



Präsident und Generalsekretärin

Viale Stefano Franscini 7
CH-6500 Bellinzona
Tel. +41 58 480 68 68
Fax +41 58 480 68 42
info@bstger.ch

Registratur-Nr. 1.1.1.8

A-Post Plus

Bundesamt für Justiz
Fachbereich Internationales Strafrecht
Bundesrain 20
3003 Bern

Bellinzona, 2. März 2018

Vorentwurf vom 21. Juni 2017 zur Änderung 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
Sehr geehrte Damen und Herren

Wir danken für die nachträglich eingeräumte Möglichkeit, zur Änderung des Strafgesetzbuchs und weiterer Erlasse Stellung nehmen zu können. Soweit wir zu den von Ihnen vorgeschlagenen Änderungen keine Bemerkungen anbringen, drücken wir damit unsere Zustimmung aus. Zu den geplanten präventivpolizeilichen Massnahmen, zum Nachrichtendienstgesetz und zum Geldwäschereigesetz äussern wir uns nicht.

Allgemeine Bemerkungen

Das Bundesstrafgericht (nachfolgend: «BStGer») begrüsst die Stossrichtung der vorgesehenen Revision. Insbesondere erachten wir die Schaffung einer neuen Bestimmung für die terroristische Organisation für zweckmässig. Die Notwendigkeit höherer Strafrahmen wird ausdrücklich unterstützt. Sinnvoll ist es auch, die bisherige Kompetenzaufteilung zwischen Bund und Kantonen aufrecht zu erhalten. Insbesondere soll weiterhin die kantonale Zuständigkeit für die strafrechtliche Verfolgung von jugendlichen Straftätern beibehalten bleiben.

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

Es ist zu begrüessen, dass bei der Definition der kriminellen Organisation auf das Tatbestandselement der Geheimhaltung verzichtet wird. Als einzelne soziologische Komponente einer kriminellen Organisation ist sie nicht ins Gesetz aufzunehmen.

Nach Auffassung des BStGer soll entgegen dem erläuternden Bericht (S. 37, 41 f.) und entsprechend den Vorarbeiten bereits die *Zugehörigkeit* zu einer kriminellen Organisation strafbar erklärt werden. Auch im aktuellen Zeitpunkt noch inaktive «Schläfer» sollen strafrechtlich erfasst werden können. Entsprechend soll vom bisherigen Begriff der «Beteiligung» Abstand genommen werden und ein neuer Begriff bspw. eben derjenige der «Zugehörigkeit» gewählt werden. Die im erläuternden Bericht (S. 42) angesprochenen Schwierigkeiten bei der Beurteilung eines Dschihad-Reisenden machen die Schwäche der heutigen Regelung gerade deutlich. Insofern verkennt die Vorlage, dass es bei der geltenden Rechtslage gar keine Beteiligung ohne Unterstützungshandlungen gibt. Heute muss irgendeine konkrete Handlung, damit de facto immer auch eine irgend geartete Unterstützung nachgewiesen werden, damit die Beteiligung überhaupt strafbar wird. Ein blosser Beitritt etwa im Rahmen einer Aufnahmezeremonie genügt für die Annahme einer strafbaren Beteiligung nicht. Insofern existiert die Tatbestandsvariante «Beteiligung» genau genommen gar nicht eigenständig. Der blosser Umstand, dass bspw. 'Ndrangheta-Mitglieder sich in der Schweiz aufhalten und hier ihre Treffen abhalten oder dass IS-Mitglieder in die Schweiz einreisen und sich hier aufhalten, stellt jedoch für sich selbst bereits eine abstrakte Gefahr dar. Mit dem strafrechtlichen Erfassen eines solchen Phänomens soll daher nicht zugewartet werden müssen, bis sich diese abstrakte Gefahr konkret realisiert. Mit Gesinnungsstrafrecht hat das Bekämpfen der von den «Mitgliedern» dieser Gruppierungen ausgehenden Gefahr nichts zu tun. Die Bekundung einer Sympathie oder einer – regelmässig schwer zu beweisenden – bloss mentalen Verbundenheit mit einer Organisation soll nicht bereits als Zugehörigkeit zur Organisation im Sinne des Strafrechts gelten.

Nach Auffassung des BStGer erlaubt der bisherige Strafrahmen von bis zu fünf Jahren für den Grundtatbestand der kriminellen Organisation nach Art. 260^{ter} Abs. 1 VE-StGB, der beibehalten werden soll, nicht in allen Konstellationen eine angemessene Strafe. Dabei ist zu beachten, dass Minimal- und Maximalstrafen nicht nur den Strafrahmen setzen bzw. die Strafe begrenzen, sondern auch Einfluss auf die konkrete Straffindung innerhalb dieses Rahmens haben. Nach bundesgerichtlicher Praxis sind Strafen im oberen Bereich oder gar Höchststrafen bloss ausnahmsweise und bei sehr schwerem Verschulden auszusprechen (BGer 6S.39/2002 vom 17.4.2002, E. 3 e; WIPRÄCHTIGER/KELLER in BSK StGB I, 3. Aufl., Art. 47 N 19; nach MATHYS, Leitfaden Strafzumessung, BS 2016, S. 92 überholt, wird jedoch weiter zitiert). Der Einfluss dieser Praxis zeigte sich etwa darin, dass das Bundesgericht jüngst Urteile gegen irakische Islamisten kassierte, bei welchen bei schwerem Verschulden Strafen im oberen Fünftel des Strafrahmens von fünf Jahren gewählt wurden. In der Folge mussten tiefere Strafen ausgesprochen werden. Entsprechend ist es für ein Gericht relativ schwierig, Strafen im oberen Bereich des Strafrahmens auszusprechen. Unseres Erachtens drängt sich deshalb ein **Strafmaximum von zehn Jahren** auf, womit auch die Unterschiede im Strafrahmen zu Nachbarländern geringer werden.

Nicht einsichtig ist schliesslich aus generalpräventiven Überlegungen auch, dass Geldstrafen beim Grundtatbestand der kriminellen Organisation weiterhin möglich sein sollen. Will man auf die Bezifferung einer Minimalfreiheitsstrafe verzichten (bspw. drei Monate), so ist jedenfalls die **Möglichkeit einer Geldstrafe auszuschliessen**.

Begrüsst wird weiter die Einführung einer qualifizierten Strafdrohung für führende Mitglieder einer kriminellen Organisation mit einem Strafrahmen von bis zu 20 Jahren. Es stellt sich die Frage, ob für solche Straftäter der untere Strafrahmen nicht höher als lediglich bei einem Jahr angesetzt werden soll. In Erwägung zu ziehen wäre eine **Mindeststrafe von zwei Jahren**.

Der erläuternde Bericht hält mit Verweis auf die bisherige Rechtsprechung an der *Subsidiarität der Strafnorm von Art. 260^{ter} VE-StGB* fest (erläuternder Bericht, S. 45). Diese Praxis, welche auf den historischen Gesetzgeber vor rund 25 Jahren Bezug nimmt, widerspricht dem heutigen Verständnis, wonach Zugehörigkeit oder Unterstützung einer kriminellen Organisation für sich selbst allein schon strafwürdig sind. Wegen ihrer Gefährlichkeit und sozialen Schädlichkeit verstösst die Zugehörigkeit zu einer kriminellen Organisation oder deren Unterstützung gegen die öffentliche Sicherheit und verletzt damit ein eigenständig geschütztes Rechtsgut. Der Tatbestand der kriminellen Organisation soll deshalb nicht einfach nur als subsidiäre Bestimmung verstanden werden, welche nicht zur Anwendung gelangt, wenn man kein anderes Delikt findet. Ein Täter soll vielmehr auch in Fällen von **Idealkonkurrenz zusätzlich zur im Rahmen der kriminellen Organisation begangenen Tat wegen Art. 260^{ter} VE-StGB verurteilt werden können**. Die Privilegierung von Mitgliedern oder Unterstützern einer kriminellen Organisation durch bloss subsidiäre Anwendung rechtfertigt sich im Vergleich zu anderen Straftätern durch gar nichts. Idealkonkurrenz ist dann im Strafrecht vielfach anzunehmen und es ist von der inneren Logik her absolut nicht einzusehen, weshalb gerade im Deliktsbereich der kriminellen Organisation auf eine Straferhöhung nach Art. 49 StGB verzichtet werden soll.

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

Mit Bezug auf die Frage der Strafbarkeit der «Zugehörigkeit» verweisen wir auf das zu der kriminellen Organisation ausgeführte. Jene Überlegungen gelten gleichermassen für die Strafbarkeit der Zugehörigkeit bei einer terroristischen Organisation.

Wir begrüssen im Weiteren die Einführung des Strafrahmens von bis zu zehn Jahren für den Grundtatbestand der terroristischen Organisation. Nicht nachvollziehbar ist für uns auch hier, dass beim Grundtatbestand der terroristischen Organisation Geldstrafen möglich sein sollen. Zu prüfen ist vielmehr, ob sich nicht eine **Minimalfreiheitsstrafe** aufdrängt bspw. von sechs Monaten.

Wir erachten es sodann als folgerichtig, dass gleich wie bei der kriminellen Organisation eine höhere Strafdrohung für führende Mitglieder einer terroristischen Organisation mit einem Strafrahmen von bis zu 20 Jahren vorgesehen ist. Mit Bezug auf die **untere Grenze des Strafrahmens** sollte dieser gleich sein wie bei der kriminellen Organisation (siehe unser dortiger Vorschlag).

Gleich wie bei der kriminellen Organisation lehnen wir eine **Subsidiarität der Strafnorm** von Art. 260^{ter} VE-StGB ab. Die dort gemachten Ausführungen gelten tel quel auch hier.

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

Mit dieser Strafnorm können auch allein handelnde Täter erfasst werden. Ein Bezug zu einer entsprechenden Organisation ist nicht erforderlich. Damit wird verhindert, dass strafwürdiges Verhalten aufgrund einer Strafbarkeitslücke nicht erfasst werden könnte. Ebenso soll gelten, dass Art. 260^{sexies} und Art. 260^{ter} VE-StGB in echter Konkurrenz anwendbar sind, wenn die Anwerbung, Ausbildung oder das Reisen bloss einen Teilbereich der Unterstützung oder Beteiligung an einer Organisation darstellt. Es ist ferner aus Gründen der inneren Sicherheit zu begrüssen, dass für die Widerhandlungen gegen Art. 260^{sexies} VE-StGB die Massnahme der obligatorischen Landesverweisung vorgesehen wird.

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

Die vorgeschlagene Änderung auf vorzeitige Übermittlung von Informationen (d. h. vor rechtskräftiger Schlussverfügung) stellt einen Paradigmenwechsel im Bereich der Rechtshilfe in Strafsachen dar. Das BStGer steht der Möglichkeit einer vorzeitigen Übermittlung von Informationen und Beweismitteln, welche im ausländischen Verfahren für die Vornahme von Ermittlungs- und Untersuchungsmassnahmen verwendet werden können, in gewissen ausgewählten Konstellationen nicht ablehnend gegenüber, erachtet aber die vorgeschlagene Lösung als zu weitgehend. Mit Einführung der vorgesehenen Bestimmungen werden vorzeitige Ergebnisübermittlung und gemeinsame Ermittlungsgruppen grundsätzlich mit jedem Staat auf der Welt möglich, mithin auch mit solchen ausserhalb des westlichen Rechts- und Kulturkreises. Die Schweiz hat heute einen zum Teil intensiven Rechtshilfeverkehr mit Staaten, in denen das Strafrecht zur Verfolgung missliebiger politischer Gegner bzw. in korrupten Strukturen zur Bekämpfung wirtschaftlicher Konkurrenten missbraucht wird. Gemeinsame Ermittlungsgruppen wie auch die vorzeitige Herausgabe von Beweisergebnissen an Staaten mit von unseren (Grund-)Rechtsvorstellungen massiv divergierenden Rechtsvorstellungen sind deshalb überaus problematisch.

Mit der Übermittlung von Ergebnissen der rechtshilfeweisen Beweismittelerhebung in der Schweiz vor rechtskräftiger Schlussverfügung wird der bisherige Rechtsschutz stark verwässert. Es lässt sich nachvollziehen, dass mit der vorgeschlagenen Regelung eine vorzeitige Übermittlung von Informationen zur Bekämpfung des Terrorismus ermöglicht werden soll (Art. 80d^{bis} Abs. 1 lit. b VE-IRSG). Indessen soll – was ohne jeden Bezug zum Titel der Vorlage steht – auch in Fällen schwerer Kriminalität die vorzeitige Übermittlung von Beweisergebnissen ermöglicht werden. Schon der Begriff «schwere Kriminalität» ist dabei sehr unbestimmt. Er liesse eine vorzeitige Übermittlung von Informationen in praktisch allen Fällen zu, die die Beschwerdekammer zu behandeln hat. Der Begriff «**schwere Kriminalität**» ist in Anbetracht der massiven Einschränkung des Individualrechtsschutzes ungenügend genau. Er muss **einschränkend konkretisiert** werden. Vor allem aber ist die gewählte Formulierung von Art. 80d^{bis} Abs. 1 lit. a VE-IRSG «im Interesse des Verfahrens» völlig unbestimmt. Es ist mit Sicherheit davon auszugehen, dass bei einer solchen Formulierung die Ausnahmeregel des Art. 80d^{bis} Abs. 1 lit. a VE-IRSG *in der Praxis zum Regelfall werden wird*. Entsprechend sollte diese ausnahmsweise vorzeitige Übermittlung nur bei «**glaubhaft gemachter Notwendigkeit zur Wahrung der Vertraulichkeit**» zur Anwendung gelangen dürfen.

Schliesslich ist auf einen Widerspruch zwischen Art. 80^{bis} Abs. 2 und Art. 80^{bis} Abs. 4 VE-IRSG hinzuweisen: Gemäss Art. 80^{bis} Abs. 2 VE-IRSG kann die sofortige Übermittlung auch «unaufgefordert» erfolgen. Art. 80^{bis} Abs. 4 VE-IRSG verlangt demgegenüber völlig zu Recht, dass die ersuchende Behörde vorgängig garantiert, die Restriktionen in der Verwendung nach Art. 80^{bis} Abs. 4 lit. a – c VE-IRSG zu respektieren. Um diesen Widerspruch zu beseitigen muss in Art. 80^{bis} Abs. 2 VE-IRSG der Begriff «**unaufgefordert**» gestrichen werden. Eine vorzeitige Übermittlung soll nur auf Ersuchen und nach Abgabe der notwendigen Garantien zulässig sein. Ob die gesetzlichen Voraussetzungen für eine vorzeitige Übermittlung erfüllt waren, muss bei der abschliessenden Schlussverfügung im Beschwerdeverfahren eigenständig überprüft werden können.

Zu begrüssen ist die Einführung einer gesetzlichen Grundlage zur Errichtung gemeinsamer Ermittlungsgruppen. Gemäss Art. 80^{ter} Abs. 2 VE-IRSG soll dies insbesondere im Rahmen einer schwierigen oder komplexen Strafuntersuchung errichtet werden. Unseres Erachtens ist die Relativierung der Anwendungsfälle durch den Begriff «insbesondere» nicht richtig und dieser ist zu **streichen**.

Mit freundlichen Grüssen



Tito Ponti
Präsident



Mascia Gregori Al-Barafi
Generalsekretärin

Kopie

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