straftatbestände sollen auch in der Schweiz strafbar sein, wenn sie im Ausland begangen wurden. Zwar gibt es bereits im geltenden Recht die Ausnahme, dass Straftaten, welche im Ausland begangen wurden, in der Schweiz strafbar sind, allerdings nur für schwerste Straftaten, die auch klar umschrieben sind, namentlich Verbrechen oder Vergehen gegen den Staat (Art. 4 StGB) und Straftaten gegen Minderjährige (Art. 5 StGB).

Diese Bedrohung trifft NGO und Medienschaffende, welche im Ausland aktiv sind, am meisten, aber auch Ferienreisende oder im Ausland arbeitende Schweizer BürgerInnen könnten durch eine unbedachte Handlung im Ausland leicht in ein Strafverfahren verwickelt werden.

2.10 Kompetenzgerangel zwischen Nachrichtendienst und Strafverfolgungsbehörden

Weil der Gesetzesentwurf keine klare Definition verbotener Organisationen vorsieht, ist ein Kompetenzgerangel zwischen Nachrichtendienst und (kantonalen) Strafverfolgungsbehörden vorprogrammiert. Gemäss Art. 72 NDG führt der Bundesrat eine geheime Beobachtungsliste. Diese Beobachtungsliste kann Organisationen enthalten, welche auf einer Blacklist der Vereinten Nationen oder der Europäischen Union geführt werden. Die neue Strafnorm erlaubt aber eine viel breitere Pönalisierung von Organisationen. Die PKK beispielsweise ist in Deutschland verboten, in der Schweiz aus gutem Grund nicht. Mit der neuen Strafnorm könnte aber jede kantonale Strafverfolgungsbehörde und jedes Gericht die PKK zur terroristischen Organisation erklären. Weil die Strafverfolgung Sache der Kantone ist, könnte sogar die PKK in einigen Kantonen verboten werden und in anderen Kantonen nicht. Schon allein aus diesem Grund ist eine abschliessende Aufzählung aller verbotenen Organisationen im Gesetzestext zwingend.

2.11 Strafverschärfungen sind kontraproduktiv

Die grössten terroristischen Aktivitäten (insbesondere Anschläge, die dem IS zugeordnet werden können) sind in Europa in Ländern zu verzeichnen, die bereits im letzten Jahrtausend stark von Terrorismus betroffen waren und als Folge davon ihre staatlichen Repressionsmassnahmen gegen Terrorismus immer wieder verschärft haben bis hin zum Ausnahmezustand. Diese Länder sind namentlich England (IRA), Spanien (ETA) und Frankreich (ARC), aber auch Deutschland (RAF) und Italien (BR). In Belgien wiederum wurden in den 1960-Jahren viele Gastarbeiter aus Marokko rekrutiert und der belgische König Baudouin liess im Jahr 1967 den saudischen König Faisal die grosse Moschee von Brüssel bauen, um an billiges Öl zu kommen. Eine tatsächliche Integration der marokkanischen Gastarbeiter wurde weitgehend vernachlässigt.

In noch viel grösserem Mass gibt es verheerende Terroranschläge in aussereuropäischen Ländern, welche für relativ geringfügige Delikte bereits die Todesstrafe vorsehen, z. B. in Pakistan. Es ist daher nicht nachvollziehbar, weshalb mit einer Erhöhung des Strafrahmens und der Repression die Gefahr von terroristischen Aktivitäten gebannt werden soll, das Gegenteil ist nachweislich der Fall. Es braucht nicht härtere Strafen und damit verbunden Ausgrenzung und Kriminalisierung - vielmehr muss in gezielte Aufklärungs- und Integrationsmassnahmen investiert werden, wie sie ansatzweise z.B. in Dänemark initiiert worden sind.

2.12 Radikalisierung und Rekrutierung in Gefängnissen

Werden wegen bereits geringfügiger Delikte Gefängnisstrafen verhängt, besteht die Gefahr, dass sich im Prinzip harmlose Personen im Gefängnis radikalisieren und für Anschläge rekrutieren lassen. Dies ist in Frankreich nachweislich wiederholt geschehen. Auch aus diesem Grund ist die vorgesehene drakonische Erhöhung des Strafrahmens nicht zielführend, sie wird vielmehr neue Probleme schaffen und in absehbarer Zeit zu einer weiteren Gesetzesverschärfung führen, welche je nach politischer Lage schnell gegen andere Gruppierungen angewendet werden kann, zumal die Definition von «Terrorismus» unklar bleibt und den kantonalen Strafbehörden vorbehalten sind.

2.13 Vorzeitige Übermittlung von Informationen und Beweismitteln

Das Übereinkommen des Europarates soll der Verhütung des Terrorismus dienen. Der neue Art. 80bis Rechtshilfegesetz soll aber für alle strafbaren Handlungen zur Anwendung kommen, auch ohne Bezug zu Terrorismus. Dies lehnt grundrechte.ch ab.

Das Nachrichtendienstgesetz, welches am 1. September 2017 in Kraft getreten ist, enthält in Art. 61 bereits eine Regelung zur Weitergabe von Daten an ausländische Behörden - namentlich wenn die Schweiz aufgrund eines völkerrechtlichen Vertrags dazu verpflichtet ist (Art. 61 Abs. 2 lit. a NDG) oder dies zur Verhinderung oder Aufklärung einer schweren Straftat notwendig ist (Art. 61 Abs. 2 lit. b NDG). Diese Regelung genügt vollauf, zumal kantonale Stellen und Bundesbehörden verpflichtet sind, alle Wahrnehmungen im Zusammenhang mit Terrorismus umgehend an den NDB zu melden und somit der NDB jederzeit über alle relevanten Sachverhalte informiert ist. Zudem ist eine gleiche Handhabung der sehr sensiblen vorzeitigen Übermittlung von Informationen und Beweismitteln an ausländische Behörden eher gewährleistet, wenn nur eine Stelle dafür zuständig ist.

2.14 Verwaltungsmassnahmen

Der vorliegende Gesetzesentwurf regelt zwar noch keine Verwaltungsmassnahmen, aber er legt das Fundament für die nächste bereits geplante Vorlage, welche dann diese Verwaltungsmassnahmen legislieren soll. Aus diesem Grund erlaubt sich grundrechte.ch bereits jetzt ein paar kritische Bemerkungen dazu:

Wir befürchten, dass wie beim «Hooligan-Gesetz» (Abschnitt 5a BWIS) eine Verwaltungsmassnahme verfügt werden kann, sobald ein strafrechtliches Verfahren, namentlich wegen eines angeblichen Verstosses gegen Art. 260ter und 260sexies StGB resp. Art. 74 Abs. 4, 4bis, 4ter, 6, 6bis und 7 NDG, eröffnet worden ist, sofern ein derartiges Strafverfahren überhaupt zur Bedingung gemacht wird und nicht schon niederschwelliger gehandelt werden kann.

Ebenfalls gehen wir davon aus, dass einer allfälligen Beschwerde wie beim «Hooligan-Gesetz» die aufschiebende Wirkung entzogen wird. Dies bedeutet, dass eine verfügte Verwaltungsmassnahme sofort Wirkung entfaltet und von betroffenen Personen nicht wirksam bekämpft werden kann, weil ein Rechtsmittelverfahren länger dauert, zumindest aber so lange, bis die verfügte Massnahme ohnehin hinfällig ist. Dies ist beim «Hooligan-Gesetz» resp. beim «Hooligan-Konkordat» belegbar.

3. Bemerkungen zu den einzelnen Artikeln

3.1 Art. 74 Abs. 4, 4bis, 4ter, 6, 6bis und 7 NDG

Ein Organisationsverbot des Bundesrats stützt sich gemäss Art. 74 Abs. 2 NDG auf einen entsprechenden Beschluss der Vereinten Nationen oder der Organisation für Sicherheit und Zusammenarbeit in Europa. Dies erscheint unbedenklich, solange klar kommuniziert wird, welche

Gruppierungen mit einem Organisationsverbot belegt sind und eine aktuelle Liste jederzeit niederschwellig abrufbar ist.

Die in dieser Bestimmung definierten Straftatbestände sind bereits mit mehrjährigen Freiheitsstrafen bedroht, weshalb eine Erhöhung des Strafrahmens aus völkerrechtlichen Verpflichtungen nicht notwendig ist. grundrechte.ch lehnt daher eine Erhöhung der Maximalstrafe auf 5 Jahren ab.

Dass die Verfolgung und Beurteilung der fraglichen Handlungen der Bundesgerichtsbarkeit unterstehen sollen, ist problematisch, weil gegen Urteile des Bundesstrafgerichts keine Berufung möglich ist. Einzig eine Beschwerde ans Bundesgericht steht offen, und dieses kann nicht mit voller Kognition entscheiden. Entgegen den Vorschriften der StPO fehlt somit ein ganzer Instanzenzug, was nicht hinnehmbar ist.

Zudem erscheint problematisch, dass der identische Tatbestand in zwei unterschiedlichen Gesetzen geregelt ist. grundrechte.ch empfiehlt daher, Art. 74 NDG zu streichen, Art. 260ter StGB zu belassen, wie er ist, und für terroristische Organisation einen neuen Artikel mit einer Liste der verbotenen Gruppierungen im StGB aufzunehmen.

3.2 Art. 28a Abs. 2 Bst. b StGB

Jede kriminelle und terroristische Organisation hält ihren Aufbau und ihre personelle Zusammensetzung geheim. Weil dieses Kriterium in der Strafbestimmung von Art. 260ter StGB gestrichen wurde, ist die Aufhebung des Quellenschutzes nicht verhältnismässig.

3.3 Art. 66a Abs. 1 Bst. l und p StGB sowie 3.4 Art. 72 StGB

Eine zwingende Landesverweisung ist unverhältnismässig, da kriminelle und terroristische Organisationen in Art. 260ter StGB nur unklar definiert sind und damit willkürliche Entscheide zu befürchten sind. Dasselbe gilt für die Einziehung von Vermögenswerten.

3.5 Art. 260ter StGB

Gemäss Ausführungen des Bundesrats unter 4.1.2.6 soll es entgegen Art. 123 Abs. 1 BV, wonach die Gesetzgebung auf dem Gebiet des Strafrechts Sache des Bundes ist, dem kantonalen Richter bei der Beantwortung der Frage, ob eine Gruppierung als terroristische Organisation einzustufen sei, frei stehen, auf Listen zurückzugreifen, zusätzliche Aspekte zu berücksichtigen und weitere Erwägungen anzustellen. Ob eine Gruppierung eine terroristische Organisation ist oder nicht, soll mit anderen Worten dem richterlichen Ermessen unterliegen. Wenn aber die Tatfrage, ob eine bestimmte Organisation terroristisch sei oder nicht, einzig dem richterlichen Ermessen unterliegt, ist für alle Beteiligte nicht im Voraus absehbar, ob eine Handlung strafbar ist oder nicht. Dadurch wird das konventionsmässige Bestimmtheitsgebot der EMRK verletzt. Es kommt hinzu, dass das Bundesgericht nicht in das richterliche Ermessen eingreifen kann.

Wie unter 2.9 bereits aufgezeigt wurde, könnte eine bestimmte Organisation, z. B. die PKK, in einigen Kantonen durch die Rechtsprechung verboten werden und in anderen Kantonen nicht. Dies könnte vom Bundesgericht nicht korrigiert werden, weil es nicht in das richterliche Ermessen eingreifen kann. Schon allein aus diesem Grund ist eine abschliessende Aufzählung aller verbotenen Organisationen auf nationaler Ebene im Gesetzestext zwingend.

Es ist nicht ersichtlich, weshalb der Bundesrat gestützt auf Art. 74 NDG mittels Verfügung innert kurzer Zeit spezifische Organisationen verbieten kann, dies aber nicht beispielsweise in der

Verordnung zum Strafgesetzbuch und zum Militärstrafgesetz (V-StGB-MstG) können soll. Zudem hat die Definition terroristischer Organisationen in Art. 1 des Bundesgesetzes über das Verbot der Gruppierungen «Al-Qaïda» und «Islamischer Staat» sowie verwandter Organisationen seit Dezember 2014 nicht geändert, obwohl dieses Gesetz mehrfach von den eidgenössischen Räten verlängert wurde. Die Ausführungen des Bundesrats, weshalb eine abschliessende Aufzählung der verbotenen Organisationen im StGB nicht wie im bisherigen Gesetz möglich sein soll, sind ein klassisches Nicht-Argument.

Irritierend ist auch, dass die im StGB vorgesehene Definition einer terroristischen Organisation sehr unbestimmt ist, aber alle Beispiele im Bericht sehr einseitig auf den Islamischen Staat (IS) zugeschnitten sind. Wenn es keine anderen Beispiele gibt, soll der IS sinnvollerweise anstelle einer nichtssagenden Definition explizit in den Gesetzestext aufgenommen werden. Damit verhindert der Gesetzgeber willkürliche Auslegungen bzw. Missbrauch durch Anwendung auf andere politische Organisationen und dem Druck aus dem Ausland.

Die in dieser Bestimmung definierten Straftatbestände sind bereits mit mehrjährigen Freiheitsstrafen bedroht, weshalb eine Erhöhung des Strafrahmens aus völkerrechtlichen Verpflichtungen nicht notwendig ist. grundrechte.ch lehnt daher eine Erhöhung der Maximalstrafen ab, zumal Strafverschärfungen kontraproduktiv sind (siehe 2.10 und 2.11).

Weil die neuen unklaren Definitionen, namentlich der Wegfall des klandestinen Elements, auch für kriminelle Organisationen gelten, wird es ohne eine Zunahme des organisierten Verbrechens mehr Verfahren aufgrund Art. 260ter StGB gegen «gewöhnliche» Kriminelle, z. B. Einbrecherbanden, geben. Dies ist nicht die Absicht des Übereinkommens des Europarates zur Verhütung des Terrorismus mit dem dazugehörigen Zusatzprotokoll.

3.6 Art. 260sexies StGB

Hier genügt eine Strafandrohung von Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder Geldstrafe.

3.7 Art. 24 Abs. 1 StPO

Dass die Verfolgung und Beurteilung der fraglichen Handlungen der Bundesgerichtsbarkeit unterstehen sollen, ist problematisch, weil gegen Urteile des Bundesstrafgerichts keine Berufung möglich ist. Einzig eine Beschwerde ans Bundesgericht steht offen. Das Bundesgericht kann aber nur prüfen, ob offensichtliche Verletzungen von Bundesrecht oder Verfassungsbestimmungen vorliegen und nicht wie eine Berufungsinstanz beispielsweise eine neue Hauptverhandlung ansetzen, Zeugen befragen oder neue Beweise abnehmen. **Entgegen den Vorschriften der StPO fehlt somit ein ganzer Instanzenzug, was nicht hinnehmbar ist.**

3.8 Art. 172 Abs. 2 Bst. b Ziff. 3 StPO

Wegen der in Art. 260ter StGB viel zu offenen Umschreibung was denn eine terroristische Organisation ausmacht, ist die Aufhebung des Quellenschutzes nicht verhältnismässig.

3.9 Art. 80bis Rechtshilfegesetz

Das Nachrichtendienstgesetz, welches am 1. September 2017 in Kraft getreten ist, enthält in Art. 61 bereits eine Regelung zur Weitergabe von Daten an ausländische Behörden, namentlich wenn die Schweiz aufgrund eines völkerrechtlichen Vertrags dazu verpflichtet ist (Art. 61 Abs. 2 lit. a NDG) oder dies zur Verhinderung oder Aufklärung einer schweren Straftat notwendig ist (Art. 61 Abs. 2 lit. b NDG). Diese Regelung genügt vollauf, zumal kantonale Stellen und Bundesbehörden verpflichtet sind, alle Wahrnehmungen im Zusammenhang mit Terrorismus umgehend an den NDB zu melden und somit der NDB jederzeit über alle relevanten Sachverhalte informiert ist. Zudem ist

eine gleiche Handhabung der sehr sensiblen vorzeitigen Übermittlung von Informationen und Beweismitteln an ausländische Behörden eher gewährleistet, wenn nur eine Stelle dafür zuständig ist.

4. Schlussfolgerung

Die Ratifizierung des Übereinkommens des Europarates zur Verhütung des Terrorismus mit dem dazugehörigen Zusatzprotokoll kann ohne die zusätzlichen vorgeschlagenen Gesetzesänderungen vollzogen werden.

Wir schlagen vor, Art. 74 NDG zu streichen, Art. 260ter StGB zu belassen, wie er ist, und für terroristische Organisation einen neuen Artikel mit einer abschliessenden, national verbindlichen Liste der verbotenen Gruppierungen im StGB aufzunehmen. Der neue Art. 260sexies StGB kann mit reduzierter Strafandrohung belassen werden. Auf Art. 80bis Rechtshilfegesetz ist zu verzichten, weil Art. 61 NDG vollauf zur Weitergabe von Daten an ausländische Behörden genügt.

grundrechte.ch regt zudem an, den Fokus für einmal nicht auf eine Verschärfung des Strafrechts zu setzen, sondern mehr Mittel in weitere Massnahmen gegen die Radikalisierung im In- und Ausland zu investieren, z. B. durch Ermöglichung der politischen Partizipation aller hier lebenden MigrantInnen, mit Informations- und Beratungsangeboten und ernst gemeinten Integrationsmassnahmen im Bildungs- und Sozialbereich.

Mit freundlichen Grüssen

Viktor Györffy, Präsident grundrechte.ch



humanrights.ch

Hallerstrasse 23, CH-3012 Bern, Telefon ++41 31 302 01 61
info@humanrights.ch, www.humanrights.ch

Bundesamt für Justiz
Fachbereich Internationales Strafrecht
Bundesrain 20
3003 Bern

andrea.candrian@bj.admin.ch
annemarie.gasser@bj.admin.ch

Bern, 11. Oktober 2017

Genehmigung und Umsetzung des Übereinkommens des Europarates zur Verhütung des Terrorismus mit dem dazugehörigen Zusatzprotokoll und Verstärkung des strafrechtlichen Instrumentariums gegen Terrorismus und organisierte Kriminalität

Vernehmlassungsantwort des Vereins humanrights.ch

Sehr geehrte Frau Bundesrätin

Der Verein humanrights.ch dankt Ihnen für die Möglichkeit, sich zu den Vorschlägen betreffend Genehmigung und Umsetzung des Übereinkommens des Europarates zur Verhütung des Terrorismus mit dem dazugehörigen Zusatzprotokoll äussern zu können.

Allgemeine Bemerkungen

Der Bundesrat räumt in seinem begleitenden Bericht ein, dass das geltende schweizerische Recht die Verpflichtungen der Abkommen des Europarats und der Vereinten Nationen bezüglich Strafbarkeit, Prävention und internationaler Kooperation mit ganz wenigen Ausnahmen bereits heute erfüllt (s. S. 2). Die neu vorgeschlagenen Strafbestimmungen sind damit aus der Perspektive des internationalen Rechts grösstenteils nicht notwendig.

Humanrights.ch konzentriert sich in seiner Stellungnahme auf das vorgesehene Verbot terroristischer Organisationen und derer Unterstützung in **Art. 260ter** und beurteilt die vorgeschlagenen Strafnormen als zu schwammig und überrissen: eine klassische Überreaktion aufgrund einer Stimmungslage, die durch sporadische Terroranschläge im nahen Ausland aufgeheizt ist. Die Schweiz muss sich davor hüten, Strafverschärfungen zum Zwecke der Terrorismusbekämpfung einzuführen, welche nicht nur über das Ziel hinausschiessen und unbedachte Wirkungen nach sich ziehen, sondern auch grundlegende rechtstaatliche Prinzipien in Frage stellen.

Dieser allgemeine Vorbehalt betrifft nebst dem Art. 260ter auch den **Art. 66a, Abs. 3, Buchst. l und p**: Hier ist zur Absicherung unbedingt der Vorbehalt des Non-Refoulement-Prinzips anzubringen.

Auch der **Art. 260 Abs. 1 Buchst. c** sowie **Abs. 2** birgt u.E. ein hohes Missbrauchsrisiko, weil völlig unklar ist, welche Beweiskriterien zur Anwendung gelangen sollen, um die in diesen Bestimmungen vorausgesetzte „Absicht“ nachweisen zu können.

Zu Art. 260ter StGB

a) Verlagerung der Definitionshoheit zu den Gerichten

Neu sollen global «terroristische Organisationen» und deren Unterstützung mittels einer unscharfen allgemeinen Umschreibung unter Strafe gestellt werden. Gemäss Ausführungen des Bundesrats im erläuternden Bericht unter Kap. 4.1.2.6 soll es entgegen Art. 123 Abs. 1 Bundesverfassung, wonach die Gesetzgebung auf dem Gebiet des Strafrechts Sache des Bundes ist, dem kantonalen Richter bei der Beantwortung der Frage, ob eine Gruppierung als terroristische Organisation einzustufen sei, freistehen, auf Listen zurückzugreifen, zusätzliche Aspekte zu berücksichtigen und weitere Erwägungen anzustellen. Ob eine Gruppierung eine terroristische Organisation ist oder nicht, soll mit anderen Worten dem richterlichen Ermessen unterstellt werden.

Die Definitionshoheit wird vom Parlament zu den Strafverfolgungsbehörden und Gerichten verschoben, welche nach Gutdünken eine beliebige Organisation als terroristisch respektive eine beliebige Handlung als Unterstützung einer terroristischen Organisation erklären können. Dies führt zu Rechtsunsicherheit und erhöht das Risiko von Willkür.

Eine Organisation wie z. B. die PKK könnte damit also in einigen Kantonen durch die Rechtsprechung verboten werden und in anderen Kantonen nicht. Dies könnte vom Bundesgericht nicht korrigiert werden, weil es nicht bzw. nur sehr zurückhaltend in das richterliche Ermessen eingreifen darf. Schon allein aus diesem Grund ist eine abschliessende Aufzählung aller verbotenen Organisationen im Gesetzestext zwingend.

b) Verletzung des Bestimmtheitsgebots

Wenn die Tatfrage, ob eine bestimmte Organisation terroristisch sei oder nicht, dem richterlichen Ermessen unterliegt, ist nicht absehbar, ob eine Handlung strafbar ist oder nicht. Dadurch wird das Bestimmtheitsgebot bzw. Legalitätsprinzip, wie es dem schweizerischen Strafgesetzbuch in Art. 1 zugrunde gelegt ist und auch von den Menschenrechtsverträgen (insbesondere Art. 7 EMRK) gefordert wird, verletzt.

Verlangt ist eine ausreichende Bestimmtheit von Strafnormen. Wenn nun die Zugehörigkeit zu oder die Unterstützung einer «terroristischen Organisation» unter Strafe gestellt werden soll, so wird vor dem Hintergrund der schwammigen Definition einer «terroristischen Organisation» das Gebot der Bestimmtheit von Strafandrohungen verletzt, insbesondere weil weder eine an sich strafbare Handlung noch ein Vorsatz gefordert ist und auf Seiten der «terroristischen Organisationen» die Erfordernisse einer Operation im Verdeckten sowie einer verbrecherischen Tätigkeit fehlen. So bleibt unklar, wie sich jemand zu verhalten hat, damit er oder sie nicht mit einem Strafverfahren konfrontiert wird.

c) Aussenpolitische Risiken

Es gibt zahlreiche Konflikte weltweit, in denen bewaffnete Gruppen involviert sind: Wer wird entscheiden, welche Gruppierungen als Terror-Organisationen eingestuft werden und welche nicht? Wie kann verhindert werden, dass fremde Regierungen Druck auf die Schweiz ausüben, damit diese eine bestimmte Organisation als terroristisch verbietet? Wie verträgt sich das Organisations-Verbot mit der Schweizer Neutralitätspolitik?

In der Schweiz gibt es eine Vielzahl von Hilfswerken jeglicher Art, welche im Ausland humanitäre Hilfe leisten. Einsätze oder Lieferungen von Hilfsgütern erfolgen im Ausland häufig in Gegenden, die von bewaffneten Gruppierungen kontrolliert werden. Dadurch kommt es zwangsläufig auch zu Kontakten zwischen den Hilfswerken und diesen Gruppierungen. Neu sollen auch an sich legale Handlungen, z. B. Zahlungen, strafbar sein können, auch wenn die Empfängerorganisation nicht im Verdeckten operiert und keine verbrecherischen Tätigkeiten ausübt. Dies erhöht das Risiko für Hilfswerks-Mitarbeitende beträchtlich, sich im Rahmen ihrer Tätigkeiten strafbar zu machen. Wie kann gesichert werden, dass humanitäre Organisationen durch das Verbot der Unterstützung von Terror-Organisationen nicht in ihrer wichtigen Arbeit behindert werden?

Schlussfolgerungen

Wir schlagen vor, **Art. 260ter StGB** zu belassen, wie er ist, und für terroristische Organisationen einen **neuen Artikel** mit einer **Liste der verbotenen Gruppierungen** im StGB aufzunehmen.

Ausserdem ist beim **Art. 66a, Abs. 3, Buchst. l und p** der **Vorbehalt des Non-Refoulement-Prinzips** anzubringen und der **Art. 260 Abs. 1 Buchst. c** sowie **Abs. 2** ist hinsichtlich der Beweiskriterien zu konkretisieren.

Wir bedanken uns für die Berücksichtigung unserer Anmerkungen und verbleiben

mit freundlichen Grüssen



Alex Sutter
Co-Geschäftsleiter



Konferenz der Kantonalen Justiz- und Polizeidirektorinnen und -direktoren
Conférence des directrices et directeurs des départements cantonaux de justice et police
Conferenza delle direttrici e dei direttori dei dipartimenti cantonali di giustizia e polizia

Frau Bundesrätin
Simonetta Sommaruga
Vorsteherin des Eidgenössischen Justiz-
und Polizeidepartements
Bundeshaus West
3003 Bern

Bern, 6. Oktober 2017

09.01 cst/sro

Stellungnahme betreffend die Änderungen des Strafgesetzbuches zur Genehmigung und Umsetzung des Übereinkommens des Europarates zur Verhütung des Terrorismus mit dem dazugehörigen Zusatzprotokoll und die Verstärkung des strafrechtlichen Instrumentariums gegen Terrorismus und organisierte Kriminalität

Sehr geehrte Frau Bundesrätin

Wir danken Ihnen für die Gelegenheit zu Stellungnahme in erwähnter Sache. Der Vorstand der KKJPD hat sich unter Einbezug der Strafrechtskommission und der KKPKS eingehend mit der Gesetzgebungsvorlage befasst. Wir lassen Ihnen nachfolgend unsere Überlegungen zukommen.

Allgemeine Bemerkungen

Die KKJPD anerkennt die Notwendigkeit, das Übereinkommen des Europarates vom 16. Mai 2005 zur Verhütung des Terrorismus und seines Zusatzprotokolls umzusetzen. Sie erachtet es als ebenso wichtig, dass die Bedürfnisse der Strafverfolgung und der Polizei im eigenen Land gebührend ernst genommen und im Rahmen der rechtsstaatlichen Prozedere berücksichtigt werden.

Der Vernehmlassungsentwurf stellt unter anderem das Anwerben, die Ausbildung und das Reisen im Hinblick auf eine terroristische Straftat — also die so genannten Dschihadreisen — ausdrücklich unter Strafe. Die Bestimmung gegen terroristische Organisationen wird nun ebenfalls durch das StGB klar definiert.

Mit dieser Vorlage soll das strafrechtliche Instrumentarium zur Verfolgung terroristisch motivierter Handlungen vervollständigt und auf schwer beweisbare Tatbestandsmerkmale verzichtet werden. Dafür werden neue Anknüpfungspunkte für gerichtspolizeiliche Ermittlungen geschaffen bzw. geschärft. Dies ist aus Sicht der Strafverfolgungsbehörden zu begrüßen.

Terrorismus kann jedoch nicht mit den Mitteln des Strafrechts allein bekämpft werden. Die Anpassung des Strafrechts genügt nicht, um das Ziel, die Verhinderung von Terrorismus in der Schweiz, zu erreichen. Die Radikalisierung von Personen hin zum Terrorismus erfordert frühzeitige staatliche Interventionen, sobald sich sozial auffälliges Verhalten manifestiert (vgl. 6-Phasenmodell der Radikali-

sierung von fedpol). In der Frühphase der Radikalisierung sind soziale, erzieherische, therapeutische, ärztliche oder andere Massnahmen von kommunalen und kantonalen Behörden ausserhalb des Sicherheitsbereichs zu ergreifen, um die Person wieder auf den richtigen Weg zu bringen. Dem Grad ihrer Radikalisierung und der damit einhergehenden Gefahr entsprechend können bereits heute verschiedene Massnahmen gegenüber einer betroffenen Person ergriffen werden. Der Nationale Aktionsplan gegen Radikalisierung und gewalttätigen Extremismus (NAP) des Sicherheitsverbunds Schweiz (SVS) wird zusätzlich entsprechende Massnahmen und Handlungsempfehlungen vorschlagen, um allen Formen von politisch und ideologisch motivierter Radikalisierung und gewalttätigem Extremismus entgegenzuwirken. Dabei werden Städte und Gemeinden einbezogen, da die Zusammenarbeit auf lokaler Ebene bei dieser Radikalisierungsprävention zentral ist. Der Aktionsplan soll in der zweiten Jahreshälfte 2017 vorliegen.

Reichen diese Massnahmen allein nicht aus oder bestehen Anhaltspunkte für eine konkrete und aktuelle Gefahr, die von der Person ausgeht, so sollten polizeiliche Massnahmen ausserhalb eines Strafverfahrens ergriffen werden können. Folglich beauftragte der Bundesrat vom 22. Juni 2016 das EJPD bzw. fedpol damit, präventiv-polizeiliche Massnahmen zur Bekämpfung von Terrorismus und Schwerstkriminalität (PMT) auszuarbeiten. Im Fokus stehen Massnahmen gegen Dschihadreisende (Ausreiseverbot mit Reisedokumentensperre, Meldepflicht). Zusätzlich sind ein Kontaktverbot sowie die Möglichkeit einer Ein- und Ausgrenzung für solche Gefährderinnen und Gefährder vorgesehen. Zur Erkennung eines kriminogenen Umfeldes und Netzwerks dieser Personen sollte auch die verdeckte Registrierung in den polizeilichen Informationssystemen ermöglicht werden. Da die Rekrutierung und Instruktion dieser Personen namentlich im Internet und in sozialen Medien stattfinden, sollte fedpol künftig verdeckte Fahnder auch präventiv einsetzen können, wie dies verschiedene Kantone in ihren Polizeigesetzen bereits verankert haben. Die KKJPD begrüsst es, wenn noch dieses Jahr ein Vernehmlassungsentwurf vorgelegt werden kann.

Trotz der thematischen Berührungspunkte zwischen den beiden Vorlagen unterscheiden sich diese insofern, als die vorliegende Vorlage die Verfolgung erfolgter oder begonnener Straftaten betrifft, während die polizeilichen Massnahmen primär das frühzeitige Erkennen und Verhindern einer drohenden terroristisch motivierten Straftat bezwecken. In diesem Sinne ergänzen sich diese beiden Gesetzgebungsvorhaben.

Die geplanten neuen präventiv-polizeilichen Instrumente der Vorlage PMT werden in ihrer Umsetzung regelmässige Koordination und enge Absprachen mit den zuständigen kantonalen Behörden erfordern. So sollen die präventiv-polizeilichen Massnahmen bestehende soziale oder andere Massnahmen nicht ersetzen, sondern ergänzen bzw. unterstützen. Die Vorlage weist insofern eine enge Schnittstelle mit den Präventionsmassnahmen zur Verhinderung von Radikalisierung auf, die im Rahmen des NAP vom SVS vorgeschlagen werden.

Insgesamt wird mit dem Gesamtpaket der Vorlagen von BJ und fedpol sowie dem NAP des SVS das Handlungsinstrumentarium gegen Terrorismus komplettiert.

Die KKJPD hat zudem festgestellt, dass die vorgeschlagenen Gesetzesänderungen auch im Bereich der Terrorbekämpfung an der bisherigen Kompetenzaufteilung für die strafrechtliche Verfolgung von jugendlichen Straftätern festhalten wollen. Dies ist zu begrüssen, denn ein Systemwechsel der Zuständigkeit bei jugendlichen Straftätern würde die vorliegende Vorlage sicherlich überladen.

In Bezug auf die in der Vernehmlassung zur Diskussion gestellten Änderungen des Strafgesetzbuches hat die KKJPD ihre Haltung mit der Eingabe vom 8. September 2016 an die Vorsteherin des EJPD klar dargelegt und hält grundsätzlich an diesen Vorschlägen fest. Die vorliegende Stellungnahme konzentriert sich deshalb auf die zentralen inhaltlichen Differenzen der aktuellen Vorlage im Vergleich zur Eingabe vom 8. September 2016.

Kriminelle Organisationen (Art. 260^{ter} Abs. 1 VE-StGB)

Die KKJPD begrüsst, dass die Vorlage einem ihrer wesentlichen Anliegen folgt, indem sie auf die Tatbestandselemente der Geheimhaltung sowie der Unterstützung der verbrecherischen Tätigkeit fortan verzichtet.

Hingegen ist es aus Sicht der KKJPD nicht hinnehmbar, dass von der Strafbarkeit der Zugehörigkeit zu einer kriminellen Organisation abgesehen werden soll.

Es war ein wesentliches Ziel der KKJPD, zurzeit noch inaktive „Schläfer“ strafrechtlich zu erfassen. Entsprechend hat sich der Vorschlag der KKJPD bewusst vom Begriff der „Beteiligung“ abgewendet und den Begriff der „Zugehörigkeit“ gewählt. Die Vorlage erkennt – und die bisherige Rechtsprechung geht bedauerlicherweise auch in diese Richtung – dass es heute streng genommen gar keine Beteiligung ohne Unterstützungshandlungen gibt. Irgendeine Unterstützungshandlung muss nachgewiesen werden, damit die Beteiligung überhaupt in Frage kommt. So existiert die Tatbestandsvariante „Beteiligung“ letztlich nicht eigenständig. Der blosser Umstand, dass N'dranghetta-Mitglieder sich in der Schweiz aufhalten und hier ihre Treffen abhalten oder dass IS-Mitglieder in die Schweiz einreisen und sich hier aufhalten, stellt für sich selbst bereits eine nicht zu vernachlässigende abstrakte Gefahr dar. Dies gilt auch dann, wenn solche „Mitglieder“ noch nicht aktiv werden bzw. ihnen noch keine unterstützenden Tätigkeiten nachgewiesen werden können.

Mit Gesinnungsstrafrecht hat das Bekämpfen der von den „Mitgliedern“ dieser Gruppierungen ausgehenden abstrakten Gefahr nichts zu tun. In diesem Sinne stimmt die KKJPD mit dem Bundesrat überein, dass die blosser Bekundung einer Sympathie oder einer – regelmässig schwer zu beweisenden – bloss mentalen Verbundenheit mit einer Organisation nie bereits als Beteiligung im Sinne des Strafrechts gelten darf.

Die KKJPD hält deshalb mit Nachdruck am Formulierungsvorschlag in der Eingabe vom 8. September 2016 fest und lehnt die Lösung des vorliegenden Entwurfes ab.

Die KKJPD begrüsst, dass von der Einführung zusätzlicher gesetzlicher Merkmale für die Umschreibung einer kriminellen Organisation bzw. von einer abschliessenden Legaldefinition abgesehen wird. Wie in der Eingabe vom 8. September 2016 festgestellt, gehen die beweisrechtlichen Schwierigkeiten der Strafverfolgungsbehörden auch darauf zurück, dass die Rechtsprechung besagte Indikatoren im Laufe der Zeit zu zwingenden, kumulativ erforderlichen Tatbestandselementen erhoben hat.

Die KKJPD lehnt klar ab, dass der bisherige Strafraum von bis zu fünf Jahren für den Grundtatbestand der kriminellen Organisation nach Art. 260^{ter} Abs. 1 VE-StGB beibehalten werden soll. Die KKJPD hält an ihrer Forderung des Strafraums von bis zu 10 Jahren fest.

Die gesellschaftliche Ächtung einer kriminellen Organisation und deren Unrechtsgehalt dürfen nicht geringer eingestuft werden als bei einer terroristischen Organisation. Der Umstand, dass die Bedrohung durch terroristische Organisationen aufgrund von Terrorakten von der breiten Öffentlichkeit aktuell unmittelbarer und emotionaler wahrgenommen wird, rechtfertigt keine „Privilegierung“ der kriminellen Organisation im Verhältnis zur terroristischen Organisation. Wenn eine kriminelle Organisation ihre Zwecke auf subjektive, klandestine Weise verfolgt und staatliche Strukturen unterwandert, während die terroristische Organisation den Staat und seine Institutionen öffentlichkeitswirksam zu schädigen versucht, macht dies erstere nicht weniger gefährlich für den Staat und seine Bevölkerung. Dass im Falle einer im Rahmen einer kriminellen Organisation begangenen, schweren Straftat deren gegebenenfalls höherer Strafraum zur Anwendung gelangt, ändert am eigenständig zu berücksichtigenden, mit dem hohen Gefährdungspotential einhergehenden Unrechtsgehalt der kriminellen Organisation nichts.

Es ist für die KKJPD nicht einsichtig, weshalb Geldstrafen beim Grundtatbestand der kriminellen Organisation weiterhin möglich sein sollen. Sie lehnt diese ab. Die KKJPD hält daran fest, dass eine Minimalstrafe ins Gesetz aufzunehmen ist und fordert, wie in der Eingabe vom 8. September 2016 dargelegt, eine Untergrenze mit einer Freiheitsstrafe von nicht unter 6 Monaten.

Die KKJPD begrüsst die Einführung einer qualifizierten Strafdrohung für führende Mitglieder einer kriminellen Organisation mit einem Strafraum von bis zu 20 Jahren. Hingegen stellt sich für die KKJPD die Frage, ob das rechtspolitische Zeichen, das für führende Mitglieder krimineller Organisation gesetzt werden soll, nicht geschwächt wird, wenn der untere Strafraum bei lediglich einem Jahr angesetzt wird. So wird die Möglichkeit geschaffen, ein führendes Mitglied zu einer lediglich bedingten Freiheitsstrafe zu verurteilen. Dies wird dem erheblich erhöhten Gefährdungspotential einer solchen Person und dem entsprechend hohen Unrechtsgehalt ihrer Beteiligung nicht gerecht. Deshalb verlangt die KKJPD, dass als Untergrenze eine Freiheitsstrafe von drei Jahren eingesetzt wird.

Der erläuternde Bericht hält mit Verweis auf die bisherige Rechtsprechung an der Subsidiarität der Strafnorm von Art. 260^{ter} VE-StGB fest. Dies ist aus Sicht der KKJPD nicht hinnehmbar. Wegen ihrer Gefährlichkeit und sozialen Schädlichkeit verstösst die Beteiligung an einer kriminellen Organisation oder deren Unterstützung gegen die öffentliche Sicherheit und verletzt damit ein eigenständig geschütztes Rechtsgut. Für diesen Verstoß soll der Täter zusätzlich zu einer allfälligen Anlasstat und

diesfalls mit der Möglichkeit der Strafschärfung nach Art. 49 StGB verurteilt werden können. Die Privilegierung von Mitgliedern oder Unterstützern einer kriminellen Organisation durch bloss subsidiäre Anwendung gegenüber anderen Tatbeständen rechtfertigt sich im Vergleich zu anderen Straftätern durch gar nichts. Demgegenüber versteht der Vorschlag KKJPD die Tatbestände der kriminellen Organisation nicht einfach nur als subsidiäre Bestimmungen, welche Anwendung finden, wenn man kein anderes Delikt findet. Idealkonkurrenz ist dann im Strafrecht anzunehmen, wo sich verschiedene Tatbestände in der Ausführungshandlung vollständig decken, wie z. B. bei sexueller Handlung mit einem Kind oder sexueller Nötigung, bei Raubmord (Mord und Raub) oder bei falschem Zeugnis und zugleich Verleumdung. Es ist nicht einzusehen, weshalb dies gerade im Deliktsbereich der kriminellen Organisation nicht der Fall sein soll und auf eine Straferhöhung nach Art. 49 StGB verzichtet werden soll. Wenn ein Täter beispielsweise das Attentat einer kriminellen Organisation auf einen Strafrichter, der Exponenten derselben verurteilt hat, finanziert, soll er sowohl wegen Unterstützung oder Beteiligung an der kriminellen Organisation als auch wegen des Tötungsdelikts gegen den Richter verurteilt werden können.

Terroristische Organisationen (Art. 260^{ter} Abs. 2 VE-StGB)

Mit Bezug auf die Frage der Strafbarkeit der "Zugehörigkeit" verweisen wir auf das zu den kriminellen Organisationen Ausgeführte. Dies gilt gleichermassen für die Strafbarkeit der Zugehörigkeit bei einer Terroristischen Organisation.

Die KKJPD begrüsst die gewählte Regelung terroristischer Organisationen und den Verzicht auf die (beweiserleichternde) Benennung von spezifischen Organisationen im StGB. Letztere wird schliesslich das Organisationsverbot im künftigen Art. 74 NDG ermöglichen.

Die KKJPD begrüsst die Einführung des Strafrahmens von bis zu 10 Jahren für den Grundtatbestand der terroristischen Organisation. Es ist für die KKJPD nicht einsichtig, weshalb Geldstrafen beim Grundtatbestand der terroristischen Organisation weiterhin möglich sein sollen. Sie lehnt diese ab. Die KKJPD hält daran fest, dass eine Minimalstrafe ins Gesetz aufzunehmen ist und fordert, wie in ihrer Eingabe vom 8. September 2016 dargelegt, eine Untergrenze mit einer Freiheitsstrafe von einem Jahr.

Die KKJPD begrüsst die Einführung einer qualifizierten Strafdrohung für führende Mitglieder einer terroristischen Organisation mit einem Strafrahmen von bis zu 20 Jahren. Hingegen stellt sich für die KKJPD die Frage, ob das rechtspolitische Zeichen, das für führende Mitglieder terroristischer Organisation gesetzt werden soll, nicht geschmälert wird, wenn der untere Strafrahmen bei lediglich einem Jahr angesetzt wird. So wird die Möglichkeit geschaffen, ein führendes Mitglied zu einer lediglich bedingten Freiheitsstrafe zu verurteilen. Dies wird dem erheblich erhöhten Gefährdungspotential einer solchen Person und dem entsprechend hohen Unrechtsgehalt ihrer Beteiligung nicht gerecht. Deshalb verlangt die KKJPD, dass als Untergrenze eine Freiheitsstrafe von drei Jahren eingesetzt wird.

Der erläuternde Bericht hält mit Verweis auf die bisherige Rechtsprechung an der Subsidiarität der Strafnorm von Art. 260^{ter} VE-StGB fest. Dies ist aus Sicht der KKJPD nicht hinnehmbar. Wegen ihrer Gefährlichkeit und sozialen Schädlichkeit verstösst die Beteiligung an einer terroristischen Organisation oder deren Unterstützung gegen die öffentliche Sicherheit und verletzt damit ein eigenständig geschütztes Rechtsgut. Für diesen Verstoß soll der Täter zusätzlich zu einer allfälligen Anlasstat und diesfalls mit der Möglichkeit der Strafschärfung nach Art. 49 StGB verurteilt werden können. Die Privilegierung von Mitgliedern oder Unterstützern einer Terroristischen Organisation durch bloss subsidiäre Anwendung gegenüber anderen Tatbeständen rechtfertigt sich im Vergleich zu anderen Straftätern durch gar nichts. Demgegenüber versteht der Vorschlag KKJPD die Tatbestände der Terroristischen Organisation nicht einfach nur als subsidiäre Bestimmungen, welche Anwendung finden, wenn man kein anderes Delikt findet. Idealkonkurrenz ist dann im Strafrecht anzunehmen, wo sich verschiedene Tatbestände in der Ausführungshandlung vollständig decken, wie z. B. bei sexueller Handlung mit einem Kind oder sexueller Nötigung, bei Raubmord (Mord und Raub) oder bei falschem Zeugnis und zugleich Verleumdung. Wenn ein Täter beispielsweise das Attentat einer terroristischen Organisation auf einen Strafrichter, der Exponenten derselben verurteilt hat, finanziert, soll er sowohl wegen Unterstützung oder Beteiligung an der terroristischen Organisation als auch wegen des Tötungsdelikts gegen den Richter verurteilt werden können.

Anwerbung, Ausbildung und Reisen im Hinblick auf eine terroristische Straftat (Art. 260^{sexies} VE-StGB)

Die KKJPD begrüsst, dass diese Strafnorm auch alleine handelnde Täter erfasst und den Bezug zu einer entsprechenden Organisation nicht erforderlich macht.

Ebenso begrüsst die KKJPD, dass Art. 260^{sexies} und Art. 260^{ter} VE-StGB bzw. Art. 74 VE-NDG in echter Konkurrenz anwendbar sind, wenn die Anwerbung, Ausbildung oder das Reisen bloss einen Teilbereich der Unterstützung oder Beteiligung an einer Organisation darstellt.

Die Strafdrohung mit einer Freiheitsstrafe von bis zu fünf Jahren ist für die KKJPD angemessen und kohärent mit der Regelung in Art. 2 Abs. 1 des Bundesgesetzes über das Verbot der Gruppierungen „Al-Qaïda“ und „Islamischer Staat“ sowie verwandter Organisationen, bzw. Art. 74 Abs. 4 VE-NDG sowie Art. 260^{quinqüies} Abs. 1 StGB.

Die KKJPD begrüsst, dass für die Widerhandlungen gegen Art. 260^{sexies} VE-StGB (und ebenso gegen Art. 74 VE-NDG) die Massnahme der obligatorischen Landesverweisung vorgesehen wird.

Zum Anhang, Ziff. 1, Nachrichtendienstgesetz vom 25. September 2015

Mit dem vorliegenden Bundesbeschluss sollen die Strafverfolgungszuständigkeit und die Strafdrohung von Artikel 74 NDG an diejenige des Bundesgesetzes über das Verbot der Gruppierungen «Al-Qaïda» und «Islamischer Staat» sowie verwandter Organisationen angeglichen werden. Wir stimmen dieser Absicht vollumfänglich zu.

Wie sich gezeigt hat, sind aber die Voraussetzungen von Artikel 74 Absatz 2 NDG für den Erlass eines Organisationsverbotes so formuliert, dass sie weder mit der aktuellen noch der künftig zu erwartenden Praxis von UNO und OSZE übereinstimmen (vgl. Zweitmeinung BJ vom 20. Juli 2017 zum Rechtsgutachten Rüssli (Umbricht Anwälte) zur Verteilung von Koranen auf öffentlichem Grund im Rahmen der Aktion „Lies!“, sowie Schreiben der Direktion für Völkerrecht vom 27. Juni 2017 vom 21. Juni 2017 zum Verfahren zur Erwirkung eines Beschlusses der UNO oder der OSZE betreffend zu verbotende Organisation oder Gruppierung ; beides mitgeteilt im Rahmen eines klassifizierten Kreis-schreibens des Nachrichtendienstes des Bundes vom 9. August 2017). Wir regen deshalb an, die Voraussetzungen im Rahmen des vorliegenden Gesetzgebungspaketes entweder so zu formulieren, dass sie mit der Praxis von UNO und OSZE übereinstimmen, oder ganz darauf zu verzichten, dass sich ein Schweizer Organisationsverbot auf einen Beschluss einer supranationalen Organisation stützen muss.

Vorzeitige Übermittlung von Informationen und Beweismitteln (Art. 80d^{bis} VE-IRSG); gemeinsame Ermittlungsgruppen (Art. 80d^{ter} VE-IRSG)

Die vorgeschlagene Änderung stellt einen Paradigmenwechsel im Bereich der Rechtshilfe in Strafsachen dar, der allerdings in Umsetzung des Übereinkommens des Europarates vom 23. November 2001 über die Cyberkriminalität (in Kraft seit 1. Januar 2012) mit Art. 18b IRSG in beschränktem Umfange eingeläutet worden ist. Die KKJPD begrüsst die Einführung der Möglichkeit einer vorzeitigen Übermittlung von Informationen und Beweismitteln, welche im ausländischen Verfahren für die Vornahme von Ermittlungs- und Untersuchungsmassnahmen verwendet werden können.

Die KKJPD teilt die Meinung, dass es nicht nur um die Bekämpfung des Terrorismus geht (Art. 80d^{bis} Abs. 1 lit. b VE IRSG), sondern generell um die verstärkte, raschere internationale Zusammenarbeit in Fällen schwerer Kriminalität. Die gewählte Formulierung von Art. 80d^{bis} Abs. 1 lit. a VE IRSG „im Interesse des Verfahrens“ ist indessen zu unbestimmt und lässt die Ausnahmeregel des Art. 80d^{bis} Abs. 1 lit. a zum Regelfall werden. Stattdessen sollte diese ausnahmsweise vorzeitige Übermittlung bei „glaubhaft gemachter Notwendigkeit zur Wahrung der Vertraulichkeit“ zur Anwendung gelangen.

Um die rechtstaatliche Verwendung der übermittelten Informationen zu gewährleisten, erachtet es die KKJPD als zwingend, zusätzlich zu den gewählten Formulierungen erläuternd zu präzisieren, ob der betroffenen Person eine selbständige Beschwerde gegen die Zwischenverfügung ermöglicht wird (im Sinne von Art. 80e Abs. 2 IRSG).

Die KKJPD begrüsst die Einführung einer gesetzlichen Grundlage zur Errichtung gemeinsamer Ermittlungsgruppen.

Stärkung der Kompetenzen der MROS (Art. 11a Abs. 2^{bis} GwG)

Die KKJPD begrüsst die Stärkung der Kompetenzen der MROS, indem diese neu unabhängig von einer bestehenden Verdachtsmeldung aufgrund einer Anfrage oder spontanen Information einer ausländischen Partner-FIU Informationen bei Finanzintermediären einholen kann.

Diese Kompetenzen stellen eine notwendige Komplementarität dar zur dynamischen Rechtshilfe in der Strafverfolgung.

Wir danken Ihnen für die Berücksichtigung unserer Anliegen.

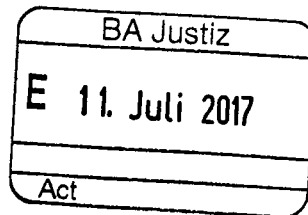
Freundliche Grüsse



Hans-Jürg Käser
Präsident

Kopie z.K. per Mail an
Justiz- und Polizeidirektorinnen und -direktoren
Bundesanwalt Michael Lauber
Kdt. Stefan Blättler, Präsident KKPKS
Frau Nicoletta della Valle, Direktorin fedpol
Herr Andreas Keller, Bundesstraßgericht
Herr Fabien Gasser, Präsident SSK
Herr Benjamin Brägger, Sekretär SRK

Bundesamt für Justiz
Fachbereich Internationales Strafrecht
zHd. Herrn Andrea Candrian
Bundesrain 20
3003 Bern



Luzern, 7. Juli 2017

**Genehmigung und Umsetzung des Übereinkommens des Europarates zur
Verhütung des Terrorismus mit dem dazugehörigen Zusatzprotokoll und
Verstärkung des strafrechtlichen Instrumentariums gegen Terrorismus und
organisierte Kriminalität - Vernehmlassungsverfahren**

Sehr geehrte Damen und Herren

Besten Dank für die Einladung zur Teilnahme am Vernehmlassungsverfahren in rubrizierter
Angelegenheit.

Die KOKES bezweckt die Zusammenarbeit unter den Kantonen, mit dem Bund und anderen
wichtigen Organisationen im Bereich des zivilrechtlichen Kindes- und Erwachsenenschutzes.

Da die rubrizierte Vorlage für unsere Konferenz wenig bedeutsam ist, verzichten wir auf eine
inhaltliche Rückmeldung.

Mit freundlichen Grüssen

**Konferenz für Kindes- und
Erwachsenenschutz KOKES**

Diana Wider,
Generalsekretärin

Le Bâtonnier

Département fédéral de justice et police
Office fédéral de la justice
Droit pénal international

A l'att. de M. Adrian Candrian

par courriel uniquement

Genève, le 13 octobre 2017

Concerne : Consultation relative à l'avant-projet visant le renforcement des normes pénales contre le terrorisme et le crime organisé

Monsieur,

Par la présente, l'Ordre des avocats de Genève (ci-après : l'Ordre des avocats) souhaite se prononcer sur l'avant-projet d'arrêté fédéral portant approbation et mise en œuvre de la Convention du Conseil de l'Europe pour la prévention du terrorisme et de son Protocole additionnel concernant le renforcement des normes pénales contre le terrorisme et le crime organisé.

L'Ordre des avocats appuie l'adhésion de la Suisse à la Convention, et, pour le surplus, vous fait part des commentaires qui suivent sur les modifications d'autres actes législatifs.

I. Modification du Code pénal

Art. 260ter AP-CP

i. Al. 1 let. a

L'abandon du critère du « secret » de l'organisation comme critère objectif de l'organisation criminelle n'emporte aucun commentaire particulier. Certains auteurs de doctrine estiment que le critère est difficile à mettre en œuvre. Dans la pratique, ce critère est manié de façon très large, tant il est vrai que les autorités pénales hésitent déjà à libérer des fins de la poursuite un auteur dont le comportement répond pour le surplus à toutes les caractéristiques du soutien ou de la participation à une organisation criminelle, au motif que ladite organisation ne prend pas de mesures particulières pour tenir son effectif caché au-delà de la discrétion inhérente à toute activité délictueuse. Cette modification apparaît en ce sens adéquate.

Elle permet néanmoins une extension du champ d'application de la norme pénale qui, conjuguée avec le nouvel alinéa 1 let. b du même article, apparaît trop extensive (*cf. infra*).

ii. Al. 1 let. b

L'Ordre des avocats s'oppose à la suppression de l'exigence actuelle du caractère « criminel » de l'activité qui doit être soutenue pour réaliser l'infraction.

Une telle suppression a pour conséquence un élargissement considérable du champ d'application de cette norme. Il permet de sanctionner celui qui déploie une activité licite pour une organisation en acceptant le fait que l'organisation puisse être qualifiée de criminelle alors que l'activité en tant que telle ne le laissait absolument pas supposer. Une telle disposition est de nature à générer l'ouverture de procédures pour des comportements en soi licites au seul motif qu'elles ont objectivement été réalisées en faveur d'une organisation criminelle. Ce n'est alors qu'au stade de l'examen de l'intentionnalité du comportement que l'auteur pourrait être disculpé.

En outre la portée d'un tel élargissement apparaît insuffisamment délimitée puisque théoriquement n'importe quelle activité licite (location d'un local, mise à disposition d'une ligne téléphonique,) est, de par nature, propre à permettre de renforcer une organisation dans la mesure où elle lui permet de se structurer.

Un tel élargissement du champ d'application de cette norme pénale pourrait avoir pour conséquence indirecte d'engendrer une obligation de vérification systématique et particulièrement complexe des personnes pour lesquelles une activité est déployée ce qui apparaît manifestement constitutif d'une violation disproportionnée des libertés économique et personnelle.

Pour ces motifs, l'Ordre des avocats considère que l'exigence du caractère « criminel » de l'activité soutenue par l'auteur se doit d'être maintenue comme l'avait en son temps prévu le législateur.

II. Modification de l'EIMP

Art. 80d^{bis} AP-EIMP

i. Les conditions

La connotation positive de la terminologie d'entraide « *dynamique* » ne doit pas occulter le fait qu'il est ici proposé au législateur de renverser un paradigme, lequel veut qu'il n'y ait pas de transmission de moyens de preuve avant que la personne intéressée ait pu faire valoir ses moyens devant une autorité judiciaire quant à la licéité de cette transmission.

Le Rapport énonce de façon péremptoire qu'« *en matière de prévention d'actes terroristes, la transmission [anticipée] selon l'art. 80dbis AP-EIMP est souvent une condition sine qua non pour empêcher la réalisation de l'acte concerné* ». L'affirmation est un peu courte. Si elle était vraie, on peut imaginer qu'elle serait au moins étayée par un exemple. L'Ordre des avocats observe qu'au contraire, à teneur de ce qui a été relaté dans la presse, les enquêtes qui ont suivi les attentats terribles, qui ont endeuillé l'Europe ces dernières années, n'auraient pas tant mis en lumière des problèmes de coordination entre systèmes répressifs des Etats, mais plutôt des défaillances internes dans le recoupement et l'exploitation d'informations qui se trouvaient à disposition. Par ailleurs, et contrairement à ce qu'affirme le rapport, de nombreux actes terroristes ont été évités malgré l'absence de transmission anticipée au sens de l'art. 80dbis AP-EIMP, grâce, notamment, à la perspicacité des services de renseignements, au réseau d'informations qu'ils ont su mettre en place, à l'intervention rapide des forces de l'ordre, sans oublier l'héroïsme de certains citoyens.

On ne peut contester que la transmission anticipée de moyens de preuve facilite et accélère le travail des autorités répressives. Le législateur ne peut toutefois analyser le problème sous ce seul angle. Ce qui distingue un Etat de droit d'un Etat policier est précisément que tout accroissement de l'efficacité répressive doit être mis en balance avec la diminution des droits fondamentaux qui en résulte. En résumé, une analyse de proportionnalité doit être faite.

Sur un sujet aussi sérieux, et compte tenu des moyens considérables dont dispose la Confédération, cette analyse de proportionnalité ne peut se résumer à une affirmation lapidaire et à une référence aux souhaits des « praticiens », terme par lequel le rapport désigne les autorités répressives, et dont il semble symptomatiquement exclure les avocats.

Le Rapport ne convainc ainsi pas l'Ordre des avocats qu'une atteinte aussi sensible à la protection des justiciables soit nécessaire afin de garantir la sécurité publique.

L'Ordre des avocats préconise ainsi de renoncer à l'insertion de l'art. 80dbis AP-EIMP, dont il observe qu'elle n'est pas prescrite par la convention à laquelle il s'agit d'adhérer.

L'Ordre des avocats est d'autant plus préoccupé par ce développement que la lutte contre le terrorisme sert visiblement de cheval de Troie à une réduction de la protection judiciaire en matière d'entraide dans tous les domaines. En effet, le texte légal proposé révèle que la transmission anticipée d'informations et de moyens de preuve ne suppose pas nécessairement la nécessité de « *prévenir un danger grave et imminent, en particulier lié à la commission d'une infraction terroriste* » (art. 80dbis al. 1 lib. b) ; elle peut également être faite « *si l'intérêt de la procédure l'exige, notamment pour préserver la confidentialité de la procédure* » (art. 80dbis al. 1 lit. a). Ce critère ne fait plus référence du tout au combat contre le terrorisme. Son caractère extrêmement vague n'échappe à personne.

Le critère de l'« *intérêt de la procédure* » fait d'autant plus craindre des dérives que (i) la transmission peut avoir lieu de façon spontanée et (ii) le critère ne fait l'objet que d'un contrôle judiciaire différé, dont on n'entrevoit pas les sanctions. Certes, le rapport prévoit que la transmission anticipée peut être contestée en tant que telle, au plus tard avec la décision de clôture. Toutefois, dans la mesure où, de toute façon, les informations transmises de façon anticipée ne peuvent être utilisées qu'à des fins d'investigation avant la décision de clôture, et qu'elles ne doivent être exclues du dossier répressif que si l'entraide est refusée en tant que telle (art. 80dbis al. 4 lit. c AP-EIMP a contrario), on ne voit pas le bénéfice concret que le justiciable peut obtenir en contestant la transmission anticipée – ni, par voie de conséquence, le risque qu'encourt l'autorité requérante en obtenant une transmission anticipée, alors que les conditions légales ne sont pas données. Il en résulte que l'« *intérêt de la procédure* » serait souverainement défini par les autorités d'exécution de l'entraide, soit par les autorités répressives. Cela permet de craindre que la transmission anticipée de moyens de preuve, conçue comme une exception, deviendra en réalité la règle.

A supposer que la transmission d'informations soit adoptée en son principe, l'Ordre des avocats s'opposerait catégoriquement à la possibilité qu'elle intervienne dans les cas définis par l'art. 80dbis al. 1 lit. a AP-EIMP.

ii. Les moyens

Le titre marginal de l'art. 80dbis AP-EIMP est « *Transmission anticipée d'informations et de moyens de preuve* ». Le corps du texte prévoit cependant qu'outre ladite transmission anticipée, l'autorité fédérale ou cantonale compétente peut encore « *prononcer toute mesure d'entraide nécessaire à la procédure étrangère* ». Le rapport n'explicite pas ce dont il s'agit. Il semblerait que, se fondant sur cette disposition, l'autorité d'exécution puisse non seulement procéder à l'exécution des actes d'enquête demandés par l'autorité requérante, mais encore procéder de son propre chef, spontanément, à tous actes supplémentaires dont elle anticipe l'utilité à la

procédure étrangère. Il suffirait ainsi que l'autorité requérante lui demande quelque chose pour que l'autorité d'exécution puisse tout faire.

L'Ordre des avocats s'oppose en tout état à ce membre de phrase. La jurisprudence a déjà bien balisé la façon dont l'autorité d'exécution peut, pour ainsi dire, précéder les vœux de l'autorité requérante, et il n'est pas démontré que cette jurisprudence entraverait à l'excès l'efficacité de la poursuite pénale.

iii. Les garanties

L'avant-projet prévoit un certain nombre de garanties, inscrites à l'alinéa 4 sous forme d'engagements que l'autorité requérante doit prendre avant toute transmission anticipée. L'autorité requise n'a pas les moyens de vérifier concrètement le respect des engagements pris. A supposer que le législateur, contrairement à la position ici défendue, adopte la transmission spontanée en son principe, il doit à tout le moins organiser la procédure de façon que le justiciable concerné soit en mesure de la contrôler lui-même.

La loi devrait donc prévoir, d'une part, que les engagements en question soient pris spécifiquement, et par écrit, de façon à être versés à la procédure d'entraide et accessibles au justiciable concerné, qui pourra, cas échéant, s'en prévaloir devant les juridictions de l'Etat requérant.

La loi devrait subordonner la transmission anticipée à un cas de nullité des preuves obtenues en aval, dans l'hypothèse où la transmission anticipée n'aurait pas été admissible. Une nouvelle lettre d devrait ainsi être ajoutée à cet alinéa : « à retirer du dossier de la procédure étrangère, si la transmission anticipée est jugée injustifiée, tous les éléments de preuve requis sur la base des informations transmises de façon anticipée jusqu'à l'entrée en force de la décision de clôture ». Le risque de nullité qui en résulte pour l'autorité requérante devrait être une garantie efficace contre les abus.

Art. 80^{dter} AP-EIMP

La proximité de la France et le problème spécifique de la criminalité transfrontière justifie cette institution. Il n'y a pas lieu de l'étendre potentiellement à tous les Etats, ce d'autant que l'institution des équipes communes d'enquêtes réduit la protection juridique des justiciables, ce que le rapport admet d'ailleurs expressément en relevant que la différence de ces équipes avec la participation d'agents de l'Etat requérant aux actes d'exécution d'entraide (art. 65a EIMP) tient à l'absence du justiciable concerné.

La connaissance directe de certains moyens de preuve que peuvent acquérir les membres de l'Equipe commune d'enquête dépêchés par l'Etat requérant revient au final à transmettre informellement les informations en question avant l'ordonnance de clôture, et la garantie inscrite à l'al. 3, selon laquelle la transmission anticipée d'informations ou de moyens de preuve sur le territoire suisse est régie par l'art. 80dbis, risque de devenir lettre morte. Dans les faits, les membres de l'Equipe commune d'enquête dépêchés par l'Etat requérant auront connaissance d'informations et pourront procéder à d'autres mesures d'enquête sur leur propre territoire sur la base de celles-ci sans être tenus des garanties prévues par l'art. 80bis al. 4 AP-EIMP.

L'alinéa 5 de l'avant-projet règle de façon détaillée des aspects logistiques, tels que les contacts avec les médias ou la répartition des frais, mais reste muet sur l'essentiel, à savoir la nature des informations que les participants peuvent partager, et les modalités de ce partage.

La création d'Equipes communes d'enquête n'est en réalité soumise à aucune condition. Lesdites équipes ne sont pas liées à la lutte contre le crime organisé ou le terrorisme. Il s'agit en réalité

d'instaurer une modalité de collaboration extensive pour toutes les formes de criminalité, qui a une atteinte sensible sur les droits procéduraux des justiciables. Elle ne paraît pas nécessaire de façon aussi générale.

L'Ordre des avocats s'oppose donc à la création d'Equipes communes d'enquête sous la forme proposée. A tout le moins y aurait-il lieu d'en limiter la création à des enquêtes portant sur une infraction en lien avec le terrorisme.

III. Modification de la LBA

L'Avant-projet souhaite conférer au bureau de communication en matière de blanchiment d'argent (ci-après : MROS) le pouvoir de demander à des intermédiaires financiers de fournir toutes informations en leur possession au sujet de transactions qui auraient été « *signalées* » au MROS par un de ses homologues étrangers.

En réalité, de deux choses l'une. Soit la transaction, ou l'ensemble de transactions, signalée(s) par l'homologue étranger fonde déjà le soupçon concret d'une activité délictueuse. Dans une telle hypothèse, le MROS doit déjà signaler le cas au Ministère public, qui procédera aux actes d'enquête nécessaires. Soit les éléments signalés ne fondent pas un tel soupçon, et il ne paraît pas nécessaire que le MROS enquête plus avant. Telle qu'elle est formulée, la norme confère au MROS des pouvoirs inquisitoires étendus, en-dehors de tout soupçon concret qu'une infraction a été commise. Cela nous paraît excessif.

En revanche, l'extension des obligations prévues aux art. 9 et 15 lorsqu'il existe des soupçons que des valeurs patrimoniales servent au financement du terrorisme nous paraît opportune.

Pour le surplus, les modifications suggérées paraissent essentiellement rédactionnelles, et l'Ordre des avocats n'a pas de remarques particulières à leur sujet.

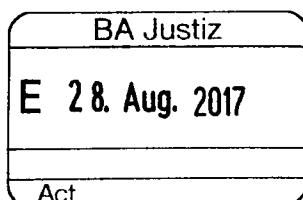
* * *

Les autres modifications envisagées n'appellent pas de commentaire spécifique de notre part ; elles sont tributaires des questions de principe discutées ci-dessus, ou paraissent opportunes sans que de plus amples développements paraissent nécessaires.

* * *

Je vous remercie de votre attention et vous prie de recevoir, Monsieur, l'assurance de mes sentiments distingués.


Grégoire MANGÉAT



Raccomandata

Lodevole Dipartimento
Federale di Giustizia e Polizia
Ufficio federale di giustizia
Att.ne Sig. A. Candrian
Bundesrain 20

3003 Berna

Lugano 24 agosto 2017

Termine per la presa di posizione: 13 ottobre 2017

Presa di posizione sul progetto di modifiche di legge per combattere il terrorismo

Egregi Signori,

L'OAD FCT è una associazione costituitasi il 30 marzo 1999 e riconosciuta dalla FINMA quale Organismo di Autodisciplina il 25 maggio 1999. Dal 2009 la FINMA ha inoltre riconosciuto le norme di comportamento nell'ambito della gestione patrimoniale emanate dalla nostra associazione. Per ogni ulteriore informazione potete consultare la nostra pagina internet all'indirizzo www.oadfct.ch.

L'OAD FCT conta attualmente 396 membri attivi nel Cantone Ticino nell'intermediazione finanziaria parabancaria.

L'OAD FCT ha preso conoscenza della messa in consultazione delle modifiche di legge atte ad implementare gli accordi del Consiglio Europeo per la lotta al terrorismo. Nell'attuale contesto internazionale l'OAD FCT saluta favorevolmente e appoggia le modifiche richieste ad eccezione della modifica dell'art. 11 a cpv. 2bis e 3 LRD.

L'OAD FCT esprime la propria preoccupazione in relazione alla formulazione dell'art. 11 a cpv. 2bis e 3 che stabilisce la facoltà del MROS a richiedere informazioni presso intermediari finanziari qualora dalle analisi di informazioni provenienti da suoi omologhi stranieri appaia possibile un coinvolgimento dell'intermediario finanziario in transazioni o relazioni d'affari in relazione con queste informazioni.

Poiché le modifiche di legge proposte nel loro insieme sono dirette specificatamente alla prevenzione e alla lotta del terrorismo e alle organizzazioni criminali ci sembra che la formulazione generica proposta vada ben oltre questi aspetti e vada a concedere al MROS la facoltà di intervenire presso un intermediario finanziario anche per transazioni o relazioni d'affari che non sono da considerarsi nel campo di applicazione degli articoli CP 260ter e 260sexies. Ciò va ben oltre l'intimo scopo delle modifiche legislative proposte tese al ristretto campo della prevenzione e la lotta al terrorismo e alla criminalità organizzata.



A nostro giudizio questo articolo di legge andrebbe quindi modificato circoscrivendo le facoltà del MROS di richiedere informazioni solo per quelle transazioni o relazioni d'affari contemplate negli art. 260ter e 260sexies.

La LRD dovrebbe inoltre essere completata con una chiara liberatoria di responsabilità giuridiche (penali e civili) per l'IF che fornisce le informazioni (sia che le stesse vengano usate o meno dal MROS o dalle omologhe estere), tale passo è congruente con la liberatoria già prevista nella LRD all'art. 11 cpv. 1 e 2 per chi effettua una comunicazione.

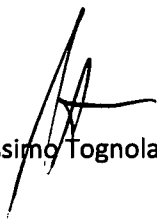
Si fa rilevare, così come espresso nel messaggio, che l'articolo di legge prevede un obbligo per l'IF che non potrà essere impugnato, stando così le cose non viene garantita nessuna tutela né per l'intermediario finanziario né per il suo cliente. Di più, qualora il MROS trasmettesse le informazioni raccolte alle omologhe estere, l'IF svizzero potrebbe essere oggetto di un procedimento penale all'estero anche per reati non direttamente legati allo scambio di informazioni e neppure legati al terrorismo o alla criminalità organizzata.

La possibilità di impugnare la decisione di richiesta di informazioni da parte del MROS dovrebbe essere quindi essere data all'intermediario finanziario oggetto della richiesta.

Da ultimo ci sembra opportuno che si introduca una norma transitoria che limiti nel tempo la possibilità di inoltrare richieste di informazione agli intermediari finanziari rivolte al passato, almeno evitando la retroattività. Non ci si oppone a che la norma transitoria riguardi unicamente reati che non hanno a che fare con il crimine organizzato e/o il terrorismo.

Ringraziando per la considerazione che vorrete dare alle nostre osservazioni, cogliamo l'occasione per porgere distinti saluti.

Per l'OAD FCT



Massimo Tognola



Luca Confalonieri

Per E-Mail an:
andrea.candrian@bj.admin.ch
annemarie.gasser@bj.admin.ch

An die Vorsteherin des
Eidgenössischen Justiz- und
Polizeidepartements

Basel, 5. Oktober 2017

Genehmigung und Umsetzung des Übereinkommens des Europarates zur Verhütung des Terrorismus mit dem dazugehörigen Zusatzprotokoll und Verstärkung des strafrechtlichen Instrumentariums gegen Terrorismus und organisierte Kriminalität — Vernehmlassung

Sehr geehrte Frau Bundesrätin
sehr geehrte Damen und Herren

Wir beziehen uns auf obgenannte Vorlage und bedanken uns für die Einladung zur Vernehmlassung. Aus Sicht von privatim, der Konferenz der schweizerischen Datenschutzbeauftragten, nehmen wir dazu wie folgt Stellung:

Wir sehen die Notwendigkeit, dass die Schweiz dem Übereinkommen des Europarates zur Verhütung des Terrorismus und dem dazugehörigen Zusatzprotokoll beitrifft und haben keine Einwände gegen deren Genehmigung. Betreffend die Umsetzung der damit verbundenen Verpflichtungen in das Schweizer Recht gibt es aus datenschutzrechtlicher Sicht jedoch einige Bemerkungen.

Zu Art. 260^{ter} und 260^{sexties} VE-StGB

Mit den Änderungsvorschlägen gemäss VE-StGB werden neue Straftatbestände eingeführt, welche nicht terroristische Akte als solche, sondern Handlungen im Vorfeld solcher Akte unter Strafe stellen. Es handelt sich dabei um eine *Vorverlagerung von Strafbarkeiten* (so auch Erläuternder Bericht, S. 8). Entsprechend sind an die Bestimmtheit der Norm

und an die Vorhersehbarkeit strafrechtlichen Verhaltens hohe Anforderungen zu stellen, was im Erläuternden Bericht richtigerweise auch betont wird (a.a.O., S. 8).

Wir stellen fest, dass die Straftatbestände gemäss Art. 260^{ter} und 260^{sexties} VE-StGB sowie die dazugehörenden Erläuterungen diesem Anspruch gerecht werden. Jedoch ist u.E. stärker zu betonen, dass sich die Vorverlagerung der Strafbarkeit nicht nur an den Grundrechten der Meinungsäusserungsfreiheit, der Vereinigungsfreiheit, der Religionsfreiheit und dem Recht auf Freizügigkeit zu messen hat, sondern insbesondere auch am Recht auf Privatsphäre gemäss Art. 13 Bundesverfassung (BV; SR 101). Dies insbesondere, da die Überwachung und verdeckte Ermittlung gemäss Art. 269 Abs. 2 Bst. a und Art. 286 Abs. 2 Bst. a VE-StPO neu auch die vorgelagerten Straftatbestände der Art. 260^{ter} und 260^{sexties} VE-StGB mitumfasst.

Antrag 1:

Im Erläuternden Bericht ist auch auf das verfassungsmässige Recht auf Privatsphäre gemäss Art. 13 BV Bezug zu nehmen.

Zu Art. 80d^{bis} und 80d^{ter} VE-IRSG

In Art. 80d^{bis} und 80d^{ter} VE-IRSG soll neu die «dynamisch Rechtshilfe» gegenüber allen Staaten eingeführt werden, indem Informationen und Beweismittel vorzeitig übermittelt werden können. Die Schweizer Staatsanwaltschaften und ausländische Partner sollen damit Terroranschläge verhüten, die Zusammenarbeit beschleunigen und die Strafverfolgung verbessern können. Die beiden Artikel beschränken sich nicht auf die Terrorismusbekämpfung, sondern sollen die Zusammenarbeit bei der Bekämpfung aller Formen schwerer Verbrechen stärken, unabhängig davon, ob diese Taten eine Verbindung zu terroristischen Handlungen aufweist (Erläuternder Bericht, S. 53).

Wir erachten einen dermassen schweren Grundrechtseingriff in die Privatsphäre der betroffenen Personen, auch im Hinblick auf die Bildung von Gemeinsamen Ermittlungsgruppen (GEG) und dem damit verbundenen Informationsaustausch zwischen den Ermittelnden Behörden gemäss VE-IRSG, als kritisch. Insbesondere sind die in Art. 80d^{bis} Abs. 1 Bst. a und b VE-IRSG umschriebenen Kriterien zu weitreichend, da diese lediglich alternativ vorliegen müssen.

Antrag 2:

Die dynamische Rechtshilfe sei enger zu fassen und soll nur dann zur Anwendung kommen, wenn es sich um Delikte mit einer höheren Strafbemessung handelt als «auslieferungsfähige Straftaten».

Im Erläuternden Bericht fehlen Ausführungen zu Art. 80d^{ter} Abs. 6 und Abs. 7. Bezüglich Abs. 6 bleibt unklar, wie die Verantwortlichen und weiteren Mitglieder der GEG mit den Informationen und Beweismitteln umzugehen haben, wenn die Schlussverfügung zum Rechtshilfegesuch ergeht. Auch fehlen Erläuterungen dazu, wie im Rahmen der GEG mit Personendaten umzugehen ist. Zwar verweist Abs. 7 diesbezüglich auf die nationalen Gesetzgebungen der Verantwortlichen und weiteren Mitglieder der GEG zum Schutz personenbezogener Daten. Unbeantwortet bleibt aber die Frage, was in Staaten geschieht, in denen keine entsprechende Gesetzgebung besteht oder in denen — mangels sachlicher Anwendbarkeit der Datenschutzgesetzgebung in hängigen Justizverfahren — die ein-

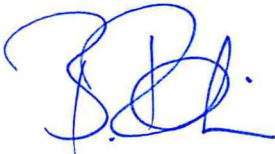
schlägigen Prozessrechte ungenügende Regelungen zum Umgang mit Personendaten in Justizverfahren enthalten.

Antrag 3:

Der Erläuternde Bericht sei insofern zu ergänzen, als auch die Bestimmungen in Art. 80d^{ter} Abs. 6 und Abs. 7 VE-IRSG zu kommentieren und die obigen Fragen zu beantworten sind.

Wir danken Ihnen für die Berücksichtigung unserer Anliegen. Für Rückfragen stehen wir Ihnen selbstverständlich gerne zur Verfügung.

Freundliche Grüsse



Beat Rudin
Präsident privatim

Raiffeisen Schweiz

Raiffeisenplatz 4
Postfach
9001 St.Gallen
Telefon 071 225 49 98

www.raiffeisen.ch
finma-office@raiffeisen.ch

A-Post

Eidgenössisches Justiz und Polizeidepartement
(EJPD)
Bundesamt für Justiz (BJ)
Fachbereich Internationales Strafrecht
Bundesrain 20
3003 Bern
andrea.candrian@bj.admin.ch
annemarie.gasser@bj.admin.ch

Für Sie zuständig:
Alexandra Klingler-Härtsch – 071 225 81 71

St.Gallen, 10.10.2017

Stellungnahme zum Gesetzgebungsprojekt zur Verstärkung des strafrechtlichen Instrumentariums gegen Terrorismus und organisierte Kriminalität

Sehr geehrte Frau Gasser
Sehr geehrter Herr Candrian

Wir beziehen uns auf die am 22. Juni 2017 eröffnete Vernehmlassung des Eidgenössischen Justiz- und Polizeidepartements (EJPD) zur Verstärkung des strafrechtlichen Instrumentariums gegen Terrorismus und organisierte Kriminalität. Wir bedanken uns für die Gelegenheit zur Stellungnahme.

Da Raiffeisen Schweiz die Stellungnahme der SBVg vollumfänglich unterstützt, erlauben wir uns, in der Folge nur noch auf diejenigen Anmerkungen einzugehen, welche wir in Ergänzung zur Stellungnahme der SBVg platzieren möchten.

Allgemeine Anmerkungen zum Gesetzgebungsprojekt zur Verstärkung des strafrechtlichen Instrumentariums gegen Terrorismus und organisierte Kriminalität

Generell begrüssen wir den gesetzgeberischen Vorstoss, durch Schaffung zusätzlicher Massnahmen die Bekämpfung von Terrorismus und organisierter Kriminalität effizienter zu gestalten und den aktuellen Gegebenheiten anzupassen.

Im Zusammenhang mit den Anpassungen im Schweizerischen Strafgesetzbuches (StGB) gilt es sicherzustellen, dass die neu einzuführenden Massnahmen jedoch nicht zu einem übermässigen Aufwand in der Umsetzung der Sorgfaltspflichten führen. Es sollten insbesondere keine Regelungen eingeführt werden, welche für Finanzintermediäre kaum eingehalten werden können bzw. mit einem hohen Risiko verbunden sind, gegen gesetzliche Vorschriften mangels Erkennbarkeit von Sachverhalten zu verstossen.

Die Anpassungen im Bereich der internationalen Rechtshilfe unterstützen wir ebenfalls. In der Umsetzung der einzelnen Bestimmungen ist es sodann entscheidend, den unterschiedlichen Rechtsordnungen der teilnehmenden Staaten Rechnung zu tragen, da nicht alle Staaten über einheitliche rechtliche Standards im Bereich der Bekämpfung von Geldwäscherei und des Terrorismus sowie im Bereich des Daten- und Persönlichkeitsschutzes verfügen.

Ergänzungen zum Gesetzgebungsprojekt zur Verstärkung des strafrechtlichen Instrumentariums gegen Terrorismus und organisierte Kriminalität im Einzelnen

Massnahmen im Bereich der Rechtshilfe (VE-IRSG)

Art. 80^d Abs. 1. lit. a VE-IRSG

Raiffeisen Schweiz unterstützt das Bestreben, die internationale Rechtshilfe in Strafsachen im Interesse der Bekämpfung terroristischer oder anderer schwerer Verbrechen zu verbessern. Allerdings gilt es aufgrund der zahlreichen, teil-

weise sehr unterschiedlichen Rechtsgrundlagen in den teilnehmenden Staaten sicherzustellen, dass die Verpflichtungen zur Leistung internationaler Rechtshilfe nicht generell für alle Staaten gleichermassen gelten dürfen. Vielmehr sollte diesbezüglich eine Einschränkung auf diejenigen ausländischen Staaten gelten, welche gemäss EDÖB mindestens über einen angemessenen Datenschutz verfügen, um die betroffenen Personen in ihren Persönlichkeitsrechten zu schützen. Die Zusammenarbeit mit Staaten, welche auf Sanktionslisten stehen oder sich dem automatischen Informationsaustausch verschliessen, sollte grundsätzlich kritisch geprüft werden.

Des Weiteren ist es erforderlich, die Form der Übermittlung von Informationen und Dokumenten einheitlich zu regeln, so dass für sämtliche teilnehmenden Staaten dieselben Regeln anwendbar sind. Diese Regeln sollten aufgrund ihres Detaillierungsgrades nicht im Gesetz sondern in den entsprechenden Verordnungen festgehalten werden.

Art. 80d^{ter}: Gemeinsame Ermittlungsgruppen

Die Vorbehalte, welche in Zusammenhang mit den Ausführungen zu Art. 80d^{bis} ausgeführt wurden, müssen auch in Zusammenhang mit den möglichen Mitgliedern der neu vorgesehenen gemeinsamen Ermittlungsgruppen (GEG) berücksichtigt werden. Es sollte somit nur mit Staaten zusammengearbeitet werden, welche über eine adäquate gesetzliche Grundlage zum Austausch von Informationen und Dokumenten verfügen.

Massnahmen im Bereich der Geldwäschereibekämpfung (VE-GwG)

Art. 11a Abs. 2^{bis} VE-GwG

Gemäss Art. 11a Abs. 2^{bis} VE-GwG muss der Finanzintermediär alle mit der Aufforderung der Meldestelle zusammenhängenden Informationen herausgeben. Diese Formulierung ist sehr offen, weshalb im Zusammenhang mit der Definition der Form der Herausgabeaufforderung auch eine Präzisierung der gewünschten Informationen aufgenommen werden sollte. Nur so kann sichergestellt werden, dass die Finanzintermediäre ihren Herausgabepflichten mit einem angemessenen Aufwand nachkommen können.

Art. 11a Abs. 3 VE-GwG

Art. 11a Abs. 3 VE-GwG regelt die Frist für die Herausgabe der eingeforderten Informationen. Erfahrungsgemäss sind Forderungen zur Herausgabe der gewünschten Informationen mit einem hohen Aufwand für den Finanzintermediär verbunden. Abs. 3 sollte daher so umformuliert werden, dass dem Finanzintermediär eine angemessene Frist für die Herausgabe gesetzt wird:

„Die Meldestelle setzt den nach den Absätzen 1, 2 und 2^{bis} betroffenen Finanzintermediären eine angemessene Frist für die Herausgabe.“

Schlussbemerkungen

Grundsätzlich werden die angestrebten Anpassungen bzw. Ergänzungen in den einzelnen Gesetzen seitens Raiffeisen Schweiz gutgeheissen. Aufgrund der teilweise sehr generischen Formulierungen sollte jedoch auf Verordnungsstufe sichergestellt werden, dass für die einzelnen Sorgfaltspflichten einheitliche Rahmenbedingungen hinsichtlich Frist, Form und Umfang gelten. Zusätzlich ist den unterschiedlichen Rechtsordnungen und den damit verbundenen Unterschieden hinsichtlich Rechtssicherheit Rechnung zu tragen.

Wir hoffen Ihnen mit unseren Ausführungen gedient zu haben und stehen Ihnen für Rückfragen gerne zur Verfügung.

Freundliche Grüsse

Raiffeisen Schweiz



Nadja Ceregato
Leiterin Legal & Compliance



Alexandra Klingler-Häntsch
Leiterin AML Banking Services

Kopie an:

- PwC via E-Mail (raiffeisen.coordination@ch.pwc.com)

Eidgenössisches Justiz und Polizeidepartement (EJPD)
Bundesamt für Justiz
Fachbereich Internationales Strafrecht
Bundesrain 20
3003 Bern

per Email versandt:
andrea.candrian@bj.admin.ch

RR/JS

312

Bern, den 13. Oktober 2017

Schweizerischer Anwaltsverband (SAV) Stellungnahme zur Vernehmlassung: Genehmigung und Umsetzung des Übereinkommens des Europarates zur Verhütung des Terrorismus mit dem dazugehörigen Zusatzprotokoll und Verstärkung des strafrechtlichen Instrumentariums gegen Terrorismus und organisierte Kriminalität

Sehr geehrte Frau Bundesrätin

Sehr geehrte Damen und Herren

Der Schweizerische Anwaltsverband (SAV) dankt Ihnen für die Gelegenheit, zu der oben genannten Vernehmlassung Stellung nehmen zu können.

Der SAV setzt sich bei Vernehmlassungen insbesondere für klare und rechtsstaatlich einwandfreie Verfahrensrechte ein. Die zur Anpassung vorgesehenen Erlasse betreffen Verfahrensrechte direkt oder sind indirekt eng mit den Verfahrensrechten verknüpft, weshalb sich der SAV veranlasst sieht, sich auch zu dieser Vorlage zu äussern:

A. Zusammenfassung

Wir lehnen die vorgeschlagenen Änderungen vollumfänglich ab. Es handelt sich weitestgehend um Anliegen der Strafverfolgungsbehörden, die im vorgelegten Vorentwurf unausgewogen und

teilweise ohne die notwendige Sensibilität für staatliche Souveränität und rechtsstaatliches Handeln umgesetzt wurden.

Staatsvertragliche Verpflichtungen vermögen die vorgeschlagenen Änderungen von Vornherein nicht zu begründen. Wie dem erläuternden Bericht zu entnehmen ist, erfüllt die Schweiz die in den beiden Übereinkommen eingegangenen Verpflichtungen bereits heute weitgehend. Unseres Erachtens erfüllt die Schweiz die Verpflichtungen vollumfänglich.

Soweit das innerstaatliche Instrumentarium gegen den Terrorismus und die organisierte Kriminalität verbessert werden soll, erachten wir die Vorschläge als unnötig, ungeeignet und unverhältnismässig. Mit Nachdruck stellen wir uns gegen die vorgesehenen Anpassungen im Rechtshilfe-recht, welche unter dem Vorwand der Terrorismusbekämpfung nichts anderes bewirken, als einen massiven Abbau rechtsstaatlicher Garantien in praktisch allen Bereichen der Rechtshilfe. Die Schaffung zwischenstaatlicher Strafverfolgungsbehörden (GEG) mit der damit verbundenen Preisgabe staatlicher Souveränität und rechtsstaatlicher Garantien ist unseres Wissens beispiellos.

B. Zum VE-StGB

1. Art. 260^{ter} VE-StGB

Die Aufgabe des Kriteriums der Geheimhaltung weitet die Strafbarkeit aus und begrenzt damit gleichzeitig den Ermittlungsumfang der Strafverfolgungsbehörden um dieses Kriterium. Das sind aber rein theoretische Folgen. Es ist kein einziger Fall bekannt, der wegen Nichterfüllung dieses Kriteriums zu einem unbefriedigenden Ergebnis geführt hätte. Die in von einem Teil der Lehre geteilte Auffassung, dass das Kriterium nicht praktikabel sei, führt im Übrigen nicht dazu, dass strafwürdiges Verhalten straffrei bleiben würde. Richtig und wichtig ist vielmehr die Auffassung, dass das Kriterium zur Abgrenzung zwischen Verbrecherorganisationen und legalen Unternehmen, in deren Bereich gelegentlich auch Delikte begangen werden, beizubehalten ist (vgl. Trechsel/Vest, in: Trechsel/Pieth (Hrsg.), StGB PK, 2. Auflage, Zürich 2013, Art. 260ter, N.5).

Die Anpassung der Strafandrohung ist insbesondere im Bereich des Terrorismus und der organisierten Kriminalität nachweislich ungeeignet, abschreckende Wirkung oder irgendeinen anderen Effekt zu bewirken. Der heute bestehende Strafrahen reicht für alle denkbaren Fälle aus, um eine schuldangemessene Strafe zu verhängen, soweit sich die strafbare Handlung auf das Vorfeld beschränkt. In allen anderen Fällen kommen zusätzlich die speziellen Straftatbestände mit dem entsprechend weiten Strafrahen zur Anwendung.

Die Aufnahme der terroristischen Organisation in den Gesetzestext bzw. in die Regeste vermag

die Änderung des bisherigen Texts nicht zu rechtfertigen, zumal nie umstritten war, dass die Bestimmung auch auf terroristische Organisationen anwendbar ist. Gegen die Anpassung der Regeste wäre aber an sich nichts einzuwenden.

2. Art. 260^{sexies} VE-StGB

Die neue Strafbestimmung ist überflüssig, zumal sie von der Rechtsprechung bereits überholt ist (BGer 6B_948/2016 vom 22.02.2017, BGer 6B_1132/2016 vom 07.03.2017). Danach genügen die bisherigen Strafbestimmungen. Die angeblichen Lücken im strafrechtlichen Dispositiv bestehen nicht.

3. Übrige Anpassungen StGB/StPO/MStG

Da wir Art. 260^{sexies} VE-StGB ablehnen, können auch die entsprechenden Änderungen bestehender Bestimmungen unterbleiben. Die Ergänzung von Art. 72 StGB um terroristische Organisationen erachten wir als unnötig (s. dazu unsere Bemerkungen zu Art. 260^{ter} VE-StGB).

C. Zum VE-NDG

Da wie die Änderung von Art. 260^{ter} VE-StGB ablehnen, erübrigt sich eine Stellungnahme zur Abstimmung mit Art. 74 VE-NDG. Nur am Rande sei darauf hingewiesen, dass es die Legislative und das in sie gesetzte Vertrauen insgesamt schwächt, wenn einmal mehr Gesetzesänderungen vorgeschlagen werden, die im Zeitpunkt der Veröffentlichung des Vorentwurfs noch nicht einmal in Kraft waren.

D. Zum VE-IRSG

4. Vorbemerkungen

Die Vorschläge zur «dynamischen Rechtshilfe» sollen gemäss erläuterndem Bericht auf internationale Zusammenarbeit im Bereich der Prävention gerichtet sein. Damit würden sie nicht der Strafrechtshilfe dienen und wären nicht im IRSG zu regeln, sondern im Polizei- und Amtshilferecht. Setzt man sich dann aber mit dem Wortlaut der vorgeschlagenen Normen auseinander, muss man feststellen, dass die «dynamische Rechtshilfe» keineswegs auf Prävention beschränkt ist, sondern im Vergleich zum bisherigen Rechtshilferecht ganz grundsätzlich darauf abzielt, die Rechte der Betroffenen massiv einschränken zu können. Hinter dem Begriff der «dynamischen Rechtshilfe» verbirgt sich eine grundlegende Änderung des Rechtshilferechts. Der gegen die Einschränkung der Rechte der Betroffenen vorgesehene Rechtsschutz ist unwirksam und insbesondere im ersuchenden Staat nicht durchsetzbar.

Die vorgeschlagenen Gemeinsamen Ermittlungsgruppen (GEG) können nicht in einem einzigen

Artikel des IRSG verankert werden. Das vorgeschlagene Vorgehen wäre in Bezug auf die damit verbundene Aufgabe von staatlichen Souveränitätsansprüchen verantwortungslos, zumal die Führung der GEG und Verantwortlichkeiten für die Einsätze der GEG viel zu rudimentär definiert sind. Hinzu kommt, dass die Schweiz Führung, Organisation und Verantwortlichkeit internationaler Strafbehörden nicht einseitig regeln kann.

Schwer verständlich ist, dass die vorgeschlagenen Änderungen des Rechtshilferechts in einer Vorlage versteckt sind, die dem Kampf gegen den Terrorismus dienen sollen, damit aber schlicht nichts zu tun haben. Im Ergebnis führt die dynamische Rechtshilfe zu einer weiteren Kompetenzverlagerung von der Justiz zu den Strafverfolgungsbehörden.

5. Art. 80d^{bis} VE-IRSG

Die dynamische Rechtshilfe ist auf die Verhinderung oder Verfolgung einer auslieferungsfähigen Straftat beschränkt. Diese Beschränkung erweist sich als Scheinbeschränkung, weil die Auslieferungsdelikte in Art. 35 IRSG ausserordentlich auslieferungsfreundlich definiert sind. Es sind kaum Fälle denkbar, in welchen die dynamische Rechtshilfe nicht zulässig wäre. Zudem sind die beiden Voraussetzungen gemäss Abs. 1 Bst. a und b alternativ statt kumulativ, was jede begrenzende Wirkung verhindert.

Die voraussetzungslos gegebene Möglichkeit der unaufgeforderten Übermittlung schaltet den Rechtsschutz aus, zumal der zu informierenden ausländischen Behörde die Verpflichtungen nach Abs. 2 Bst. a bis c nicht auferlegt werden können. Unaufgeforderte Übermittlung scheint für Fälle gedacht zu sein, in denen kein Rechtshilfegesuch bzw. kein eröffnetes Rechtshilfeverfahren vorliegt. Falls dies zutrifft, ist das Verhältnis zu Art. 67a IRSG zu klären, wo es um die unaufgeforderte Übermittlung von Information geht, die in einer inländischen Strafuntersuchung erhoben worden ist. In welchem Verfahren die Information nach Art. 80d^{bis} VE-IRSG erhoben wird, ist nicht ersichtlich. Es kann sich jedenfalls nicht um rechtshilfeweise erhobene Information handeln.

Die dynamische Rechtshilfe stellt nach unserer Beurteilung aus Sicht der Rechte der betroffenen Personen einen eigentlichen Dammbbruch dar, indem der Entscheid über die Gewährung von Rechtshilfe faktisch ausschliesslich in die Kompetenz der Strafverfolgungsbehörden gelegt wird. Ein wirksamer Rechtsschutz durch die dritte Gewalt wird insbesondere durch die Möglichkeit der unaufgeforderten Übermittlung verunmöglicht. Selbst wenn sich die ersuchende Behörde vorgängig nach Massgabe von Abs. 4 verpflichtet, können die entsprechenden Verpflichtungen im ersuchenden Staat nicht durchgesetzt werden.

6. Art. 80d^{ter} VE-IRSG

Die Einführung Gemeinsamer Ermittlungsgruppen GEG ist aus mehreren Gründen abzulehnen.

Staatspolitisch fragwürdig ist in erster Linie, dass die der Exekutive angehörenden Straf- und Rechtshilfebehörden allein darüber entscheiden sollen, inwieweit die Schweiz Souveränitätsansprüche an ausländische Exekutivbehörden abtritt oder mit ihnen teilt (vgl. dazu insbesondere Abs. 5 lit. c). Zurückzuweisen ist insbesondere auch die Schaffung von (zwischenstaatlichen) Organen, die geheim gebildet werden und gegen deren Massnahmen keinerlei Rechtsschutz besteht.

Die Verantwortlichkeiten (Führung und Organisation sind nicht geregelt) sind ebenso verschwommen wie das anwendbare Recht, welches sich im Zeitalter der Digitalisierung nicht nach territorialen Grundsätzen bestimmen lässt (vgl. die unklare Regelung in Abs. 4). Die Verantwortlichkeiten und die Haftung für ausländische GEG-Mitwirkende gemäss Abs. 8 sind nicht durchsetzbar.

E. Zum VE-GWG

Die vorgeschlagenen Änderungen stehen weitgehend im Zusammenhang mit den abgelehnten Änderungen des StGB und müssen hier nicht einzeln kommentiert werden. Sie erweisen sich als redaktioneller Art. Das gilt unseres Erachtens auch für die Meldepflicht der Händler bei Verdacht der Terrorismusfinanzierung.

Kritisch ist Art. 11a Abs. 2^{bis} VE-GWG. Wir lehnen den Kompetenzausbau der MROS ausserhalb der bisherigen Verdachtsmeldungen zugunsten ausländischer Partnerstellen ab. Die MROS würde dadurch zu einer personell massiv aufzudotierenden Strafverfolgungsbehörde i.S.v. Art. 12 StPO, welche die zuständigen Staatsanwaltschaften aktiv unterstützt.

Der Schweizerische Anwaltsverband dankt Ihnen für Ihre Kenntnisnahme.

Mit freundlichen Grüssen

Für den SAV

SAV Präsident

Urs Haegi



SAV Generalsekretär

René Rall





SCHWEIZERISCHER ARBEITGEBERVERBAND
UNION PATRONALE SUISSE
UNIONE SVIZZERA DEGLI IMPRENDITORI

Eidgenössisches Justiz- und Polizeidepartement EJPD
3003 Bern

andrea.candrian@bj.admin.ch
annemarie.gasser@bj.admin.ch

Zürich, 6. Juli 2017 sm
maeder@arbeitgeber.ch

**Genehmigung/Umsetzung Übereinkommen Europarate zur Verhütung des Terrorismus mit dem dazugehörigen Zusatzprotokoll und Verstärkung des strafrechtlichen Instrumentariums gegen Terrorismus und organisierte Kriminalität:
Eröffnung des Vernehmlassungsverfahrens¹**

Sehr geehrte Damen und Herren

Mit Schreiben vom 22. Juni 2017 wurden wir zur Stellungnahme zum obengenannten Geschäft eingeladen. Für die uns dazu gebotene Gelegenheit danken wir Ihnen bestens.

Da die Vorlage nicht unter die durch den Schweizerischen Arbeitgeberverband behandelten Themen fällt, resp. die Arbeitgeber nicht direkt betrifft, verzichten wir auf eine Stellungnahme.

Mit freundlichen Grüssen

SCHWEIZERISCHER ARBEITGEBERVERBAND

Prof. Dr. Roland A. Müller
Direktor

Eidgenössisches Justiz- und Polizeidepartement (EJPD)
Bundesamt für Justiz (BJ)
Fachbereich Internationales Strafrecht
Bundesrain 20
3003 Bern

Per Mail an: andrea.candrian@bj.admin.ch
annemarie.gasser@bj.admin.ch

Basel, 12. Oktober 2017
J.022.1 / AER / RKU / LWI

Stellungnahme der SBVg zum Gesetzgebungsprojekt zur Verstärkung des strafrechtlichen Instrumentariums gegen Terrorismus und organisierte Kriminalität

Sehr geehrte Frau Gasser
Sehr geehrter Herr Candrian

Wir beziehen uns auf die am 21. Juni 2017 eröffnete Vernehmlassung des Eidgenössischen Justiz- und Polizeidepartements (EJPD) zur Verstärkung des strafrechtlichen Instrumentariums gegen Terrorismus und organisierte Kriminalität und bedanken uns für die Gelegenheit, Ihnen hiermit unsere Position darlegen zu können.

Vorab erlauben wir uns, die aus unserer Sicht besonders wichtigen Anliegen zusammenzufassen:

- Unter **Art. 260^{ter} VE-StGB** ist der Bundesrat zu verpflichten, eine aufgrund neuester Erkenntnisse laufend aktualisierte Liste der als kriminell und terroristisch erkannten Organisationen zu führen.
- Der Tatbestand von **Art. 260^{sexies} Abs. 2 VE-StGB** ist auf direktvorsätzliche Tatbegehung wider besseren Wissens einzuschränken.
- Die vorzeitige Übermittlung von Informationen und Beweismitteln im Interesse des ausländischen Verfahrens gemäss **Art. 80d^{bis} Abs. 1 lit. a VE-IRSG** ist nur im Zusammenhang mit der Verhinderung oder Verfolgung eines Verbrechens im Sinne von Art. 10 Abs. 2 StGB zuzulassen.
- Für die Herausgabeaufforderungen der MROS gestützt auf **Art. 11a GwG** sind klare Regelungen des Verfahrens (Form, Frist, Rechtsmittel etc.) im GwG aufzunehmen. Alternativ kann die erforderliche Rechtssicherheit durch Verweis auf die anwendbaren Verfahrensregeln (z.B. derjenigen des VwVG) erfolgen.

- Die neuen Kompetenzen der MROS zur Informationsbeschaffung bei schweizerischen Finanzintermediären gestützt auf Informationen von ausländischen Meldestellen nach **Art. 11a Abs. 2^{bis} VE-GwG** sind zur Gewährleistung der doppelten beidseitigen Strafbarkeit auf Sachverhalte zu beschränken, welche in der Schweiz eine Vortat gemäss Art. 305^{bis} StGB darstellen.

I. Allgemeine Anmerkungen

Generell begrüssen wir den gesetzgeberischen Vorstoss, durch Schaffung zusätzlicher Massnahmen die Bekämpfung von Terrorismus und organisierter Kriminalität effizienter zu gestalten.

Im Bereich des Schweizerischen Strafgesetzbuches (StGB) muss durch gezielte zusätzliche Massnahmen sichergestellt werden, dass die gesetzlichen Pflichten im operativen Alltag mit vernünftigem Aufwand erfüllt werden können. Andernfalls droht trotz Nichterkennbarkeit von Straftaten die Pönalisierung ganzer Branchen.

Gemäss dem erläuternden Bericht bezwecken die neuen Bestimmungen zur dynamischen Rechtshilfe eine Verbesserung der Bekämpfung des Terrorismus sowie jeglicher damit verbundenen Formen von Kriminalität. Zudem soll die vorgeschlagene Revision die justizielle Zusammenarbeit bei der Bekämpfung anderer Formen schwerer Verbrechen stärken, so namentlich der Verbrechen gegen die Menschlichkeit, der Geldwäscherei oder der breit angelegten Korruption – unabhängig davon, ob diese Taten eine Verbindung zu terroristischen Handlungen aufweisen oder nicht.

Das im Bundesgesetz über internationale Rechtshilfe in Strafsachen (VE-IRSG) neu zu schaffende Abwehrdispositiv hat aber die selbst gesetzten rechtsstaatlichen Eckpfeiler einzuhalten und sich beispielsweise auf „*dringende und begründete*“ Handlungen zu beschränken.

II. Zu den einzelnen Bestimmungen

A. Massnahmen im Bereich des Strafrechts (VE-StGB)

Art. 260^{ter}: Kriminelle und terroristische Organisationen

Die vorgeschlagenen Anpassungen an dieser Bestimmung folgen im Wesentlichen der begrüssenswerten Stossrichtung dieser Gesetzesrevision.

Ernsthaft zu prüfen ist allerdings, ob die Schlüsselbegriffe „*kriminelle und terroristische Organisationen*“ im Strafgesetzbuch zu definieren sind. Dies gilt umso mehr, als die Qualifizierung bestimmter Personen oder Organisationen entweder als (verpönte) Kriminelle resp. Terroristen oder aber als (vorbildliche) Freiheitskämpfer sehr stark abhängig von der politischen Grundhaltung sowie dem aktuellen Zeitgeist und damit sehr stark subjektiv geprägt ist (vgl. erläuternder Bericht, S. 67 sowie FN 263). Eine allzu strikte und entsprechend enge Definition könnte aber dem Ziel dieser Revision, Terrorismus effizienter bekämpfen zu können, zuwiderlaufen.

Mit Blick auf die komplexe Herausforderung, kriminelle oder terroristische Organisationen im operativen Alltag mit vernünftigem Aufwand und zeitgerecht zu erkennen, sollten die Bundesbehörden jedenfalls eine Liste der erkannten kriminellen und terroristischen Organisationen führen. Diese Liste muss entsprechend der neuesten Erkenntnisse laufend aktualisiert und in geeigneter Weise publiziert werden. Eine solche Liste würde die Rechtssicherheit und damit die Operationalisierbarkeit dieser Strafnorm massiv erleichtern. Sie hat sich auch in anderen Bereichen zu vergleichbaren Themen bestens bewährt, z.B. die Liste des SECO betreffend Wirtschaftssanktionen oder die vom EDÖB gestützt auf Art. 7 VE-DSG geführte Liste betreffend Länder mit angemessenem Datenschutz im Sinne von Art. 6 Abs. 1 DSG.

Demzufolge schlagen wir unter Art. 260^{ter} VE-StGB die Einführung eines neuen Abs. 6 vor:

„Der Bundesrat führt und publiziert eine aufgrund neuester Erkenntnisse laufend aktualisierte Liste der als kriminell und terroristisch erkannten Organisationen. Diese ist von anderen bestehenden Listen klar abzugrenzen.“

Art 260^{sexies}: Anwerbung, Ausbildung und Reisen im Hinblick auf eine terroristische Straftat

Die Regelungen von Absatz 1 und 3 dieser neuen Bestimmung sind mit Blick auf das Revisionsziel sinnvoll und demzufolge nicht zu beanstanden.

Problematisch ist indessen Absatz 2. Die unter Strafe gestellte Absicht einer bestimmten Person, z.B. eines Reisenden, eines Gläubigen oder eines Bankkunden, ist für dessen Dienstleister wie etwa ein Reisebüro, eine kirchliche Gemeinschaft (wie z.B. eine Moschee) oder eine Bank typischerweise gerade nicht erkennbar und selbst mit einem Aufwand, welcher ein vernünftiges Mass bei weitem übersteigt, kaum je zielführend überprüfbar.

Wie schon unter Art. 260^{quinqüies} StGB wird zudem der Geltungsbereich des StGB durch den unscharf formulierten Straftatbestand „Finanzieren durch Sammeln oder zur Verfügung stellen“ auf ein zulässiges Verhalten im Vorfeld der eigentlichen Straftat ausgedehnt. Mit der neuen Strafnorm von Art. 260^{sexies} VE-StGB wird deshalb gegenüber der bestehenden, allseits auch vom Bundesrat kritisierten Strafnorm von Art. 260^{quinqüies} StGB diesbezüglich keine Verbesserung erzielt (vgl. erläuternder Bericht, S. 67).

Leider äussert sich der Erläuterungsbericht zu dieser Problematik nicht. Die einzige zielführende Massnahme ist, strengere Anforderungen an die subjektive Seite der Straftat zu stellen. Diese auch im Erläuterungsbericht erhobene Forderung (vgl. S. 67) findet aber keinen Niederschlag im vorgeschlagenen Wortlaut der Bestimmung von Art. 260^{sexies} VE-StGB.

Die Strafbarkeit der Bestimmung von Art. 260^{sexies} Abs. 2 VE-StGB ist deshalb auf direktvorsätzliche Tatbegehung wider besseren Wissens einzuschränken. Dies schliesst den andernfalls drohenden Eventualvorsatz explizit aus.

Demzufolge ist Art. 260^{sexies} Abs. 2 VE-StGB wie folgt anzupassen:

„Mit der gleichen Strafe wird belegt, wer wider besseren Wissens in direktvorsätzlicher Absicht, [...]“

Der Unterschied zwischen den Begriffen „finanzieren“, „Vermögenswerte sammeln“ und „Vermögenswerte zur Verfügung stellen“ ist zudem klärungsbedürftig. Während von der Geberseite aus gesehen zwischen einerseits „sammeln“ und andererseits „finanzieren“ und „zur Verfügung stellen“ ein Unterschied im Sinne von passiv (sammeln beispielsweise durch Spendenaufrufe) und aktiv (finanzieren, zur Verfügung stellen) gesehen werden kann, ist vor allem der Unterschied zwischen „finanzieren“ und „zur Verfügung stellen“ nicht klar. Für Banken stellt sich die Frage, ob der Tatbestand („zur Verfügung stellen“) bereits erfüllt ist, wenn ein Kunde über sein legal erworbenes Guthaben verfügt (z.B. durch Barabhebungen), wenn Anhaltspunkte für eine Reise im Sinne von Abs. 1 lit. c bestehen, wobei Eventualvorsatz genügen würde.

Im Übrigen akzentuiert der unscharf formulierte Tatbestand von Art. 260^{sexies} Abs. 2 die Konfliktsituation, dass die Bank nach Erstattung einer Meldung an die MROS, Vermögenswerte erst sperren kann, wenn von dieser die Weiterleitung an die Strafverfolgungsbehörde mitgeteilt wurde. Eine sofortige Sperrung ist lediglich bei Meldungen nach Art. 9 Abs. 1 lit. c GwG vorgesehen.

Aufgrund der Ausgestaltung als Verbrechen im Sinne von Art. 10 Abs. 2 StGB wird durch den neuen Art. 260^{sexies} Abs. 2 VE-StGB eine Vortat zur Geldwäscherei nach Art. 305^{bis} Ziff. 1 StGB geschaffen. Schweizerische Finanzintermediäre wären damit künftig verpflichtet, Vermögenswerte, welche aus diesem Verbrechen herrühren, gestützt auf Art. 9 Abs. 1 lit. a. Ziff. 2 GwG der MROS zu melden. Im Besonderen verschärft sich dies bei Art. 260^{sexies} Abs. 2 VE-StGB dadurch, dass eine Vortat bereits als erfüllt bzw. begangen gilt, sofern die objektiven Merkmale der Vortat erfüllt¹ sind und diese rechtswidrig begangen worden ist. Für schweizerische Finanzintermediäre bewirkt dies insgesamt eine nicht vertretbare Ausdehnung der Meldepflicht nach Art. 9 GwG, da diese bei begründetem Verdacht, dass Vermögenswerte im Zusammenhang mit Reisen in problematische Länder gesammelt werden, bereits zu einer Meldung verpflichtet würden. Entsprechend ist in einem neuen Art. 260^{sexies} Abs. 2^{bis} VE-StGB für den Nachtatbereich eine weitere Einschränkung aufzunehmen.

Demzufolge regen wir an, einen neuen Art. 260^{sexies} Abs. 2^{bis} VE-StGB einzuführen:

„Geldwäscherei nach Art. 305^{bis} kann nur begehen, wer die Einziehung von Vermögenswerten, welche aus einer Tat nach Abs. 2 herrühren, mit Wissen um die Absicht des Täters gemäss Abs. 2 vereitelt. Die gleiche Einschränkung gilt auch für die Meldepflicht nach Art. 9 GwG, deren Verletzung nach Art. 37 GwG sowie das Melderecht nach Art. 305^{ter} Abs. 2.“

B. Massnahmen im Bereich der Rechtshilfe (VE-IRSG)

Art. 80d^{bis}: Vorzeitige Übermittlung von Informationen und Beweismitteln

Das mit dieser Bestimmung verfolgte Ziel, die internationale Rechtshilfe in Strafsachen im Interesse der Bekämpfung terroristischer oder anderer schwerer Verbrechen zu verbessern, ist grundsätzlich zu begrüssen und soll nicht in Abrede gestellt werden.

Allerdings gestattet Art. 80d^{bis} Abs. 1 VE-IRSG in seiner vorliegenden Form die vorzeitige Übermittlung von Informationen und Beweismitteln bereits im Zusammenhang mit der

¹ Vgl. BGE 6B_115/2007 E.3.3.2 mit Hinweisen auf die ältere Bundesgerichtspraxis.

Verhinderung oder Verfolgung einer auslieferungsfähigen Straftat im Sinne von Art. 35 Abs. 1 lit. a IRSG. Eine vorzeitige Übermittlung wäre somit auch bei blossen Vergehen, wie z.B. einer Sachentziehung, einer Sachbeschädigung oder einem Betrug mit einem Deliktsbetrag von mehr als CHF 300.--, möglich. Entgegen dem erläuternden Bericht sind solche Delikte nicht als schwerwiegend zu qualifizieren und dürften auch kaum je in Zusammenhang mit Terrorismus stehen.

Diese Feststellung spricht dafür, die vorzeitige Übermittlung im Interesse des ausländischen Verfahrens gemäss Art. 80d^{bis} Abs. 1 lit. a VE-IRSG auf schwerwiegende Fälle zu beschränken. Auch wenn klar sein müsste, dass der Anwendungsfall von Art. 80d^{bis} Abs. 1 lit. b VE-IRSG *a fortiori* auch für Verbrechen zu gelten hat, sind allfällige Auslegungsprobleme mittels Präzisierung des Wortlauts zu verhindern. Eine Beschränkung auf Vergehen in lit. b wäre unseres Erachtens nicht richtig, weil nicht nur jene Anlass zu einer vorzeitigen Übermittlung bei Terrorverdacht geben. Der Anwendungsfall von Art. 80d^{bis} Abs. 1 lit. a VE-IRSG ist nur einschlägig, wenn die vorzeitige Übermittlung im Interesse des Strafverfahrens im Ausland ist.

Die vorzeitige Übermittlung sollte daher an die Bedingung geknüpft werden, dass der von der ersuchenden Behörde im Rechtshilfegesuch geschilderte Sachverhalt nach schweizerischem Recht als Verbrechen im Sinne von Art. 10 Abs. 2 StGB zu qualifizieren ist, und nicht bloss als auslieferungsfähige Straftat. Denkbar wäre auch ein Deliktskatalog wie in Art. 28a Abs. 2 lit. b VE-StGB, um die vorzeitige Übermittlung auf schwerwiegende bzw. im Zusammenhang mit Terrorismus stehende Delikte zu beschränken.

Hingegen spricht aus unserer Sicht nichts dagegen, die vorzeitige Übermittlung zur Abwehr einer schweren und unmittelbaren Gefahr im Sinne von Art. 80d^{bis} Abs. 1 lit. b VE-IRSG bereits bei Verbrechen sowie Vergehen zuzulassen.

Gemäss Art. 80d^{bis} Abs. 4 lit. c VE-IRSG hat sich die ersuchende Behörde vorgängig zu verpflichten, die durch vorzeitige Übermittlung erlangten Informationen oder Beweismittel aus den Akten des ausländischen Verfahrens zu entfernen, wenn die Rechtshilfe verweigert wird. Diese Pflicht erstreckt sich jedoch nicht auf diejenigen Beweismittel, welche in der Folge aufgrund der von der Schweiz vorzeitig übermittelten Informationen und Beweismittel erlangt wurden (z.B. Protokolle von Einvernahmen, Hausdurchsuchungen und Telefonkontrollen, beschlagnahmte Gegenstände und Vermögenswerte etc.). Diese Beweismittel können selbst dann zur Verurteilung eines Beschuldigten verwendet werden, wenn die Rechtshilfe am Schluss des Verfahrens verweigert und die von der Schweiz vorzeitig übermittelten Informationen und Beweismittel aus den Akten des ausländischen Verfahrens entfernt wurden. Dadurch erleidet der von der vorzeitigen Übermittlung betroffene Beschuldigte – entgegen der im erläuternden Bericht vertretenen Auffassung – einen Schaden (Verurteilung trotz Verweigerung der Rechtshilfe aufgrund von Informationen und Beweismitteln, welche die Schweiz vorzeitig übermittelt hat). Dieser Nachteil der vorzeitigen Übermittlung spricht unseres Erachtens einerseits für eine zurückhaltende Anwendung dieser Massnahme unter Beachtung des Prinzips der Verhältnismässigkeit und andererseits im Falle von Art. 80d^{bis} Abs. 1 lit. a VE-IRSG für die Einschränkung auf Verbrechen im Sinne von Art. 10 Abs. 2 StGB oder für einen Deliktskatalog im vorgenannten Sinn.

Nach alledem ist Art. 80d^{bis} Abs. 1 VE-IRSG neu wie folgt zu formulieren:

„Die zuständige kantonale oder eidgenössische Behörde kann vor Erlass der Schlussverfügung jede für das ausländische Verfahren notwendige Rechtshilfemassnahme anordnen und Informationen sowie erhobene

Beweismittel, die im Zusammenhang mit der Verhinderung oder Verfolgung einer strafbaren Handlung ~~auslieferungsfähigen Straftat~~ stehen, vorzeitig übermitteln:

- a. bei Verbrechen: wenn es im Interesse des Verfahrens liegt, insbesondere um die Vertraulichkeit des Verfahrens zu wahren;*
- b. bei Verbrechen und Vergehen: um in dringenden und begründeten Fällen eine schwere und unmittelbare Gefahr der Begehung einer terroristischen Straftat abzuwehren, ~~insbesondere verbunden mit der Begehung einer terroristischen Straftat.~~*

Zudem scheint uns der in Art. 80d^{bis} Abs. 2 VE-IRSG normierte Verfahrensmechanismus zu wenig klar formuliert. Aus dem Gesetzestext ergibt sich nicht mit der wünschbaren und aus rechtsstaatlicher Sicht notwendigen Klarheit, ob die „unaufgeforderte“ Übermittlung ohne ein vorgängiges Rechtshilfeersuchen erfolgen darf.

Wir verstehen die Systematik so, dass ein vorgängiges Rechtshilfeersuchen erforderlich ist, um die Rechte der verdächtigten Personen zu beschränken sowie die Reaktionsmöglichkeiten der Schweizer Behörden zu flexibilisieren (vgl. erläuternder Bericht, S. 54). Diese wichtige Erkenntnis ist in Art. 80d^{bis} Abs. 2 VE-IRSG wie folgt zu präzisieren:

„Die Übermittlung kann auf Basis eines Rechtshilfeersuchens unaufgefordert oder auf Ersuchen erfolgen.“

Art. 80d^{ter}: Gemeinsame Ermittlungsgruppen

Die in unseren Ausführungen zu Art. 80d^{bis} erläuterten Vorbehalte sind auch im Lichte der weiten Befugnisse und der möglichen Mitglieder der neu vorgesehenen gemeinsamen Ermittlungsgruppen (GEG) gemäss dem vorgeschlagenen Art. 80d^{ter} von Bedeutung. Unter dem Gesichtspunkt der Beeinträchtigung der Position der betroffenen Person stellt sich die Frage, ob deren Errichtung nicht durch eine Drittbehörde vorab bewilligt werden sollte.

C. Massnahmen im Bereich der Geldwäschereibekämpfung (VE-GwG)

Art. 11a GwG: Herausgabe von Informationen

Gemäss Art. 11a Abs. 2^{bis} GwG soll die MROS neu auch gestützt auf Informationen von ausländischen Meldestellen für ihre Analyse nach Art. 23 Abs. 2 GwG bei schweizerischen Finanzintermediären Informationen beschaffen können. Vor diesem Hintergrund stellt sich die Frage nach der Form und Ausgestaltung der Informations- und Auskunftersuchen der MROS sowie der daraus folgenden Rechtsmittel mit neuer Dringlichkeit.

Gemeinsam ist sämtlichen Informationsbeschaffungsrechten der MROS, dass sie einen schweizerischen Finanzintermediär zur Herausgabe von Informationen und Dokumenten verpflichten und damit in die Rechte desselben und unter Umständen auch von Dritten (z.B. des Bankkunden) eingreifen. Die Wirkung von Art. 11a Abs. 1 und 2 GwG sowie von Art. 11a Abs. 2^{bis} VE-GwG gleicht somit derjenigen der Herausgabepflicht nach Art. 265 Abs. 3 StPO. Denn durch den Herausgabeanspruch

der MROS zumindest für Dokumente wird ebenso in die Eigentumsgarantie gemäss Art. 26 BV des Eigentümers oder Besitzers von Dokumenten und unter Umständen auch in die Wirtschaftsfreiheit gemäss Art. 27 BV des zur Herausgabe Verpflichteten eingegriffen wie durch Art. 265 Abs. 3 StPO. Daran vermag auch der explizite Hinweis in der Botschaft zum aktuellen Gesetzgebungsentwurf nichts zu ändern. Es ist zwar durchaus richtig, dass die MROS keine Strafbehörde darstellt, dennoch stellen ihre Auskunftsrechte Grundrechtseingriffe dar, welche wie diejenigen der Strafverfolgungsbehörden gestützt auf Art. 265 Abs. 3 StPO ebenfalls die Schranken von Art. 36 BV zu wahren haben. Der Argumentation des Bundesrats in seiner Botschaft vom 27. Juni 2012 zur Änderung des Geldwäschereigesetzes und erneut in der aktuellen Botschaft, wonach die Verpflichtung eines Finanzintermediärs zur Herausgabe von Informationen und Dokumenten nach Art. 11a GwG keinen Erlass einer Verfügung voraussetzt, kann nicht gefolgt werden. Es ist zwar durchaus nachvollziehbar, dass sich im Geldwäschereibereich ein Verfahren in zwei Phasen - die Analyse und die Strafverfolgung - gliedert. Es ist aber unverständlich, dass die Rahmenbedingungen der Bundesverfassung für Grundrechtseingriffe, welche für sämtliches staatliches Handeln gelten sollen, in der Analysephase der MROS nicht beachtet werden müssen. Vielmehr ist die MROS als Teil der Bundesverwaltung in ihrem Handeln an die entsprechenden Schranken für Grundrechtseingriffe gebunden.

Entsprechend sind zur Schaffung von Rechtssicherheit klare Verfahrensregeln für die Herausgabeaufforderungen der MROS gestützt auf Art. 11a GwG zu schaffen. Dazu sind Regelungen hinsichtlich der erforderlichen Form (z.B. Verfügung i.S.v. Art. 5 VwVG), zur Frist sowie zu einem allfälligen Rechtsmittelweg im GwG aufzunehmen. Sollten solche Verfahrensrechte nachvollziehbarerweise nur den von der Herausgabeaufforderung betroffenen schweizerischen Finanzintermediären und nicht den betroffenen Bankkunden zustehen, ist dies durch ein Gesetz im formellen Sinne zu statuieren.

Sofern aus systematischer Sicht durch den Gesetzgeber auf das Vorsehen von Verfahrensregelungen im GwG verzichtet werden soll, ist im GwG ein expliziter Verweis auf die für die MROS als Teil einer staatlichen Behörde anwendbaren Verfahrensregelungen aufzunehmen.

Mit den durch beide Vorschläge erzielten Ergebnissen würde nicht nur die Rechtssicherheit der Rechtsunterworfenen verbessert und die Verfassungsmässigkeit des GwG wieder explizit gewahrt, sondern dies würde darüber hinaus die Stellung der MROS stärken und so an die von den internationalen Bestrebungen geforderten Anforderungen angleichen.

Art. 11a Abs. 2^{bis}: MROS-Kompetenzen im Bereich der internationalen Amtshilfe

Die neu geschaffene Kompetenz der MROS, gestützt auf Informationen von ausländischen Meldestellen für ihre Analyse nach Art. 23 Abs. 2 GwG auch Informationen bei schweizerischen Finanzintermediären gemäss Art. 11a Abs. 2^{bis} VE-GwG beschaffen zu können, ist grundsätzlich zu begrüssen. Sie bewirkt eine Verbesserung der internationalen Zusammenarbeit der Schweiz im Bereich der Geldwäscherei und der Terrorismusfinanzierung, stärkt die Stellung der MROS und unterstützt die technische Konformität mit den FATF-Empfehlungen aus dem Jahr 2012.

Art. 11a Abs. 2^{bis} ist allerdings so auszugestalten, dass dadurch keine Umgehung des Rechtshilfeweges durch ausländische Behörden erfolgt. Die Bestimmungen von Art. 30 Abs. 3 GwG (i.e. Weiterleitung der Informationen an eine ausländische Meldestelle nur in Berichtsform) sowie Art. 31 lit. b GwG (i.e. Ausschluss der Weiterleitung bei zwingender Anwendung des Rechtshilfeweges) gewährleisten diesbezüglich keinen ausreichenden Schutz. Die nur vage umschriebenen Voraussetzungen in Art. 11a Abs. 2^{bis} sind umso problematischer, als dass die ausländischen Meldungen an die MROS auf Rechtsordnungen mit tieferen Schwellenwerten für die Erstattung von Meldungen beruhen können und deshalb unter Umständen Delikte betreffen, die in der Schweiz nicht als Vortat zu Geldwäscherei gelten.

Zur Vervollständigung oben genannter Schutzmechanismen, die im Übrigen auch auf die Verhinderung einer zu starken Beeinträchtigung der Rechte einer betroffenen Person zielen, ist die Kompetenz der MROS gemäss Art. 11a Abs. 2^{bis} VE-GwG auf diejenigen Fälle einzuschränken, welche die abstrakte beidseitige Strafbarkeit wahren. Diese ist schliesslich auch bei der Meldung von Art. 9 GwG sowie denjenigen nach Art. 305^{ter} Abs. 2 StGB massgeblich, sofern die Vortat im Ausland begangen worden ist.² Zur Informationsbeschaffung bei einem schweizerischen Finanzintermediär gestützt auf Informationen einer ausländischen Meldestelle soll die MROS folglich nur dann berechtigt sein, wenn die Anfrage der ausländischen Meldestelle auf einem Sachverhalt beruht, der im jeweiligen Staat strafbar ist und in der Schweiz eine Vortat zur Geldwäscherei nach Art. 305^{bis} Ziff. 1 StGB darstellt. Dadurch wird beispielsweise sichergestellt, dass ausländische Meldestellen nicht über diesen Weg zu Informationen gelangen, deren Erhalt auf dem Rechtshilfeweg mangels doppelter Strafbarkeit verweigert würde.

Demzufolge ist Art. 11a Abs. 2^{bis} VE-GwG wie folgt zu formulieren:

„Wird aufgrund der Analyse der Informationen, die von einer ausländischen Meldestelle stammen, erkennbar, dass diesem Gesetz unterstellte Finanzintermediäre an einer Transaktion ~~oder Geschäftsbeziehung~~ im Zusammenhang mit diesen Informationen beteiligt sind oder waren und der von der ausländischen Meldestelle dargelegte Sachverhalt eine Vortat im Sinne von Art. 305^{bis} Ziff. 1 StGB darstellt, so müssen die beteiligten Finanzintermediäre der Meldestelle auf Aufforderung hin alle damit zusammenhängenden Informationen herausgeben, soweit sie bei Ihnen vorhanden sind.“

D. Massnahmen im Bereich der nachrichtendienstlichen Tätigkeiten (VE-NDG)

Art. 74: Organisationsverbot

Die Anpassung von Art. 74 schafft eine neue Vortat zur Geldwäscherei im Sinne von Art. 305^{bis} StGB. Damit verbunden ist auch eine Erweiterung der Meldeobliegenheit und zwar dahingehend, als dass kein direkter Vorsatz zur Verübung einer Gewalttat

² Erforderlich ist demnach, dass die im Ausland begangene Vortat dort strafbar ist (nicht unbedingt als Verbrechen) und eine solche Vortat in der Schweiz als Verbrechen im Sinne von Art. 10 Abs. 2 StGB oder seit 1. Januar 2016 ein qualifiziertes Steuervergehen darstellt.

verlangt wird. Damit wird faktisch auch eine Lösegeld- oder Schutzgeldzahlung meldepflichtig.

III. Schlussbemerkungen

Die grundsätzlich begrüßenswerte Stossrichtung der geplanten Gesetzesänderungen lässt sich mit wenigen Präzisierungen und Ergänzungen erheblich verbessern, insbesondere mit Fokus auf Einhaltung des rechtsstaatlichen Rahmens und Vereinfachung der Operationalisierung der neuen Regeln durch die Wirtschaft.

Wir bedanken uns für die wohlwollende Prüfung unserer Kommentare und Anliegen.
Für allfällige Rückfragen oder eine vertiefte Erörterung unserer Stellungnahme stehen wir Ihnen selbstverständlich jederzeit gerne zur Verfügung.

Freundliche Grüsse

Schweizerische Bankiervereinigung



Andrew Ertl



Markus Staub

Von: Verband <verband@chgemeinden.ch>
Gesendet: Mittwoch, 6. September 2017 16:43
An: Candrian Andrea BJ; Gasser Annemarie BJ
Betreff: Vernehmlassung: Genehmigung und Umsetzung des Übereinkommens des Europarates zur Verhütung des Terrorismus mit dem dazugehörigen Zusatzprotokoll und Verstärkung des strafrechtlichen Instrumentariums gegen Terrorismus und organisierte Kriminalität

Sehr geehrte Damen und Herren

Mit Ihrem Schreiben vom 22. Juni 2017 haben Sie dem Schweizerischen Gemeindeverband (SGV) das oben erwähnte Geschäft zur Vernehmlassung unterbreitet. Für die Gelegenheit, uns aus Sicht der rund 1625 dem SGV angeschlossenen Gemeinden äussern zu können, danken wir Ihnen.

Nach Studium der Unterlagen teilen wir Ihnen hiermit jedoch mit, dass der SGV zu dieser Vorlage keine Stellungnahme einreicht.

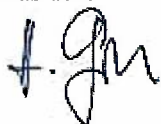
Vielen Dank für Ihre Kenntnisnahme.

Freundliche Grüsse

Schweizerischer Gemeindeverband

Präsident

Direktor



Hannes Germann
Ständerat

Reto Lindegger

Schweizerischer Gemeindeverband

Laupenstrasse 35, Postfach

3001 Bern

Tel. 031 380 70 00

verband@chgemeinden.ch

www.chgemeinden.ch

Von: Wicht Bernard <wicht@edk.ch>
Gesendet: Montag, 3. Juli 2017 11:58
An: Candrian Andrea BJ; Gasser Annemarie BJ
Cc: Hardmeier Susanne; Michel Rohrbach; Ottilie Mattmann-Arnold; Mestral Paroz Samantha
Betreff: Approbation Convention du Conseil de l'Europe prévention terrorisme

Madame, Monsieur,

Nous vous remercions de nous avoir consulté sur l'objet mentionné sous rubrique.

Après examen du dossier, nous renonçons à prendre position.

Nous saisissons cette occasion pour vous informer que nous participons aux travaux d'élaboration du Plan d'action national de prévention de la radicalisation pour les questions touchant l'éducation.

Avec nos meilleures salutations

Bernard Wicht

Chef de l'Unité de coordination
Culture & société, Organisations internationales

Secrétariat général CDIP / Generalsekretariat EDK
Maison des cantons, Speichergasse 6, Case postale 660, CH-3000 Berne 7
T +41 (0)31 309 51 23 / F +41 (0)31 309 51 50 / <http://www.cdip.ch>

Schweizerische Konferenz der kantonalen Erziehungsdirektoren (EDK)
Conférence suisse des directeurs cantonaux de l'instruction publique (CDIP)
Conferenza svizzera dei direttori cantonali della pubblica educazione (CDPE)
Conferenza svizra dals directurs chantunals da l'educaziun publica (CDEP)

Vorab per Mail

Bundesamt für Justiz
Herr Andrea Candrian
Frau Annemarie Gasser
Fachbereich Internationales Strafrecht
Bundesrain 20
3003 Bern

Zürich, 11. Oktober 2017

Vernehmlassung zur Genehmigung und Umsetzung des Übereinkommens des Europarates zur Verhütung des Terrorismus mit dem dazugehörigen Zusatzprotokoll und Verstärkung des strafrechtlichen Instrumentariums gegen Terrorismus und organisierte Kriminalität

Sehr geehrter Herr Candrian
Sehr geehrte Frau Gasser
Sehr geehrte Damen und Herren

Wir danken Ihnen für die Möglichkeit zur Vernehmlassung zur Genehmigung und Umsetzung des Übereinkommens des Europarates zur Verhütung des Terrorismus mit dem dazugehörigen Zusatzprotokoll und Verstärkung des strafrechtlichen Instrumentariums gegen Terrorismus und organisierte Kriminalität und nehmen diese Gelegenheit zur Stellungnahme fristgerecht gerne wahr.

Unsere Stellungnahme beschränkt sich auf die vorgeschlagenen Änderungen des Geldwäschereigesetzes („GwG“) und in diesem Zusammenhang auf Art. 11a Abs. 2^{bis} GwG.

Gerne erläutern wir unsere Anliegen wie folgt näher:

1. Vorbemerkung

Bereits 2013 wurde das GwG revidiert und auf Druck der Egmont Gruppe hin die Kompetenzen der MROS im Zusammenhang mit der internationalen Amtshilfe im Bereich der Geldwäschereibekämpfung erweitert. So wurde die MROS unter anderem befähigt, Finanzinformationen und sämtliche übrigen bei ihr vorhandenen Informationen und Personendaten, die nach dem GwG beschafft worden sind, mit den anderen FIU's der Egmont Gruppe unter bestimmten Voraussetzungen (vgl. Art. 30 ff. GwG) auszutauschen. Durch Art. 11a Abs. 2 GwG wurde die MROS zudem zur Informationsbeschaffung bei Drittfinanzintermediären berechtigt. Bereits damals äusserten die Selbstregulierungsorganisationen rechtsstaatliche Bedenken im Zusammenhang mit der erweiterten Amtshilfe.

Die Situation 2017 ist vergleichbar mit der Situation 2013. Anlass für das neueste Revisionsvorhaben und die Einfügung von Art. 11a Abs. 2^{bis} GwG ist die Kritik im Länderbericht der FATF für die Schweiz. In Bezug auf die Einhaltung der FATF Empfehlung 40 wurde die Schweiz nämlich nur als

teilweise konform bewertet. Die SRO/SLV anerkennt die Bemühungen des schweizerischen Gesetzgebers sowie der Aufsichtsbehörden, möglichst bald aus dem „enhanced follow-up“ der FATF zu gelangen und unterstützt diese. Die obgenannte Vorlage bezüglich Art. 11a Abs. 2^{bis} GwG wird allerdings abgelehnt, weil die internationale Amtshilfe übermässig ausgedehnt und die rechtsstaatlichen Prinzipien noch stärker in Frage gestellt werden als dies schon bei der Revision von Art. 11a Abs. 2 GwG im Jahre 2013 der Fall war.

2. Informationsbeschaffung bei Drittfinanzintermediären

Gemäss dem vorgeschlagenen Art. 11a Abs. 2^{bis} GwG müssen die Finanzintermediäre, welche dem schweizerischen GwG unterstellt sind, auf Aufforderung der Meldestelle („MROS“) hin alle Informationen herausgeben, die bei ihnen im Zusammenhang mit einer Transaktion oder Geschäftsbeziehung vorhanden sind, von welcher die „MROS“ im Zusammenhang mit einem ausländischen Informationsersuchen oder einer unaufgefordert übermittelten Information erfahren hat.

Infolge eines Amtshilfeersuchens einer z.B. ausländischen Meldestelle fordert die MROS die Finanzintermediäre zur Herausgabe von Informationen auf, wobei diese Finanzintermediäre selber keine Meldung an die MROS erstattet haben und auch sonst keine Meldung eines Finanzintermediärs aus der Schweiz in diesem Zusammenhang erfolgt ist.

Sowohl der Gesetzestext von Art. 11a Abs. 2^{bis} GwG als auch der erläuternde Bericht lassen den Finanzintermediär im Ungewissen, welches die Rechtsfolgen bei einer Weigerung der Informationsherausgabe sind und in welcher Art die Informationen herausgegeben werden müssen. So stellt sich z.B. die Frage, ob der Finanzintermediär einzelne Aktenstücke herausgeben muss oder einen Bericht zuhanden der MROS verfassen kann.

Ebenfalls ist der Finanzintermediär ungenügend gegenüber allfälligen Repressalien des (ehemaligen) Kunden geschützt, der möglicherweise im Rahmen eines im Ausland eingeleiteten Verfahrens plötzlich doch erfährt, dass der Finanzintermediär in der Schweiz (sein Vertragspartner) Hinweise und Informationen geliefert hat. Insbesondere ist in Anbetracht der Mitgliedsstaaten der Egmont Gruppe (z.B. Afghanistan, Angola, Aserbaidschan, Bosnien und Herzegowina, Kirgistan, Russland u.w.) nicht ausgeschlossen, dass solche Informationen auch in rechtsstaatlich bedenklichen Verfahren verwendet werden. Interessanterweise sind z.B. auch Länder bei der Egmont Gruppe dabei, welche die FATF als „other monitored jurisdictions“ unter den „High-risk and non-cooperative jurisdictions“ aufführt.

Die Finanzintermediäre werden durch diese Regelung in rechtsstaatlich bedenklicher Weise für die Informationsbeschaffung eingebunden, ohne dass geregelt wäre, unter welchen Voraussetzungen und in welcher Form die Informationen von den Finanzintermediären herausgegeben werden müssen. Bei allfälligen Repressalien der Kunden sind zudem die Finanzintermediäre ungenügend geschützt und gehen ein grosses Risiko als Hilfsperson der MROS ein. Die Finanzintermediäre werden als Private dadurch einmal mehr in die staatliche Aufgabenerfüllung eingebunden, bzw. die staatliche Aufgabenerfüllung ist praktisch von ihren Informationen und ihrer Kooperationsbereitschaft abhängig.

3. Informationersuchen einer ausländischen Meldestelle

Im Rahmen des bisherigen Art. 11a Abs. 2 GwG konnte die MROS auch bei Drittfinanzintermediären, welche nicht selber eine Meldung nach Art. 9 GwG erstattet haben, die allerdings an einer Transaktion oder Geschäftsbeziehung beteiligt (gewesen) sind, weitere Informationen einholen.

Nun erreicht die Informationsbeschaffung gestützt auf Art. 11a Abs. 2^{bis} GwG ein neues Level. Der Anfrage der MROS liegen nämlich neu ausländische Informationersuchen oder eine unaufgefordert übermittelte Information (von ausländischen FIU) zugrunde. Problematisch sind insbesondere die Informationersuchen der ausländischen FIU.

Wie bereits erwähnt, sind die rechtsstaatlichen Strukturen gewisser Mitgliedsländer der Egmont Gruppe mangelhaft oder schwach. Entsprechend besteht die Gefahr, dass über diesen Weg der internationalen Amtshilfe Informationen zusammengesucht werden, welche im Anschluss in rechtsstaatlich fragwürdigen Prozessen verwendet werden. Die Tatsache, dass die Weitergabe der Informationen in Berichtsform erfolgt, stellt keine ausreichende Sicherheit dar. So können ausländische Behörden nämlich von den von Ihnen gewünschten Informationen Kenntnis erhalten und dann auf dem Rechtshilfsweg im Nachhinein die entsprechenden Beweismittel beschaffen. Auch die Garantien gemäss Art. 30 GwG sind unseres Erachtens ungenügend.

Als Grund für die Neuregelung und Einfügung von Art. 11a Abs. 2^{bis} GwG wurde verschiedentlich vorgebracht, dass nur dadurch sichergestellt werden könne, dass die MROS wichtige Informationen (z.B. im Zusammenhang mit der Terrorismusbekämpfung) auch nutzen und die Schweiz damit vor einem terroristischen Anschlag bewahren könne. Diese Ansicht ist unseres Erachtens unzutreffend. Hätte die MROS tatsächlich Kenntnis von einer strafbaren Vorbereitungshandlung im Sinne von Art. 260^{bis} StGB, müsste sie eine entsprechende Anzeige an die Strafverfolgungsbehörden vornehmen.

Abschliessend ist anzumerken, dass sich die SRO/SLV nicht per se einer intensiveren internationalen Zusammenarbeit verschliesst. Allerdings muss diese Zusammenarbeit präzise und einschränkend geregelt werden, wenn Personen aus dem Privatsektor (Finanzintermediäre) so umfassend eingebunden werden sollen und selber ein hohes Risiko im Zusammenhang mit der Informationsweitergabe eingehen.

Wir bitten Sie aus all diesen Gründen um Berücksichtigung unserer Anliegen.

Mit freundlichen Grüssen



Dr. Markus Hess
Sekretär SRO-Kommission



MLaw Lea Ruckstuhl
Leiterin Fachstelle SRO/SLV

Per Mail

Annemarie.gasser@bj.admin.ch

Freiburg, den 20. Oktober 2017

Stellungnahme betreffend die Änderungen des Strafgesetzbuches zur Genehmigung und Umsetzung des Übereinkommens des Europarates zur Verhütung des Terrorismus mit dem dazugehörigen Zusatzprotokoll und die Verstärkung des strafrechtlichen Instrumentariums gegen Terrorismus und organisierte Kriminalität

Sehr geehrte Frau Bundesrätin

Besten Dank für die Möglichkeit, zur randvermerkten Sache Stellung nehmen zu können.

Die SSK/CPS hat sich intern eingehend mit der Gesetzgebungsvorlage befasst.

1. Allgemeine Bemerkungen

Die SSK/CPS begrüsst die Stossrichtung und die konkrete Ausgestaltung der Vorlage grundsätzlich. Insbesondere das Faktum, dass damit das strafrechtliche Instrumentarium zur Verfolgung von terroristisch motivierten Aktivitäten vervollständigt wird, ist positiv. Ebenso ist es begrüssenswert, wenn zur effizienten Bekämpfung der kriminellen Organisationen auf schwer beweisbare Tatbestandsmerkmale verzichtet wird.

Die SSK/CPS wird sich im Folgenden auf die für die eigentliche Strafverfolgung wesentlichen Punkte konzentrieren.

2. Kriminelle Organisationen (Art. 260ter Abs. 1 VE-StGB)

Die SSK/CPS begrüsst es, dass den praktischen Anliegen zu einem grossen Teil entgegengekommen wird. Insbesondere wird der vorgesehene Wegfall der Tatbestandselemente der Geheimhaltung und der Unterstützung der verbrecherischen Tätigkeit begrüsst.

Die Entscheidung, dass bei der Umschreibung einer kriminellen Organisation von der Einführung zusätzlicher gesetzlicher Merkmale abgesehen wird, ist von grosser praktischer Wichtigkeit. Die SSK/CPS begrüsst diese Entscheidung ausdrücklich, ist es doch so, dass die für die Praxis relevanten beweisrechtlichen Schwierigkeiten der Strafverfolgung massgeblich darauf zurückgehen, dass die Rechtsprechung diese Indikatoren über die Zeit zu zwingenden, kumulativ erforderlichen Tatbestandselementen erhoben hat.

Die SSK/CPS konstatiert, dass von der blossen Zugehörigkeit zu einer kriminellen Organisation abgesehen werden soll. Diese Entscheidung ist aus Sicht der SSK/CPS nur dann hinnehmbar, wenn Mitgliedschaft und Beteiligung strikte aufgrund des erläuternden Berichtes ausgelegt werden. Dies bedeutet, dass sich für die SSK/CPS das ausserordentliche Gefährdungspotential, das für die Strafwürdigkeit von Handlungen für die Organisation massgeblich ist, bereits darin manifestieren kann, „dass auch eine bloss „passive“ Mitgliedschaft zu einer ausgeprägten Vernetzung führt und damit als asset oder Mehrwert für die Organisation gelten kann.“ So müssen denn auch Personen, die der Organisation zum Beispiel im Rahmen einer Initiation beigetreten sind, dieser aber (scheinbar passiv) als „Schläfer“ dienen, vom Tatbestand der kriminellen Organisation mitumfasst sein.

Für die SSK/CPS ist es nicht einsichtig, dass für den Grundtatbestand der kriminellen Organisation nach Art. 260ter Abs. 1 VE-StGB der Strafraum von 5 Jahren beibehalten werden soll. Eine kriminelle Organisation ist gesellschaftlich gleichermassen zu ächten wie eine terroristische Organisation. Alleine die Tatsache, dass die Bedrohung durch terroristische Organisationen aufgrund von Terroranschlägen in der Öffentlichkeit viel emotionaler und direkter wahrgenommen wird, darf nicht in eine geringere Bewertung des Unrechtsgehaltes der Aktivitäten von kriminellen Organisationen münden. In beiden Fällen geht es um ein ausserordentliches Gefährdungspotential, das sich nur darin unterscheidet, dass es sich unterschiedlich äussert; subtil und klandestin bei den kriminellen Organisationen, öffentlichkeitswirksam und emotional bei den terroristischen Organisationen. Deshalb hält die SSK/CPS an der Forderung fest, die sie bereits im Rahmen der entsprechenden Arbeitsgruppe der Strafrechtskommission der KKJPD gefordert hat, am Strafraum von bis zu 10 Jahren.

Die SSK/CPS ist dagegen, dass beim Grundtatbestand weiterhin Geldstrafen möglich sein sollen. Deshalb sollte entsprechend eine Untergrenze mit einer Freiheitsstrafe von nicht unter 6 Monaten eingeführt werden.

Die SSK/CPS begrüsst die Einführung einer qualifizierten Strafdrohung für führende Mitglieder einer kriminellen Organisation mit einem Strafraum von bis zu 20 Jahren. Hingegen hält die SSK/CPS betreffend dem unteren Strafraum an 3 Jahren Mindestfreiheitsstrafe fest. Dies wurde ebenfalls bereits in der erwähnten Arbeitsgruppe der Strafrechtskommission vorgeschlagen. Andernfalls eröffnet man die Möglichkeit, ein führendes Mitglied zu einer nur bedingten Freiheitsstrafe zu verurteilen.

Für die SSK/CPS ist das Festhalten an der Subsidiarität der Strafnorm nicht hinnehmbar. Dieser Grundsatz der Subsidiarität ist aufzugeben. Wegen ihrer Gefährlichkeit und sozialen Schädlichkeit verstösst die Beteiligung an einer kriminellen Organisation oder deren Unterstützung gegen die öffentliche Sicherheit. Damit wird ein eigenständiges Rechtsgut verletzt. Für diese Widerhandlung muss der Täter zusätzlich zu einer allfälligen Anlasstat und diesfalls mit der Möglichkeit der Strafschärfung verurteilt werden können.

3. Terroristische Organisationen (Art. 260ter Abs. 2 VE-StGB)

Die SSK/CPS begrüsst die Regelung terroristischer Organisationen, so wie sie vorgeschlagen wird. Ebenso wird der Verzicht auf die Benennung spezifischer

Organisationen im StGB begrüsst. Diese Benennung wird im künftigen Organisationsverbot von Art. 74 NDG ermöglicht werden.

Die SSK/CPS begrüsst ebenso den Strafrahmen von bis zu 10 Jahren für den Grundtatbestand der Unterstützung und Beteiligung an einer terroristischen Organisation.

Betreffend die Belassung der Möglichkeit von Geldstrafen wird auf das oben Dargelegte verwiesen. Eine Minimalstrafe ist jedoch in das Gesetz aufzunehmen. Wie im Rahmen der erwähnten Arbeitsgruppe der Strafrechtskommission vorgeschlagen, sollte diese eine Freiheitsstrafe von einem Jahr sein.

In Bezug auf die qualifizierte Strafdrohung wird auf das oben Dargelegte verwiesen.

Der Grundsatz der Subsidiarität ist auch hier aufzugeben. Zur Begründung wird auf das oben Ausgeführte verwiesen.

4. Anwerbung, Ausbildung und Reisen im Hinblick auf eine terroristische Straftat (Art. 260sexies VE-StGB)

Die SSK/CPS begrüsst die Ausgestaltung dieses Artikels. Insbesondere wird begrüsst, dass mit dieser Strafnorm auch alleine handelnde Täter erfasst werden und der Bezug zu einer entsprechenden Organisation nicht erforderlich ist.

5. Organisationsverbot (Art. 74 VE-NDG)

Die SSK/CPS kann sich nach eingehender und intensiver interner Diskussion mit der in Art. 74 VE-NDG zu implementierenden Bundeskompetenz einverstanden erklären.

Diese seit 2015 neue ausschliessliche Bundeskompetenz hat in der Einführungsphase zu verschiedenen praktischen Herausforderungen geführt. Es ist so, dass die Führung von Strafverfahren in diesem Deliktsbereich durch den Bund grosse Polizeiresourcen verschiedener Dienstbereiche bei den kantonalen Polizeikräften bindet. Diese Kräfte stehen damit den kantonalen Verfahren nicht mehr oder eingeschränkt zur Verfügung. Die kantonale Planung und die entsprechende Schwergewichtsbildung werden in teilweise politisch sensiblen Bereichen faktisch durch die Bundeskompetenz übersteuert.

Ebenso haben die praktischen Erfahrungen ergeben, dass es von zentraler Bedeutung ist, dass sich die kantonalen Staatsanwaltschaften und die verfahrensleitende Bundesanwaltschaft eng absprechen, wenn es darum geht, erste kantonal angeordnete Angriffe und Zwangsmassnahmen vom Bund zu übernehmen.

Die SSK/CPS hat auf diese Thematik reagiert und entsprechende Empfehlungen für die praktische Zusammenarbeit erlassen.

Die SSK/CPS anerkennt, dass eine intern diskutierte Variante einer Parallelkompetenz für die Kantone und den Bund grosse Risiken bergen würde.

Ebenso anerkennt die SSK/CPS, dass die sich bildende Rechtsprechung in wichtigen rechtsstaatlichen Fragen (Beteiligung, Verwendung von Amtsberichten des NDB, etc.) die notwendige Rechtssicherheit unterstützt.

Schliesslich haben die bisherigen praktischen Erfahrungen gezeigt, dass dieser Deliktsbereich eine grosse internationale Komponente aufweist. Diese Koordination mit den ausländischen Partnerbehörden, die bundesinterne Koordination und die enge Absprache mit den kantonalen Strafverfolgungsbehörden sind aufwändig. Eine kantonale Kompetenz oder eine Parallelkompetenz machen auch deshalb keinen Sinn.

6. Vorzeitige Übermittlung von Informationen und Beweismitteln (Art. 80dbis VE-IRSG); gemeinsame Ermittlungsgruppen (Art. 80dter VE-IRSG)

Die SSK/CPS begrüsst ausdrücklich die Einführung einer gesetzlichen Grundlage zur Errichtung von gemeinsamen Ermittlungsgruppen. Diese werden je länger je mehr zu einem unverzichtbaren Mittel bei der grenzüberschreitenden Strafverfolgung.

Ebenso ist es begrüssenswert, dass die Möglichkeit eingeführt werden soll, Informationen und Beweismittel, welche im ausländischen Verfahren für die Vornahme von Ermittlungs- und Untersuchungsmassnahmen verwendet werden können, vorzeitig zu übermitteln. Die Verstärkung und Beschleunigung der internationalen Rechtshilfe in Strafsachen in allen Fällen schwerer Kriminalität ist aufgrund der gesellschaftlichen Mobilität zeitgemäss und wichtig. Gerade in diesem Zusammenhang ist es wichtig, dass der betroffenen Person das rechtliche Gehör erst nach Rücksprache mit der ausländischen Strafverfolgungsbehörde gewährt wird.

Insbesondere zur wirkungsvollen Bekämpfung der Cyberkriminalität ist diese Stärkung der internationalen Zusammenarbeit von zentraler Bedeutung.

7. Stärkung der Kompetenzen der MROS (Art. 11a Abs. 2bis GwG)

Die SSK/CPS unterstützt diese Stärkung der Kompetenzen der MROS.

Besten Dank für die Berücksichtigung unserer Anliegen.

Freundliche Grüsse

Fabien GASSER
Präsident



Eidgenössisches Justiz- und Polizeidepartement
EJPD
Bundeshaus West
3003 Bern

Per Mail: andrea.candrian@bj.admin.ch und
annemarie.gasser@bj.admin.ch

Bern, 2. Oktober 2017

Genehmigung und Umsetzung des Übereinkommens des Europarates zur Verhütung des Terrorismus mit dem dazugehörigen Zusatzprotokoll und Verstärkung des strafrechtlichen Instrumentariums gegen Terrorismus und organisierte Kriminalität
Vernehmlassung

Sehr geehrte Frau Bundesrätin,
sehr geehrte Damen und Herren

Wir danken Ihnen bestens für die Gelegenheit, zur oben genannten Vernehmlassung Stellung nehmen zu können. Der Schweizerische Städteverband vertritt die Städte, städtischen Gemeinden und Agglomerationen in der Schweiz und damit gut drei Viertel der Schweizer Bevölkerung.

Allgemeine Einschätzung

Die Schweiz hat das Übereinkommen des Europarats zur Verhütung des Terrorismus sowie das dazugehörige Zusatzprotokoll unterzeichnet. Mit den zur Vernehmlassung stehenden Gesetzesänderungen will die Schweiz insbesondere durch Einführung expliziter Tatbestände im Strafrecht ihre Pflichten als Vertragspartnerin vollumfänglich erfüllen. Über die Erfüllung der Verpflichtungen aus dem Europaratsübereinkommen hinaus soll den komplexen Strukturen und dem Gefährdungspotenzial von kriminellen und terroristischen Organisationen mit weiteren Gesetzesänderungen begegnet werden.

Die Gesetzesrevision stellt unter anderem das Anwerben, die Ausbildung und das Reisen im Hinblick auf eine terroristische Straftat unter Strafe. Die Strafbestimmung gegen die organisierte Kriminalität richtet sich neu ausdrücklich auch gegen den Terrorismus.

Insgesamt begrüsst der Städteverband die Vorlage des EJPD. Sie trägt den aktuellen Erfordernissen im Bereich der strafrechtlichen Terrorbekämpfung ausreichend Rechnung. Die Anpassungen werden als notwendig und zweckmässig eingestuft. Eine rasche Umsetzung ist angezeigt.



Konkrete Anliegen

Der Verzicht auf weitere geprüfte Gesetzesnormen (genereller Terrorismusartikel, Verherrlichung des Terrorismus) ist nicht nur aus rechtsstaatlichen Gründen richtig. Zusätzliche Gesetzesartikel hätten primär deklaratorischen Charakter und könnten auch aus polizeilicher Sicht keinen Beitrag zur Verbesserung der Sicherheitslage leisten.

Einzelne Mitglieder erachten die vorgesehenen Anpassungen als unzureichend. Sie fordern, die strafrechtlichen Handlungsspielräume innerhalb der rechtsstaatlichen Ordnung durch weitere Verschärfungen auszuschöpfen. Insbesondere sei die blossе Zugehörigkeit zu einer kriminellen sowie terroristischen Organisation strafrechtlich zu erfassen, also inaktive «Schläfer», z.B. eingereiste Mitglieder der Terrororganisation «Islamischer Staat», denen keine unterstützende Tätigkeit direkt nachgewiesen werden kann. Zudem wird aus unserem Mitgliederkreis vorgeschlagen, den Strafrahmen für den Grundtatbestand der kriminellen Organisation auf 10 Jahre festzusetzen und Freiheitsstrafen als Minimalstrafe im Gesetz zu verankern. Für führende Mitglieder einer kriminellen wie auch terroristischen Organisation sei die Möglichkeit von bedingten Freiheitsstrafen auszuschliessen, indem die Untergrenze für diese qualifizierte Strafdrohung bei drei Jahren angesetzt wird. Der Grundtatbestand der terroristischen Organisation soll ausserdem die Möglichkeit von Geldstrafen ausschliessen. Und schliesslich wurde in diesem Zusammenhang gefordert, die gleichzeitige Anwendung von Artikel 260^{ter} VE-StGB und weiteren Strafbestimmungen zu ermöglichen (keine Subsidiarität, Anwendbarkeit von Art. 49 StGB).

Die Städte und städtischen Gemeinden erachten die Zuständigkeit des Bundes für ein Organisationsverbot als sachgerecht. Auf diese Weise wird sichergestellt, dass eine Gruppierung oder Organisation für das ganze Gebiet der Schweiz verboten werden kann. Kantonale oder kommunale Verbote würden lediglich zu einer Verschiebung der Gruppierungen und ihrer Aktivitäten führen.

Aus aktuellem Anlass erlauben wir uns an dieser Stelle den zusätzlichen Hinweis, dass die medial geführten Diskussionen zu den Koran-Verteilaktionen «Lies!» unter anderem die grundsätzliche Frage der Anwendbarkeit des neuen Organisationsverbots nach Art. 74 NDG aufgeworfen haben. Dabei wird auch kritisiert, dass sich gemäss Wortlaut von Art. 74 Abs. 2 NDG eine Verbotsverfügung zwingend auf einen «entsprechenden Beschluss» der UNO oder der OSZE abstützen muss, was angesichts der Tatsache, dass diese Organisationen keine entsprechenden Verbote aussprechen, auch aus unserer Sicht zu überdenken ist. Wir regen daher an, baldmöglichst auch eine über die mit dieser Vorlage unterbreiteten Vorschläge hinausgehende Revision ins Auge zu fassen. Die Schweizer Städte sind darauf angewiesen, dass der Bund seine Verantwortung im Bereich der Terrorismusbekämpfung wahrnimmt.

Wie weisen ausserdem darauf hin, dass die zur Vernehmlassung stehenden Anpassungen mit Schwerpunkt im strafrechtlichen Bereich lediglich ein Element in der Bekämpfung des Terrorismus darstellen können. Der Bundesrat hat angekündigt, als weiteres Element noch in diesem Jahr präventive Massnahmen vorzuschlagen, die die Polizei gegen sogenannte «Gefährder» ergreifen kann.

Unabdingbar und aus unserer Sicht zentral ist vor allem die Fortführung der Präventionsarbeit auf verschiedenen staatlichen und fachlichen Ebenen sowie die Koordination derselben, wie sie zurzeit im Rahmen des «Nationalen Aktionsplans zur Bekämpfung von Radikalisierung und gewalttätigem Ext-



remismus» angestrebt wird. Gerade im Präventionsbereich nehmen Städte eine wichtige Rolle ein, von der auch andere Gemeinwesen profitieren.

Wir danken Ihnen für die Berücksichtigung unserer Anliegen.

Freundliche Grüsse

Schweizerischer Städteverband

Präsident

Kurt Fluri, Nationalrat
Stadtpräsident Solothurn

Direktorin

Renate Amstutz

Kopie Schweizerischer Gemeindeverband

Präsident **Roy Garré, Bundesstrafrichter, Bundesstrafgericht, Viale Stefano Franscini 7, Postfach 2720, 6501 Bellinzona**
☎ 058 480 68 68, E-Mail: roy.garre@bstger.ch
Sekretariat **Miro Dangubic, ☎ 078 732 26 68, E-Mail: info@svr-asm.ch; www.svr-asm.ch**

Bundesamt für Justiz
Fachbereich
Internationales Strafrecht
Bundesrain 20
3003 Bern

Bellinzona, den 12. Oktober 2017

Genehmigung und Umsetzung des Übereinkommens des Europarates zur Verhütung des Terrorismus mit dem dazugehörigen Zusatzprotokoll und Verstärkung des strafrechtlichen Instrumentariums gegen Terrorismus und organisierte Kriminalität

Sehr geehrte Frau Bundesrätin
Sehr geehrte Damen und Herren

Wir danken Ihnen für die uns eingeräumte Gelegenheit zur Stellungnahme im Rahmen des rubrizierten Vernehmlassungsverfahrens. Unsere Vereinigung anerkennt das Bedürfnis des Staates, das gesetzliche Instrumentarium gegen Terrorismus zu überprüfen, und auf die veränderte Bedrohungslage entsprechend zu reagieren. Bei der Durchsicht der Unterlagen haben wir festgestellt, dass die geplanten Revisionen (insbesondere die IRSG-Revision) nicht nur Terrorismus-Fälle betreffen und zum Teil grosse Praxisrelevanz haben. Im Ergebnis sind wir aber zum Schluss gelangt, dass das zur Diskussion stehende Vorhaben keine Aspekte beinhaltet, welche im Lichte der statutarischen Aufgaben der Vereinigung eine besondere Stellungnahme unsererseits verlangen würde.

Mit vorzüglicher Hochachtung



Roy Garré
Präsident

Bundesamt für Justiz
Fachbereich Internationales Strafrecht
Bundesrain 20
3003 Bern

Zürich, den 22. August 2017 HW/SSD/JK

Vernehmlassung über die Genehmigung und Umsetzung des Übereinkommens des Europarates zur Verhütung des Terrorismus mit dem dazugehörigen Zusatzprotokoll und Verstärkung des strafrechtlichen Instrumentariums gegen Terrorismus und organisierte Kriminalität

Sehr geehrte Damen und Herren,

Wir danken Ihnen dafür, dass Sie uns die Gelegenheit geben, uns zur Vernehmlassung über die Gegeneinigung und Umsetzung des Übereinkommens des Europarates zur Verhütung des Terrorismus zu äussern.

Als Dachverbände der jüdischen Gemeinden der Schweiz bezwecken wir die Wahrung und Förderung der gemeinsamen Interessen der hier ansässigen Juden. Zu unseren wichtigsten Anliegen gehören die Sicherheit der jüdischen Gemeinschaft der Schweiz und deren Institutionen sowie die Prävention von Antisemitismus und antisemitisch motivierter Gewalt. Juden und jüdische Institutionen gerieten in den vergangenen Jahrzehnten weltweit regelmässig in den Fokus terroristischer Gruppierungen. In den letzten Jahren hat sich die Situation noch zugespitzt: Jüdische Personen und Einrichtungen wurden vermehrt von Terroristen angegriffen, beispielsweise in Frankreich, Dänemark und Belgien.

Die jüdischen Gemeinden der Schweiz sind seit Jahren gezwungen, zum Schutz ihrer Mitglieder Sicherheitsvorkehrungen zu treffen und grosse Summen in die Sicherheit zu investieren. Nach den Terrorangriffen in mehreren europäischen Ländern hat sich der Aufwand noch einmal erhöht. Auch wenn die hiesige jüdische Gemeinschaft bisher vor terroristischen Angriffen verschont geblieben ist, sind Juden auch in unserem Land körperlich angegriffen und Synagogen beschädigt worden. Terroristische oder extremistische Attacken können in Zukunft in der Schweiz nicht ausgeschlossen werden.

Für uns ist deshalb klar: Die vorgeschlagene Erweiterung der bestehenden Strafbestimmungen für alle terroristisch motivierten Handlungen ermöglicht eine effizientere Vorbeugung und Bekämpfung von Terrorismus. Die bisherigen Bestimmungen sind ungenügend, insbesondere was Handlungen anbetrifft, die im Vorfeld eines Terroraktes ausgeführt werden. Dass die neue vorgeschlagene Strafbestimmung das Anwerben, Ausbilden, Reisen für terroristische Zwecke und entsprechende Finanzierungshandlungen neu unter Strafe stellt, ist aus unserer Sicht gerade mit Bezug auf den dschihadistisch motivierten Terrorismus wichtig.

Die Abstimmung von Artikel 74 NDG an das geltende Bundesgesetz über das Verbot der Gruppierungen Al-Qaida, Islamischer Staat sowie verwandter Organisationen erachten wir ebenfalls als wichtig. Wir schliessen uns den diesbezüglichen Erläuterungen Ihres dazugehörenden Be-

richtes von Juni 2017 an. In diesem Bereich ist auch die vorgeschlagene Kompetenzzuweisung an den Bund notwendig. Auf Seite 50 ff. des erwähnten Berichtes wird zu Recht darauf hingewiesen, dass der Bund gerade in der Terrorismusbekämpfung mit mehr Kompetenzen ausgestattet werden sollte, da spezialisierte Kenntnisse notwendig sind, über welche die Kantone meist nicht verfügen und ein einheitliches Handeln wichtig ist. Wir teilen diese Meinung und sind der Auffassung, dass die Zuständigkeit des Bundes über die in Artikel 74 NDG vorgeschlagene Anpassung hinaus verstärkt werden sollte. Dem Bund sollten insbesondere erweiterte Koordinations- und Entscheidungskompetenzen zukommen, gerade wenn es um kantonsübergreifende Risiken geht. Es sollte auch möglich sein, dass der Bund hier Sicherheitsbemühungen finanziert. Die dazu nötigen Änderungen können auch ins Bundesgesetz über Massnahmen zur Wahrung der inneren Sicherheit (BWIS) einfließen. Wir verweisen diesbez. auf das Gutachten „Schutzanspruch der jüdischen Gemeinschaften“ von Prof. Markus Notter.¹

Es ist von essenzieller Bedeutung, dass das strafrechtliche Instrumentarium gegen Terrorismus und organisierte Kriminalität in diesen Bereichen verstärkt und die internationale Zusammenarbeit verbessert wird, damit frühzeitig und effektiv dagegen vorgegangen werden kann. Auch da unterstützen wir die vorgeschlagenen Lösungen.

In Anbetracht des aktuellen Risikos von terroristischen Angriffen ist es wichtig, dass die vorgeschlagenen Bestimmungen prioritär behandelt und schnell umgesetzt werden. Auch die zwei anderen in der Medienmitteilung erwähnten Projekte in den Bereichen der Prävention und eines nationalen Aktionsplanes sollten mit der nötigen Priorität behandelt werden.

Wir möchten abschliessend erneut betonen, dass wir die vorgeschlagene Erweiterung vollumfänglich unterstützen.

Mit freundlichen Grüssen



Dr. Herbert Winter
Präsident SIG

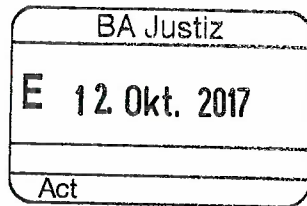


Sabine Simkhovitch-Dreyfus
Vizepräsidentin SIG



Peter Jossi
Co-Präsident PLJS

¹ <http://www.swissjews.ch/de/downloads/politik/rechtsgutachten-markus-notter.pdf>



SRO-SLVASSL

+ Selbstregulierungsorganisation des
Schweizerischen Leasingverbandes SRO/SLV

Vorab per Mail

Bundesamt für Justiz
Herr Andrea Candrian
Frau Annemarie Gasser
Fachbereich Internationales Strafrecht
Bundesrain 20
3003 Bern

Zürich, 11. Oktober 2017

Vernehmlassung zur Genehmigung und Umsetzung des Übereinkommens des Europarates zur Verhütung des Terrorismus mit dem dazugehörigen Zusatzprotokoll und Verstärkung des strafrechtlichen Instrumentariums gegen Terrorismus und organisierte Kriminalität

Sehr geehrter Herr Candrian
Sehr geehrte Frau Gasser
Sehr geehrte Damen und Herren

Wir danken Ihnen für die Möglichkeit zur Vernehmlassung zur Genehmigung und Umsetzung des Übereinkommens des Europarates zur Verhütung des Terrorismus mit dem dazugehörigen Zusatzprotokoll und Verstärkung des strafrechtlichen Instrumentariums gegen Terrorismus und organisierte Kriminalität und nehmen diese Gelegenheit zur Stellungnahme fristgerecht gerne wahr.

Unsere Stellungnahme beschränkt sich auf die vorgeschlagenen Änderungen des Geldwäschereigesetzes („GwG“) und in diesem Zusammenhang auf Art. 11a Abs. 2^{bis} GwG.

Gerne erläutern wir unsere Anliegen wie folgt näher:

1. Vorbemerkung

Bereits 2013 wurde das GwG revidiert und auf Druck der Egmont Gruppe hin die Kompetenzen der MROS im Zusammenhang mit der internationalen Amtshilfe im Bereich der Geldwäschereibekämpfung erweitert. So wurde die MROS unter anderem befähigt, Finanzinformationen und sämtliche übrigen bei ihr vorhandenen Informationen und Personendaten, die nach dem GwG beschafft worden sind, mit den anderen FIU's der Egmont Gruppe unter bestimmten Voraussetzungen (vgl. Art. 30 ff. GwG) auszutauschen. Durch Art. 11a Abs. 2 GwG wurde die MROS zudem zur Informationsbeschaffung bei Drittfinanzintermediären berechtigt. Bereits damals äusserten die Selbstregulierungsorganisationen rechtsstaatliche Bedenken im Zusammenhang mit der erweiterten Amtshilfe.

Die Situation 2017 ist vergleichbar mit der Situation 2013. Anlass für das neueste Revisionsvorhaben und die Einfügung von Art. 11a Abs. 2^{bis} GwG ist die Kritik im Länderbericht der FATF für die Schweiz. In Bezug auf die Einhaltung der FATF Empfehlung 40 wurde die Schweiz nämlich nur als

teilweise konform bewertet. Die SRO/SLV anerkennt die Bemühungen des schweizerischen Gesetzgebers sowie der Aufsichtsbehörden, möglichst bald aus dem „enhanced follow-up“ der FATF zu gelangen und unterstützt diese. Die obgenannte Vorlage bezüglich Art. 11a Abs. 2^{bis} GwG wird allerdings abgelehnt, weil die internationale Amtshilfe übermässig ausgedehnt und die rechtsstaatlichen Prinzipien noch stärker in Frage gestellt werden als dies schon bei der Revision von Art. 11a Abs. 2 GwG im Jahre 2013 der Fall war.

2. Informationsbeschaffung bei Drittfinanzintermediären

Gemäss dem vorgeschlagenen Art. 11a Abs. 2^{bis} GwG müssen die Finanzintermediäre, welche dem schweizerischen GwG unterstellt sind, auf Aufforderung der Meldestelle („MROS“) hin alle Informationen herausgeben, die bei ihnen im Zusammenhang mit einer Transaktion oder Geschäftsbeziehung vorhanden sind, von welcher die „MROS“ im Zusammenhang mit einem ausländischen Informationssuchen oder einer unaufgefordert übermittelten Information erfahren hat.

Infolge eines Amtshilfeersuchens einer z.B. ausländischen Meldestelle fordert die MROS die Finanzintermediäre zur Herausgabe von Informationen auf, wobei diese Finanzintermediäre selber keine Meldung an die MROS erstattet haben und auch sonst keine Meldung eines Finanzintermediärs aus der Schweiz in diesem Zusammenhang erfolgt ist.

Sowohl der Gesetzestext von Art. 11a Abs. 2^{bis} GwG als auch der erläuternde Bericht lassen den Finanzintermediär im Ungewissen, welches die Rechtsfolgen bei einer Weigerung der Informationsherausgabe sind und in welcher Art die Informationen herausgegeben werden müssen. So stellt sich z.B. die Frage, ob der Finanzintermediär einzelne Aktenstücke herausgeben muss oder einen Bericht zuhanden der MROS verfassen kann.

Ebenfalls ist der Finanzintermediär ungenügend gegenüber allfälligen Repressalien des (ehemaligen) Kunden geschützt, der möglicherweise im Rahmen eines im Ausland eingeleiteten Verfahrens plötzlich doch erfährt, dass der Finanzintermediär in der Schweiz (sein Vertragspartner) Hinweise und Informationen geliefert hat. Insbesondere ist in Anbetracht der Mitgliedsstaaten der Egmont Gruppe (z.B. Afghanistan, Angola, Aserbaidschan, Bosnien und Herzegowina, Kirgistan, Russland u.w.) nicht ausgeschlossen, dass solche Informationen auch in rechtsstaatlich bedenklichen Verfahren verwendet werden. Interessanterweise sind z.B. auch Länder bei der Egmont Gruppe dabei, welche die FATF als „other monitored jurisdictions“ unter den „High-risk and non-cooperative jurisdictions“ aufführt.

Die Finanzintermediäre werden durch diese Regelung in rechtsstaatlich bedenklicher Weise für die Informationsbeschaffung eingebunden, ohne dass geregelt wäre, unter welchen Voraussetzungen und in welcher Form die Informationen von den Finanzintermediären herausgegeben werden müssen. Bei allfälligen Repressalien der Kunden sind zudem die Finanzintermediäre ungenügend geschützt und gehen ein grosses Risiko als Hilfsperson der MROS ein. Die Finanzintermediäre werden als Private dadurch einmal mehr in die staatliche Aufgabenerfüllung eingebunden, bzw. die staatliche Aufgabenerfüllung ist praktisch von ihren Informationen und ihrer Kooperationsbereitschaft abhängig.

3. Informationersuchen einer ausländischen Meldestelle

Im Rahmen des bisherigen Art. 11a Abs. 2 GwG konnte die MROS auch bei Drittfinanzintermediären, welche nicht selber eine Meldung nach Art. 9 GwG erstattet haben, die allerdings an einer Transaktion oder Geschäftsbeziehung beteiligt (gewesen) sind, weitere Informationen einholen. Nun erreicht die Informationsbeschaffung gestützt auf Art. 11a Abs. 2^{bis} GwG ein neues Level. Der Anfrage der MROS liegen nämlich neu ausländische Informationersuchen oder eine unaufgefordert übermittelte Information (von ausländischen FIU) zugrunde. Problematisch sind insbesondere die Informationersuchen der ausländischen FIU.


Wie bereits erwähnt, sind die rechtsstaatlichen Strukturen gewisser Mitgliedsländer der Egmont Gruppe mangelhaft oder schwach. Entsprechend besteht die Gefahr, dass über diesen Weg der internationalen Amtshilfe Informationen zusammengesucht werden, welche im Anschluss in rechtsstaatlich fragwürdigen Prozessen verwendet werden. Die Tatsache, dass die Weitergabe der Informationen in Berichtsform erfolgt, stellt keine ausreichende Sicherheit dar. So können ausländische Behörden nämlich von den von Ihnen gewünschten Informationen Kenntnis erhalten und dann auf dem Rechtshilfeweg im Nachhinein die entsprechenden Beweismittel beschaffen. Auch die Garantien gemäss Art. 30 GwG sind unseres Erachtens ungenügend.

Als Grund für die Neuregelung und Einfügung von Art. 11a Abs. 2^{bis} GwG wurde verschiedentlich vorgebracht, dass nur dadurch sichergestellt werden könne, dass die MROS wichtige Informationen (z.B. im Zusammenhang mit der Terrorismusbekämpfung) auch nutzen und die Schweiz damit vor einem terroristischen Anschlag bewahren könne. Diese Ansicht ist unseres Erachtens unzutreffend. Hätte die MROS tatsächlich Kenntnis von einer strafbaren Vorbereitungshandlung im Sinne von Art. 260^{bis} StGB, müsste sie eine entsprechende Anzeige an die Strafverfolgungsbehörden vornehmen.

Abschliessend ist anzumerken, dass sich die SRO/SLV nicht per se einer intensiveren internationalen Zusammenarbeit verschliesst. Allerdings muss diese Zusammenarbeit präzise und einschränkend geregelt werden, wenn Personen aus dem Privatsektor (Finanzintermediäre) so umfassend eingebunden werden sollen und selber ein hohes Risiko im Zusammenhang mit der Informationsweitergabe eingehen.

Wir bitten Sie aus all diesen Gründen um Berücksichtigung unserer Anliegen.

Mit freundlichen Grüssen



Dr. Markus Hess
Sekretär SRO-Kommission



MLaw Lea Ruckstuhl
Leiterin Fachstelle SRO/SLV



Schweizerische Vereinigung
Städtischer Polizeichefs SVSP
c/o Stadtpolizei St.Gallen
Vadianstrasse 57
9001 St.Gallen
Telefon 071 224 61 69
Telefax 071 224 66 66
<http://www.svsp.info/d/home.asp>

P.P. 9001 St.Gallen Post CH AG
Stadtpolizei, Vadianstrasse 57

Eidgenössisches Justiz- und Polizeidepartement EJPD
Bundesamt für Justiz
Herr Andrea Candrian

Zustellung per E-Mail

St.Gallen, 29. September 2017

Übereinkommen des Europarates zur Verhütung des Terrorismus und Verstärkung des strafrechtlichen Instrumentariums gegen Terrorismus und organisierte Kriminalität: Vernehmlassungsverfahren

Sehr geehrter Herr Candrian

Im Namen der Schweizerischen Vereinigung Städtischer Polizeichefs SVSP danke ich Ihnen für die Einladung zur Teilnahme am eingangs erwähnten Vernehmlassungsverfahren. Wir nehmen dazu gerne wie folgt Stellung:

1 Allgemeines

Aus Sicht der SVSP trägt die Vorlage des EJPD den aktuellen Erfordernissen im Bereich der strafrechtlichen Terrorismusbekämpfung ausreichend Rechnung. Die Anpassungen werden als notwendig und zweckmässig eingestuft und werden begrüsst. Eine rasche Umsetzung ist angezeigt.

Der Verzicht auf weitere geprüfte Gesetzesnormen (genereller Terrorismusartikel, Verherrlichung des Terrorismus) ist nicht nur aus rechtsstaatlichen Gründen richtig. Zusätzliche Gesetzesartikel hätten primär deklaratorischen Charakter und würden auch aus polizeilicher Sicht keinen Beitrag zur Verbesserung der Sicherheitslage leisten können.

Die SVSP erachtet die Zuständigkeit des Bundes für ein Organisationsverbot für sachgerecht. Auf diese Weise wird sichergestellt, dass eine Gruppierung oder Organisation für das ganze Gebiet der Schweiz verboten werden kann. Kantonale oder kommunale Verbote würden lediglich zu einer Verschiebung der Gruppierungen und ihrer Aktivitäten führen.



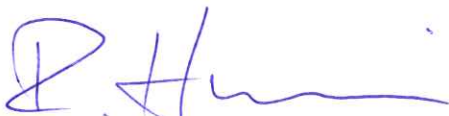
Festzuhalten ist, dass die Vorlage angesichts der Beibehaltung der bestehenden Bundeszuständigkeit keine massgeblichen Auswirkungen auf die Personalressourcen der Kantone und Städte haben dürfte.

Schliesslich weisen wir darauf hin, dass die zur Vernehmlassung stehenden Anpassungen mit Schwerpunkt im strafrechtlichen Bereich lediglich ein Element in der Bekämpfung des Terrorismus darstellen können. Unabdingbar sind die Fortführung der Präventionsarbeit auf verschiedenen staatlichen und fachlichen Ebenen sowie die Koordination derselben, wie sie zurzeit im Rahmen des Nationalen Aktionsplans zur Bekämpfung von Radikalisierung und gewalttätigem Extremismus (NAP) angestrebt wird. Gerade im Präventionsbereich nehmen Städte eine wichtige Rolle ein, von der auch andere Gemeinwesen profitieren.

2 Weitergehender Revisionsbedarf NDG

Aus aktuellem Anlass erlauben wir uns an dieser Stelle den zusätzlichen Hinweis, dass die auch medial geführten Diskussionen zu Koran-Verteilaktionen („Lies!“) unter anderem die grundsätzliche Frage der Anwendbarkeit des neuen Organisationsverbots nach Art. 74 NDG aufgeworfen haben. Dabei wird auch kritisiert, dass sich gemäss Wortlaut von Art. 74 Abs. 2 NDG eine Verbotsverfügung zwingend auf einen «entsprechenden Beschluss» der UNO oder der OSZE abstützen muss, was angesichts der Tatsache, dass diese Organisationen keine Verbote aussprechen, auch aus unserer Sicht zu überdenken ist. Wir regen daher an, baldmöglichst auch eine über die mit dieser Vorlage unterbreiteten Vorschläge hinausgehende Revision ins Auge zu fassen. Die Schweizer Städte sind darauf angewiesen, dass der Bund seine Aufgaben im Bereich der Terrorismusbekämpfung angemessen wahrnimmt.

Freundliche Grüsse



Oberstlt Ralph Hurni
Präsident SVSP



Stellungnahme des Instituts für Strafrecht und Kriminologie der Universität Bern

zur Vernehmlassung zum Bundesbeschluss über die Genehmigung und Umsetzung des Übereinkommens des Europarates zur Verhütung des Terrorismus mit dem dazugehörigen Zusatzprotokoll und zur Verstärkung des strafrechtlichen Instrumentariums gegen Terrorismus und organisierte Kriminalität

vom 13. Oktober 2017

Nicolas Leu, MLaw / Dario Waber, BLaw

Inhaltsübersicht

Die wichtigsten Punkte in Kürze.....	4
1. Einleitung.....	5
2. Die Vorgaben des Übereinkommens des Europarates zur Verhütung des Terrorismus.....	5
2.1 Verbesserung der internationalen Zusammenarbeit in Strafsachen	5
2.2 Vorverlagerung der Strafbarkeit.....	6
3. Vorgeschlagene Änderungen des Strafgesetzbuches (StGB).....	7
3.1 Änderungen bei Art. 260 ^{ter} StGB.....	7
3.1.1 Verzicht auf spezifische Nennung bestimmter terroristischer Gruppierungen	7
3.1.2 Zur Unterscheidung zwischen kriminellen und terroristischen Organisationen	8
3.1.2.1 Stolpersteine bei der Unterscheidung zwischen kriminellen und terroristischen Organisationen	8
3.1.2.2 Erhöhung des Strafrahmens bei terroristischen Organisationen	8
3.1.3 Qualifikation für Täter, die einen bestimmenden Einfluss auf die Organisation ausüben....	9
3.1.4 Verzicht auf das Kriterium der Geheimhaltung	10
3.1.5 Änderung der Tatbestandsvariante der Unterstützung	10
3.1.5.1 Unterstützung der Tätigkeiten oder der kriminellen Tätigkeiten einer kriminellen oder terroristischen Organisation?	10
3.1.5.2 Probleme beim vorgeschlagenen Verzicht auf das Förderungserfordernis	11
3.1.5.3 Ungeeignete Alternativen zum vorgeschlagenen Verzicht auf das Förderungserfordernis	13
3.1.5.3.1 Verzicht auf eine Änderung	13
3.1.5.3.2 Zulassen der Versuchsstrafbarkeit	14
3.1.5.3.3 Übernahme der von der „Al-Qaïda“-Verordnung bekannten Formulierung der Unterstützungsvariante	15
3.1.5.4 Lösungsvorschlag.....	16
3.2 Art. 260 ^{quinqies} StGB	18
3.2.1 Ausschluss der eventualvorsätzlichen Begehung beibehalten?	18
3.2.2 Terrorfinanzierung weiterhin als eigener Tatbestand?	19
3.3 Art. 260 ^{sexies} VE-StGB	19

3.3.1	Anwendbarkeit der allgemeinen Regeln über den Versuch und die Teilnahme	20
3.3.2	Unternehmen oder Antreten einer Reise.....	21
3.3.3	Gegenseitiges Anwerben?	21
3.3.4	Finanzierung von terroristischen Einzelakten	23
3.3.5	Verzicht auf Ausnahmeregelung für legitime Widerstandsgruppierungen	23
3.4	Überprüfung und Anpassung weiterer Normen im Strafgesetzbuch	23
3.4.1	Aufnahme von Art. 260 ^{sexies} VE-StGB in den Katalog in Art. 102 Abs. 2 StGB	23
3.4.2	Revision des Art. 72 StGB.....	24
3.4.3	Ausdrücklicher Ausschluss der Anwendbarkeit von Art. 28 StGB auf Terrorpropaganda	25
4.	Anpassung der Strafbestimmung (bzw. des Strafrahmens) in Art. 74 Abs. 4 und 4 ^{bis} VE-NDG....	25
5.	Fazit.....	26

Die wichtigsten Punkte in Kürze:

- Eine ausdrückliche Regelung zur Erfassung von terroristischen Organisationen ist nicht zwingend notwendig, es sind jedoch auch keine zwingenden Gründe ersichtlich, welche grundsätzlich gegen eine solche Regelung sprechen. Abzulehnen ist jedoch die unterschiedliche Festlegung der Strafraumen.
- Der Verzicht auf das Kriterium der Geheimhaltung bei Art. 260^{ter} Abs. 1 VE-StGB ist zu befürworten. Zu befürworten ist dem Grundsatz nach auch eine Überarbeitung der Tatbestandsvariante der Unterstützung. Da die vorgeschlagene Lösung zu einer erheblichen und unerwünschten Ausdehnung der Strafbarkeit führt, wird ein alternativer Lösungsvorschlag unterbreitet.
- Der neue Art. 260^{sexies} VE-StGB führt zwar zu einer Vorverlagerung der Strafbarkeit, diese lässt sich jedoch aus kriminalpolitischen Gründen rechtfertigen. Um eine noch weitergehende Vorverlagerung der Strafbarkeit zu verhindern, sollte jedoch die Anwendbarkeit der allgemeinen Regeln über Versuch und Teilnahme ausgeschlossen werden. Die Materialien des Übereinkommens sehen eine entsprechende Vorbehaltsmöglichkeit vor.
- Die Anpassung der Strafbestimmung des NDG ist unseres Erachtens abzulehnen, weil kriminelle und terroristische Organisationen bereits durch Art. 260^{ter} VE-StGB abgedeckt werden. Aus diesem Grund ist nicht einzusehen, inwiefern im Hinblick auf verbleibende Organisationen, die nicht durch Art. 260^{ter} VE-StGB erfasst werden, ein Strafraumen von Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren gerechtfertigt sein soll.

1. Einleitung

Die vorliegende Stellungnahme bezieht sich in erster Linie auf die vorgeschlagenen Änderungen im materiellen Strafrecht. Die Vernehmlassungsvorlage wird im Rahmen der vorliegenden Stellungnahme aus vorwiegend strafrechtsdogmatischer Sicht analysiert, wobei jedoch auch kriminalpolitische Überlegungen berücksichtigt werden. Das Ziel dieser Stellungnahme besteht aus unserer Sicht darin, mit unseren Anregungen dazu beizutragen, die Ziele dieser Vernehmlassungsvorlage möglichst sachgerecht umzusetzen. Dass aus diesem Grund verschiedentlich kritisch zum Entwurf Stellung genommen wird, soll aber nicht darüber hinwegtäuschen, dass wir die Vorlage insgesamt begrüssen.

Es bleibt darauf hinzuweisen, dass wir auf eine Stellungnahme zu den Änderungen des Rechtshilfegesetzes (IRSG), des Geldwäschereigesetzes (GwG) und der Strafprozessordnung (StPO) verzichten. Das Schweigen hinsichtlich dieser Erlasse ist deshalb weder als Zustimmung noch als Ablehnung zu bewerten. Anmerkungen zu Bestimmungen des Strafgesetzbuches gelten sinngemäss auch für entsprechende Bestimmungen des Militärstrafgesetzes (MStG), soweit solche vorhanden sind.

2. Die Vorgaben des Übereinkommens des Europarates zur Verhütung des Terrorismus

2.1 Verbesserung der internationalen Zusammenarbeit in Strafsachen

Die Bestimmungen zur internationalen Zusammenarbeit in Strafsachen sind grundsätzlich zu begrüssen. Terroristische Netzwerke operieren oftmals unabhängig von staatlichen Grenzen, weshalb eine funktionierende internationale Kooperation nationaler Strafverfolgungsbehörden zur Verfolgung terroristischer Straftaten unabdingbar ist.

Dabei darf indes nicht ausser Acht gelassen werden, dass die Mitgliedsstaaten des Europarates teilweise unterschiedliche Auffassungen darüber haben, was als terroristische Organisation zu qualifizieren ist. So ist etwa zu beachten, dass in der Türkei selbst Parlamentsmitglieder der kurdischen HDP¹ oder Journalistinnen und Journalisten² auf der Grundlage von Terrorismusstrafbestimmungen verfolgt werden.

In diesem Zusammenhang ist nun darauf hinzuweisen, dass das Übereinkommen in Art. 21 Abs. 1 zwar eine Klausel enthält, wonach das Übereinkommen nicht dahingehend auszulegen sei, dass es eine Verpflichtung zur Auslieferung oder Rechtshilfe enthalte, wenn es ernstliche Gründe zur

¹ Vgl. hierzu etwa NZZ, «Wir werden als politische Geiseln gefangen gehalten», nzz.ch, 24. Juli 2017, abrufbar unter: <https://www.nzz.ch/international/selahattin-demirtas-klagt-an-als-politische-geiseln-gefangen-gehalten-id.1307506> (zuletzt besucht: 13. Oktober 2017).

² Exemplarisch H. Schümann, Wie eine deutsche Journalistin Erdoğan's Geisel wurde, Zeit Online, 11. Oktober 2017, abrufbar unter: <http://www.zeit.de/gesellschaft/zeitgeschehen/2017-10/mesale-tolu-erdogan-gefaengnis-tuerkei> (zuletzt besucht: 13. Oktober 2017).

Annahme gibt, dass ein Ersuchen um Rechtshilfe oder Auslieferung gestellt worden ist, um „eine Person wegen ihrer Rasse, ihrer Religion, ihrer Staatsangehörigkeit oder ihrer politischen Anschauungen zu verfolgen und zu bestrafen“. Gleichzeitig wird in Art. 20 Abs. 1 des Übereinkommens aber bestimmt, dass ein Ersuchen um Rechtshilfe oder Auslieferung nicht alleine mit der Begründung abgelehnt werden dürfe, es handle sich um eine politische Straftat.

2.2 Vorverlagerung der Strafbarkeit

Das Übereinkommen des Europarates zur Verhütung des Terrorismus sowie das dazugehörige Zusatzprotokoll verpflichten die Mitgliedsstaaten in Art. 5 bis 7 des Übereinkommens und Art. 2 bis 6 des Zusatzprotokolls bestimmte, auf die Begehung einer terroristischen Straftat gerichtete Verhaltensweisen, bereits weit im Vorfeld einer Rechtsgutsverletzung mit Strafe zu bedrohen. Solche Vorverlagerungen der Strafbarkeit sind grundsätzlich kritisch zu betrachten, können aber aus kriminalpolitischen Gründen gerechtfertigt sein.³

Hinsichtlich der im Übereinkommen genannten, zu bestrafenden öffentlichen Aufforderung zur Begehung einer terroristischen Straftat (Art. 5), Anwerbung für terroristische Zwecke (Art. 6) und Ausbildung für terroristische Zwecke (Art. 7), dürfte die Vorverlagerung der Strafbarkeit kriminalpolitisch legitimierbar sein. Höchst problematisch ist hingegen die Bestimmung in Art. 9 des Übereinkommens, wonach die Vertragsparteien gemäss Abs. 1 verpflichtet sind, die erforderlichen Massnahmen zu treffen, um folgende Handlungen nach dem innerstaatlichen Recht als Straftaten zu erfassen:

- „a die Beteiligung als Mittäter oder Gehilfe an einer Straftat im Sinne der Artikel 5 bis 7;*
- b das Organisieren einer Straftat im Sinne der Artikel 5 bis 7 oder das Anweisen anderer, eine solche Straftat zu begehen;*
- c der Beitrag zur Begehung einer oder mehrerer Straftaten im Sinne der Artikel 5 bis 7 durch eine Gruppe von zu einem gemeinsamen Zweck handelnden Personen. Dieser Beitrag muss vorsätzlich sein und entweder*
 - i mit dem Ziel geleistet werden, die kriminelle Tätigkeit oder den kriminellen Zweck der Gruppe zu fördern, wenn die Tätigkeit oder der Zweck die Begehung einer Straftat im Sinne der Artikel 5 bis 7 einschließt, oder*
 - ii in Kenntnis des Vorsatzes der Gruppe geleistet werden, eine Straftat im Sinne der Artikel 5 bis 7 zu begehen.“⁴*

³ Vgl. etwa A. Sinn, Vorverlagerung der Strafbarkeit - Begriff, Ursachen und Regelungstechniken, in: Grenzen der Vorverlagerung in einem Tatstrafrecht, hrsg. von A. Sinn/W. Gropp/F. Nagy, Göttingen 2011, 13 ff., 29 f.

⁴ Art. 9 Abs. 1 der deutschen Fassung des Übereinkommens.

Ferner sieht Abs. 2 derselben Bestimmung vor, dass bei den in Art. 6 und 7 des Übereinkommens umschriebenen Verhaltensweisen auch der Versuch strafbar sein soll. Nicht zu übersehen ist, dass dadurch die Strafbarkeit abermals erheblich vorgelagert werden soll, wobei sich diese abermalige Vorverlagerung zumindest teilweise kaum noch rechtfertigen lässt. Die Schwelle zur Strafbarkeit würde damit objektiv bereits überschreiten, wer für einen anderen eine handschriftliche Anleitung zur Wartung und Reinigung einer AK-74 abtippt, die dann für eine „Ausbildung für terroristische Zwecke“ verwendet wird. Sobald nämlich zumindest in Kauf genommen wird, dass die Materialien für Ausbildungszwecke im Hinblick auf eine terroristische Straftat dienen, läge hier eine Teilnahme an einem Delikt im Sinne von Art. 7 des Übereinkommens (bzw. Art. 260^{sexies} Abs. 1 lit. b VE-StGB) vor. Gleiches gilt, wenn dieser Ausbilder die digitale Fassung seiner Anleitung in einem Kopiergeschäft ausdrucken lassen will und der Angestellte erkennt, dass die auszudruckenden Materialien die Anleitung zu terroristischen Straftaten dienen, er sich jedoch nicht traut, die Dienstleistung zu verweigern.

Zu beachten ist, dass das Übereinkommen an sich hier zwar keine ausdrückliche Vorbehaltsmöglichkeiten vorsieht, die Vertragsparteien im Rahmen der Ausarbeitung aber übereinkamen, dass die Vertragsparteien zu bestimmten Bereichen des Übereinkommens Vorbehalte und Erklärungen abgeben können.⁵ Aus diesem Grund möchten wir nahelegen, von dieser Vorbehaltsmöglichkeit Gebrauch zu machen und zu erklären, dass sich die Schweiz gestützt auf Art. 1 Abs. 2 des Übereinkommens das Recht vorbehalte, Art. 9 nicht oder zumindest nicht vollständig umzusetzen.

3. Vorgeschlagene Änderungen des Strafgesetzbuches (StGB)

3.1 Änderungen bei Art. 260^{ter} StGB

3.1.1 Verzicht auf spezifische Nennung bestimmter terroristischer Gruppierungen

Positiv hervorzuheben ist zunächst, dass einerseits darauf verzichtet wird, einen explizit auf die „Al Qaïda“ und den „Islamischen Staat“ zugeschnittenen Straftatbestand vorzuschlagen.⁶ Wie der erläuternde Bericht zutreffend ausführt, können solche Organisationen sowohl vom geltenden Art. 260^{ter} StGB als auch vom vorgeschlagenen Art. 260^{ter} Abs. 2 VE-StGB erfasst werden, weshalb eine solche Regelung keinen Mehrwert bringen würde.⁷

⁵ Vgl. Erläuternder Bericht, S. 11; mit Hinweis auf den erläuternden Bericht des Europarates zum Übereinkommen, abrufbar unter: <http://www.coe.int/fr/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/196> (zuletzt besucht: 13. Oktober 2017), Ziff. 28., der ausdrücklich festhält, dass hinsichtlich Art. 9 des Übereinkommens eine Vorbehaltsmöglichkeit besteht.

⁶ Erläuternder Bericht, S. 43 f.

⁷ Erläuternder Bericht, S. 44.

3.1.2 Zur Unterscheidung zwischen kriminellen und terroristischen Organisationen

3.1.2.1 Stolpersteine bei der Unterscheidung zwischen kriminellen und terroristischen Organisationen

Wie im erläuternden Bericht bereits erwähnt, hat die Rechtsprechung die Anwendbarkeit des Art. 260^{ter} StGB auf terroristische Organisationen konstant bestätigt.⁸ Diese nach einhelliger Meinung zutreffende Auslegung ist aber kein zwingendes Argument dafür, dass die Anwendbarkeit auf terroristische Organisationen nun ausdrücklich im Gesetz verankert werden muss. Die konstante Rechtsprechung zur Anwendbarkeit auf terroristische Organisationen ist im Grunde vielmehr ein Indiz dafür, dass eine Anpassung des Gesetzestextes gerade nicht erforderlich ist. Auch wenn der Auffassung des Bundesrates, wonach nichts dagegen spreche, diese „zutreffende Auslegung durch die Lehre und Rechtsprechung nunmehr im Gesetzeswortlaut wiederzugeben“, keine grundlegenden Bedenken entgegenzuhalten sind, so ist doch darauf hinzuweisen, dass der Vorschlag die Gefahr eines Widerspruchs in sich birgt.

Für die Umschreibung des terroristischen Zwecks soll künftig auf die «bewährte» Formulierung in Art. 260^{quinquies} StGB abgestellt werden,⁹ jedoch ohne auch die Ausnahmeregelung für legitime Widerstandsgruppierungen gemäss Art. 260^{quinquies} Abs. 3 StGB in den Art. 260^{ter} Abs. 2 VE-StGB zu überführen. Da auf bei Art. 260^{sexies} VE-StGB, bei dem ebenfalls auf die von Art. 260^{quinquies} StGB bekannte Umschreibung des Terrorismus zurückgegriffen wird, auf die Ausnahmeregelung verzichtet wird soll, entsteht der Eindruck, dass der Verzicht der Überführung auch bei Art. 260^{ter} VE-StGB eine bewusste Entscheidung war und somit als qualifiziertes Schweigen des Gesetzgebers zu betrachten ist.

Dies ist jedoch widersprüchlich, weil die Ausnahmeregelung keine Rechtfertigung für die Finanzierung des Terrors statuiert, sondern bestimmt, dass eine Tat nicht als Finanzierung einer terroristischen Straftat gilt. Wird also bei den anderen Tatbeständen auf die Ausnahmeregelung verzichtet, so wird damit zum Ausdruck gebracht, dass Straftaten, die auf die Wiederherstellung demokratischer und rechtsstaatlicher Verhältnisse gerichtet sind, nach einem Tatbestand als terroristisch gelten, nach dem anderen hingegen nicht. Dies sollte vermieden werden.

3.1.2.2 Erhöhung des Strafrahmens bei terroristischen Organisationen

Die vom Bundesrat vorgeschlagene Erhöhung des Strafrahmens für die Beteiligung an einer terroristischen Organisation oder für die Unterstützung dergleichen auf Freiheitsstrafe bis zu zehn Jahre ist unseres Erachtens sachlich nicht gerechtfertigt.

⁸ Die Anwendbarkeit von Art. 260^{ter} StGB wurde in der Rechtsprechung bejaht bei der „Brigade Rosso“, BGE 125 II 569, 573 f.; 128 II 355, 361, der kosovoalbanische Untergrundorganisation „ANA“, BGE 131 II 235, 242, der baskische „ETA“, BGer, 1A.174/2002 vom 21.10.2002, der Gruppierung „Märtyrer für Marokko“, BGer, 1A.50/2005 vom 5.4.2005, der „Al-Qaïda“, BGer, 1A.194/2002 vom 15.11.2002 und beim „Islamischen Staat“, BGer, 6B_1132/2016 vom 7. März 2017.

⁹ Erläuternder Bericht, S. 43.

Zu beachten ist nämlich einerseits, dass die Gründe, die im erläuternden Bericht bei der Tatbestandsvariante für kriminelle Organisationen als Argumente gegen die Erhöhung des Strafrahmens genannt wurden,¹⁰ auch für die auf terroristische Organisationen abzielende Tatbestandsvariante gelten. So ist auch hier dem Umstand Rechnung zu tragen, dass bei dem Organisationstatbestand die Strafbarkeit in das Vorfeld der Begehung konkreter Delikte verlegt wird und dass kein Zusammenhang zu konkreten Straftaten vorausgesetzt wird. Die Organisationstatbestände bestrafen also in erster Linie die blossе Zugehörigkeit zu einer kriminellen oder terroristischen Organisation, nicht hingegen die Begehung konkreter terroristischer Straftaten.¹¹ Diese werden nämlich – wie auch beim jetzigen Art. 260^{ter} StGB – bereits durch jeweils einschlägige Straftatbestände, beispielsweise Mord, erfasst. Deshalb braucht das mit der Begehung eines solchen Delikts verbundene Unrecht nicht von Art. 260^{ter} StGB abgegolten zu werden.

Andererseits ist zu beachten, dass, obwohl Art. 260^{ter} StGB die Strafbarkeit der blossen Zugehörigkeit zu einer kriminellen oder terroristischen Organisation begründet, die Zugehörigkeit zu einer solchen Organisation keine (strafrechtliche) Haftung für sämtliche von der Organisation im Zeitraum der Zugehörigkeit verübten Straftaten begründet. Insofern ist es irreführend, wenn das Gefährdungspotential von terroristischen Organisationen als Grund für die Erhöhung des Strafmasses angeführt wird, denn das Gefährdungspotential einer kriminellen oder terroristischen Organisation ist für die Bestimmung des personalen Unrechts nicht primär ausschlaggebend. Entscheidend für das personale Unrecht des Täters ist grundsätzlich jenes, das er durch sein Verhalten selbst verwirklicht hat. Der im Gesetz vorgesehene Strafraumen hat nun eben dieses (personale) Unrecht zu reflektieren, und nicht irgendein anderes Unrecht, welches demjenigen, der sich nur nach Art. 260^{ter} StGB strafbar gemacht hat, nicht zugerechnet werden kann.

3.1.3 Qualifikation für Täter, die einen bestimmenden Einfluss auf die Organisation ausüben

Die Erhöhung des Strafrahmens auf Freiheitsstrafe bis zu 20 Jahren soll den Gerichten die Möglichkeit geben, gegenüber Führungspersonen von kriminellen oder terroristischen Organisationen Strafen auszusprechen, „welche dem Verschulden angemessen sind“.¹² Nicht vorausgesetzt wird hingegen, dass dem Täter eine Mitwirkung an konkreten Verbrechen nachgewiesen werden kann.¹³ Eben dies ist nicht stimmig, zumal der erhöhte Unrechtsgehalt einer solch qualifizierten Beteiligung gerade damit

¹⁰ Vgl. erläuternder Bericht, S. 40 f.

¹¹ Hinsichtlich des Strafrahmens für kriminelle Organisationen explizit erläuternder Bericht, S. 40 f.; vgl. ferner Botschaft über die Änderung des Schweizerischen Strafgesetzbuches und des Militärstrafgesetzes (Revision des Einziehungsrechts, Strafbarkeit der kriminellen Organisation, Melderecht des Financiers) vom 30. Juni 1993, BBl 1993 III 277, S. 301.

¹² Erläuternder Bericht, S. 41.

¹³ Erläuternder Bericht, S. 41.

begründet wird, dass der Täter in führender Stellung ein „faktisches Mitbestimmungsrecht“ darüber habe, in welchem Umfang die Organisation deliktisch aktiv sei.¹⁴

Wenn sich der erhöhte Unrechtsgehalt also gerade daraus ergeben soll, dass der Täter über die deliktischen Aktivitäten der Organisation bestimmt, so wird für eine entsprechende Verurteilung auch zu verlangen sein, dass ihm die Veranlassung von kriminellen Aktivitäten auch nachgewiesen werden kann. Soweit das im Vergleich zum Grundtatbestand erhöhte Unrecht im zuvor umschriebenen Sinn begründet werden soll, ist der Nachweis des Merkmals, welches das erhöhte Unrecht erst begründet, nicht verzichtbar. Ferner ist zu beachten, dass der Preis solcher materiellen Beweiserleichterungen u.a. darin zu sehen ist, dass die Strafen im Vergleich zu den konkreten Straftaten, die gerade nicht nachgewiesen werden können, (deutlich) geringer ausfallen müssen. Werden Unrechtsmerkmale für die Erfüllung des Tatbestandes gerade nicht vorausgesetzt, so dürfen sie bei der Festlegung des Strafmasses auch nicht berücksichtigt werden. Aus diesem Grund ist der in Art. 260^{ter} Abs. 3 VE-StGB genannte Strafraum von Freiheitsstrafe nicht unter einem Jahr deutlich zu hoch. Aus diesem Grund regen wir an, den Strafraum auf Freiheitsstrafe von 10 Jahren zu beschränken oder die Qualifikation gänzlich zu streichen.

3.1.4 Verzicht auf das Kriterium der Geheimhaltung

Das Erfordernis der Geheimhaltung sollte verhindern, dass auch legale Personenzusammenschlüsse, welche die strukturellen Anforderungen des Merkmals der Organisation erfüllen, unter den Tatbestand der kriminellen Organisation fallen.¹⁵ Da diese Abgrenzung aber bereits über das Merkmal der Zwecksetzung vorgenommen werden kann, erweist sich das Geheimhaltungserfordernis als überflüssig. Die Streichung ist deshalb zu befürworten.

3.1.5 Änderung der Tatbestandsvariante der Unterstützung

3.1.5.1 Unterstützung der Tätigkeiten oder der kriminellen Tätigkeiten einer kriminellen oder terroristischen Organisation?

Bei der Anpassung der Unterstützungsvariante wird im erläuternden Bericht darauf hingewiesen, dass die gegenwärtige Ausgestaltung des Tatbestandes mit Blick auf die GAFI-Empfehlungen eine kleine Lücke aufweise.¹⁶ In diesem Zusammenhang ist nun darauf hinzuweisen, dass die Frage, worauf sich

¹⁴ Erläuternder Bericht, S. 41.

¹⁵ Botschaft 1993 (Fn. 11), 298; N. Roulet, Das kriminalpolitische Gesamtkonzept im Kampf gegen das organisierte Verbrechen, Bern 1997, 125; G. Stratenwerth/F. Bommer, Schweizerisches Strafrecht. Besonderer Teil II: Straftaten gegen Gemeininteressen, 7. Aufl., Bern 2013, § 40 N. 22; H. Vest/M. Schubarth (Hrsg.), Delikte gegen den öffentlichen Frieden (Art. 258-263 StGB), Bern 2007, Art. 260^{ter} N. 23; H. Vest, „Organisierte Kriminalität“ – Überlegungen zur kriminalpolitischen Instrumentalisierung eines Begriffs, in: ZStrR 1994, 121 ff., 146.

¹⁶ Erläuternder Bericht, S. 39 f. mit Hinweis auf GAFI, Mesures de lutte contre le blanchiment de capitaux et le financement du terrorisme, Rapport d'évaluation mutuelle de la Suisse, Décembre 2016, S. 255.

eine Förderung zu beziehen hat, von der Frage, ob es das Förderungserfordernis überhaupt braucht, zu unterscheiden ist. Die gemäss dem erläuternden Bericht von der GAFI festgestellte Lücke würde in erster Linie die Frage betreffen, ob sich das Erfordernis der Förderung auf die kriminellen Tätigkeiten einer kriminellen Organisation beziehen muss, oder ob das Kriterium auch durch eine Förderung sonstiger Tätigkeiten der kriminellen Organisation erfüllt werden könnte.¹⁷ Die Existenz des Erfordernisses wird damit aber nicht zwingend in Frage gestellt.¹⁸ Mit Blick auf die Empfehlungen der GAFI¹⁹ ist ferner festzuhalten, dass sich eine Lücke insbesondere dann ergibt, wenn man mit der wohl herrschenden Lehre davon ausgeht, dass eine unmittelbare Förderung der Organisationzwecke vorausgesetzt werde.²⁰ Die Richtigkeit dieser Auffassung ist jedoch zu bezweifeln, zumal sich das Kriterium – ohne Bezugnahme auf konkrete Straftaten – als unklar herausstellt.²¹ Je nach Auslegung könnte wohl auch auf eine Anpassung der Unterstützungsvariante verzichtet werden. Aufgrund der Unklarheiten erschiene eine Überarbeitung jedoch wünschenswert.²²

3.1.5.2 Probleme beim vorgeschlagenen Verzicht auf das Förderungserfordernis

Dass die Tatbestandsvariante der Unterstützung künftig nicht mehr erfolgsdeliktisch verstanden werden soll,²³ ist aus unserer Sicht in der vorgeschlagenen Form problematisch, weil sie eine wesentlich weitergehende Ausdehnung des Tatbestandes zur Folge hat als man auf den ersten Blick annimmt. Die Anpassung des objektiven Tatbestandes führt nämlich auch dazu, dass die Anforderungen an den subjektiven Tatbestand herabgesetzt werden. Reicht objektiv künftig bereits die Vornahme einer Handlung, die (konkret) geeignet ist, die Tätigkeit einer kriminellen Organisation zu fördern, so muss sich auch der Vorsatz nur noch auf die Vornahme der Handlung und nicht mehr auf die Förderung der kriminellen Organisation beziehen.²⁴ Problematisch ist dies nun freilich nicht in denjenigen Fällen, in denen der Täter eine kriminelle oder terroristische Organisation durch sein Handeln fördern will, er also mit direktem Vorsatz handelt, sondern in den Randbereichen,

¹⁷ Vgl. erläuternder Bericht, S. 40.

¹⁸ Für eine kritische Auseinandersetzung mit diesem Erfordernis, unten 3.1.5.3.1, S. 13 f.

¹⁹ GAFI-Empfehlung 5: „Countries should criminalise terrorist financing on the basis of the Terrorist Financing Convention, and should criminalise not only the financing of terrorist acts but also the financing of terrorist organisations and individual terrorists even in the absence of a link to a specific terrorist act or acts. [...]“ (The FATF Recommendations. International standards on combating money laundering and the financing of terrorism & proliferation, February 2012).

²⁰ U. Cassani, l'argent des organisations criminelles, in: Luc Thévenoz et al. (Hrsg.), Journée 1994 de droit bancaire et financier, Bern 1994, 55 f., 65, 67; A. Donatsch/W. Wohlers, Strafrecht IV. Delikte gegen die Allgemeinheit, 4. Aufl., Zürich 2011, 207, Roulet (Fn. 15), 150 f., Stratenwerth/Bommer (Fn. 15), BT II, § 40 N. 26; G. Stratenwerth/W. Wohlers, Schweizerisches Strafgesetzbuch. Handkommentar, 3. Aufl., Bern 2013, Art. 260^{ter} N. 5; S. Trechsel/H. Vest, in: Schweizerisches Strafgesetzbuch, Praxiskommentar, hrsg. von S. Trechsel/M. Pieth, 2. Aufl., Zürich/St. Gallen 2012, Art. 260^{ter} N. 9.

²¹ G. Godenzi, Strafbare Beteiligung am kriminellen Kollektiv. Eine Explikation von Zurechnungsstrukturen der Banden-, Organisations- und Vereinigungsdelikten, Bern 2015, S. 290 ff.

²² Zum hier unterbreiteten Lösungsvorschlag, unten 3.1.5.4, S. 16 ff.

²³ Hierzu Vest/Schubarth (Fn. 15), Art. 260^{ter} N. 53.

²⁴ Gegenstand des Vorsatzes sind die Merkmale des objektiven Tatbestandes. Vgl. etwa K. Seelmann/C. Geth, Strafrecht. Allgemeiner Teil, 6. Aufl., Basel 2016, N. 151; G. Stratenwerth, Schweizerisches Strafrecht, Allgemeiner Teil I, 4. Aufl., Bern 2011, § 9 N. 117 ff.

wenn jemand eine relativ alltägliche Handlung vornimmt und dabei in Kauf nimmt, dass die Handlung geeignet ist, die Tätigkeit einer kriminellen oder terroristischen Organisation zu fördern.

Dieses Problem wird in der Literatur zum geltenden Art. 260^{ter} StGB bereits ausführlich thematisiert,²⁵ doch mit der vorgeschlagenen Änderung dürfte es nicht noch weiter verschärfen. Unter dem geltenden Recht, das eine tatsächliche Förderung der (kriminellen) Tätigkeiten einer kriminellen Organisation verlangt, vermag immerhin der subjektive Tatbestand, der sich auf den Förderungserfolg beziehen muss, unter Berücksichtigung der für die Gehilfenschaft durch neutrale Handlung entwickelten Kriterien eine sachgerechte Trennung zwischen alltäglichen Verhaltensweisen und strafbaren Unterstützungshandlungen zu gewährleisten.²⁶ Sobald aber beim subjektiven Tatbestand nicht mehr verlangt wird, dass sich der Wille des Täters auf den Erfolg bezieht, so wird die Unterscheidung erheblich erschwert.

Die Tragweite der Anpassung lässt sich am besten anhand eines Vergleiches mit dem Tatbestand der vorsätzlichen Tötung gemäss Art. 111 StGB illustrieren, der – ebenso wie die noch geltende Unterstützungsvariante in Art. 260^{ter} StGB – als sog. reines Erfolgsdelikt ausgestaltet ist. Bei reinen Erfolgsdelikten wird das verbotene Verhalten ausschliesslich mit der Herbeiführung eines bestimmten Erfolges umschrieben, also ohne dass die Tathandlung selbst näher definiert wird. Dies trifft sowohl auf die vorsätzliche Tötung (objektiv zurechenbare Tötung eines Menschen) als auch auf die Tatbestandsvariante der Unterstützung bei Art. 260^{ter} StGB (kausale Förderung der kriminellen Tätigkeiten einer kriminellen Organisation) zu. Dass der tatbestandliche Erfolg bei Art. 111 StGB wesentlich greifbarer ist als jener bei Art. 260^{ter} StGB, ändert nichts an der strukturellen Ähnlichkeit.

Würde man nun die bei Art. 260^{ter} StGB vorgeschlagene Änderung auf den Tatbestand der vorsätzlichen Tötung nach Art. 111 StGB übertragen, so würde dies bedeuten, dass künftig nicht mehr die vorsätzliche, kausale Herbeiführung des Todes einer Person strafbar wäre, sondern bereits die vorsätzliche Vornahme einer Handlung, die geeignet ist den Tod einer Person zu verursachen – und zwar unabhängig davon, ob der Täter den Erfolg herbeiführen will, ihn zumindest in Kauf nimmt oder auf dessen Ausbleiben vertraut. Der Tatbestand würde damit auf bestimmte Versuchskonstellationen und Fälle der bewussten Fahrlässigkeit ausgedehnt (und darüber hinaus auch auf bewusst fahrlässiges Verhalten, durch welches kein Erfolg verwirklicht wird).

²⁵ Hierzu, *Donatsch/Wohlers* (Fn. 20), 207; *M. Engler*, in: Basler Kommentar Strafrecht II, hrsg. von M.A. Niggli/H. Wiprächtiger, 3. Aufl., Basel 2013, Art. 260^{ter} N. 13; *M. Forster*, Zur Abgrenzung zwischen Terroristen und militanten „politischen“ Widerstandskämpfern im internationalen Strafrecht - Am Beispiel des serbisch-kosovo-albanischen Bürgerkrieges, ZBJV 2005, 223; *Roulet* (Fn. 15), 150; *Stratenwerth/Bommer* (Fn. 15), BT II, § 40 N. 26; *Trechsel/Vest* (Fn. 20), Art. 260^{ter} N. 10; *Vest/Schubarth* (Fn. 15), Art. 260^{ter} N. 46.

²⁶ Zur Gehilfenschaft durch neutrale Handlungen *M. Forster*, in: Basler Kommentar Strafrecht I, hrsg. von M.A. Niggli/H. Wiprächtiger, 3. Aufl., Basel 2013, Art. 25 N. 37; *ders.*, Der Wirtschaftsalltag als strafrechtsdogmatischer „Hort des Verbrechens“, in: Jürg-Beat Ackermann/ Andreas Donatsch / Jürg Rehberg (Hrsg.), Wirtschaft und Strafrecht. Festschrift für Niklaus Schmid zum 65. Geburtstag, 128 ff., 135 f.; leicht modifiziert bei C. Geth/N. Leu, Gehilfenschaft durch berufsbedingtest Handeln bei vertragswidrigem Verhalten, in: Jositsch/Schwarzenegger/Wohlers, Festschrift für Andreas Donatsch, Zürich 2017, 29 ff., 35.

Eine solche Anpassung hätte also eine massive Ausdehnung des Anwendungsbereiches des Art. 111 StGB zur Folge und würde auch zu einem Spannungsverhältnis mit dem Bestimmtheitsgebot führen.²⁷ Bei der vorgeschlagenen Änderung des Art. 260^{ter} VE-StGB wiegt der Konflikt mit dem Bestimmtheitsgebot indes wesentlich schwerer, weil sich dort die Eignung der Handlung noch nicht einmal auf die Herbeiführung eines greifbaren Erfolges, wie die Tötung eines Menschen, sondern auf eine abstrakte Förderung der Tätigkeit einer kriminellen Organisation beziehen soll.

Aus dem eben genannten Vergleich wird deutlich, dass die vorgeschlagene Anpassung der Tatbestandsvariante der Unterstützung mit Blick auf die Abgrenzung von straflosem und deliktischem Verhalten sowie hinsichtlich des Bestimmtheitsgebotes problematisch ist. Daran ändert auch die unzutreffende Einschätzung im erläuternden Bericht nichts, wonach die Abgrenzung zwischen legalem Verhalten und strafbarer Unterstützung auch künftig, „abhängig vom bestehenden Wissen und Willen des Handelnden, anhand der qualitativen und quantitativen Bedeutung der Unterstützung sowie des Charakters seiner konkreten Handlung vorgenommen werden“ könne.²⁸ Wie eben gezeigt wurde, könnte die Abgrenzung nicht mehr in gleichem Mass anhand von subjektiven Merkmalen vorgenommen werden, da mit der Streichung von objektiven Merkmalen auch der entsprechende Vorsatz wegfällt. Auch die übrigen im Bericht genannten Abgrenzungskriterien sind alles andere als trennscharfe Kriterien, sondern vielmehr ein Eingeständnis, dass es bereits unter dem geltenden Recht äusserst schwierig ist, allgemeingültige Kriterien zu entwickeln.

3.1.5.3 *Ungeeignete Alternativen zum vorgeschlagenen Verzicht auf das Förderungserfordernis*

Im Nachfolgenden wird dargelegt, weshalb weder der Verzicht auf eine Änderung, noch die Einführung der Versuchsstrafbarkeit, noch die Übernahme der aus den „Al-Qaïda“-Verordnungen bekannten Formulierung eine zufriedenstellende Lösung darstellen würde. Ein Lösungsvorschlag unsererseits folgt im Anschluss (3.1.5.4, S. 16 ff.)

3.1.5.3.1 Verzicht auf eine Änderung

Die zunächst offensichtlichste Alternative zur vorgeschlagenen Änderung bestünde nun darin, auf die Streichung der Erfolgsbezogenheit zu verzichten, d.h. die Tatbestandsvariante im Hinblick auf diese Frage unverändert zu lassen. Eben dies würde aber dem Umstand, dass die Rechtsprechung bereits heute keine hohen Anforderungen an das Erfordernis der Förderung der (kriminellen) Tätigkeiten stellt, keine hinreichende Beachtung schenken. Ein Problem beim Erfordernis der Förderungskausalität besteht nämlich darin, dass je nach Art der Unterstützungshandlung praktisch kaum messbar ist,

²⁷ Dabei wird freilich nicht übersehen, dass die genannte Anpassung des Art. 111 StGB mit Blick auf die Bestimmung des Handlungsunwertes dem geltenden Fahrlässigkeitstatbestand ähnlich kommt, weshalb ein Spannungsverhältnis mit dem Bestimmtheitsgebot auch dort zu diskutieren wäre. Eine kritische Auseinandersetzung zur Vereinbarkeit der Fahrlässigkeit findet sich etwa bei G. Duttge, Zur Bestimmtheit des Handlungsunwertes von Fahrlässigkeitsdelikten, Tübingen 2001.

²⁸ Erläuternder Bericht, S. 40.

ob die Tathandlung die kriminellen Tätigkeiten bzw. das spezifische Gefährdungspotential der Organisation gefördert hat oder nicht.²⁹ Bei Unterstützungshandlungen, die im Grunde objektiv eine Gehilfenschaft zu einer konkreten Straftat darstellen oder der Gehilfenschaft zu einer konkreten Straftat zumindest nahestehen, lässt sich der Nachweis einer Förderung der (kriminellen) Tätigkeiten vergleichsweise einfach erbringen.³⁰ Je weiter die Unterstützungshandlung aber von einem Beitrag zu einer konkreten Straftat entfernt ist, desto schwieriger wird die Feststellung.³¹

Ein Beispiel für hierfür ist etwa die propagandistische Unterstützung einer terroristischen Organisation, die durchaus von einiger praktischer Bedeutung ist.³² Ob bestimmte propagandistische Handlungen tatsächlich eine Förderung der (kriminellen) Tätigkeiten einer terroristischen Organisation bewirkt haben, ist praktisch kaum, d.h. nur ausnahmsweise, nachweisbar. Ein eigentlicher Beweis für eine tatsächliche Förderung durch propagandistische Unterstützungshandlungen würde nur vorliegen, wenn erstellt werden kann, dass die vom Täter verbreitete Propaganda zumindest mit dazu beigetragen hat, dass sich eine andere Person zur Begehung von terroristischen Straftaten im Namen der unterstützten Organisation entschieden und diese auch tatsächlich durchgeführt hat. Mit anderen Worten bedeutet dies, dass der eigentliche Beweis einer Förderungsqualität auch hier wieder einen Bezug zu einer konkreten Straftat erfordert. Eben dies soll aber gemäss Botschaft 1993 gerade nicht erforderlich sein.³³

3.1.5.3.2 Zulassen der Versuchsstrafbarkeit

Ein letztlich nur theoretisch denkbarer, aber im Allgemeinen praktisch nicht vertretbarer Kompromiss zwischen der geltenden und der vorgeschlagenen Regelung bestünde darin, bei der Unterstützungsvariante am Erfordernis der Förderungskausalität festzuhalten, dafür aber die Versuchsstrafbarkeit explizit zuzulassen. Dies würde zwar im Vergleich zur vorgeschlagenen Lösung zumindest in Teilen (d.h. insbesondere in Fällen des unbeendeten Versuchs) zu einer weitergehenden Vorverlagerung der Strafbarkeit führen, im Gegenzug würde aber der Konflikt mit dem Bestimmtheitsgebot weniger schwerwiegend ausfallen, weil sich der Vorsatz immer noch auf die Förderung einer kriminellen Organisation beziehen müsste und nicht bloss auf die Vornahme einer Handlung, die dazu geeignet ist. Im Übrigen würde die im geltenden Recht bestehende Problematik hinsichtlich des Nachweises der För-

²⁹ Vgl. *Godenzi* (Fn. 21), 300 ff.

³⁰ Vgl. etwa das Beispiel in Botschaft 1993 (Fn. 11), 301, wonach eine strafbare Unterstützung insbesondere dann zu bejahen sei, wenn „jemand im Wissen um den Zusammenhang seiner Dienste mit der Zwecksetzung der Organisation dieselbe mit Waffen versorgt, die später bei Attentaten gefunden werden, ohne dass dem Täter eine Beteiligung an den konkreten Einzeldelikten nachgewiesen werden kann.“

³¹ Hinzuweisen ist, dass sich die Schwierigkeiten auch daraus ergeben, dass überhaupt nicht klar ist, was genau festgestellt werden muss. Vgl. hierzu auch *Cassani* (Fn. 20), 65.

³² Strafbarkeit der propagandistischen Unterstützung bejahend: BGer, 6B_645/2007 vom 2. Mai 2008, E. 7.3.2; BStGer, SK.2013.39 vom 2. Mai 2014, E. 1.3.6, S. 47 ff.

³³ Botschaft 1993 (Fn. 11), 301.

derungskausalität entschärft, weil beim Fehlen eines Nachweises immerhin die Möglichkeit einer Versuchsstrafbarkeit offenbliebe.

Diese Lösung wäre aber mit aller Deutlichkeit abzulehnen, da sie die Probleme sowohl der geltenden als auch der vorgeschlagenen Regelung nicht lösen, sondern bloss mindern würde, und dies um den Preis einer weiteren Vorverlagerung der Strafbarkeit, die in einer solch allgemeinen Form keineswegs wünschenswert wäre.³⁴

3.1.5.3.3 Übernahme der von der „Al-Qaïda“-Verordnung bekannten Formulierung der Unterstützungsvariante

Keine Lösung wäre denn auch die Übernahme der Formulierung, die in Art. 2 des Bundesgesetzes gegen die „Al-Qaïda“ und den „Islamischen Staat“ und in Art. 74 NDG verwendet wird. Der Unterstützung macht sich nach diesen Normen strafbar, wer eine (nach den einschlägigen Normen) verbotene Organisation „personell oder materiell unterstützt, für sie oder ihre Ziele Propagandaaktionen organisiert, für sie anwirbt oder ihre Aktivitäten auf andere Weise fördert“.³⁵

Aufgrund der Generalklausel („auf andere Weise fördert“), die vom Bundesgericht sehr weit ausgelegt wurde,³⁶ ist jedoch auch diese Formulierung mit Blick auf das Bestimmtheitsgebot nicht unproblematisch. Ebenfalls problematisch ist, dass sich nach dieser Formulierung strafbar macht, wer „für sie [die verbotene Organisation] oder ihre Ziele Propagandaaktionen organisiert“, wobei sich die Problematik insbesondere daraus ergibt, dass diese Formulierung nach der Auffassung des Bundesstrafgerichtes auf dieselben Tätigkeiten abziele (und deshalb auch dieselben Tätigkeiten erfasse) wie Art. 261^{bis} Abs. 3 StGB,³⁷ der jedoch weiter formuliert ist und auch die Förderung von Propagandaaktionen sowie die Teilnahme daran explizit mit Strafe bedroht. So wurde im Urteil des Bundesstrafgerichtes vom 2. Mai 2014 die Strafbarkeit wegen propagandistischer Unterstützung gemäss der sich damals noch in Kraft befindlichen „Al-Qaïda“-Verordnung bereits deshalb bejaht, weil einer der Beschuldigten bei sich Propagandamaterial versteckt hatte.³⁸

Dagegen, die ursprünglich der Verordnung gegen die „Al-Qaïda“ herrührende Formulierung auf Art. 260^{ter} StGB zu übertragen, spricht schliesslich auch der Umstand, dass nicht abschliessend bestimmt ist, inwieweit sie inhaltlich mit Art. 260^{ter} StGB übereinstimmt.³⁹ Der Grund für die – trotz Übernahme der Formulierung in zwei Bundesgesetze – noch immer verbleibenden Unklarheiten dürfte u.a.

³⁴ Explizit gegen die Strafbarkeit des Versuchs Botschaft 1993 (Fn. 11), 304.

³⁵ Art. 2 Abs. 1 des Bundesgesetzes über das Verbot der Gruppierungen „Al-Qaïda“ und „Islamischer Staat“ sowie verwandter Organisationen und Art. 74 Abs. 4 NDG.

³⁶ Vgl. BGer, 6B_948/2016 vom 22. Februar 2017, E. 4.2.2, wonach der IS bereits dann gefördert werde, „wenn sich eine Einzelperson von ihm so beeinflussen lasse, dass sie [...] sich im vom IS propagierten Sinne gezielt aktiv verhalte“.

³⁷ BStGer, SK.2013.39 vom 2. Mai 2014, E. 1.4.5, 57.

³⁸ BStGer, SK.2013.39 vom 2. Mai 2014, E. 1.4.5, 57; kritisch N. Leu/D. Parvex, Das Verbot der «Al-Qaïda» und des «Islamischen Staats», AJP 2016, 756 ff., 763.

³⁹ Godenzi (Fn. 21), 234 f.; Leu/Parvex (Fn. 38), 760.

darin zu sehen sein, dass die Strafnorm erstmals im Rahmen einer Bundesratsverordnung erlassen wurde und anschliessend in eine Parlamentsverordnung und dann in ein Bundesgesetz umgewandelt wurde, dies jeweils mit dem Hinweis, dass der Text den bisherigen Verordnungen entspreche und deshalb inhaltlich nichts (oder nicht viel) Neues bringe.⁴⁰ So wird denn auch der Inhalt des Tatbestandes in der Botschaft 2011 zur Parlamentsverordnung in nur knapp sechs Zeilen erläutert,⁴¹ während die Botschaft 2014 zur Schaffung des Bundesgesetzes über das Verbot der Gruppierungen „Al-Qaïda“ und „Islamischer Staat“ sowie verwandter Organisationen dem Art. 2 zwar immerhin vier Absätze widmet, die sich jedoch kaum mit den Voraussetzungen der Strafbarkeit auseinandersetzen, sondern in erster Linie die Erhöhung des Strafrahmens begründen.⁴² Auch die Botschaft zum NDG enthält keine näheren Ausführungen zur den Voraussetzungen der Strafbarkeit bei Art. 74 NDG, weil das Organisationsverbot erst im Rahmen der parlamentarischen Diskussion in das Gesetz aufgenommen wurde.⁴³ Deshalb gibt es anders als etwa bei Art. 260^{ter} StGB⁴⁴ kaum Materialien des Gesetzgebers, die Aufschluss darüber geben, ob und inwieweit die einzelnen Unterstützungsformen mit der allgemeinen Formulierung in Art. 260^{ter} StGB übereinstimmen. Schliesslich ist auch zu beachten, dass die praktische Relevanz der Strafbestimmung bis zu ihrer Überführung in ein Bundesgesetz äusserst gering war, da Art. 260^{ter} StGB aufgrund des höheren Strafmasses jeweils vorging.

3.1.5.4 Lösungsvorschlag

Art. 260^{ter} Abs. 1 und 2 lit. b:

„Wer in der Absicht, die kriminellen Tätigkeiten einer solchen Organisation zu fördern, diese personell oder materiell unterstützt, namentlich durch das Erbringen finanzieller oder logistischer Dienstleistungen oder das Betreiben von Propaganda“

Ausgehend von den bei dem geltenden Art. 260^{ter} StGB festgestellten Schwierigkeiten hinsichtlich des Erfordernisses der Förderungskausalität wird beim hier unterbreiteten Lösungsvorschlag auf dieses Merkmal verzichtet.⁴⁵ Erforderlich sollte nur aber immerhin sein, dass die Tathandlung erkennbar geeignet ist, eine Förderung der Organisation zu bewirken.⁴⁶ Aufgrund der zu Art. 260^{ter} Abs. 1 und 2 lit. b VE-StGB angestellten Überlegungen macht es aber Sinn, auch künftig zu verlangen, dass sich der Wille des Täters auf die Förderung der kriminellen Tätigkeiten einer von Art. 260^{ter} StGB verbotenen

⁴⁰ Vgl. etwa Votum Maurer, AB 2014 N 2190; Votum Maurer AB 2015 N. 415 f.

⁴¹ Botschaft zur Verordnung der Bundesversammlung über das Verbot der Gruppierung Al-Qaïda und verwandter Organisationen, vom 18. Mai 2011, BBl 4495 ff., 4501 f.

⁴² Botschaft zum Bundesgesetz über das Verbot der Gruppierungen „Al-Qaïda“ und „Islamischer Staat“ sowie verwandter Organisationen, vom 12. November 2014, BBl 2014 8925 ff., 8934.

⁴³ Vgl. hierzu, erläuternder Bericht, S. 49.

⁴⁴ Botschaft 1993 (Fn. 11), 295 ff.

⁴⁵ Vgl. oben 3.1.5.3.1, S. 13 f.

⁴⁶ Bei Handlungen die nur mittelbar, also vermittelt über Dritte, geeignet sind, eine kriminelle oder terroristische Organisation zu fördern, kann für die Bestimmung der Erkennbarkeit auf den Vertrauensgrundsatz abgestellt. Zur entsprechenden Einschränkung bei der Gehilfenschaft durch neutrale Handlungen, *Geth/Leu* (Fn. 26), 32 m.w.N.

Organisation bezieht und nicht bloss auf die Vornahme einer Handlung, die dazu geeignet ist.⁴⁷ Unterstützungshandlungen müssen also mit der Absicht vorgenommen werden, die kriminellen Tätigkeiten einer Organisation zu fördern.⁴⁸

Für die Umschreibung der objektiven Tathandlung kann an Art. 2 des Bundesgesetzes gegen den «IS» und die «Al-Qaïda» und an Art. 74 Abs. 4 NDG angelehnt werden, wobei zu beachten ist, dass die personelle und materielle Unterstützung im Grunde bereits alle relevanten Handlungen abdeckt, weshalb weder eine Generalklausel noch die Erwähnung weiterer spezifischer Unterstützungshandlungen zwingend notwendig ist. Dies gilt jedenfalls dann, wenn unter personeller Unterstützung jegliches Aufwenden von Zeit zugunsten einer kriminellen oder terroristischen Organisation und unter materieller Unterstützung jedes Bereitstellen von materiellen Werten, wobei auch an Zuwendungen in Form von Geld zu denken ist, unabhängig davon, ob es sich um Bargeld oder Buchgeld handelt.⁴⁹ Dennoch erschiene es unter dem Gesichtspunkt der Klarheit der Bestimmung vorzugswürdig, gewisse spezifische Formen der Unterstützung explizit zu nennen.

Wünschenswert wäre eine klärende Nennung insbesondere im Hinblick auf das Betreiben von Propaganda zugunsten einer terroristischen Organisation.⁵⁰ Zutreffend ist, dass in diesem Bereich die Pönalisierung von Verhaltensweisen in einem Spannungsverhältnis zum Grundrecht der Meinungsfreiheit steht.⁵¹ Deshalb ist es unbestrittenermassen richtig, dass blosser Sympathiebekundungen nicht von Art. 260^{ter} StGB erfasst sein sollen.⁵² Mit Arzt ist jedoch davor zu warnen, Sympathiebekundungen mit propagandistischer Werbung zu verwechseln und diese Form der Unterstützung als blosses Sympathisieren abzuwerten.⁵³ Bedenken hinsichtlich der Meinungsäusserungsfreiheit können bei Art. 260^{ter} StGB dadurch Rechnung getragen werden, dass nicht jegliche propagandistischen Tätigkeiten erfasst werden, sondern nur jene, die objektiv eine hinreichende Aussenwirkung entfalten, die geeignet er-

⁴⁷ Vgl. oben 3.1.5.2, S. 11 ff.

⁴⁸ Zu besonderen subjektiven Unrechtsmerkmalen *Seelmann/Geth* (Fn. 24), N. 151.

⁴⁹ Nicht erfasst von dieser Formulierung wäre lediglich die Förderung durch Unterlassen, die jedoch über Art. 11 StGB abgedeckt wäre.

⁵⁰ Der erläuternde Bericht erwähnt in den Ausführungen zur Anpassung der Unterstützungsvariante, dass das Bundesgericht eine strafbare Unterstützung durch das Bereitstellen von Websites zur Unterstützung der Propaganda bejaht hat (erläuternder Bericht, S. 39 mit Hinweis auf BGE 6B_645/2007 vom 2. Mai 2008 E. 7.3.3.2). Der erläuternde Bericht setzt sich jedoch auch mit der Schaffung einer Strafnorm gegen die Rechtfertigung oder Verherrlichung des Terrorismus auseinander und lehnt dies ab, wobei aus diesen Ausführungen nicht klar hervorgeht, wie die Verherrlichung des Terrorismus zur propagandistischen Unterstützung stehen soll (vgl. hierzu erläuternder Bericht, S. 69 ff.).

⁵¹ Vgl. erläuternder Bericht, S. 70.

⁵² Vgl. hierzu Botschaft 1993 (Fn. 11), 302; ferner BGE 128 II 355 E. 2.4; 132 IV 132 E. 4.1.4; BGE, 6B_645/2007, vom 2. Mai 2008 E. 7.3.1, m.w.H.

⁵³ G. Arzt, in: Kommentar. Einziehung, Organisiertes Verbrechen, Geldwäscherei, hrsg. von N. Schmid, 2. Aufl., Bd. I, Zürich 2007 § 4 N. 163a f.; mit Blick auf terroristische Organisationen *Leu/Parvex* (Fn. 38), 760 ff.

scheint, das Gefährdungspotenzial der terroristischen Organisation zu fördern.⁵⁴ Eben dies dürfte in der Regel ein planmässiges Vorgehen erfordern.⁵⁵

In subjektiver Hinsicht sollte, wie bereits erwähnt, neben Vorsatz eine Förderungsabsicht verlangt werden, die sich (zumindest mittelbar) auf die Förderung der kriminellen Aktivitäten der Organisation bezieht. In beiden Fällen sollte man Eventualvorsatz bzw. Eventualabsicht genügen lassen. Dass sich die Absicht explizit auf kriminelle und nicht auf sonstige Tätigkeiten einer Organisation bezieht, steht unseres Erachtens nicht den Vorgaben der GAFI entgegen, da im Sinne der GAFI jede objektive Unterstützungshandlung erfasst würde,⁵⁶ sofern der Täter zumindest in Kauf nahm, dadurch die kriminellen Tätigkeiten der Organisation zu fördern.

3.2 Art. 260^{quinqies} StGB

Im Rahmen der vorliegenden Vorlage wird auch Art. 260^{quinqies} StGB einer Überprüfung unterzogen, obwohl der Tatbestand nicht direkt vom Übereinkommen und dem Zusatzprotokoll betroffen ist. Dies ist sehr zu befürworten. Erstaunlich ist hingegen, dass kein Änderungsbedarf gesehen wird,⁵⁷ obwohl der Tatbestand verschiedentlich dafür kritisiert wird, dass nur die direktvorsätzliche Finanzierung des Terrorismus strafbar ist.⁵⁸ Vielmehr kommt der Bericht zum Ergebnis, dass die vom Bundesrat im Jahr 2002 aufgeführten Argumente, für den Ausschluss der Strafbarkeit für eventualvorsätzliches Handeln nach wie vor Gültigkeit habe. Der Bundesrat hatte dies seinerzeit damit begründet, dass Art. 260^{quinqies} StGB eine Vorverlagerung der Strafbarkeit darstelle, bei der besonders hohe Anforderungen an die subjektive Seite gestellt werden müssen, weil ansonsten möglicherweise die Mindestanforderungen an das Bestimmtheitsgebot unterschritten würden.

3.2.1 Ausschluss der eventualvorsätzlichen Begehung beibehalten?

Der Rückgriff auf die Argumentation in der Botschaft 2002 ist mit Blick auf die vorgeschlagene Änderung der Tatbestandsvariante der Unterstützung in Art. 260^{ter} VE-StGB inkonsistent.⁵⁹ Überdies ist zu beachten, dass die vom Bundesrat angeführte Begründung verkennet, dass die Vorverlagerung der Strafbarkeit nicht in erster Linie ein Problem des Bestimmtheitsgebotes darstellt. Je nachdem wie der fragliche Tatbestand ausgestaltet ist, kann es zu einem Konflikt mit dem Bestimmtheitsgebot kommen, es muss aber nicht. Bei Art. 260^{quinqies} StGB ist indes nicht ersichtlich,

⁵⁴ Vgl. hierzu *Leu/Parvex* (Fn. 38), 760 ff.

⁵⁵ Eine hinreichende Aussenwirkung einzelner propagandistischer Handlungen dürfte ausnahmsweise dann zu bejahen sein, wenn die Handlung von einer in einschlägigen Kreisen hoch angesehenen Person oder Organisation vorgenommen wird. So auch *Leu/Parvex* (Fn. 38), 763 Fn. 71.

⁵⁶ Die Vorgaben der GAFI-Empfehlung 5 würden damit erfüllt. Vgl. FATF Recommendations 2012 (Fn. 19), S. 11 und 35 f.

⁵⁷ Erläuternder Bericht, S. 67.

⁵⁸ G. Fiolka, in: Basler Kommentar Strafrecht II, hrsg. von M.A. Niggli/H. Wiprächtiger, 3. Aufl., Basel 2013, Art. 260^{quinqies} N. 21.

⁵⁹ Vgl. oben 3.1.5.2, S. 11 ff.

inwiefern das Bestimmtheitsgebot verletzt werden würde, falls das Sammeln oder Bereitstellen von Geldern an Dritte verboten würde, wenn die Verwendung der Gelder für terroristische Zwecke aufgrund der Umstände so wahrscheinlich erscheint, dass die Vornahme der verbotenen Handlung nur als Inkaufnahme der Finanzierung von terroristischen Handlungen verstanden werden kann.⁶⁰

Ebenfalls zu beachten ist, dass auch der neu geschaffene Art. 260^{sexies} VE-StGB eine Vorverlagerung der Strafbarkeit bewirkt, jedoch ohne dass dort die Strafbarkeit der eventualvorsätzlichen Begehung ausgeschlossen wird.⁶¹ Der Verzicht auf eine Anpassung des Art. 260^{quinquies} StGB erscheint nun auch deshalb wenig nachvollziehbar, weil Art. 260^{sexies} Abs. 2 VE-StGB u.a. das Sammeln und Bereitstellen von Geldern in der Absicht, eine terroristisch motivierte Auslandsreise zu finanzieren, erfasst, wobei es keinen Hinweis darauf gibt, dass Eventualvorsatz dort nicht genügen soll.⁶² Das bedeutet, dass an die Strafbarkeit der Finanzierung eines Terroranschlages in der Schweiz künftig höhere subjektive Anforderungen gestellt würden als an die Strafbarkeit der Finanzierung einer Reise, die der Begehung einer Straftat im Ausland dient.

3.2.2 Terrorfinanzierung weiterhin als eigener Tatbestand?

Ausgehend vom Gesagten stellt sich unseres Erachtens die Frage, ob es überhaupt sinnvoll ist, die Terrorfinanzierung weiterhin in einem eigenständigen Tatbestand zu regeln, oder ob es nicht sinnvoller wäre, die Terrorfinanzierung in Art. 260^{sexies} VE-StGB zu integrieren. Dann gäbe es mit Art. 260^{ter} StGB einen Tatbestand, der u.a. die Unterstützung terroristischer Organisationen bestraft und mit Art. 260^{sexies} VE-StGB einen Tatbestand, der die Vorbereitung oder Unterstützung von terroristischen Einzelakten erfasst.

3.3 Art. 260^{sexies} VE-StGB

Die Vorgaben des Übereinkommens und des Zusatzprotokolls hinsichtlich der Kriminalisierung bestimmter Verhaltensweisen sollen im Rahmen dieser Vorlage in erster Linie durch die Schaffung des neuen Art. 260^{sexies} VE-StGB umgesetzt werden. Der neue Tatbestand verbietet deshalb die in Art. 6 und 7 des Übereinkommens und Art. 3 bis 5 des Zusatzprotokolls genannten Verhaltensweisen, die gemäss dem erläuternden Bericht noch nicht anderweitig erfasst sind.

Anders als Art. 260^{ter} VE-StGB knüpft Art. 260^{sexies} VE-StGB dabei nicht an das Handeln zugunsten einer kriminellen oder terroristischen Organisation an, sondern an Tathandlungen, die im Hinblick auf ein terroristisches Gewaltverbrechen vorgenommen werden, wobei aber unerheblich sein soll,

⁶⁰ So BSK-Fiolka (Fn. 58), Art. 260^{quinquies} N. 21; ferner D. Jositsch, Terrorismus oder Freiheitskampf? - Heikle Abgrenzungsfragen bei der Anwendung von Art. 260^{quinquies} StGB, ZStrR 2005, 458 ff., 462.

⁶¹ Erläuternder Bericht, S. 47 ff.

⁶² Erläuternder Bericht, S. 49.

ob der Terrorakt später tatsächlich verwirklicht wird oder nicht. Die von Art. 260^{sexies} VE-StGB erfassten Tathandlungen sind deshalb strukturell als Vorbereitungshandlungen zu qualifizieren.

Dass nun die Strafbarkeit in gewissen Bereichen vorverlagert wird, kann, wie bereits erwähnt, durchaus aus kriminalpolitischen Gründen gerechtfertigt sein.⁶³ In Bezug auf Art. 260^{sexies} VE-StGB ist dabei etwa auf den Fall hinzuweisen, über den das Bundesgericht in seinem Urteil vom 22. Februar 2017 zu entscheiden hatte.⁶⁴ Dabei ging es um die Frage, ob die Grenze zur Strafbarkeit überschritten ist, wenn der Täter zu einer grenzüberschreitenden Reise aufbricht, um sich im Ausland einer terroristischen Organisation anzuschliessen, er jedoch bereits beim Versuch auszureisen am Flughafen verhaftet wird. Das Bundesgericht hat zwar in diesem Fall die Strafbarkeit nach Art. 2 des Bundesgesetzes gegen die „Al-Qaïda“ und den „Islamischen Staat“ bejaht, was aus kriminalpolitischen Gründen nachvollziehbar ist, da den Strafverfolgungsbehörden bei der Verhinderung von Dschihadreisen ansonsten die Hände gebunden wären. Doch die Verurteilung stützte sich auf eine sehr dünne gesetzliche Grundlage. Aus diesem Grund ist es zu begrüssen, dass mit Art. 260^{sexies} Abs. 1 lit. c VE-StGB eine ausdrückliche gesetzliche Grundlage für diesen Fall geschaffen wird. Trotzdem gibt der Tatbestand auch Anlass zu Bedenken, die nachfolgend diskutiert werden sollen.

3.3.1 Anwendbarkeit der allgemeinen Regeln über den Versuch und die Teilnahme

Die Unterstellung des Art. 260^{sexies} VE-StGB unter die allgemeinen Regeln über den Versuch und die Teilnahme⁶⁵ ist unseres Erachtens mit aller Deutlichkeit abzulehnen, da die inkriminierten Verhaltensweisen Vorbereitungshandlungen sind, die zeitlich noch vor dem Versuchsstadium hinsichtlich eines eigentlichen Gewaltdelikt liegen. Aus den eben ausgeführten Gründen wird denn auch die Versuchsstrafbarkeit bei Art. 260^{bis} StGB verneint, der planmässige Vorbereitungshandlungen zu schweren Verbrechen mit Strafe bedroht.⁶⁶

Bejaht wird bei Art. 260^{bis} StGB hingegen die Strafbarkeit der Teilnahme, da der Tatbestand die Strafbarkeit zwar in zeitlicher Hinsicht nach vorne verlagere, jedoch keine Ausdehnung der Strafbarkeit im Bereich der Täterschaft und Teilnahme bewirke.⁶⁷ Eben dies trifft bei Art. 260^{sexies} VE-StGB jedoch nicht ohne weiteres zu, da zumindest einige der umschriebenen Verhaltensweisen strukturell Teilnahmehandlungen sind, die hier als eigenständiges Delikt bestraft werden. Dies gilt etwa für das Anleiten zur Herstellung oder zum Gebrauch von Waffen, Sprengstoffen und anderen potentiellen Kampfmitteln in Abs. 1 lit. b sowie für das in Abs. 2 genannte Finanzieren oder Organisieren einer terroristisch motivierten Reise.

⁶³ Vgl. hierzu *Sinn* (Fn. 3), 29 f.

⁶⁴ BGer 6B_948/2016 vom 22.02.2017.

⁶⁵ Erläuternder Bericht, S. 19.

⁶⁶ BSK-Engler (Fn. 25), Art. 260^{bis} N. 17.

⁶⁷ BSK-Engler (Fn. 25), Art. 260^{bis} N. 18.

Aus diesem Grund möchten wir nahelegen, dass bei Art. 260^{sexies} VE-StGB auf die Strafbarkeit des Versuchs und der Teilnahme verzichtet wird. Soweit Teilnahmehandlungen im Hinblick auf die inkriminierten Verhaltensweisen strafwürdig erscheinen, so können sie stattdessen – wie es in der gegenwärtigen Fassung bereits der Fall ist – als eigenständige Tatbestandsvariante in den Tatbestand aufgenommen werden.

Gegen diesen Vorschlag könnte freilich eingewendet werden, dass die Schweiz Art. 9 des Übereinkommens nicht erfülle, wenn der Versuch und die Teilnahme nicht mit Strafe bedroht werden. Einem solchen Einwand wäre aber zu entgegnen, weil der erläuternde Bericht zum Übereinkommen den Mitgliedsstaaten in Ziff. 28 das Recht einräumt, u.a. bei Art. 9 Vorbehalte und Erklärungen abzugeben. Die Schweiz könnte – und sollte – deshalb von dieser Vorbehaltsmöglichkeit Gebrauch machen und erklären, dass Art. 9 nicht oder nur soweit umgesetzt werde, als es mit Blick auf die Strafwürdigkeit der Verhaltensweisen angemessen erscheint.

3.3.2 Unternehmen oder Antreten einer Reise

Die Schaffung von Art. 260^{sexies} Abs. 1 lit. c VE-StGB ist, wie bereits gesagt, zu begrüssen. Mit Blick auf den Wortlaut schlagen wir aber vor, das Verb „unternehmen“ entsprechend den Ausführungen im erläuternden Bericht durch „antreten“ zu ersetzen, damit aus dem Wortlaut klar hervorgeht, wann die Schwelle zur Strafbarkeit überschritten ist.⁶⁸

3.3.3 Gegenseitiges Anwerben?

Da Art. 260^{sexies} VE-StGB nur Verhaltensweisen erfasst, zu deren Bestrafung sich die Schweiz gemäss dem Übereinkommen und dem Zusatzprotokoll verpflichtet hat, stellt sich die Frage, ob es allenfalls sinnvoll wäre, weitere Verhaltensweisen in den Tatbestand aufzunehmen, die den bereits vorgeschlagenen qualitativ gleichwertig sind. Nicht erfasst ist im gegenwärtigen Entwurf etwa die dem Anwerben durchaus ähnliche Konstellation, dass zwei oder mehrere Personen gegenseitig die Begehung einer terroristischen Straftat vereinbaren.

Die Tatbestandsvariante des Anwerbens geht offenbar davon aus, dass terroristische Straftaten insbesondere dadurch zustande kommen, dass die anwerbende Person in Kontakt mit ähnlich gesinnten Personen tritt, um diese für die Begehung einer Straftat anzuwerben. Aufgrund neuer Kommunikationsmöglichkeiten, von denen bekanntlich auch terroristische Organisationen Gebrauch machen, kann dieser Kontakt zustande kommen, ohne dass sich die Beteiligten je persönlich begegnet sind.⁶⁹ Trotzdem ist ferner der Fall zu bedenken, dass sich Personen auch radikalisieren können, ohne aktiv Kontakt zu Exponenten terroristischer Organisationen zu suchen, indem passiv terroristische Propaganda konsumiert wird. Da sich im Allgemeinen die Mehrheit der Angehörigen von Online Communities nicht

⁶⁸ Erläuternder Bericht, S. 49.

⁶⁹ Erläuternder Bericht, S. 47.

aktiv, also durch das Verfassen eigener Beiträge beteiligt, sondern nur die Beiträge von andern liest,⁷⁰ ist es naheliegend davon auszugehen, dass dies auch im hier interessierenden Bereich gilt. Man könnte nun zwar annehmen, dass der Grad der aktiven Beteiligung ein Massstab für das Interesse und die Identifikation mit der Community bzw. der Inhalte darstellt und dass die von passiven Mitgliedern ausgehende Gefahr hinsichtlich einer Radikalisierung oder hinsichtlich der Bereitschaft terroristische Straftaten zu begehen geringer ist. Die Richtigkeit dieser Annahme ist jedoch höchst fraglich, da die Gründe für die Nichtteilnahme sehr unterschiedlich sind und zumindest teilweise kaum Rückschlüsse über das Interesse zulassen.⁷¹ Aufgrund des eben Gesagten erschiene es unseres Erachtens sinnvoll, auch den Fall zu berücksichtigen, dass sich mehrere Personen aus eigener Initiative – ohne Kontakt zu einer anwerbenden Person – zur Begehung eines Terroranschlages entschliessen und dies vereinbaren.

Dieser Fall kann zwar von Art. 260^{sexies} Abs. 1 lit. a VE-StGB erfasst werden, und zwar, wenn nachgewiesen werden kann, dass die Initiative klar von einer bestimmten Person ausgegangen ist, die die anderen für die Begehung angeworben hat.⁷² Sofern aber nicht bestimmt werden kann, wer den gemeinsamen Entschluss zur Begehung einer terroristischen Straftat initiiert hat, und noch keine planmässigen Vorkehrungen für die Begehung einer solchen Tat getroffen wurden, dürfte weder Art. 260^{sexies} VE-StGB noch Art. 260^{bis} StGB greifen.

Nun wurde zu Recht darauf verzichtet, das passive Anwerben-Lassen mit Strafe zu bedrohen, wodurch zum Ausdruck gebracht wird, dass der bloss innere Entschluss des Angeworbenen für sich genommen noch nicht strafbar sein soll.⁷³ Zu beachten ist aber, dass das gegenseitige Vereinbaren einer Straftat eine Gruppendynamik auslösen kann, die eine Aufgabe des Entschlusses im Vergleich zum blossen Anwerben-Lassen erheblich erschwert, wodurch die Gefahr einer tatsächlichen Begehung erhöht wird. Ebenfalls zu beachten ist, dass bei den terroristischen Gewalttaten, die in jüngster Vergangenheit in Europa verübt wurden, oftmals Mittel eingesetzt wurden, die keine planmässigen Vorkehrungen erfordern, weshalb der Tatbestand der strafbaren Vorbereitungshandlungen nach Art. 260^{bis} StGB unter Umständen nicht zur Anwendung gelangen kann.

Da die Strafbarkeit im Vorfeld terroristischer Straftaten offensichtlich ausgedehnt werden soll, erschiene es inkonsequent nur das Anwerben nicht aber das gegenseitige Vereinbaren einer solchen Tat zu bestrafen. Der weitgehenden Vorverlagerung der Strafbarkeit sollte allerdings bei der Festlegung des Strafmasses Rechnung getragen werden, indem das Verhalten nur als Vergehen qualifiziert wird.

⁷⁰ Vgl. *Charles Arthur*, What is the 1% rule?, theguardian.com, 20 Juli 2006, abrufbar unter: <https://goo.gl/j8sfbg> (zuletzt besucht: 13. Oktober 2017); vgl. *Nonnecke/Preece*, Why lurkers lurk, in: *Americas Conference on Information Systems 2001*, abrufbar unter: <http://www.socs.uoguelph.ca/~nonnecke/research/whylurk.pdf> (zuletzt besucht: 13. Oktober 2017).

⁷¹ *Nonnecke/Preece* (Fn. 70), S. 5.

⁷² Erläuternder Bericht, S. 47 f.

⁷³ Erläuternder Bericht, S. 48.

3.3.4 Finanzierung von terroristischen Einzelakten

Wie bereits oben angemerkt stellt sich unseres Erachtens die Frage, ob es nicht sinnvoller wäre, Art. 260^{quinquies} StGB zu streichen, um das Verbot der Terrorfinanzierung stattdessen in Art. 260^{sexies} VE-StGB einzufügen.⁷⁴ Dies hätte unseres Erachtens den Vorteil, dass das Bereitstellen von Geldern für terroristische Zwecke nur noch von zwei und nicht von drei Tatbeständen erfasst wird die danach zu unterscheiden sind, ob die Gelder der Unterstützung einer terroristischen Organisation dienen oder ob die Finanzierung keinen Bezug zu einer von Art. 260^{ter} VE-StGB erfassten Organisation aufweist.

3.3.5 Verzicht auf Ausnahmeregelung für legitime Widerstandsgruppierungen

Auch bei Art. 260^{sexies} VE-StGB ist darauf hinzuweisen, dass ein Verzicht auf die Übernahme der Ausnahmeregelung für legitime Widerstandsgruppierungen, der als qualifiziertes Schweigen des Gesetzgebers interpretiert werden könnte, zu Widersprüchen innerhalb des Gesetzes führen könnte.

3.4 Überprüfung und Anpassung weiterer Normen im Strafgesetzbuch

Da ohnehin nicht davon ausgegangen wird, dass die Vorlage per 1.1.2019 in Kraft treten wird,⁷⁵ gibt es keinen Anlass, aus zeitlichen Gründen auf die Überprüfung von Normen zu verzichten, die für das Terrorismusstrafrecht von Bedeutung sind. Deswegen möchten wir auch eine Anpassung der nachfolgenden Normen nahelegen.

3.4.1 Aufnahme von Art. 260^{sexies} VE-StGB in den Katalog in Art. 102 Abs. 2 StGB

Art. 10 Abs. 1 des Übereinkommens bestimmt, dass die Vertragsparteien die erforderlichen Massnahmen zu treffen haben, um die Verantwortlichkeit für die in Art. 5 bis 7 des Übereinkommens genannten Straftaten zu begründen. Darüber hinaus schreibt Art. 10 Abs. 3 des Übereinkommens vor, dass die Strafbarkeit des Unternehmens nicht die Strafbarkeit der natürlichen Personen berühren soll, die die Straftaten begangen haben.

Eben dies ist unserer Auffassung nach dahingehend zu verstehen, dass mit Blick auf die in Art. 5 bis 7 des Übereinkommens genannten Straftaten eine kumulative Unternehmensstrafbarkeit einzuführen ist. Art. 10 des Übereinkommens überlässt den Vertragsstaaten zwar bei der Umsetzung einen gewissen Spielraum.⁷⁶ Dies entbindet sie jedoch nicht von der Verpflichtung, wirksame, verhältnismässige und abschreckende Sanktionen vorzusehen.⁷⁷

⁷⁴ Vgl. oben 3.2.2, S. 19.

⁷⁵ Erläuternder Bericht, S. 50.

⁷⁶ Vgl. erläuternder Bericht zum Übereinkommen (Fn. 5), Ziff. 137 f.

⁷⁷ Erläuternder Bericht zum Übereinkommen (Fn. 5), Ziff. 137: „Liability under this article may be criminal, civil or administrative. Each Party has the flexibility to choose to provide for any or all of these forms of liability, in accordance with the legal

Auch wenn die subsidiäre Unternehmensstrafbarkeit nach Art. 102 Abs. 1 StGB nicht gegen den Wortlaut von Art. 10 Abs. 3 des Übereinkommens verstösst, so wird mit dem Verzicht auf die Einführung einer kumulativen Unternehmensstrafbarkeit unseres Erachtens doch der Sinn der Bestimmung missachtet.

3.4.2 Revision des Art. 72 StGB

Die Einziehung von Vermögenswerten krimineller Organisationen gemäss Art. 72 StGB (bzw. Art. 59 Ziff. 3 aStGB) wurde im Rahmen des zweiten Massnahmenpakets zur Bekämpfung der organisierten Kriminalität geschaffen, um den Strafverfolgungsbehörden ein effizientes Werkzeug an die Hand zu geben, um das Betriebskapital krimineller Organisationen abzuschöpfen.⁷⁸ Die Einziehungsnorm knüpft dabei – anders als die durch den Geldwäschereitaktbestand geschützte Ausgleichseinziehung – nicht an die kriminelle Herkunft von Vermögenswerten an, sondern soll unabhängig der Herkunft die Einziehung von Vermögenswerten ermöglichen, die der Verfügungsmacht einer kriminellen Organisation unterliegen.⁷⁹ Bei näherem Hinsehen wird jedoch deutlich, dass die Norm die in sie gesetzten Erwartungen nicht erfüllen kann, weil die Konzeption des Art. 72 StGB für die vorgesehenen Zwecke völlig verfehlt ist.

Denkt man das Erfordernis der Verfügungsmacht der kriminellen Organisation nämlich konsequent zu Ende, so wird deutlich, dass der Tatbestand für die Praxis wenig brauchbar ist, weil das letztendlich entscheidende Kriterium (eine innere Tatsache) dem Nachweis nur schwer zugänglich ist.⁸⁰ Erschwerend kommt hinzu, dass Art. 72 Satz 2 StGB die Beweislast auf die einziehungsbetroffene Person abwälzt, die in der Folge den schwierigen Nachweis einer negativen inneren Tatsache zu erbringen hat.⁸¹ Sofern diesem Umstand dadurch Rechnung getragen wird, dass an den Entlastungsbeweis keine allzu hohen Anforderungen gestellt werden, erweist sich Art. 72 StGB rasch als stumpfes Werkzeug. Wird an den Entlastungsbeweis hingegen ein strenger Massstab angelegt, so ist dies aus rechtsstaatlichen Gründen, nicht zuletzt mit Blick auf die Unschuldsvermutung, höchst problematisch.

principles of each Party, as long as it meets the criteria of Article 11, paragraph 3, that the sanction, whether criminal or not, should be "effective, proportionate and dissuasive" and should include monetary sanctions."

⁷⁸ Vgl. Botschaft 1993 (Fn. 11), 278; R. Tschigg, Die Einziehung von Vermögenswerten krimineller Organisationen, Bern 2003, S. 8 f.; P. Müller, Organisiertes Verbrechen - Gegenstrategien des Gesetzgebers, AJP 1993, 1181 ff., 1185.

⁷⁹ Vgl. Botschaft 1993 (Fn. 11), 316 ff.

⁸⁰ N. Leu, Die Verfügungsmacht der kriminellen Organisation, ZStrR 2017, 172 ff., insb. 180 ff.

⁸¹ So Leu, (Fn. 80), 184 ff.; kritisch zur Beweislastumkehr, G. Arzt, Einziehung und guter Glaube, in: Le droit pénal et ses liens avec les autres branches du droit. Mélanges en l'honneur du Professeur Jean Gauthier, hrsg. von N. Schmid/M. Killias, Bern 1996, 89 ff., 95; F. Baumann, in: Basler Kommentar Strafrecht I, hrsg. von M.A. Niggli/H. Wiprächtiger (Hrsg.), 3. Aufl., Basel 2013, Art. 72 N. 9 ff.; K.-L. Kunz, Massnahmen gegen die organisierte Kriminalität. Eine Fallstudie praktischer Kriminalpolitik, in: plädoyer 1/1996, 32 ff., 36 f.; Vest/Schubarth (Fn. 15), Art. 260^{ter} N. 74.

3.4.3 Ausdrücklicher Ausschluss der Anwendbarkeit von Art. 28 StGB auf Terrorpropaganda

Terroristische Organisationen nutzen zur Verbreitung ihrer Propaganda gezielt die Algorithmen von Social Media Websites zur Erkennung von Trends aus, indem Unterstützer propagandistische Beiträge untereinander teilen, um so eine hohe Anzahl von Interaktionen zu erzeugen.⁸² Aus diesem Grund wäre es wünschenswert, wenn im Gesetz ausdrücklich festgehalten würde, dass Art. 28 StGB nicht auf Terrorpropaganda anwendbar ist.

4. Anpassung der Strafbestimmung (bzw. des Strafrahmens) in Art. 74 Abs. 4 und 4^{bis} VE-NDG

Die Anpassungen an den Strafbestimmungen in Art. 74 Abs. 4 und 4^{bis} VE-NDG sind unseres Erachtens vollumfänglich abzulehnen, zumal nicht ersichtlich ist, weshalb Art. 74 NDG mit dem geltenden Art. 260^{ter} StGB und dem befristeten Bundesgesetz über das Verbot der Gruppierungen „Al-Qaïda“ und „Islamischer Staat“ sowie verwandter Organisationen abgestimmt werden muss. Die Anpassung des Art. 74 VE-NDG würde nämlich gleichzeitig mit dem geänderten Art. 260^{ter} VE-StGB in Kraft treten, der einen dauerhaften Ersatz des Bundesgesetzes gegen die „Al-Qaïda“ und den „Islamischen Staat“ darstellt.⁸³ Kriminelle und terroristische Organisationen werden also durch Art. 260^{ter} VE-StGB vollumfänglich abgedeckt, weshalb nicht ersichtlich ist, inwiefern es notwendig sein soll, zusätzlich das Strafmass bei Art. 74 VE-NDG ebenfalls auf Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren anzuheben. Da die Beteiligung an kriminellen oder terroristischen Organisationen oder die Unterstützung dergleichen bereits von Art. 260^{ter} VE-StGB erfasst werden, verblieben für das Organisationsverbot in Art. 74 NDG nur Organisationen, die weder als kriminell oder terroristisch im Sinne von Art. 260^{ter} VE-StGB qualifiziert werden könnten. Inwiefern aber die Mitgliedschaft einer nicht kriminellen und nicht terroristischen Organisation eine Freiheitsstrafe von fünf Jahren rechtfertigen soll, bleibt höchst fraglich.

Nicht übersehen werden darf sodann, dass nicht das dringliche Bundesgesetz gegen die „Al-Qaïda“ und den „Islamischen Staat“, sondern die zuvor ergangenen Verordnungen zum Verbot der „Al-Qaïda“ die eigentliche Vorlage für Art. 74 NDG sein müssen, was das Parlament bei der Ausgestaltung der Norm durchaus zutreffend erkannt hat. Aus den Wortprotokollen der parlamentarischen Beratung geht indes hervor, dass Art. 74 NDG geschaffen wurde, damit der Bundesrat künftig befristete Organisationsverbote erlassen kann, ohne sich auf das Notrecht in Art. 185 Abs. 3 und Art. 184 Abs. 3 BV abstützen zu müssen.⁸⁴ Art. 74 NDG soll also denselben Zweck erfüllen, wie der Straftatbestand in der Ver-

⁸² J. Stern/J. M. Berger, ISIS - The State of Terror, New York 2015, S. 155 f.

⁸³ Gemäss dem erläuternden Bericht, S. 43 f., wird bewusst auf die Einführung einer Strafnorm im StGB, die spezifische Terrororganisationen erfasst, verzichtet, weil dies gegenüber dem vorgeschlagenen Art. 260^{ter} VE-StGB keinen Mehrwert bringen würde.

⁸⁴ Voten Eichenberger-Walther und Borer, AB 2015 N. 413 ff.

ordnung zum Verbot der „Al-Qaïda“. Zwar wurde die Verordnung durch das dringlich erlassene Bundesgesetz gegen die „Al-Qaïda“ und den „Islamischen Staat“ abgelöst, weshalb das Gesetz aus chronologischer Sicht als unmittelbarer Vorgänger des Art. 74 NDG erscheint. Dieses Gesetz ist aber als Sonderfall zu betrachten, der durch das zeitgleiche Zusammentreffen verschiedener Umstände, namentlich das absehbare Auslaufen der Verordnung und die Besetzung des Nordiraks durch den „Islamischen Staat“ zustande gekommen ist.⁸⁵ Dass sich der Gesetzgeber unter dem Eindruck der durch den „Islamischen Staat“ verübten Gräueltaten für ein Strafmass von Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren entschieden hat, gibt keinen Anlass den Strafraumen nun auch bei Art. 74 NDG anzuheben. Beim Erlass des Gesetzes gegen die „Al-Qaïda“ und den „Islamischen Staat“ wusste der Gesetzgeber genau auf welche Organisationen die Strafbestimmungen Anwendung finden werden. Dies ist jedoch bei Art. 74 NDG nicht der Fall.

5. Fazit

Es ist zu befürworten, dass eine dauerhafte Lösung zur Erfassung terroristischer Organisationen geschaffen werden soll, die nicht auf die Benennung konkreter Organisationen angewiesen ist, wie dies im Bundesgesetz gegen den „Islamischen Staat“ und die „Al Qaïda“ der Fall ist.

Dass bei Art. 260^{ter} VE-StGB explizit zwischen kriminellen und terroristischen Organisationen unterschieden werden soll, ist unseres Erachtens zwar nicht zwingend geboten, doch es gibt auch keine Einwände, die grundsätzlich dagegen sprechen. Zu beachten ist jedoch, dass die Übernahme der aus Art. 260^{quinquies} StGB bekannten Umschreibung des Terrorismus, ohne gleichzeitige Übernahme der Ausnahmeregelung für legitime Widerstandskämpfer zu einem Widerspruch innerhalb des Gesetzes führen kann. Auch sollte auf die Festlegung unterschiedlicher Strafraumen bei kriminellen und terroristischen Organisationen verzichtet werden, zumal eine Erhöhung des Strafraumens für die Beteiligung an terroristischen Organisationen oder die Unterstützung dergleichen zwar intuitiv nachvollziehbar erscheint, aber letztlich sachlich nicht gerechtfertigt ist.

Zu begrüßen ist indes die Streichung des Kriteriums der Geheimhaltung bei Art. 260^{ter} Abs. 1 VE-StGB, zumal die Abgrenzung zwischen legalen Personenzusammenschlüssen und kriminellen Organisationen über das Kriterium der verbrecherischen Zwecksetzung vorgenommen werden kann. Grundsätzlich zu befürworten ist denn auch eine Überarbeitung der Tatbestandsvariante der Unterstützung bei Art. 260^{ter} Abs. 1 und 2 lit. b VE-StGB. Die vorgeschlagene Änderung ist jedoch insofern problematisch, als der Verzicht auf das Kriterium der Förderung der kriminellen Tätigkeit auch das entsprechende Vorsatzerfordernis entfallen lässt, wodurch der Tatbestand erheblich ausgedehnt wird. Aufgrund dessen schlagen wir eine alternative Formulierung der Unterstützungsvariante vor, die ei-

⁸⁵ Vgl. Botschaft 2014 (Fn. 42), 8925 ff., 8929 ff.

nerseits auf das Kriterium der Förderung verzichtet, diesen Verzicht aber durch eine Förderungsabsicht kompensiert.

Mit Blick auf Art. 260^{sexies} VE-StGB ist festzuhalten, dass dieser neue Tatbestand zwar eine Vorverlagerung der Strafbarkeit mit sich bringt, die jedoch aus kriminalpolitischen Gründen gerechtfertigt werden kann. Aufgrund dieser Vorverlagerung sollte jedoch darauf verzichtet werden, die allgemeinen Regeln über Versuch und Teilnahme für anwendbar zu erklären, zumal die Strafbarkeit dadurch abermals vorverlagert wird. Dies stünde der Umsetzung des Übereinkommens nicht entgegen, da gemäss Ziff. 28 des erläuternden Berichtes zum Übereinkommen bei Art. 9 eine Vorbehaltsmöglichkeit vorgesehen ist.

Abzulehnen ist jedoch die vorgeschlagene Anpassung der Strafbestimmung in Art. 74 NDG, zumal die Norm den Zweck hat, eine gesetzliche Grundlage für Organisationsverbote wie jene in den „Al Qaïda“-Verordnungen zu schaffen, die bislang nur gestützt auf das Notrecht der Bundesverfassung erlassen werden konnten. Deshalb ist es richtig, dass sich der geltende Art. 74 NDG hinsichtlich des Strafmasses an eben diesen Verordnungen und nicht am Bundesgesetz gegen den „Islamischen Staat“ und die „Al Qaïda“ orientiert.



Procédure de consultation relative à l'approbation et la mise en œuvre de la Convention du Conseil de l'Europe du 16 mai 2005 pour la prévention du terrorisme et de son Protocole additionnel du 22 octobre 2015 et sur le renforcement des normes pénales contre le terrorisme et le crime organisé

Prise de position de la Faculté de droit de l'Université de Genève

1. Introduction

La présente prise de position s'inscrit dans la procédure de consultation ouverte le 21 juin 2017, portant sur l'approbation et la mise en œuvre de la Convention du Conseil de l'Europe du 16 mai 2005 pour la prévention du terrorisme et de son Protocole additionnel du 22 octobre 2015 ainsi que sur le renforcement des normes pénales contre le terrorisme et le crime organisé.

Face à la menace terroriste qui frappe actuellement l'Europe et plus largement le monde, la nécessité de mener une lutte coordonnée contre toutes les formes de terrorisme ne fait guère de doute. La Suisse joue un rôle important dans cette lutte, eu égard notamment à ses engagements internationaux et à l'ampleur de sa place financière.

Dès lors, l'opportunité de la ratification de la Convention du Conseil de l'Europe du 16 mai 2005 pour la prévention du terrorisme et de son Protocole additionnel du 22 octobre 2015 n'est pas contestée. Par ailleurs, la Suisse a, à maintes reprises, exprimé son attachement à la primauté du droit, ainsi qu'au respect des droits humains et du droit international humanitaire.

Les remarques ci-dessous se limitent à l'examen des modifications du droit suisse, plus précisément de l'art. 260^{ter} du Code pénal suisse (ci-après CP), proposées dans l'avant-projet (ci-après AP), y compris sous l'angle du droit international humanitaire (ci-après DIH).

2. Spécificité de l'organisation criminelle

A titre liminaire, il convient de noter que les modifications proposées vont bien au-delà de la lutte contre le terrorisme. En effet, la définition générale de l'organisation criminelle du CP suisse est élargie, qu'il soit question d'une organisation terroriste ou non. La définition de l'organisation criminelle est privée de l'un de ses rares éléments constitutifs objectifs restrictifs, à savoir l'exigence d'une structure et d'un effectif secrets¹. Bien que cet élément soit critiqué à juste titre par la doctrine, il n'en reste pas moins que la distinction avec la simple bande (art. 139 ch. 3 al. 2 et 140 ch. 3 al. 1 CP) tend à se rétrécir

¹ Le terme de secret renvoie à « la dissimulation qualifiée et systématique que favorise notamment un haut degré de spécialisation et de division des tâches et qui réserve aux seuls organes suprêmes une vue globale des structures de l'organisation » ; FF 1993 III 269, p. 290 ; ATF 138 IV 1, c. 4.1.3.1.

encore davantage, alors que d'un point de vue criminologique et dogmatique, il s'agit de phénomènes sans comparaison. A la différence de la bande, qui est une circonstance augmentant la gravité d'une infraction telle que le vol ou le brigandage, délimité par des éléments constitutifs objectifs et subjectifs précis, l'art. 260^{ter} CP constitue une « *stand-alone offence* », définie comme un crime contre la paix publique, qui ne nécessite aucune participation à une infraction précise et se situe donc aux extrêmes limites de ce qu'il est légitime de punir dans un Etat de droit. Dès lors, l'organisation criminelle doit se distinguer de par sa dangerosité particulière et avérée, exprimée dans le texte légal par la référence aux buts criminels (y compris terroristes) poursuivis, ainsi que par la solidité et la pérennité de la structure qui caractérisent l'organisation selon la jurisprudence².

3. Renoncer à un lien entre le soutien et l'activité criminelle ?

L'art. 260^{ter} CP distingue la participation en tant que membre d'une organisation criminelle et le soutien par une personne extérieure à l'activité criminelle de l'organisation.

L'AP prévoit la suppression de l'exigence que l'organisation soit soutenue dans son activité *criminelle* (ou, nouvellement, *terroriste*). Selon l'AP, est désormais illicite le fait de soutenir une organisation criminelle (ou terroriste) dans son activité, que cette activité soit qualifiée de criminelle (ou de terroriste) ou non (art. 260^{ter} al. 1 let. b et al. 2 let. b AP-CP). Il est rappelé qu'à teneur du droit actuel et de la jurisprudence du Tribunal fédéral, « le soutien suppose une contribution consciente à l'activité criminelle de l'organisation » sans pour autant qu'un lien de causalité entre le soutien apporté et un acte criminel précis soit requis³. La notion fait l'objet d'une interprétation large qui comprend « tout acte susceptible de renforcer la capacité de nuisance de l'organisation » et permet notamment d'incriminer la mise à disposition de sites internet visant à favoriser la propagande d'une organisation terroriste ou la gestion de forums sur Internet reliés à des réseaux terroristes⁴, comme le relève le Rapport explicatif de l'Office fédéral de la justice. Ainsi, de par son interprétation généreuse de la notion de soutien, la jurisprudence du Tribunal fédéral a pu répondre efficacement aux nouvelles problématiques de soutien à des organisations terroristes, notamment en lien avec la propagande djihadiste sur internet.

Il ne paraît pas opportun de supprimer l'adjectif *criminel* (ou, nouvellement *terroriste*) dans le cadre du soutien à l'activité de l'organisation. Comme nous l'avons déjà relevé, celui qui soutient une organisation criminelle ou terroriste ne participe à aucune infraction concrète. Si c'était le cas, cette dernière l'emporterait sur l'art. 260^{ter} CP (concours idéal imparfait). Il faut donc au moins exiger qu'il envisage et accepte que sa prestation contribue aux buts criminels (respectivement, terroristes) de l'organisation⁵. L'abandon de cette condition ouvrirait de manière trop extensive la punissabilité de comportements de tiers extérieurs à l'organisation. Dans son message du 30 juin 1993, le Conseil fédéral précisait que l'expression « dans son activité criminelle » entraînait une responsabilité pénale uniquement pour « le soutien apporté aux agissements servant le but criminel de l'organisation, et

² TF, 6B_729/2010 du 8 décembre 2011, c. 4.1.3.1 (considérant non reproduit dans l'ATF 138 IV 1) ; ATF 133 IV 235, c. 4.2 ; ATF 129 IV 271, c. 2.3.1. Voir également le Message du Conseil fédéral FF 1993 III 269, p. 289 s.

³ Office fédéral de la justice, « Approbation et mise en œuvre de la Convention du Conseil de l'Europe pour la prévention du terrorisme et son protocole additionnel et renforcement des normes pénales contre le terrorisme et le crime organisé », Avant-projet et rapport explicatif, Berne, Juin 2017, <https://www.bj.admin.ch/dam/data/bj/sicherheit/gesetzgebung/terrorismus-europarat/vn-ber-f.pdf>, p. 37 ; ATF 133 IV 58, c. 5.3.1 ; ATF 132 IV 132, c. 4.1.4 ; ATF 128 II 355, c. 2.4.

⁴ Avant-projet et rapport explicatif, op. cit., p. 37 ; Arrêt du Tribunal fédéral du 2 mai 2008 (6B_645/2007), c. 7.3.3.2.

⁵ ATF 132 IV 132, c. 4.1.4. ; ATF 131 II 235, c. 2.12.2.

non [à] chaque activité de celle-ci ⁶». Ainsi, avec l'abandon de l'adjectif *criminel*, tout service courant pourrait dorénavant relever du soutien à l'activité au sens large de l'organisation. Un avocat assurant la défense pénale de manière ordinaire de membres de telles organisations pourrait se voir accusé de soutien à l'activité de l'organisation. Un chauffeur de taxi qui accepte dans son véhicule un « parrain » de la mafia pourrait être inquiété par la justice pénale.

De même, sans l'adjectif *terroriste* dans le cadre du soutien à l'activité d'une telle organisation (art. 260^{ter} al. 2 let. b AP-CP), la répression de prestations de tiers serait trop large et indéterminée. Par exemple, tel que développé sous le point 4 ci-dessous, l'action humanitaire de tiers (visite de prisonniers, distribution de vivres, aide médicale, formation au droit international, relais diplomatique, etc.) risque de tomber dans la définition du soutien à l'activité générale de l'organisation à teneur de la lettre de l'art. 260^{ter} al. 2 let. b AP-CP. Sous l'angle de la confiscation (art. 72 CP), l'extension de l'incrimination de soutien à l'activité d'organisations criminelles ou terroristes aurait pour corollaire une présomption légale démesurée en faveur de la confiscation de valeurs patrimoniales d'individus qui n'ont aucun lien avec l'activité *criminelle* ou *terroriste* de l'organisation.

Nous remarquons par ailleurs que cette extension de l'incrimination à tout soutien de l'activité (qu'elle soit criminelle, ou désormais terroriste, ou non) de l'organisation criminelle ou terroriste n'est pas exigée par la Convention du Conseil de l'Europe, ni par son Protocole additionnel.

L'art. 9 de la Convention exige l'incrimination de la complicité à une activité criminelle, ainsi que du concours délibéré qui

- soit vise à « faciliter l'activité criminelle du groupe ou en servir le but, lorsque cette activité ou ce but supposent la commission d'une infraction au sens des articles 5 à 7 de la présente Convention » ;
- soit est « apporté en sachant que le groupe a l'intention de commettre une infraction au sens des articles 5 à 7 de la présente Convention ».

Le Rapport explicatif du Conseil de l'Europe souligne que « La responsabilité est engagée pour cette complicité lorsque la personne qui commet une infraction établie par la Convention est aidée par une autre personne qui a également l'intention que l'infraction soit commise⁷ ». Quant au Protocole, son art. 2 explique que « participer à une association ou à un groupe à des fins de terrorisme » consiste à « participer aux activités d'une association ou d'un groupe afin de commettre ou de contribuer à la commission d'une ou de plusieurs infractions terroristes par l'association ou le groupe. » Le Rapport explicatif précise : « Ces activités doivent avoir pour fins la contribution à la commission d'une ou de plusieurs infractions terroristes par l'association ou le groupe, ou la commission d'une ou de plusieurs infractions de ce type pour le compte de l'association ou du groupe⁸. »

L'art. 260^{ter} CP va donc d'ores et déjà au-delà de ce qui est exigé par le Conseil de l'Europe, ne serait-ce qu'au regard du fait que ce dernier semble exclure le dol éventuel⁹.

⁶ Message concernant la modification du code pénal suisse et du code pénal militaire (Révision du droit de la confiscation, punissabilité de l'organisation criminelle, droit de communication du financier), du 30 juin 1993, FF 1993 III 269, p. 293.

⁷ Conseil de l'Europe, Rapport explicatif de la Convention du Conseil de l'Europe pour la prévention du terrorisme, <https://rm.coe.int/168048392a>, para. 132 (c'est nous qui mettons en exergue).

⁸ Conseil de l'Europe, Rapport explicatif du Protocole additionnel à la Convention du Conseil de l'Europe pour la prévention du terrorisme, <https://rm.coe.int/168047c5ed>, para. 33 (c'est nous qui mettons en exergue).

⁹ Il convient toutefois de noter qu'en matière de crime organisé, la Convention de Palerme (RS 0.311.54 ; art. 5) inclut toutes les formes de l'intention, y compris le dol éventuel.

Pour justifier l'extension proposée, qui est donc purement nationale, de l'incrimination, le Rapport explicatif de l'Office fédéral de la justice invoque une conclusion du Groupe d'action financière (ci-après GAFI) qui portait sur le financement du terrorisme. Cette conclusion ne critique toutefois nullement l'exigence d'un lien entre le soutien et l'action terroriste du groupe, mais uniquement l'exigence possible d'un lien avec un acte terroriste concret¹⁰.

En proposant de supprimer l'exigence d'un lien (même indirect) entre le soutien et l'activité *criminelle* (ou *terroriste*) de l'organisation, l'AP élargit considérablement la portée d'une disposition qui permettait déjà d'appréhender un large spectre de comportements. Des motifs d'allègement de la preuve à charge des autorités de poursuite pénale ne sauraient justifier une extension démesurée du champ d'application de la norme. Une telle extension du champ d'application de l'art. 260^{ter} CP n'est ni nécessaire, ni souhaitable. Elle apporte insécurité juridique et manque de prévisibilité quant aux comportements de soutien incriminés.

4. L'article 260^{ter} AP-CP et l'action humanitaire

Au-delà des objections de principe mentionnées ci-dessus, nous aimerions souligner que si l'extension proposée n'est pas accompagnée d'une clause d'exception réservant les services humanitaires offerts par un organisme humanitaire impartial conformément au droit international humanitaire (DIH), elle comporte le risque que les (collaboratrices et collaborateurs des) organismes humanitaires interagissant avec des groupes armés considérés comme terroristes s'exposent à des poursuites pénales à ce seul titre (ou que la Suisse soit mise sous pression par un Etat étranger afin qu'elle entame de telles poursuites). En effet, comme le soulignent le Comité international de la Croix-Rouge (ci-après CICR) et l'Union Interparlementaire (ci-après UIP) dans leur Guide à l'usage des parlementaires de 2016, une définition large de la notion de soutien à une organisation terroriste « peut être interprétée de manière à s'appliquer à n'importe quelle activité humanitaire impliquant un contact avec des personnes ou des entités ayant un lien avec le terrorisme »¹¹. Plus concrètement, que les activités humanitaires de ces organismes prennent la forme d'une formation en DIH, d'efforts visant à engager des groupes armés à un meilleur respect du DIH ou encore d'une coopération avec ces groupes afin d'accéder aux populations se trouvant sur le territoire qu'ils contrôlent, toutes sont susceptibles de tomber sous le coup de l'incrimination de soutien à une organisation terroriste telle que prévue par l'AP, lorsque ces groupes sont considérés comme terroristes. La Cour suprême des Etats-Unis a ainsi jugé en 2010, dans l'affaire *Holder v. Humanitarian Law Project*, que la dispense d'une formation en DIH à un groupe armé considéré comme terroriste constituait une violation du §2339B de l'*U.S. Code*, qui prohibe l'apport d'un soutien matériel à une organisation terroriste opérant à l'étranger¹². Plus précisément, la Cour estima que, loin de se limiter au soutien apporté aux activités terroristes du groupe, l'interdiction comprenait tout soutien apporté à un groupe que l'on sait relié au terrorisme¹³. Alors que le CICR bénéficie, lui, d'immunités internationales, des ONG comme l'Appel de Genève, qui

¹⁰ GAFI, Les mesures de lutte contre le blanchiment de capitaux et le financement du terrorisme de la Suisse, <http://www.fatf-gafi.org/media/fatf/content/images/mer-suisse-2016.pdf>, para. 235 : « Jusqu'ici cela ne semble pas avoir eu de conséquence en pratique, mais si des cas de « loups solitaires » [...] devaient se manifester, la possibilité de poursuites fondées sur leur financement serait limitée dans l'hypothèse (assez rare) où un lien avec un acte concret ne pourrait être établi. » (notre mise en exergue).

¹¹ CICR et UIP, « Droit international humanitaire », Guide à l'usage des parlementaires No. 25, 2016, <http://www.ipu.org/PDF/publications/ihl-fr.pdf>, p. 71.

¹² Cour Suprême des Etats-Unis, *Holder v. Humanitarian Law Project*, Affaires Nos. 08-1498 et 09-89, 21 juin 2010, Opinion de la Cour, pp. 1 ss.

¹³ Ibid., pp. 10-11.

s'est donné pour mission d'engager des négociations avec des groupes armés afin qu'ils respectent des règles humanitaires et que le DFAE considère comme un partenaire stratégique, risquent de voir leurs collaborateurs poursuivis en Suisse (ou que la Suisse soit mise sous pression par un Etat étranger pour qu'elle entame de telles poursuites).

Comme le soulignent le CICR et l'UIP, une telle criminalisation de l'action humanitaire est incompatible avec l'art. 3 commun aux quatre Conventions de Genève du 12 août 1949 (ci-après art. 3 commun) et irait à l'encontre des principes régissant celles-ci, soit la neutralité, l'impartialité et l'indépendance¹⁴. La Suisse, en tant qu'Etat partie aux Conventions de Genève, est tenue, au titre de l'art. 3 (2) commun, de respecter le droit qu'ont les organismes humanitaires impartiaux d'offrir leurs services aux parties à un conflit armé non international, y compris aux groupes armés qui seraient considérés comme terroristes, et de les fournir si la partie concernée accepte l'offre de l'organisme. En effet, le fait qu'un groupe armé soit ou non désigné comme terroriste n'a aucune influence sur son statut de partie au conflit. Dès lors, si l'on devait considérer qu'un organisme humanitaire impartial, du seul fait de son interaction avec un groupe qualifié de terroriste – une interaction sans laquelle il ne serait pas en mesure de fournir un certain nombre de services humanitaires – est en réalité en train de soutenir une organisation terroriste au sens de l'art. 260^{ter} al. 2 let. b AP-CP, cela reviendrait à considérablement entraver le droit qu'ont ces organismes d'offrir leurs services et violerait par conséquent l'art. 3 commun.

Conformément aux recommandations du CICR et de l'UIP, voulant que « les mesures adoptées par les gouvernements pour réprimer les actes de terrorisme [soient] conçues de manière à ne pas entraver l'action humanitaire »¹⁵, et afin d'éviter tout risque de contradiction de l'art. 260^{ter} AP-CP avec les obligations qu'a la Suisse au titre de l'art. 3 commun, il conviendrait dès lors d'ajouter une clause du type de celle figurant à l'al. 4 de l'art. 260^{quinquies} CP de façon à exclure de l'incrimination les activités des organismes humanitaires et impartiaux menées conformément à l'art. 3 commun.

Une telle clause serait par ailleurs conforme aux instruments internationaux existants en matière de lutte contre le terrorisme ainsi qu'aux résolutions du Conseil de sécurité et de l'Assemblée générale des Nations Unies adoptées dans ce contexte, et plus particulièrement à la Convention du Conseil de l'Europe pour la prévention du terrorisme en cause qui stipule à son art. 12 (1) que « [c]haque Partie doit s'assurer que l'établissement, la mise en œuvre et l'application de l'incrimination visée aux articles 5 à 7 et 9 de la présente Convention soient réalisés en respectant les obligations relatives aux droits de l'homme lui incombant [...] et d'autres obligations découlant du droit international, lorsqu'ils lui sont applicables »¹⁶. Le préambule précise que ces « autres dispositions du droit international » comprennent « le droit international humanitaire lorsqu'il est applicable. » Ce souci de ne pas entraver l'action humanitaire par le Protocole du Conseil de l'Europe fut également exprimé dans les travaux préparatoires de ce dernier¹⁷.

En outre, l'insertion d'une clause de la sorte permettrait aussi d'uniformiser davantage la législation suisse relative à la lutte antiterroriste, conformément à la jurisprudence du Tribunal fédéral en vertu

¹⁴ « Droit international humanitaire », op. cit., p. 71.

¹⁵ Ibid., p. 71.

¹⁶ Convention du Conseil de l'Europe pour la prévention du terrorisme, 16 mai 2005, art. 12 (1) ; une indication que l'on retrouve dans le Préambule (par. 7) de la même Convention.

¹⁷ Submission of Amnesty International and the International Commission of Jurists to the Committee on Foreign Fighters and Related Issues (COD-CTE), Draft Additional Protocol to the Council of Europe Convention on the Prevention of Terrorism, <https://www.icj.org/wp-content/uploads/2015/03/CouncilofEurope-Submission-ForeignFighters-Advocacy-Legal-Submission-2015-ENG.pdf>, p. 4.

de laquelle l'al. 4 de l'art. 260^{quinquies} CP s'applique par analogie à l'art. 260^{ter} CP¹⁸. Le Tribunal fédéral a d'ailleurs explicitement qualifié de « délicat » le fait que le législateur laisse le soin aux tribunaux de distinguer les soutiens légitimes et non punissables des soutiens non légitimes et donc punissables¹⁹. Tout au moins sans clause d'exception, les règles de l'AP sur le soutien aux organisations criminelles et terroristes impliquent de nouveau un tel renvoi. Pour le surplus, si l'al. 3 de l'art. 260^{quinquies} CP soulève des questions de principe (la fin, même noble, ne justifiant pas tous les moyens) et des difficultés d'interprétation, la frontière entre lutte armée légitime et terrorisme étant mince et nécessairement politisée, il en va différemment de l'al. 4 qui se réfère exclusivement aux règles du droit international applicable en cas de conflit armé.

5. La peine menace pour le soutien à une organisation terroriste

L'élévation de la peine maximale de 5 à 10 ans de peine privative de liberté (PPL) dans le cadre de la participation à une organisation terroriste n'appelle pas de commentaire particulier. Il en va de même pour la nouvelle infraction qualifiée visant l'auteur qui exerce une influence déterminante au sein de l'organisation (art. 260^{ter} al. 3 AP-CP). En revanche, l'augmentation de la peine-plafond de 5 à 10 ans de PPL dans le cadre d'un simple soutien à une organisation terroriste paraît disproportionnée et heurte le sentiment d'équité. Il n'est pas justifié qu'une personne extérieure à l'organisation encoure une peine aussi lourde qu'un membre qui est, pour sa part, fonctionnellement intégré à celle-ci. L'activité de soutien d'un non-membre demeure accessoire par rapport à la participation en tant que membre de l'organisation terroriste. En outre, au regard de la similitude du type d'activités visées et de l'absence d'intégration dans l'organisation, il serait cohérent que la peine maximale du soutien à une organisation terroriste corresponde à la peine maximale de 5 ans de PPL des actes décrits au nouvel art. 260^{sexies} AP-CP (recrutement, entraînement et voyage en vue d'un acte terroriste) et du financement du terrorisme (l'art. 260^{quinquies} CP).

6. Adaptation de l'article 305^{bis} ch. 2 let. a CP

Dans un souci de cohérence, l'aggravante de l'infraction de blanchiment d'argent devrait être reformulée, afin de tenir compte des modifications de l'art. 260^{ter} CP. Dès lors, l'art. 305^{bis} ch. 2 let. a CP devrait prévoir expressément un cas grave non seulement lorsque l'auteur blanchit en qualité de membre d'une organisation criminelle, mais également au titre de membre d'une organisation terroriste.

7. Propositions

Dès lors, nous proposons en premier lieu l'adjonction (ou, en ce qui concerne les organisations criminelles, plutôt le maintien) du qualificatif de, respectivement, « *criminelle* » et « *terroriste* » de l'activité soutenue dans les al. 1 b. et 2 b. de l'art. 260^{ter} AP-CP.

¹⁸ ATF 130 II 337, c. 3.3 ; Gafner J., « L'incrimination du financement du terrorisme », Genève/Bâle/Zurich (Schulthess) 2006, p. 211.

¹⁹ ATF 130 II 337, c. 3.3.

Subsidiairement, nous proposons l'adjonction d'une clause excluant les services offerts par les organismes humanitaires impartiaux du champ d'application de l'art. 260^{ter} AP-CP et pouvant être, alternativement, formulée comme suit :

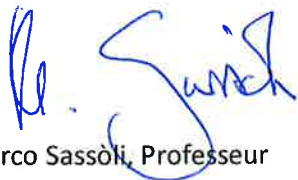
- 1) « L'alinéa 2 let. b ne s'applique pas lorsque le soutien est apporté à des actes qui ne sont pas en contradiction avec les règles du droit international applicable en cas de conflit armé. » (Cette formule aurait l'avantage de faire le parallèle avec le texte actuel de l'art. 260^{quinquies} al. 4 CP, qui n'est pas soumis à révision).
- 2) « N'est pas considéré comme un soutien à une organisation terroriste au sens de l'al. 2 let. b tout soutien apporté conformément aux règles du droit international applicable en cas de conflit armé. »
- 3) « L'al. 2 let. b ne s'applique pas à des services humanitaires offerts par un organisme humanitaire impartial, tel que le Comité international de la Croix-Rouge, à des parties à un conflit armé non international, conformément à l'article 3 commun aux Conventions de Genève du 12 août 1949. »
- 4) « L'al. 2 let. b ne s'applique pas aux activités exclusivement humanitaires et menées sans aucune distinction de caractère défavorable, conformément au droit applicable en cas de conflit armé. » (Cette formule reprendrait textuellement les recommandations du CICR et de l'UIP²⁰).

En deuxième lieu, il convient de maintenir une peine maximale de 5 ans de PPL dans le cadre du soutien à l'organisation terroriste (art. 260^{ter} al. 2 let. b AP-CP).

En troisième lieu, l'art. 305^{bis} ch. 2 let. a CP devra être adapté à la teneur de l'art. 260^{ter} AP-CP (ajout du terme « terroriste »).

Genève, le 26 septembre 2017

**Département de droit international
public et organisation internationale**



Marco Sassoli, Professeur



Eugénie Duss, Assistante-doctorante

Département de droit pénal



Ursula Cassani, Professeure



Nadia Meriboute, Assistante-doctorante

²⁰ « Droit international humanitaire », op. cit., pp. 71-72.

Eidgenössisches Justiz- und Polizeidepartement (EJPD)
Bundesamt für Justiz (BJ)
Fachbereich Internationales Strafrecht
Bundesrain 20
3003 Bern
andrea.candrian@bj.admin.ch
annemarie.gasser@bj.admin.ch

Zürich, 10. Oktober 2017

Gesetzgebungsprojekt zur Verstärkung des strafrechtlichen Instrumentariums gegen Terrorismus und organisierte Kriminalität

Sehr geehrter Frau Gasser
Sehr geehrter Herr Candrian

Die VAV dankt für die Einladung an der Vernehmlassung des EJPD zur Verstärkung des strafrechtlichen Instrumentariums gegen Terrorismus und organisierte Kriminalität teilzunehmen. Wir möchten festhalten, dass wir voll und ganz hinter den Bemühungen stehen, den Terrorismus und die organisierte Kriminalität konsequent zu bekämpfen. Wir möchten ebenfalls festhalten, dass wir die in der Vernehmlassungsvorlage eingeschlagene Stossrichtung der Massnahmen begrüssen, da sie dazu beitragen, die Bekämpfung von Terrorismus und organisierter Kriminalität effizienter zu gestalten. Lediglich bei einigen wenigen Punkten sehen wir Verbesserungspotenzial. In unserer Antwort beschränken wir uns daher auf diese wenigen für uns relevanten Aspekte, die auch von der Bankiervereinigung vorgebracht werden und deren Stellungnahme wir uns anschliessen.

Art. 260^{sexies} VE-StGB: Anwerbung, Ausbildung und Reisen im Hinblick auf einen terroristische Straftat

Die Regelung von Absatz 2 ist aus unserer Sicht nicht praktikabel, da die unter Strafe gestellte Absicht einer bestimmten Person, z.B. eines Bankkunden, üblicherweise nicht erkennbar ist und auch mit einem unverhältnismässig hohen Aufwand, in diesem Fall für eine Bank, nicht zweifelsfrei feststellbar ist. Wir empfehlen daher zu prüfen, ob es nicht zielführender ist, die Strafbarkeit dieser Bestimmung auf die direktvorsätzliche Tatbegehung wider besseres Wissen zu präzisieren.

Art. 11a VE-GwG: Herausgabe von Informationen/MROS-Kompetenzen im Bereich der internationalen Finanzhilfe

Gemäss Vernehmlassungsvorlage soll die MROS neu die Kompetenz erhalten, gestützt auf Informationen von ausländischen Meldestellen auch Informationen bei schweizerischen Finanzintermediären beschaffen zu können (Art. 11a Abs. 2^{bis} VE-GwG). Dies ist grundsätzlich begrüssenswert, da es eine Verbesserung der internationalen Zusammenarbeit zur Folge hat. Dabei muss jedoch sichergestellt werden, dass dadurch keine Umgehung des Rechtshilfeweges durch ausländische Behörden erfolgt. So können ausländische Meldungen an die MROS auf

Rechtsordnungen mit tieferen Schwellenwerten für die Erstattung von Meldungen beruhen. Es muss zudem stark angezweifelt werden, ob sämtliche ausländischen Meldestellen sich an die Regelung halten, dass empfangene Informationen ohne die Zustimmung der sendenden Meldestelle nicht weitergeleitet werden dürfen.

Die Bestimmung ist daher so auszugestalten, dass keine Umgehung des Rechtshilfeweges durch ausländische Behörden erfolgen kann bzw. auf Fälle zu beschränken, bei denen die Anfrage der ausländischen Meldestelle auf einem Sachverhalt beruht, der im jeweiligen Staat strafbar und in der Schweiz eine Vortat zur Geldwäscherei nach Art. 305^{bis} Ziff. 1 StGB darstellt. So wird verhindert, dass ausländische Meldestellen Informationen erhalten, die ihnen auf dem Rechtsweg infolge fehlender doppelter Strafbarkeit verweigert würden. Wir empfehlen daher Art. 11a Abs. 2^{bis} VE-GwG wie folgt umzuformulieren:

„Wird aufgrund der Analyse der Informationen, die von einer ausländischen Meldestelle stammen, erkennbar, dass diesem Gesetz unterstellte Finanzintermediäre an einer Transaktion ~~oder Geschäftsbeziehung im Zusammenhang mit diesen Informationen~~ beteiligt sind oder waren und der von der ausländischen Meldestelle dargelegte Sachverhalt eine Vortat im Sinne von Art. 305^{bis} Ziff. 1 StGB darstellt, so müssen die beteiligten Finanzintermediäre der Meldestelle auf Aufforderung hin alle damit zusammenhängenden Informationen herausgeben, soweit sie bei Ihnen vorhanden sind.“

Darüber hinaus sind im GwG klare Regelungen des Verfahrens (Form, Frist, Rechtsstaatlichkeit, etc.) für die Herausgabebeforderungen der MROS aufzunehmen.

Für die Prüfung unserer Vorschläge bedanken wir uns und stehen für Fragen und weitere Informationen gerne zur Verfügung.

Freundliche Grüsse

Dr. Pascal Gentinetta

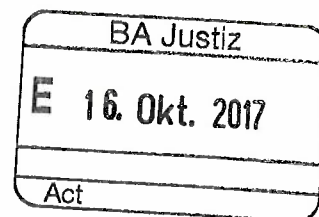


Geschäftsführer

Simon Binder



Public Policy Manager



Bundesamt für Justiz
Fachbereich Internationales Strafrecht
Herr Andrea Candrian
Bundesrain 20
3003 Bern

Zürich, 13. Oktober 2017

Vernehmlassung: Genehmigung und Umsetzung des Übereinkommens des Europarates zur Verhütung des Terrorismus mit dem dazugehörigen Zusatzprotokoll und Verstärkung des strafrechtlichen Instrumentariums gegen Terrorismus und organisierte Kriminalität

Sehr geehrter Herr Candrian
Sehr geehrte Damen und Herren

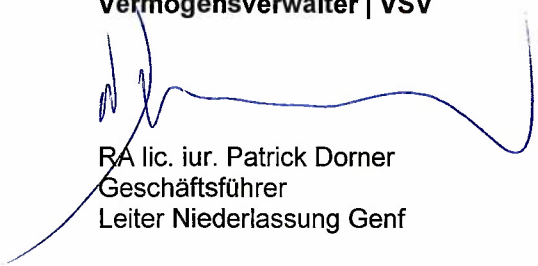
Wir nehmen Bezug auf Ihre Einladung vom 22. Juni 2017 zur obengenannten Vernehmlassung und bedanken uns für diese Gelegenheit.

Zur Vorlage unterstützt der VSV als führender nationaler Branchenverband der unabhängigen Vermögensverwalter in allen Punkten die Eingabe des Forum SRO vom 11. Oktober 2017.

Für Rückfragen stehen Ihnen die Unterzeichneten gerne zur Verfügung.

Freundliche Grüsse

**Verband Schweizerischer
Vermögensverwalter | VSV**



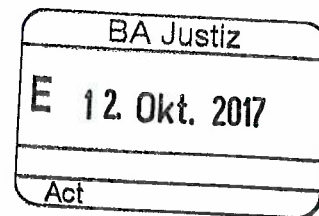
RA lic. iur. Patrick Dorner
Geschäftsführer
Leiter Niederlassung Genf



lic. iur. Ralph Frey
Mitglied der Geschäftsleitung
Leiter der Hauptniederlassung

Einschreiben / vorab per E-Mail

Bundesamt für Justiz BJ
Herr Andrea Candrian
Stv. Leiter Internationales Strafrecht
Bundesrain 20
3003 Bern



Zug, 11. Oktober 2017

**Stellungnahme zu den Gesetzesänderungen im Bereich der Terrorismus-
bekämpfung**

Sehr geehrter Herr Candrian
Sehr geehrte Damen und Herren

Wir nehmen Bezug auf Ihre Mitteilung vom 22. Juni 2017, mit welcher Sie zur Einreichung einer Stellungnahme in oben genannter Angelegenheit eingeladen haben.

Der VQF Verein zur Qualitätssicherung von Finanzdienstleistungen ist die grösste Selbstregulierungsorganisation (SRO) nach Art. 24 ff. des Geldwäschereigesetzes (GwG). Neben seiner Funktion als SRO ist der VQF auch eine Branchenorganisation für unabhängige Vermögensverwalter (BOVV) gemäss dem Kollektivanlagengesetz (KAG) mit von der FINMA anerkannten Standesregeln für die Ausübung der Vermögensverwaltung.

Gerne nehmen wir fristgerecht wie folgt Stellung:

1. Art. 80d^{bis} VE-IRSG

Mit dem Ziel einer effizienteren Terrorismusbekämpfung soll das Bundesgesetz über die internationale Rechtshilfe in Strafsachen (Rechtshilfegesetz, IRSG) angepasst werden. Da die Schweiz gestützt auf das geltende Recht anderen Ländern im Rahmen der Rechtshilfe Informationen regelmässig erst nach formellem Abschluss des Rechtshilfeverfahrens übermitteln könne, soll über Art. 80d^{bis} VE-IRSG eine vorzeitige Übermittlung von Informationen und Beweismitteln, d.h. eine «dynamische Rechtshilfe», ermöglicht werden (Ziff. 4.4.1 Erläuterungsbericht):

«Art. 80^{bis} Vorzeitige Übermittlung von Informationen und Beweismitteln

¹ Die zuständige kantonale oder eidgenössische Behörde kann vor Erlass der Schlussverfügung jede für das ausländische Verfahren notwendige Rechtshilfemassnahme anordnen und Informationen sowie erhobene Beweismittel, die im Zusammenhang mit der Verhinderung oder Verfolgung einer auslieferungsfähigen Straftat stehen, vorzeitig übermitteln:

- a. wenn es im Interesse des Verfahrens liegt, insbesondere um die Vertraulichkeit des Verfahrens zu wahren; oder
- b. um eine schwere und unmittelbare Gefahr abzuwehren, insbesondere verbunden mit der Begehung einer terroristischen Straftat.

² Die Übermittlung kann unaufgefordert oder auf Ersuchen erfolgen.

³ Die Mitteilung an die betroffene Person wird aufgeschoben.

⁴ Die vorzeitige Übermittlung gemäss Absatz 1 setzt voraus, dass sich die ersuchende Behörde vorgängig verpflichtet:

- a. die Informationen oder Beweismittel nur zu Ermittlungszwecken und keinesfalls zum Zweck des Beantragens, Begründens oder Aussprechens eines Endentscheids zu verwenden;
- b. die zuständige eidgenössische oder kantonale Behörde, sobald es das ausländische Verfahren erlaubt, darüber zu informieren, dass die vorzeitige Übermittlung der betroffenen Person gemäss Artikel 80m zur Kenntnis gebracht werden kann, damit diese vor Erlass der Schlussverfügung Stellung nehmen kann;
- c. die durch vorzeitige Übermittlung erlangten Informationen oder Beweismittel aus den Akten des ausländischen Verfahrens zu entfernen, wenn die Rechtshilfe verweigert wird.

⁵ Die gemäss Absatz 1 vorgesehene Zwischenverfügung wird dem Bundesamt unverzüglich und vor der vorzeitigen Übermittlung mitgeteilt. Sie ist nicht selbständig anfechtbar.»

2. Art. 11a Abs. 2^{bis} und 3 VE-GwG

Verstärkt werden soll auch die internationale Zusammenarbeit zwischen den Meldestellen für Geldwäscherei (Financial Intelligence Units, FIU). Da die zuständige Schweizer Behörde (Meldestelle für Geldwäscherei, MROS) erst tätig werden darf, wenn eine Verdachtsmeldung aus der Schweiz vorliegt, würden heute Informationen aus dem Ausland über mögliche Terrorismusfinanzierung in der Schweiz teilweise liegen gelassen (Ziff. 4.5.1.4 Erläuterungsbericht). Deshalb schlägt der Bundesrat vor, dass die MROS künftig auch aufgrund von Informationen ausländischer FIUs aktiv werden könne. Entsprechend soll Art. 11a des Geldwäschereigesetzes (GwG) wie folgt ergänzt werden:

«Art. 11a Abs. 2^{bis} und 3

^{2bis} Wird aufgrund der Analyse von Informationen, die von einer ausländischen Meldestelle stammen, erkennbar, dass diesem Gesetz unterstellte Finanzintermediäre an einer Transaktion oder Geschäftsbeziehung im Zusammenhang mit diesen Informationen beteiligt sind oder waren, so müssen die beteiligten Finanzintermediäre der Meldestelle auf Aufforderung hin alle damit zusammenhängenden Informationen herausgeben, soweit sie bei Ihnen vorhanden sind.

³ Die Meldestelle setzt den nach den Absätzen 1, 2 und 2bis betroffenen Finanzintermediären eine Frist für die Herausgabe.»

3. Einschätzung

a. Internationale Amts- oder Rechtshilfe als Ausnahme des Grundsatzes der Territorialhoheit

Grundsätzlich gilt der völkerrechtliche Grundsatz der Territorialhoheit, nach welchem die Hoheitsgewalt eines Staates durch seine Landesgrenzen beschränkt wird. Die Schweiz hat die Strafhohheit für Taten, die auf ihrem eigenen Staatsgebiet begangen wurden. Besteht keine schweizerische Strafhohheit für eine Tat, so kann diese Tat in der Schweiz nicht aufgrund des schweizerischen Strafgesetzbuches (StGB) beurteilt werden. Umgekehrt ist die Ausübung fremder Strafhohheit auf schweizerischem Territorium unzulässig: Möchte ein ausländischer Staat aufgrund eines im Ausland von einem Ausländer verübten Deliktes, dass die Schweiz Amtshandlungen leistet, muss dieser Staat mit den Mitteln der Rechtshilfe oder der Amtshilfe vorgehen. Tut er das nicht, verstösst er gegen die Staatensouveränität, welche über Art. 271 StGB in der Schweiz einen strafrechtlichen Schutz genießt. Die internationale Amts- und Rechtshilfe dient somit dazu, dem ausländischen Staat trotz seiner fehlenden Strafhohheit Hilfe zur Durchsetzung seines Strafanspruches in der Schweiz zu leisten, indem ihm die in der Schweiz befindlichen Beweise zugänglich gemacht werden. Da die Beweisbeschaffung nach schweizerischer Auffassung eine amtliche Handlung ist, die unter den Schutzbereich von Art. 271 StGB fällt, muss sie aufgrund eines von Staatsverträgen oder im Bundesrecht geregelten Verfahrens erfolgen und ist damit an zahlreiche Voraussetzungen gebunden.

b. Amts- oder Rechtshilfeverfahren als Verwaltungsverfahren

Bei der Amtshilfe leisten mit rechtsdurchsetzenden Aufgaben betraute Behörden in einem nichtstreitigen und nichtstrafenden Verfahren Hilfe. Beim Rechtshilfeverfahren handelt es sich dagegen um eine Hilfeleistung zwischen rechtsprechenden Behörden in einem streitigen und strafenden Verfahren. In beiden Fällen stellt die Hilfeleistung einen Verwaltungsakt dar, dessen materielle und formelle Regeln dem Verwaltungsrecht unterstehen. Beim Amts- oder Rechtshilfeverfahren handelt es sich also grundsätzlich um ein Verwaltungsverfahren.

Das Rechtshilfegesetz sieht ausdrücklich vor, dass die Bestimmungen des Verwaltungsverfahrensgesetzes (VwVG) zur Anwendung gelangen (Art. 12 Abs. 1 IRSG). Für das Amtshilfeverfahren fehlt eine einheitliche Verfahrensordnung: Das Steueramtshilfegesetz (StAHiG) sieht etwa die Anwendbarkeit des VwVG ausdrücklich vor (Art. 5 Abs. 1 StAHiG); gemäss Rechtsprechung darf über das Amtshilfeverfahren das Rechtshilfeverfahren weder materiell noch im Hinblick auf den Rechtsschutz ausgehöhlt bzw. umgangen werden. Entsprechend finden in beiden Verfahren die Grundsätze der Rechtshilfe und damit diejenigen des Verwaltungsrechts Anwendung. Sofern eine natürliche Person in ihren Grundrechten eingeschränkt werden soll, sind die allgemeinen Voraussetzungen zur Beschränkung von Grundrechten zu beachten: Dazu be-

darf es einer gesetzlichen Grundlage, eines öffentlichen Interesses und der Verhältnismässigkeit.

c. Zu Art. 80d^{bis} VE-IRSG

Diese Bestimmung sieht unter Abs. 1 vor, dass Informationen und Beweismittel an ausländische Behörden übermittelt werden dürfen, bevor über die Erteilung der Rechtshilfe formell entschieden wurde. Diese Amtshandlung stellt gemäss Abs. 5 der genannten Bestimmung eine «nicht anfechtbare Zwischenverfügung» dar, über welche die betroffenen Parteien erst im Nachhinein erfahren (Abs. 3).

Zwar sind Individuen nicht Partei am Rechtshilfeverkehr an sich, da die Rechtshilfe in erster Linie das Verhältnis zwischen Staaten betrifft, jedoch sind sie Partei am Rechtshilfeverfahren im ersuchten Staat. Entsprechend sind Verfolgte und weitere Personen, welche von der Rechtshilfemassnahme betroffen sind, gestützt auf Art. 21 IRSG befugt, Verfügungen eidgenössischer und kantonaler Behörden anzufechten. Verfügungen müssen deshalb mit einer Rechtsmittelbelehrung versehen sein, die das zulässige Rechtsmittel, die Rechtsmittelinstanz und die Rechtsmittelfrist nennt (Art. 22 IRSG). Art. 21 f. IRSG setzen den – als selbständiges Grundrecht in Art. 29 Abs. 2 der Bundesverfassung (BV) verankerten – Anspruch auf rechtliches Gehör um. Der Anspruch auf rechtliches Gehör ist das Recht der Privaten, in einem vor einer Verwaltungs- oder Justizbehörde geführten Verfahren mit ihrem Begehren angehört zu werden, Einblick in die Akten zu erhalten und zu den für die Entscheidung wesentlichen Punkten Stellung nehmen zu können.

Werden Informationen oder Beweismittel im Rahmen einer „nicht anfechtbaren Zwischenverfügung“ (Abs. 1 und 5) übermittelt – über welche die Betroffenen erst später erfahren (Abs. 3), liegt eine Verletzung des Grundrechts des rechtlichen Gehörs nach Art. 29 Abs. 2 BV vor. Denn im Gegensatz zu den Ausführungen des Erläuterungsberichts (Ziff. 4.4.2.2 Abs. 7) ist diese Grundrechtsverletzung nicht über die Anfechtbarkeit der (späteren) Schlussverfügung heilbar: Da Rechtsprechung und Lehre die These der „Heilbarkeit“ der Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör durch die nachträgliche Gehörsgewährung „im Rechtsmittelverfahren“ ablehnen, ist eine gesetzlich verankerte, d.h. eine „von vornherein“ bestehende Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör absolut ausgeschlossen. Art. 80d^{bis} VE-IRSG ist somit aufgrund Verletzung von Art. 29 Abs. 2 BV unzulässig.

Auch die der ersuchenden (ausländischen) Behörde auferlegten Voraussetzungen gemäss Abs. 4 dieser Bestimmung sind nicht geeignet, um zu einem anderen Schluss zu gelangen: Gemäss Abs. 4 muss sich die ausländische Behörde „vorgängig verpflichten“, (1) die Informationen oder Beweismittel „nur zu Ermittlungszwecken [...] zu verwenden“ (lit. a), (2) der zuständigen (schweizerischen) Behörde mitzuteilen, „sobald es das ausländische Verfahren erlaubt“, dass die Betroffenen informiert werden dürfen (lit. b), und (3) die erhaltenen Informationen und Beweismittel zu vernichten, sollte die Rechtshilfe verweigert werden (lit. c). Die Prüfung der Einhaltung der Voraussetzungen

nach Art. 80d^{bis} Abs. 4 lit. a bis c VE-IRSG kann sich lediglich darauf beschränken, die Vollständigkeit der entsprechenden Bestätigung der ersuchenden (ausländischen) Behörde zu überprüfen. Dabei verlangt Art. 80d^{bis} Abs. 4 VE-IRSG nicht einmal die Schriftform der Bestätigung. Ferner verfügt die Schweiz über keinerlei Möglichkeit, bei – auch offensichtlich – unzutreffender Bestätigung diese zu hinterfragen, geschweige denn zu überprüfen. Art. 80d^{bis} Abs. 4 VE-IRSG sieht ferner keine Sanktion bei Nichteinhaltung der Bestätigung vor: Diese Bestimmung sieht nicht einmal vor, dass bei Verletzung der Bestätigung die Schweiz bei einem weiteren Gesuch der ersuchenden (ausländischen) Behörde die Herausgabe weiterer Informationen oder Beweismitteln verweigert wird. Dadurch wird in Kauf genommen, dass die Schweiz Missachtungen von Art. 80d^{bis} Abs. 4 VE-IRSG der ersuchenden (ausländischen) Behörde machtlos gegenübersteht und dass damit die – ohnehin unter Verletzung des Grundrechts gemäss Art. 29 Abs. 2 BV beschaffenen – Informationen oder Beweismittel – auch zu eigenen (Schweizer) Bürgern – im Ausland missbraucht bzw. zweckentfremdet werden.

d. Zu Art. 11a Abs. 2^{bis} und 3 VE-GwG

Gemäss dieser Bestimmung ist die MROS ermächtigt, ohne vorgängige Verdachtsmeldung Informationen bei einem Schweizer Finanzintermediär zu beschaffen, dies gestützt auf Informationen einer ausländischen Meldestelle.

Laut Erläuterungsbericht ergänzt diese neue Bestimmung die Kompetenzen der MROS im Bereich der internationalen Amtshilfe (Ziff. 4.5.1.5 Abs. 1). Insbesondere soll die MROS der Anfrage einer ausländischen Meldestelle bezüglich Informationen „krimineller oder transaktioneller Art“ ohne vorgängige Verdachtsmeldung nachkommen können. Für die Beschaffung der dafür nötigen Informationen soll sich die MROS nicht mehr auf die Datenbanken oder auf die Amtshilfe anderer Schweizer Behörden beschränken müssen, vielmehr soll sie Informationen direkt bei den Finanzintermediären einholen dürfen. Das direkt an den Finanzintermediär gerichtete Auskunftersuchen stelle dabei keine „Verfügung zur Herausgabe von Dokumenten gemäss Bestimmungen der Strafprozessordnung“ dar, da es sich bei der MROS nicht um eine Strafbehörde handle (Ziff. 4.5.1.5 Abs. 2 bis 4).

Wie oben ausgeführt (Ziff. 3/b), darf über das Amtshilfeverfahren das Rechtshilfeverfahren weder materiell noch hinsichtlich des Rechtsschutzes ausgehöhlt bzw. umgangen werden. Entsprechend finden auch auf das Amtshilfeverfahren die Grundsätze der Rechtshilfe und damit diejenigen des Verwaltungsrechts Anwendung. Somit müssen Personen, welche vom Amtshilfeverfahren betroffen sind, im Rahmen dieses Verfahrens von ihrem Anspruch auf rechtliches Gehör gemäss Art. 29 Abs. 2 BV Gebrauch machen können. Dieses Grundrecht kann einem am Amtshilfeverfahren Beteiligten nicht dadurch verwehrt werden, dass der Erläuterungsbericht das Informationersuchen der MROS nicht als Verfügung qualifiziert (Ziff. 4.5.1.5 Abs. 4). Tatsache ist, dass das von der MROS direkt an den Finanzintermediär gerichtete Informationersuchen alle Elemente einer Verfügung gemäss Art. 5 VwVG enthält, da es sich

dabei um eine hoheitliche, einseitige und individuell-konkrete Anordnung einer Behörde handelt. Art. 11a Abs. 2^{bis} VE-GwG ist somit aufgrund der Verletzung von Art. 29 Abs. 2 BV unzulässig. Sowohl zu Art. 11a Abs. 2^{bis} GwG als auch zu Art. 80d^{bis} VE-IRSG gilt es zu bemerken, dass das Grundrecht des Anspruchs auf rechtliches Gehör, welchem Verfassungsrang zukommt, nicht leichtfertig geopfert werden darf, d.h. ohne auf Verfassungsstufe definierte dringende Notwendigkeit, welche hier nicht gegeben ist.

Die verfassungswidrige Informationsbeschaffung gemäss Art. 11a Abs. 2^{bis} VE-GwG wird nicht dadurch leichter, dass der Austausch der Informationen zwischen MROS und ausländischer Meldestelle nach Art. 30 ff. GwG gestaltet wird, auch nicht dadurch, dass die MROS keine Beweismittel, sondern lediglich Informationen in Berichtsform übermittelt (Ziff. 4.5.1.5 Abs. 5 Erläuterungsbericht).

Die Finanzintermediäre werden durch diese Regelung in rechtsstaatlich bedenklicher Weise für die Informationsbeschaffung eingebunden, ohne dass geregelt wäre, welches die Rechtsfolgen bei einer Weigerung der Informationsherausgabe sind und in welcher Art die Informationen herausgegeben werden müssen. So stellt sich z.B. die Frage, ob der Finanzintermediär einzelne Aktenstücke herausgeben müsste oder einen Bericht z.H. der MROS verfassen könnte. Ebenfalls ist der Finanzintermediär ungenügend gegenüber allfälligen Repressalien des (ehemaligen) Kunden geschützt, der möglicherweise im Rahmen eines im Ausland eingeleiteten Verfahrens erfährt, dass der Finanzintermediär in der Schweiz (sein Vertragspartner) Hinweise und Informationen geliefert hat. Insbesondere ist in Anbetracht der Mitgliedstaaten der Egmont Gruppe (z.B. Afghanistan, Angola, Aserbaidschan, Kirgistan, Russland u.w.) nicht ausgeschlossen, dass solche Informationen – entgegen dem Gesetzes-text – auch in rechtsstaatlich bedenklichen Verfahren verwendet werden.

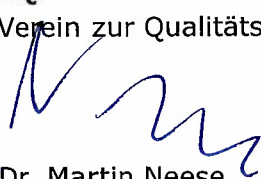
Gestützt auf das Vorangehende lehnen wir diese Neuerungen aus Bedenken bezüglich der Rechtsstaatlichkeit und der Grundrechtskonformität der vorgenannten Bestimmungen ab, zumal keine Notwendigkeit besteht, die MROS mit diesen Kompetenzen, insbesondere jenen nach Art. 11a Abs. 2^{bis} VE-GwG, auszustatten, da die MROS bereits heute über gesetzlich verankerte Austauschmöglichkeiten mit der FINMA sämtliche notwendigen Informationen beschaffen und mit ausländischen Partnern austauschen kann. Der durch den im bestehenden Weg stattfindenden Austausch verschafft zudem dem Vieraugenprinzip die notwendige Nachachtung.

Wir danken Ihnen im Voraus für eine wohlwollende Prüfung unserer Anliegen und stehen Ihnen bei Fragen gerne zur Verfügung.

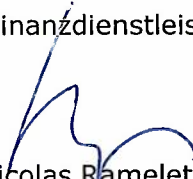
Freundliche Grüße

VQF

Verein zur Qualitätssicherung von Finanzdienstleistungen



Dr. Martin Neese
Präsident



Nicolas Ramelet
Geschäftsführer

LSI ordnungshalber