



Universität St.Gallen

Universität St. Gallen
Hochschule für Wirtschafts-,
Rechts- und Sozialwissenschaften

Grundlagen und Diskussion des neuen Terrorismusstrafrechts unter Einbezug der neuen Instrumente der internationalen Strafrechtshilfe

Universität St.Gallen
Masterarbeit im Master Rechtswissenschaften

Autor:
Ivan Vuckovic
Ringstrasse 23
9244 Niederuzwil
Matrikel-Nr.: 15-620-248
ivan.vuckovic@student.unisg.ch

Referent:
Prof. Dr. Marc Forster

Korreferent:
Prof. Dr. Lukas Gschwend

Eingereicht: 22. November 2021

Inhaltsverzeichnis

Literaturverzeichnis	III
Rechtsprechungsverzeichnis	IX
Materialienverzeichnis	XII
Abkürzungsverzeichnis	XV
§ 1 Einleitung	1
I. Strategie und Gesetzesänderung.....	1
II. Fragestellung, Eingrenzung und Aufbau.....	2
§ 2 Anpassungen im Strafgesetzbuch	3
I. Kriminelle und terroristische Organisationen – Art. 260 ^{ter} StGB.....	3
A. Grundtatbestand.....	3
1. Strafmass.....	3
2. Konkurrenz.....	4
3. Definition von terroristischen Organisationen.....	7
4. Unterstützung.....	9
a. Botschaft.....	9
b. Ratsdiskussion zur Abgrenzung.....	10
c. Wertung.....	12
5. Kriterium der Geheimhaltung.....	14
B. Ausnahmeregelung: Humanitäre Organisationen.....	16
C. Qualifizierter Tatbestand: Führungspersonen.....	19
II. Anwerbung, Ausbildung und Reisen – Art. 260 ^{sexies} StGB.....	21
A. Grundsatz.....	21
B. Anwerbung.....	23
C. Anleitung zur Herstellung oder Gebrauch von gefährlichen Stoffen.....	25
D. Reise.....	28
1. Vornahme der grenzüberschreitenden Reise.....	28
2. Vergleich mit bisheriger Regelung von Art. 2 VGAI.....	29
3. Subjektiver Tatbestand.....	30
4. Finanzierung, Organisation oder Anwerbung von Reisen.....	34
5. Vergleich des subjektiven Tatbestands.....	36
6. Kritik.....	37
E. Vorverlagerung der Strafbarkeit.....	38
F. Rechtshilfe.....	41
§ 3 Anpassungen im Rechtshilfegesetz	42
I. Vorzeitige Übermittlung – Art. 80d ^{bis} IRSG.....	42

A.	Regelung im ÜEVT	42
B.	Positionierung im Rechtshilfeverfahren	42
C.	Dynamische Rechtshilfe	43
	1. Statik als Grundsatz	43
	2. Dynamisierung des Prozesses	46
D.	Anwendungsbereich	47
	1. Entstehung.....	47
	2. Terrorismus und organisierte Kriminalität.....	48
	3. Schwere und unmittelbare Gefahr.....	51
	a. Wortlaut und Botschaft	51
	b. Was heisst «schwer» und «unmittelbar»?	52
E.	Garantien	53
	a. Verwendungsbeschränkung	53
	b. Informationspflicht.....	54
	c. Spezialitätsvorbehalt?.....	55
F.	Kombination der spontanen Rechtshilfe und vorzeitigen Übermittlung	56
II.	Gemeinsame Ermittlungstruppe – Art. 80d ^{ter} ff. IRSG	57
	A. Grundsatz.....	57
	B. Vorzeitige Übermittlung Art. 80d ^{octies} IRSG	58
	C. Zugang zu Unterlagen, Informationen und Beweismitteln Art. 80d ^{septies} IRSG	58
	1. Bedeutung	58
	2. Vergleich mit Art. 65a IRSG	60
	3. Kritische Diskussion	61
§ 4	Schlussbetrachtung	63

Literaturverzeichnis

- ACKERMANN JÜRIG-BEAT (Hrsg.): Kommentar Kriminelles Vermögen - Kriminelle Organisation, Band II, Zürich 2018 (zit. Bearbeiter, in: Komm. KV/KO-II, Art. [Gesetzeskürzel], N.).
- AFFOLTER-EIJSTEN HEIDI: Die Absicht im Strafrecht unter besonderer Berücksichtigung des Willensmomentes und des Motives, Diss. Universität Zürich 1983.
- ALBRECHT PETER: Die Strafbestimmungen des Betäubungsmittelgesetzes (Art. 19-28 BetmG), Stämpflis Handkommentar, 3. Aufl., Bern 2016 (zit. Art., N.).
- ARNOLD ROBERTA: Proscioglimento delle LTTE dal reato di organizzazione terroristica in DTF 145 IV 470: art. 260ter CP quo vadis?, fp 1/2021, 50 ff.
- ARZT GUNTHER: Organisierte Kriminalität - Bemerkungen zum Massnahmenpaket des Bundesrates vom 30. Juni 1993, AJP 1993, 1187 ff.
- B EGLINGER FRIDOLIN: Rechtshilfeverfahren: Anwesenheit, spontane Übermittlung und Zweites Zusatzprotokoll zum Europäischen Rechtshilfeübereinkommen, AJP 2007, 916 ff.
- BOMMER FELIX: Die Rechtsprechung des Bundesgerichts zum materiellen Strafrecht im Jahr 2019, ZBJV 156/2020, 499 ff.
- CASSANI URSULA: Le train de mesures contre le financement du terrorisme: une loi nécessaire?, SZW 6/2003, 293 ff.
- CHRISTEN STEFAN: Zum Anwesenheitsrecht der Privatklägerschaft im schweizerischen Strafprozessrecht, ZStrR 129/2011, 463 ff.
- DE PREUX PASCAL/TRAJILOVIC DANIEL: L'équipe commune d'enquête : instrument de lutte contre la criminalité ou simple canal privilégié de transmission de moyens de preuves à l'étranger ?, ZStrR 139/2021, 90 ff.
- DE VRIES REILINGH JEANINE: La répression des infractions collectives et les problèmes liés à l'application de l'article 260ter CP relatif à l'organisation criminelle, notamment du point de vue de la présomption d'innocence, ZBJV 138/2002, 285 ff.
- DEL PONTE CARLA: L'organisation criminelle, ZStrR 113/1995, 240 ff.
- DONATSCH ANDREAS/HEIMGARTNER STEFAN/MEYER FRANK/SIMONEK MADELEINE: Internationale Rechtshilfe, 2. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2015 (zit. DONATSCH et al.).

- DONATSCH ANDREAS/LIEBER VIKTOR/SUMMERS SARAH/WOHLERS WOLFGANG (Hrsg.): Kommentar zur schweizerischen Strafprozessordnung, Art. 196-456, 3. Aufl., Zürich 2020 (zit. Bearbeiter, in: ZK StPO, Art., N.).
- DONATSCH ANDREAS/TAG BRIGITTE: Strafrecht I, Verbrechenslehre, 9. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2013.
- DONATSCH ANDREAS/THOMMEN MARC/WOLFGANG WOHLERS: Strafrecht IV, Delikte gegen die Allgemeinheit, 5. Aufl., Zürich 2017.
- DUDENREDAKTION: Duden Deutsches Universalwörterbuch, 8. Aufl., Berlin 2015 (zit. Dudenredaktion, [Wort], S.).
- EICKER ANDREAS: Zur Interpretation des Al-Quäida- und IS-Gesetzes durch das Bundesstrafgericht im Fall eines zum Islamischen Staat Reisenden, Jusletter 21. November 2016.
- EROSHKINA NATALIA: Die organisationsbezogene Beteiligung im Strafrecht, Diss. Albert-Ludwigs-Universität Freiburg 2011, Berlin 2012.
- FABBRI ALBERTO/FURGER ANDREA: Geheime Überwachungsmaßnahmen in der internationalen Kooperation in Strafsachen: Ermittlungserfolg im Ausland versus Rechtsgüterschutz in der Schweiz?, ZStrR 128/2010, 394 ff.
- FERRARA NATALIA/SALMINA EDY: Die Weissgeldstrategie wird zum Strafrecht - Der neue Art. 305bis StGB: Die Steuergeldwäscherei und seine Auswirkungen auf die internationale Rechtshilfe, Bern 2016.
- FORSTER MARC: Die Korrektur des strafrechtlichen Rechtsgüter- und Sanktionenkataloges im gesellschaftlichen Wandel, Politisierung des Strafrechts und Kriminalisierung des Alltagslebens, Habil. Universität St.Gallen 1995 = ZSR NF 114(II)/1995, 1 ff. (zit. Korrektur).
- FORSTER MARC: Die Strafbarkeit der Unterstützung (insbesondere Finanzierung) des Terrorismus Al-Quäida, ETA, Brigade Rosse – das schweizerische Antiterrorismus- Strafrecht auf dem Prüfstand, ZStrR 121/2003, 423 ff. (zit. Finanzierung).
- FORSTER MARC: Kollektive Kriminalität, Das Strafrecht vor der Herausforderung durch das organisierte Verbrechen, BZSR Beiheft 27, Basel 1998 (zit. Kollektive Kriminalität).
- FORSTER MARC: Terroristischer Massenmord an Zivilisten als "legitimer Freiheitskampf" (im Sinne von Art. 260quinquies Abs. 3 StGB) kraft "Analogieverbot"? Ein Diskussionsbeitrag zu ZStrR 123 (2005) 458-470, ZStrR 124/2006, 331 ff. (zit. Freiheitskampf).
- FORSTER MARC: Zur Abgrenzung zwischen Terroristen und militanten «politischen» Widerstandskämpfern im internationalen Strafrecht - Am Beispiel des serbisch-kosovo-albanischen Bürgerkrieges, ZBJV 141/2005, 213 ff. (zit. Abgrenzung).

- FURTAK FLORIAN T.: Internationale Organisationen, Staatliche und nichtstaatliche Organisationen in der Weltpolitik, Wiesbaden 2015.
- GASSER HANS-PETER/MELZER NILS/GEISS ROBIN: Humanitäres Völkerrecht, 3. Aufl., Zürich 2020.
- GETH CHRISTOPHER: Strafrecht Allgemeiner Teil, 7. Aufl., Basel 2021.
- GLUTZ ALEXANDER: Die spontane Übermittlung – Die unaufgeforderte Übermittlung von Beweismitteln und Informationen ins Ausland gemäss Art. 67a IRSG, Diss. Basel 2010 = SSHW 288.
- GODENZI GUNHILD: Strafbare Beteiligung am kriminellen Kollektiv, Eine Explikation von Zurechnungsstrukturen der Banden-, Organisations- und Vereinigungsdelikte, Bern 2015.
- HANSJAKOB THOMAS: Kommentar zum Bundesgesetz und zur Verordnung über die Überwachung des Post- und Fernmeldeverkehrs BÜPF/VÜPF, 2. Aufl., St.Gallen 2006. (zit. BÜPF, Art., N.).
- HANSJAKOB THOMAS: Überwachungsrecht der Schweiz, Kommentar zu Art. 269 ff. StPO und zum BÜPF, Zürich 2018 (zit. Hansjakob, Überwachungsrecht, Art. [Gesetzeskürzel], N.).
- HARARI MAURICE/CORMINBOEUF HARARI CORINNE: Entraide internationale en matière pénale et transmission anticipée à l'État requérant, in: Eigenmann Antoine/Poncet Charles/Ziegler Bernard (Hrsg.), Mélanges en l'honneur de Claude Rouiller, Basel 2016, 77 ff.
- JOSITSCH DANIEL/EGE GIAN/SCHWARZENEGGER CHRISTIAN: Strafrecht II, Strafen und Massnahmen, 9. Aufl., Zürich 2018.
- JOSITSCH DANIEL/POULIKAKOS GEORGE: Lückenfüllung um jeden Preis? Die bevorstehenden Gesetzesänderungen zur Verhütung des Terrorismus, Jusletter 28. Oktober 2019.
- JOSITSCH DANIEL: Der Tatbestand des Anfütterns im Korruptionsstrafrecht, ZStrR 118/2000, 53 ff.
- KUSTER ZÜRCHER SUSANNE/MAURO RAPHAËL: Aktuelle Herausforderungen der Beweisrechtshilfe, in: Stephan Breitenmoser/Bernhard Ehrenzeller (Hrsg.), Internationale Amts- und Rechtshilfe in Steuer- und Finanzmarktsachen, Zürich 2017, 43 ff.
- LEU NICOLAS/PARVEX DENIS: Das Verbot der «Al-Qaïda» und des «Islamischen Staats», AJP 2016, 756 ff.
- LUBISHTANI KASTRIOT/MONOD HADRIEN/GAUDERON RYAN: De l'exception à la règle avec l'art. 80dbis EIMP, Anwaltsrevue 1/2021, 27 ff.
- LUDWICZAK GLASSEY MARIA: L'entraide pénale internationale «dynamique» en bref, AJP 2021, 71 ff. (zit. En bref).

- LUDWICZAK GLASSEY MARIA: La transmission anticipée: l'avenir de l'entraide en matière pénale?, Jus-letter 20. April 2020 (zit. Transmission).
- LUDWICZAK GLASSEY MARIA: Mesures d'entraide judiciaire «dynamiques» vs. droit de l'entraide statique: 0:1, Remarques à propos de l'ATF 143 IV 186, fp 1/2018, 50 ff. (zit. Remarques).
- MACALUSO ALAIN/MOREILLON LAURENT/QUELOZ NICOLAS (Hrsg.): Commentaire romand, Code pénal II, Basel 2017 (zit. Bearbeiter, in: CR CP, Art., N.).
- MARKWALDER NORA/BINSWANGER JANINE: Die Anordnung von Untersuchungs- und Sicherheitshaft: Eine empirische Analyse, fp 5/2020, 384 ff.
- NIGGLI MARCEL ALEXANDER/HEIMGARTNER STEFAN (Hrsg.): Basler Kommentar, Internationales Strafrecht, Basel 2015 (zit. Bearbeiter, in: BSK IStrR, Art. [Gesetzeskürzel], N.).
- NIGGLI MARCEL ALEXANDER/WIPRÄCHTIGER HANS (Hrsg.): Basler Kommentar, Strafrecht, Strafgesetzbuch, Jugendstrafrecht, 4. Aufl., Basel 2019 (zit. Bearbeiter, in: BSK StGB, Art., N.).
- NIGGLI MARCEL ALEXANDER: Gesinnungsstrafrecht & Terrorreisen, ContraLegem 2019/1, 38 f.
- OBERHOLZER NIKLAUS: Grundzüge des Strafprozessrechts, 4. Aufl. Bern 2020.
- PIETH MARK: «Das zweite Paket gegen das Organisierte Verbrechen», die Überlegungen des Gesetzgebers, ZStrR 113/1995, 225 ff.
- POPP PETER: Grundzüge der internationalen Rechtshilfe in Strafsachen, Basel 2001.
- ROULET NICOLAS: Das kriminalpolitische Gesamtkonzept im Kampf gegen das organisierte Verbrechen, Diss. Universität Basel 1996, Bern 1997.
- SCHLOENHARDT ANDREAS: Organized crime and the business of migrant trafficking, An economic analysis, CLSC 32/1999, 203 ff.
- SCHMID NIKLAUS (Hrsg.): Kommentar Einziehung, organisiertes Verbrechen, Geldwäscherei, Band I, 2. Aufl., Zürich 2007 (zit. Bearbeiter, in: Komm. EOVG-I, Art., N.).
- SCHMID NIKLAUS: Insiderdelikte und Geldwäscherei – neuere und künftige Aspekte aus der Sicht der Banken, in: Wiegand Wolfgang (Hrsg.), Aktuelle Probleme im Bankrecht, Berner Tage für die juristische Praxis, BTJP 1993, Bern 1994.
- SCHUHBARTH MARTIN (Hrsg.): Stämpflis Handkommentar, Delikte gegen den öffentlichen Frieden (Art. 258-263 StGB), Bern 2007 (zit. Bearbeiter, in: SHK, Art. N.).

- SCHWARZENEGGER CHRISTIAN: Die Sanktionsfolgenbestimmung und der Anwendungsbereich des Asperationsprinzips bei der Konkurrenz (Art. 49 Abs. 1 StGB), in: Heer Marianne (Hrsg.), "Toujours agité - jamais abbatu", Festschrift für Hans Wiprächtiger, Basel 2011, 37 ff.
- STEGMANN ANDREA: Organisierte Kriminalität, Feindstrafrechtliche Tendenzen in der Rechtsetzung zur Bekämpfung organisierter Kriminalität, Bern 2004.
- STRATENWERTH GÜNTER/BOMMER FELIX: Schweizerisches Strafrecht, Besonderer Teil II: Straftaten gegen Gemeininteressen, 7. Aufl., Bern 2013).
- STRATENWERTH GÜNTER: Schweizerisches Strafrecht, Allgemeiner Teil I: Die Straftat, 4 Aufl., Bern 2011.
- TODESCHINI MARA: Eine Erörterung des Art. 260ter StGB und des Al-Qaïda/ISGesetzes sowie zur Diskussion stehender Gesetzesanpassungen, in: Sutter-Somm Thomas (Hrsg.), IMPULSE - Impulse zur praxisorientierten Rechtswissenschaft Band 45, Zürich 2019, 61 ff.
- TRECHSEL STEFAN/NOLL PETER/PIETH MARK: Schweizerisches Strafrecht Allgemeiner Teil I, 7. Aufl., Bern 2017.
- TRECHSEL STEFAN/PIETH MARK (Hrsg.): Schweizerisches Strafgesetzbuch Praxiskommentar, 4. Aufl., Zürich 2021 (zit. Bearbeiter, in: PK StGB, Art., N.).
- VEST HANS: «Organisierte Kriminalität» - Überlegungen zur kriminalpolitischen Instrumentalisierung eines Begriffs, ZStrR 112/1994, 121 ff. (zit. Organisierte Kriminalität).
- VEST HANS: Terrorismusbekämpfung – erweiterte Vorfelddurchleuchtung und -kriminalisierung oder Mut zur Lücke?, SJZ 116/2020, 323 ff. (zit. Terrorismusbekämpfung).
- WATTER ROLF/BAHAR RASHID (Hrsg.): Basler Kommentar, Finanzmarktaufsichtsgesetz / Finanzmarktinfrastukturgesetz, 3. Aufl., Basel 2019 (zit. Bearbeiter, in: BSK FF, Art. [Gesetzeskürzel], N.).
- ZIMMERMANN ROBERT: Communication d'informations et de renseignements pour les besoins de l'entraide judiciaire internationale en matière pénale: un paradigme perdu?, AJP 2007, 62 ff. (zit. Communication).
- ZIMMERMANN ROBERT: La coopération judiciaire internationale en matière pénale, 5. Aufl., Bern 2019 (zit. Coopération).
- ZIMMERMANN ROBERT: Les rapports entre l'entraide judiciaire internationale et la procédure pénale nationale, SJ(II) 2018, 1 ff. (zit. Rapports).

ZURKINDEN NADINE: Joint Investigation Teams, Chancen und Grenzen von gemeinsamen Ermittlungstruppen in der Schweiz, Europa und den USA, Diss. Universität Zürich 2012.

Rechtsprechungsverzeichnis

Hinweis:

Die Zitation der Urteile erfolgt in aufgeführter abgekürzter Form. Diese sind nach Datum sortiert.

Bundesgericht

Amtlich publizierte Leitentscheide:

BGE 95 IV 68	Urteil vom 23. Mai 1969
BGE 101 IV 177	Urteil vom 21. Juni 1975
BGE 102 IV 83	Urteil vom 20. Mai 1976
BGE 105 IV 29	Urteil vom 15. Januar 1979
BGE 105 IV 330	Urteil vom 12. November 1979
BGE 111 IV 155	Urteil vom 1. Oktober 1985
BGE 117 Ib 64	Urteil vom 8. März 1991
BGE 118 IV 32	Urteil vom 31. Januar 1992
BGE 118 Ib 448	Urteil vom 13. Oktober 1992
BGE 124 II 132	Urteil vom 20. März 1998
BGE 128 II 211	Urteil vom 4. Juli 2002
BGE 128 II 355	Urteil vom 18. September 2002
BGE 129 IV 271	Urteil vom 23. September 2003
BGE 129 II 544	Urteil vom 27. Oktober 2003
BGE 130 II 337	Urteil vom 8. Juli 2004
BGE 132 IV 132	Urteil vom 2. Oktober 2006
BGE 133 IV 58	Urteil vom 23. Januar 2007
BGE 133 IV 235	Urteil vom 11. Juni 2007
BGE 133 IV 271	Urteil vom 19. Juli 2007
BGE 134 IV 26	Urteil vom 24. Oktober 2007

BGE 137 IV 167	Urteil vom 28. Juni 2011
BGE 139 IV 137	Urteil vom 15. Dezember 2012
BGE 142 IV 175	Urteil vom 23. Februar 2016
BGE 142 IV 346	Urteil vom 21. September 2016
BGE 143 IV 186	Urteil vom 27. März 2017
BGE 145 IV 470	Urteil vom 8. November 2019
BGE 146 IV 36	Urteil vom 15. November 2019
BGE 146 IV 338	Urteil vom 12. Juni 2020

Nicht publizierte Entscheide:

BGer 6P.29/2004	Urteil vom 3. Juli 2004
BGer 6S.296/2004	Urteil vom 10. Januar 2005
BGer 1A.50/2005	Urteil vom 5. April 2005
BGer 6S.229/2005	Urteil vom 20. Juli 2005
BGer 6B_645/2007	Urteil vom 2. Mai 2008
BGer 6B_240/2013	Urteil vom 22. November 2013
BGer 6B_238/2013	Urteil vom 22. November 2013
BGer 6B_828/2015	Urteil vom 5. November 2015
BGer 1C_594/2015 und 1C_602/2015	Urteil vom 23. November 2015
BGer 6B_1216/2015	Urteil vom 21. September 2016
BGer 6B_948/2016	Urteil vom 22. Februar 2017
BGer 6B_1132/2016	Urteil vom 7. März 2017
BGer 6B_483/2016	Urteil vom 30. April 2018
BGer 6B_1248/2017	Urteil vom 21. Februar 2019
BGer 6B_79/2019	Urteil vom 5. August 2019

Bundesstrafgericht

Amtlich publizierte Leitentscheide:

TPF 2007 20	Urteil vom 28. Februar 2007
TPF 2015 35	Urteil vom 22. April 2015
TPF 2015 129	Urteil vom 30. Oktober 2015
TPF 2018 22	Urteil vom 15. Dezember 2017

Nicht publizierte Entscheide:

BStrG RR.2010.24, RP.2010.7	Urteil vom 24. Februar 2010
BStrG RR.2013.103	Urteil vom 4. Juli 2013
BStrG SK.2016.9	Urteil vom 15. Juli 2016
BStrG RR.2016.174, RR.2016.175	Urteil vom 21. Dezember 2016

Entscheide des Obergerichts des Kantons Zürich

ZR 108/2009, I. Strafkammer	Urteil vom 31. März 2009
-----------------------------	--------------------------

Materialienverzeichnis

Hinweis:

Die Zitation der nachfolgenden Materialien erfolgt in den Fussnoten in abgekürzter Form, wie sie am Ende der Quellen definiert ist. Die Materialien sind alphabetisch sortiert.

Alle nachfolgenden Quellenadressen wurden zuletzt am 21. November 2021 abgerufen.

Bericht über das Ergebnis des Vernehmlassungsverfahrens zur Genehmigung und Umsetzung des Übereinkommens des Europarats zur Verhütung des Terrorismus mit dem dazugehörigen Zusatzprotokoll sowie Verstärkung des strafrechtlichen Instrumentariums gegen Terrorismus und organisierte Kriminalität vom April 2018, COO.2180.109.7.256895 / 261.1/2018/00004, abrufbar unter: <<https://biblio.parlament.ch/e-docs/390619.pdf>>, S.169-190 (zit. Bericht Ergebnis Vernehmlassung)

Botschaft betreffend das Zweite Zusatzprotokoll zum Europäischen Übereinkommen über die Rechtshilfe in Strafsachen vom 26. März 2003, BBl 2003 3267 (zit. Botschaft ZPII-EÜR)

Botschaft über die Änderung des schweizerischen Strafgesetzbuches und des Militärstrafgesetzes vom 30. Juni 1993, BBl 1993 III 277 (zit. Botschaft schweizerisches Strafgesetzbuch)

Botschaft zum Bundesgesetz über polizeiliche Massnahmen zur Bekämpfung von Terrorismus vom 22. Mai 2019, BBl 2019 4751 (zit. Botschaft PMT)

Botschaft zur Genehmigung und zur Umsetzung des Übereinkommens des Europarats zur Verhütung des Terrorismus mit dem dazugehörigen Zusatzprotokoll sowie zur Verstärkung des strafrechtlichen Instrumentariums gegen Terrorismus und organisierte Kriminalität vom 14. September 2018, BBl 2018 6427 (zit. Botschaft strafrechtliches Instrumentarium)

Bundesbeschluss über die Genehmigung und die Umsetzung des Übereinkommens des Europarats zur Verhütung des Terrorismus mit dem dazugehörigen Zusatzprotokoll sowie über die Verstärkung des strafrechtlichen Instrumentariums gegen Terrorismus und organisierte Kriminalität vom 25. September 2020, BBl 2020 7891 = AS 2021 360 (zit. Bundesbeschluss strafrechtliches Instrumentarium)

Bundesgesetz über polizeiliche Massnahmen zur Bekämpfung von Terrorismus (PMT), Vorentwurf und erläuternder Bericht zur Eröffnung des Vernehmlassungsverfahrens, EJPD 2017, abrufbar unter: <<https://biblio.parlament.ch/e-docs/392584.pdf>>, S. 3-39 (zit. PMT Vorentwurf und Bericht)

Bundesgesetz über polizeiliche Massnahmen zur Bekämpfung von Terrorismus (PMT) vom 25. September 2020, BBl 2020 7741 = AS 2021 565 (zit. Polizeiliche Massnahmen)

Entwurf zum Bundesbeschluss über die Genehmigung und die Umsetzung des Übereinkommens des Europarats zur Verhütung des Terrorismus mit dem dazugehörigen Zusatzprotokoll sowie über die Verstärkung des strafrechtlichen Instrumentariums gegen Terrorismus und organisierte Kriminalität, BBl 2018 6525 (zit. Entwurf Bundesbeschluss)

Explanatory Report to the Additional Protocol to the Council of Europe Convention on the Prevention of Terrorism vom 22. Oktober 2015, Council of Europe Treaty Series - No. 217 (zit. Explanatory Report Zusatzprotokoll)

Explanatory Report to the Council of Europe Convention on the Prevention of Terrorism vom 16. Mai 2005, Council of Europe Treaty Series - No. 196 (zit. Explanatory Report Europaratsübereinkommen)

GAFI, Mesures de lutte contre le blanchiment de capitaux et le financement du terrorisme - Suisse, Rapport du quatrième cycle d'évaluations mutuelles, Paris 2016, abrufbar unter: [«www.fatf-gafi.org/fr/publications/evaluationsmutuelles/documents/mer-suisse-2016.html»](http://www.fatf-gafi.org/fr/publications/evaluationsmutuelles/documents/mer-suisse-2016.html) (zit. GAFI)

International Humanitarian Law, Handbook for Parliamentarians N° 25 von 2016, abrufbar unter: [«https://www.ipu.org/file/2305/download»](https://www.ipu.org/file/2305/download) (zit. International Humanitarian Law)

Nationale Aktionsplan zur Verhinderung und Bekämpfung von Radikalisierung und gewalttätigem Extremismus vom 4. Dezember 2017, abrufbar unter: [«https://www.svs.admin.ch/content/svs-internet/de/themen-/praevention-radikalisierung/praevention-nap/_jcr_content/contentPar/download-list/downloadItems/143_1529675935296.download/Nationaler_Aktionsplan_d_.pdf»](https://www.svs.admin.ch/content/svs-internet/de/themen-/praevention-radikalisierung/praevention-nap/_jcr_content/contentPar/download-list/downloadItems/143_1529675935296.download/Nationaler_Aktionsplan_d_.pdf) (zit. Aktionsplan)

Stellungnahme Vernehmlassungsverfahren des Bundesstrafgerichts vom 2. März 2018, abrufbar unter: [«https://fedlex.data.admin.ch/filestore/fedlex.data.admin.ch/eli/dl/proj/6017/53/cons_1/doc_11/de/pdf-a/fedlex-data-admin-ch-eli-dl-proj-6017-53-cons_1-doc_11-de-pdf-a.pdf»](https://fedlex.data.admin.ch/filestore/fedlex.data.admin.ch/eli/dl/proj/6017/53/cons_1/doc_11/de/pdf-a/fedlex-data-admin-ch-eli-dl-proj-6017-53-cons_1-doc_11-de-pdf-a.pdf) (zit. Stellungnahme BStrG)

Stellungnahmen des Vernehmlassungsverfahrens vom 22. Juni 2017 bis 13. Oktober 2017, weitere Stellungnahmen, abrufbar unter: [«https://fedlex.data.admin.ch/filestore/fedlex.data.admin.ch/eli/dl/proj/6017/53/cons_1/doc_10/de/pdf-a/fedlex-data-admin-ch-eli-dl-proj-6017-53-cons_1-doc_10-de-pdf-a.pdf»](https://fedlex.data.admin.ch/filestore/fedlex.data.admin.ch/eli/dl/proj/6017/53/cons_1/doc_10/de/pdf-a/fedlex-data-admin-ch-eli-dl-proj-6017-53-cons_1-doc_10-de-pdf-a.pdf) (zit. Vernehmlassung Stellungnahmen, [Vernehmlassungsadressat])

Strategie der Schweiz zur Terrorismusbekämpfung vom 18. September 2015, BBl 2015 7487 (zit. Strategie)

Terrorismus und organisierte Kriminalität. Übereinkommen des Europarates, Erstrat, 9. Dezember 2019, AB S 2019 1103 ff.

Terrorismus und organisierte Kriminalität. Übereinkommen des Europarates, Fortsetzung, 9. März 2020, AB 2020 S 70 ff.

Terrorismus und organisierte Kriminalität. Übereinkommen des Europarates, Zweitrat, 16. Juni 2020, AB 2020 N 987 ff.

Terrorismus und organisierte Kriminalität. Übereinkommen des Europarates, Differenzen, 8. September 2020, AB 2020 S 669 ff.

Terrorismus und organisierte Kriminalität. Übereinkommen des Europarates, Differenzen, 22. September 2020, AB 2020 N 1727 ff.

Terrorismus und organisierte Kriminalität. Übereinkommen des Europarates, Differenzen, 23. September 2020, AB 2020 S 991 ff.

Terrorismus und organisierte Kriminalität. Übereinkommen des Europarates, Schlussabstimmung, 25. September 2020, AB 2020 S 1069 f.

Wegleitung des Bundesamts für Justiz, Die internationale Rechtshilfe in Strafsachen, 9. Aufl., 2009, abrufbar unter: <<https://www.rhf.admin.ch/dam/rhf/de/data/strafrecht/wegleitungen/wegleitung-straftsachen-d.pdf>> (zit. Wegleitung Rechtshilfe)

Abkürzungsverzeichnis

a.M.	anderer Meinung
AB	Amtliches Bulletin der Bundesversammlung
Abs.	Absatz
AJP	Aktuelle Juristische Praxis
Art.	Artikel
AS	Amtliche Sammlung
Aufl.	Auflage
BBl	Bundesblatt der Schweizerischen Eidgenossenschaft
BetmG	Bundesgesetz über die Betäubungsmittel und die psychotropen Stoffe vom 3. Oktober 1951 (SR 812.121)
BFT	Internationales Übereinkommen zur Bekämpfung der Finanzierung des Terrorismus vom 9. Dezember 1999 (SR 0.353.22)
BGE	Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichts
BGer	Schweizerisches Bundesgericht
BGG	Bundesgesetz über das Bundesgericht vom 17. Juni 2005 (SR 173.110)
BSK	Basler Kommentar (siehe für die einzelnen Kommentare im Literaturverzeichnis)
BStrG	Bundesstrafgericht
BTJP	Berner Tage für die juristische Praxis
BÜPF	Bundesgesetz betreffend die Überwachung des Post- und Fernmeldeverkehrs vom 18. März 2016 (SR 780.1)
BV	Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (SR 101)
BZSR	Bibliothek zur Zeitschrift für schweizerisches Recht
bzw.	beziehungsweise
CLSC	Crime, Law and Social Change
CR CP	Commentaire romand code pénal
Diss.	Dissertation
DSG	Bundesgesetz über den Datenschutz vom 19. Juni 1992 (SR 235.1)
E	Entwurf
E.	Erwägung
EAUe	Europäisches Auslieferungsübereinkommen vom 13. Dezember 1957 (SR 0.353.1)
et al.	et alia

EÜR	Europäisches Übereinkommen über die Rechtshilfe in Strafsachen vom 20. April 1959 (SR 0.351.1)
f./ff.	und folgende (Seite/Seiten)
Fn.	Fussnote
fp	forumpoenale
GAFI	Groupe d'action financière
GEG	Gemeinsame Ermittlungstruppe
GK(III)	Genfer Abkommen über die Behandlung der Kriegsgefangenen vom 12. August 1949 (SR 0.518.42)
GK(IV)	Genfer Abkommen über den Schutz von Zivilpersonen in Kriegszeiten vom 12. August 1949 (SR 0.518.51)
gl.M.	gleicher Meinung
GwG	Bundesgesetz über die Bekämpfung der Geldwäscherei und der Terrorismusfinanzierung vom 10. Oktober 1997 (SR 955.0)
GwÜ	Übereinkommen über Geldwäscherei sowie Ermittlung, Beschlagnahme und Einziehung von Erträgen aus Straftaten vom 8. November 1990 (SR 0.311.53)
Habil.	Habilitationsschrift
HPG	Hêzên Parastina Gel = kurdischen Volksverteidigungskräfte
Hrsg.	Herausgeber
i.d.F.	in der Fassung
i.e.S.	im engeren Sinne
i.V.m.	in Verbindung mit
i.w.S.	im weiteren Sinne
IKRK	Internationales Komitee vom Roten Kreuz
insb.	insbesondere
IPU	Inter-Parliamentary Union
IRSG	Bundesgesetz über internationale Rechtshilfe in Strafsachen vom 20. März 1981 (SR 351.1)
IStrR	Internationales Strafrecht
Kap.	Kapitel (Verweis innerhalb des Dokuments)
KKJPD	Konferenz der Kantonalen Justiz- und Polizeidirektorinnen und -direktoren
Komm.	Kommentar
krit.	kritisch
KV/KO	Kriminelles Vermögen - Kriminelle Organisation
lit.	litera
m.E.	meines Erachtens

m.H.	mit Hinweis(en)
m.H.a.	mit Hinweis auf
N	Nationalrat
N.	Note
NAP	Nationale Aktionsplan zur Verhinderung und Bekämpfung von Radikalisierung und gewalttätigem Extremismus
NDG	Bundesgesetz über den Nachrichtendienst vom 25. September 2015 (SR 121)
NF	Neue Folge
No.	Nummer
PCSC	Preventing and Combating Serious Crime
PKK	Partiya Karkerên Kurdistanê = Arbeiterpartei Kurdistans
PMT	Bundesgesetz über polizeiliche Massnahmen zur Bekämpfung von Terrorismus
RVUS	Staatsvertrag zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und den Vereinigten Staaten von Amerika über gegenseitige Rechtshilfe in Strafsachen vom 25. Mai 1973 (SR 0.351.933.6)
S	Ständerat
S.	Seite
SHK	Stämpflis Handkommentar
SJ	La Semaine judiciaire
SJZ	Schweizerische Juristen-Zeitung
SR	systematische Rechtssammlung
SSHW	Schweizer Schriften zum Handels- und Wirtschaftsrecht
SSK	Schweizerische Staatsanwälte-Konferenz
StGB	Schweizerisches Strafgesetzbuch vom 21. Dezember 1937 (SR 311.0)
StPO	Schweizerische Strafprozessordnung vom 5. Oktober 2007 (SR 312.0)
SZW	Schweizerische Zeitschrift für Wirtschafts- und Finanzmarktrecht
TPF	Entscheide des Schweizerischen Bundesstrafgerichts
ÜEVT	Übereinkommen des Europarats zur Verhütung des Terrorismus vom 16. Mai 2005 (SR 0.311.61)
UN	United Nations, Vereinte Nationen
VGAI	Bundesgesetz über das Verbot der Gruppierungen «Al-Qaida» und «Islamischer Staat» sowie verwandter Organisationen (SR 122)
VGEG	Vereinbarung zwischen dem Eidgenössischen Justiz- und Polizeidepartement und dem Justizdepartement der Vereinigten Staaten von Amerika, handelnd für die zuständigen Strafverfolgungsbehörden der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der Vereinigten Staaten von Amerika über den Einsatz von gemeinsamen Ermittlungsgruppen zur Bekämpfung des Terrorismus und dessen Finanzierung vom 12. Juli 2006 (SR 0.360.336.1)

vgl.	vergleiche
VÜPF	Verordnung über die Überwachung des Post- und Fernmeldeverkehrs vom 15. November 2017 (SR 780.11)
ZBJV	Zeitschrift des bernischen Juristenvereins
ZentG	Bundesgesetz über die kriminalpolizeilichen Zentralstellen des Bundes und gemeinsame Zentren für Polizei- und Zollzusammenarbeit mit anderen Staaten vom 7. Oktober 1994 (SR 360)
ZGB	Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10. Dezember 1907 (SR 210)
Ziff.	Ziffer
zit.	zitiert
ZK	Zürcher Kommentar
ZPII-EÜR	Zweites Zusatzprotokoll zum Europäischen Übereinkommen über die Rechtshilfe in Strafsachen vom 8. November 2001 (SR 0.351.12)
ZP-ÜEVT	Zusatzprotokoll vom 22. Oktober 2015 zum Übereinkommen des Europarats zur Verhütung des Terrorismus (SR 0.311.611)
ZR	Blätter für Zürcherische Rechtsprechung
ZSR	Zeitschrift für schweizerisches Recht
ZStrR	Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht

§ 1 Einleitung*

I. Strategie und Gesetzesänderung

Terrorismus wird als weitumfassende Gefahr eingestuft, welche den Weltfrieden und die internationale Sicherheit bedroht. Neben dieser globalen Tragweite begründet dies auch eine Gefahr für Individuum und die schweizerische Staatsordnung. Die Schweiz, wie auch die Staatengemeinschaft als Ganzes, sieht sich daher gezwungen, sich vor dieser Risikosphäre zu schützen und die Gefahr aktiv und früh zu bekämpfen¹. Im Rahmen der nationalen Strategie zur Terrorismusbekämpfung operiert die Schweiz in den folgenden vier strategischen Handlungsfeldern: Prävention, Repression, Schutz und Krisenvorsorge².

Die Umsetzung dieser schweizerischen Generalstrategie kann weiter in drei grosse Vorhaben geteilt werden:

1. Nationale Aktionsplan zur Verhinderung und Bekämpfung von Radikalisierung und gewalttätigem Extremismus (NAP)³
2. Bundesbeschluss über die Verstärkung des strafrechtlichen Instrumentariums gegen Terrorismus und organisierte Kriminalität (strafrechtliches Instrumentarium)⁴
3. Bundesgesetz über polizeiliche Massnahmen zur Bekämpfung von Terrorismus (PMT)⁵

Orientiert man sich am folgenden sechs Phasenmodell der Radikalisierung, knüpfen die drei Vorhaben an unterschiedlichen Punkten an, um Terrorismus zu verhindern⁶:

Radikalisierung >Aufdeckung >Ermittlung >Anklage >Verurteilung >Strafvollzug >Integration

Der NAP setzt in diesem Verlauf früh bei der Radikalisierung und zuletzt bei der Integration an. Das PMT widmet sich der Ermittlung und nach Abschluss des Strafvollzugs der Integration, um früh präventiv Eingreifen zu können und später bei bestehendem Risiko einen Rückfall zu verhindern. Das strafrechtliche Instrumentarium bildet im Bereich Ermittlung, Anklage und Verurteilung die strafrechtliche Basis, welche neben den Präventionsmassnahmen die eigentliche Bestrafung vorsieht⁷.

Das strafrechtliche Instrumentarium basiert zu einem grossen Teil auf dem Übereinkommen des Europarats zur Verhütung des Terrorismus vom 16. Mai 2005 und dem dazugehörigen Zusatzprotokoll vom

**Leserhinweis:* Zugunsten der Lesbarkeit wird durchgehend die männliche Form verwendet. Die weibliche Form ist dabei immer miteingeschlossen.

¹ Strategie, 7487; vgl. ÜEVT und ZP-ÜEVT.

² Strategie, 7488.

³ Aktionsplan, 1 ff.

⁴ Bundesbeschluss strafrechtliches Instrumentarium, 7891 ff.

⁵ Polizeiliche Massnahmen, 7741 ff.

⁶ PMT Vorentwurf und Bericht, 6.

⁷ Botschaft PMT, 4760 ff.; PMT Vorentwurf und Bericht, 7 ff.

22. Oktober 2015. Neben den strafrechtlichen Ergänzungen zur Erfüllung dieser internationalen Vereinbarungen, sieht der Bundesbeschluss neue Instrumente im Bereich der internationalen Strafrechtshilfe vor. Damit soll die internationale Kooperationsmöglichkeit zur Bekämpfung von Terrorismus verbessert werden. Von den Änderungen sind grösstenteils gleichzeitig auch kriminelle Organisationen erfasst.

Das neue strafrechtliche Instrumentarium trat am 1. Juli 2021 in Kraft⁸. Das PMT wurde nach dem ergriffenen Referendum zuerst in der Volksabstimmung vom 13. Juni 2021 angenommen und trat daraufhin am 1. Oktober 2021 in Kraft⁹.

II. Fragestellung, Eingrenzung und Aufbau

Mit Änderung von bestehenden und dem Hinzutreten neuer Gesetzesbestimmungen entstehen immer neue Fragen, welche eine Auslegung verlangen. Diese Arbeit untersucht den Bundesbeschluss zum neuen strafrechtlichen Instrumentarium mit dem Ziel, aufkommende Probleme zu lösen und Licht ins Unklare von Wortlaut und Botschaft zu bringen. Dazugehörend wird der Autor seine Bewertung abgeben.

Damit wichtige Bestimmungen mit ausreichender Tiefe behandelt werden können, muss sich der Kern der vorliegenden Arbeit auf die folgende Selektion beschränken: Art. 260^{ter} und 260^{sexies} StGB sowie Art. 80d^{bis} und 80d^{ter} ff. IRSG¹⁰. Abgesehen davon, dass viele Änderungen redaktioneller Art sind, wird in den Kapiteln zu diesen Bestimmungen punktuell auf andere Änderungen, wie die des NDG eingegangen. Da es sich bei Art. 260^{ter} StGB um einen «älteren» Artikel handelt, werden einige bisherige Elemente hervorgehoben, jedoch liegt der Fokus auf den Veränderungen. Für alte Elemente, die keinen Bezug zur Änderung aufweisen, ist auf die bisherige Literatur zu verweisen¹¹. Weil es zu kaum einem Mehraufwand führt und Teil der Gesetzesänderung darstellt, werden ebenso kriminelle Organisationen erwähnt sein. Es wird auf einzelne Überschneidungspunkte mit dem PMT und NAP aufmerksam gemacht, jedoch kann auf die darin enthaltenen Gesetze bzw. Pläne nicht näher eingegangen werden, weil dies den Rahmen der Arbeit sprengen würde.

Der Aufbau orientiert sich in groben Zügen an den eines Kommentars, womit die Artikel die obere Gliederung darstellen. Die dazugehörigen Unterpunkte sind in Tatbestandselemente oder wichtige Subthemen geteilt. Trotz einer Aufspaltung in einzelne Bestimmungen, wird der rote Faden mit gesetzesimmanenten Zusammenhängen und dem Gesamtkonzept geführt.

⁸ Bundesbeschluss strafrechtliches Instrumentarium, AS 2021 360, 2.

⁹ Polizeiliche Massnahmen, AS 2021 565, 27.

¹⁰ Ebenfalls wichtig ist die neue Änderung von Art. 11a Abs. 2^{bis} GwG, welche die Kompetenzen der Meldestelle für Geldwäscherei in der internationalen Amtshilfe stärkt. Leider kann diese Bestimmung im Rahmen der vorliegenden Arbeit nicht behandelt werden. Siehe dazu Botschaft strafrechtliches Instrumentarium, 6502 ff.

¹¹ Siehe dazu die verwendeten Kommentare zum Art. 260^{ter} StGB mit weiterführender Literatur: VEST, in: SHK, Art. 260^{ter}, N. 1 ff.; ENGLER, in: BSK StGB, Art. 260^{ter}, N. 1 ff.; PAJAROLA/OEHEN/THOMMEN, in: Komm. KV/KO-II, Art. 260^{ter} StGB, N. 1 ff.; ARZT, in: Komm. EOVG-I, Art. 260^{ter}, N. 1 ff.

§ 2 Anpassungen im Strafgesetzbuch

I. Kriminelle und terroristische Organisationen – Art. 260^{ter} StGB

A. Grundtatbestand

1. Strafmass

Die neue Regelung von Art. 260^{ter} StGB¹² bleibt in ihrem Kern ein Organisations- und Unterstützungsdelikt. Während die alte Fassung in der Überschrift von Art. 260^{ter} aStGB¹³ kriminelle Organisationen nennt, enthält der neue Artikel auch die explizite Nennung von terroristischen Organisationen. Gemäss Lehre¹⁴ und ständiger Rechtsprechung¹⁵ galten terroristische Organisationen bereits vor der Gesetzesänderung als kriminelle Organisationen im Sinne der Strafnorm¹⁶.

Der erste Entwurf des Bundesrats sah eine Unterscheidung von kriminellen und terroristischen Organisationen vor. Gemäss Art. 260^{ter} Abs. 1 E StGB¹⁷ wird mit bis zu fünf Jahren bestraft, wer sich an einer Organisation beteiligt, *«die den Zweck verfolgt, Gewaltverbrechen zu begehen oder sich mit verbrecherischen Mitteln zu bereichern»* (lit. a) oder *«eine solche Organisation in ihrer Tätigkeit unterstützt»* (lit. b). Nach Art. 260^{ter} Abs. 2 E StGB wird mit bis zu zehn Jahren bestraft, wer *«sich an einer Organisation beteiligt, 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»*¹⁸ (lit. a) oder *«eine solche Organisation in ihrer Tätigkeit unterstützt»* (lit. b). Diese Unterscheidung wurde damit begründet, dass der Unrechtsgehalt an der Beteiligung eine terroristische Organisation grösser ist als bei einer «gewöhnlichen» kriminellen Organisation. Gemäss dem Bundesrat liegt dies insbesondere an der besonderen Verwerflichkeit der Taten, der gesellschaftlichen Ächtung und der starken öffentlichen Bedrohungswahrnehmung gegen Leib und Leben im Zusammenhang mit den Gewaltverbrechen¹⁹. Im Zusammenhang mit der Unterstützungshandlung (Art. 260^{ter} Abs. 2 lit. b E StGB) wurde zusätzlich angefügt, *«dass das unmittelbare Schädigungspotenzial und die direkten Folgen für die betroffene Bevölkerung und den Staat mit seinen Strukturen im Falle von terroristischen Aktivitäten [...] grösser und einschneidender sein können»*²⁰. Die Erhöhung des

¹² Art. 260^{ter} StGB i.d.F. 1. Juli 2021.

¹³ Art. 260^{ter} aStGB i.d.F. 1. Juli 2020.

¹⁴ GODENZI, 230; FORSTER, Kollektive Kriminalität, 9 f.; VEST, in: SHK, Art. 260ter, N. 15; ARZT, in: Komm. EOVG-I, Art. 260^{ter}, N. 17 ff.; PAJAROLA/OEHEN/THOMMEN, in: Komm. KV/KO-II, Art. 260^{ter} StGB, N. 360; ENGLER, in: BSK StGB, Art. 260^{ter}, N. 7.

¹⁵ BGE 142 IV 175 E. 5.4 S. 188; 132 IV 132 E. 4.1.2 S. 134 f.; 128 II 355 E. 2.2 S. 361; BGer 1A.50/2005 E. 2.6.

¹⁶ Botschaft strafrechtliches Instrumentarium, 6443.

¹⁷ Für E StGB siehe Entwurf Bundesbeschluss, 6528 ff.

¹⁸ Vgl. Art. 260^{quinqies} Abs. 1 StGB.

¹⁹ Botschaft strafrechtliches Instrumentarium, 6474.

²⁰ Botschaft strafrechtliches Instrumentarium, 6479.

oberen Strafrahmens für kriminelle Organisationen schien aufgrund des Unrechtsgehalt als unverhältnismässig²¹. Damit sah der Bundesrat im Grunde einen qualifizierten Tatbestand für verbrecherische oder kriminelle Organisationen vor, die zusätzlich das Element der Einschüchterung oder Nötigung von Staat und internationalen Organisationen erfüllen.

Der neue Art. 260^{ter} StGB sieht keine Unterscheidung im Strafrahmen von kriminellen und terroristischen Organisationen vor. Für beide gilt ein oberer Strafrahmen von zehn Jahren. Die Mehrheit des Stände- und Nationalrats wollte keine mildere bzw. unterschiedliche Strafe für kriminelle Organisationen vorsehen²². Die Gleichstellung wurde mit der Bedienung derselben Mittel, dem Schädigungspotenzial und der Gefährlichkeit begründet²³. Zusätzlich wird erwähnt, dass dadurch keine Unterscheidung zwischen den beiden Organisationstypen erfolgen muss²⁴. Eine solche Gleichsetzung ist zu begrüßen. Zwar ist der bundesrätlichen Ausführung zum unmittelbaren Schadenspotenzial nichts entgegenzuhalten, jedoch berücksichtigt die Gleichstellung auch das mittel- bis langfristige Schädigungspotenzial einer kriminellen Organisation. Dieses kann durch langjährige Aktivität für Gesellschaft und Staat auch grösser sein und hat typischerweise im Vergleich zu einem terroristischen Ereignis eine schleichende Entwicklung. Dass im Einzelfall der Unrechtsgehalt der Beteiligung an einer weniger gefährlichen kriminellen Organisation tiefer ist, kann vom Gesetzesanwender im Rahmen der zu erteilenden Strafe entsprechend berücksichtigt werden.

2. Konkurrenz

Die Anhebung des Strafrahmens hat auch eine Auswirkung auf die Konkurrenzfrage. Nach dem Asperationsprinzip geht die Strafe mit der höheren Höchststrafe vor²⁵. Bei der Terrorismusfinanzierung (Art. 260^{quinquies} StGB) ging ein Teil der Lehre in Anlehnung an die Botschaft davon aus, dass Art. 260^{quinquies} StGB ein subsidiärer Auffangtatbestand zu Art. 260^{ter} StGB ist²⁶. Auf der anderen Seite wird Art. 260^{quinquies} StGB als *lex specialis* angesehen²⁷. Der wesentliche Unterschied der beiden Artikel lag darin, dass die Terrorfinanzierung den *dolus eventualis* ausdrücklich ausschloss²⁸. Der Gesetzgeber sieht somit die finanzielle Unterstützung von terroristischen Organisationen²⁹ als schwerer an und zeigt

²¹ Botschaft strafrechtliches Instrumentarium, 6473.

²² Dritte Abstimmung Art. 260^{ter}, AB 2020 S 77; Abstimmung Art. 260^{ter}, AB 2020 N 1004 f.

²³ Votum Burkart (Ständerat), AB 2020 S 73; Votum Burkart (Ständerat), AB 2020 S 73.

²⁴ Votum Burkart (Ständerat), AB 2020 S 73.

²⁵ Art. 49 Abs. 1 StGB; TRECHSEL/SEELMANN, in: BSK StGB, Art. 49, N. 8.

²⁶ FORSTER, Finanzierung, 446 f.; VEST, in: SHK, Art. 260^{ter}, N. 73; ENGLER, in: BSK StGB, Art. 260^{ter}, N. 22; PAJAROLA/OEHEN/THOMMEN, in: Komm. KV/KO-II, Art. 260^{ter} StGB, N. 549; LIVET/DOLIVO-BONVIN, in: CR CP, Art. 260^{quinquies}, N. 32; STRATENWERTH/BOMMER, § 40, N. 52.

²⁷ PIETH, 255; differenzierend DONATSCH/THOMMEN/WOHLERS, 221; VEST, in: SHK, Art. 260^{quinquies}, N. 34, 38.

²⁸ Art. 260^{quinquies} Abs. 2 StGB.

²⁹ Im Sinne von Art. 260^{ter} StGB, nicht gemeint sind schwächer strukturierten terroristischen Gruppierungen nach Art. 260^{quinquies} StGB, krit. dazu FORSTER, Finanzierung, 440 f.

dies nicht nur in Form von leichteren subjektiven Merkmalen³⁰. Die Daseinsberechtigung der Terrorismusfinanzierung beschränkt sich somit weiterhin auf Einzeltäter und die damit verbundene Rechtshilfe³¹. Mit dem höheren Strafraumen ist die Konkurrenzfrage spätestens jetzt eindeutig beantwortet³².

Da der Bundesrat zu Beginn einen Strafraumen von fünf Jahren vorsah, war die Konkurrenzfrage zur qualifizierten Geldwäscherei (Art. 305^{bis} Abs. 2 lit. a StGB) unproblematisch und verwies auf die bisherige Rechtsprechung³³. Für ein Mitglied, welches Geld wusch, ging Art. 305^{bis} StGB als Spezialität vor, da die Norm bereits den Unrechtsgehalt von Art. 260^{ter} aStGB erfasste³⁴. Für einen Unterstützer³⁵ war Art. 260^{ter} aStGB subsidiär, wonach bei unterstützender Geldwäscherei für eine kriminelle Organisation die mildere Strafe von drei Jahren zur Anwendung kam³⁶. Abgelehnt wurde die Idealkonkurrenz, wonach in Anwendung des Asperationsprinzips ein Unterstützer einen höheren Strafraumen hätte als ein Mitglied³⁷. Die Geldwäscherei als Mitglied einer kriminellen oder terroristischen Organisation fasst in sich nicht mehr den gleichen Unrechtsgehalt des Organisationsdelikts ein, da die obere Strafgenze fünf Jahre tiefer liegt³⁸. Die qualifizierte Geldwäscherei – welche das Organisationsdelikt in sich fasst – wird milder bestraft als die alleinige Mitgliedschaft (Art. 260^{ter} StGB).

Nach der Rechtsprechung und Botschaft zu Art. 260^{ter} aStGB gilt eine grundlegende Subsidiarität von Art. 260^{ter} aStGB³⁹. Die aktuelle Botschaft relativiert diese Subsidiarität. Eine «*ausnahmslos parallele Anwendung*» soll nicht erfolgen⁴⁰, vielmehr ist die Subsidiarität als Ausnahme zu verstehen und echte Konkurrenz als Grundsatz anzunehmen. Die qualifizierte Geldwäscherei wird als ein Spezialfall genannt, wo der Unrechtsgehalt erfasst ist und eine Subsidiarität des Organisationstatbestands gilt⁴¹. Die terroristische Organisation und der bestimmende Einflussnehmer waren im Entwurf noch als qualifizierte Varianten ausgestaltet (Art. 260^{ter} E StGB), wofür der Bundesrat ausdrücklich echte Konkurrenz zu anderen Bestimmungen annahm. Damit wurde der höhere Unrechtsgehalt und Strafraumen der qualifizierten Varianten berücksichtigt⁴². Widersprüchlicher Weise wurde die terroristische Organisation dann aber doch in Art. 305^{bis} Ziff. 2 Abs. 2 lit. a E StGB erwähnt, was aber wohl nur als blinde Übernahme der Überschrift von Art. 260^{ter} StGB zu werten ist. Mit der Erhöhung des Strafraumens auf zehn Jahre für kriminelle Organisationen kann dieselbe Begründung zur Konkurrenz hierfür übernommen

³⁰ Wobei die Ausnahmen von Art. 260^{quinqies} Abs. 3 und 4 StGB gemäss Rechtsprechung auch für Art. 260^{ter} StGB gelten, siehe dazu unten Kap. § 2 I. B.

³¹ FORSTER, Finanzierung, 447; Botschaft strafrechtliches Instrumentarium, 6512.

³² Erneut bestätigend Botschaft strafrechtliches Instrumentarium, 6512 f.

³³ Botschaft strafrechtliches Instrumentarium, 6481 f., 6517.

³⁴ BGE 129 IV 271 E. 2.3.1 S. 273 f.; statt vieler FORSTER, Kollektive Kriminalität, 13.

³⁵ Art. 260^{ter} Ziff. 1 Abs. 2 aStGB.

³⁶ BGer 6S.229/2005 E. 1.2.3-1.4. m.H.a. SCHMID, 203.

³⁷ BGer 6S.229/2005 E. 1.4; siehe dazu CASSANI, in: CR CP, Art. 305^{bis}, N. 65.

³⁸ Vgl. BGE 129 IV 271 E. 2.3.1 S. 273 f.; VEST, in: SHK StGB, Art. 260^{ter}, N. 72; siehe auch Botschaft strafrechtliches Instrumentarium, 6482, 6512.

³⁹ BGE 137 IV 33 E. 2.5.1 S. 46 f.; Botschaft schweizerisches Strafgesetzbuch, 304.

⁴⁰ Botschaft strafrechtliches Instrumentarium, 6470; a.M. Vernehmlassung Stellungnahmen, KKJPD, 46 f.

⁴¹ Botschaft strafrechtliches Instrumentarium, 6481 f.

⁴² Botschaft strafrechtliches Instrumentarium, 6482.

werden. Der Unrechtsgehalt beider Organisationformen ist gleich hoch, womit sich die Frage stellt, ob nun echte Konkurrenz auch für kriminelle Organisationen gelten sollte.

Wenn man weiterhin unechte Konkurrenz annimmt mit Subsidiarität von Art. 260^{ter} StGB, dann würde man dem Spezialfall Rechnung tragen, der in der Botschaft noch vorgesehen wird⁴³ und eine weitgehende Obsoleszenz⁴⁴ von Art. 305^{bis} Ziff. 2 Abs. 2 lit. a StGB verhindern. Dabei sei so lange von Subsidiarität auszugehen, bis der Organisationstatbestand den Strafraumen von Art. 305^{bis} StGB nicht überschreiten würde⁴⁵. Bei Überschreitung des Strafraumens durch die Beteiligung ist aber im Sinne der «Sperrwirkung der milderer Norm»⁴⁶ die obligatorische Geldstrafe weiterhin zu verhängen⁴⁷. Dasselbe sollte dabei auch für die Unterstützung gelten, was unproblematisch erscheint, da das Strafmass nicht nur eine höhere Strafe für die Unterstützer vorsehen würde⁴⁸.

Zu einem ähnlichen Ergebnis gelangt man, wenn echte Konkurrenz zur kriminellen Organisation angenommen wird. Nach dem Asperationsprinzip geht man vom Organisationsdelikt als schwerere Straftat aus und erhöht diese angemessen bei gleichzeitiger Geldwäscherei. Die Sperrwirkung der obligatorischen Geldstrafe von Art. 305^{bis} StGB gilt hierbei auch für echte Konkurrenz⁴⁹. Die Erhöhung der Strafe scheint hier gerechtfertigt, denn neben des abstrakten Organisationsdelikts liegt auch eine konkret nachweisbare strafbare Handlung vor. Die echte Konkurrenz soll auch für die Unterstützungsvariante gelten, es sei denn, es handelt sich bei der Unterstützung durch Geldwäscherei um einen Tatbestand, der in Anlehnung an Art. 305^{bis} Abs. 1 StGB auf drei Jahre limitiert sein soll. So sah die Unterstützungsvariante von Art. 260^{ter} aStGB mit fünf Jahren ebenfalls einen höheren Strafraumen vor. Diese Abweichung war jedoch ausschliesslich der oben erwähnten Strafraumenanomalie geschuldet⁵⁰. Da die Unterstützung bei echter Konkurrenz keinen höheren Strafraumen aufweisen kann, fällt dieser Limitationsgrund weg. Eine Straferhöhung durch Art. 49 Abs. 1 StGB für Geldwäscherei zu Gunsten einer kriminellen oder terroristischen Organisation scheint gerechtfertigt, da ein Bezug zu einer hochgefährlichen Gruppierung besteht und die Geldwäscherei und Organisationsunterstützung unterschiedliche Rechtsgüter schützen⁵¹. Der Gesetzgeber sieht auch in der Unterstützung einen grundlegend höheren Unrechtsgehalt

⁴³ Fn. 41.

⁴⁴ Weiterhin wird eine obligatorische Geldstrafe neben der Freiheitsstrafe vorgesehen (Art. 305^{bis} Abs. 2 StGB); vgl. STRATENWERTH/BOMMER, § 57 N. 21 f., befürwortend, wonach die Geldwäscherei als situationsbedingte Ersatzlösung zur organisierten Kriminalität nur Probleme mit sich zog.

⁴⁵ Vgl. STRATENWERTH, § 18 N. 8; DONATSCH/THOMMEN/WOHLERS, 212 f., wonach echte Konkurrenz angenommen wird, sobald der Täter bei strafbaren Vorbereitungshandlungen (Art. 260^{bis} StGB) darüberhinausgehende Vorteile für die Organisation schafft.

⁴⁶ BGer 6B_483/2016 E. 3.5.1.

⁴⁷ SCHWARZENEGGER, 51 f.; ACKERMANN, in: BSK StGB, Art. 49, N. 69, 118c; vgl. STRATENWERTH, § 18 N. 14.

⁴⁸ Vgl. BGer 6S.229/2005 E. 1.4.

⁴⁹ ACKERMANN, in: BSK StGB, Art. 49, 118c.

⁵⁰ BGer 6S.229/2005 E. 1.4; VEST, in: SHK, Art. 260^{ter}, N. 72.

⁵¹ ENGLER, in: BSK StGB, Art. 260^{ter}, N. 24; STRATENWERTH/BOMMER, § 40 N. 34; TRECHSEL/VEST, in: PK StGB, Art. 260^{quinquies}, N. 8; So sah auch Art. 305^{bis} Ziff. 2 Abs. 2 lit. a aStGB als Qualifikation eine höhere Strafe vor.

vor⁵². Seltsam scheint nur, dass man zuerst von der Organisationsunterstützung als abstrakte Stärkung ausgeht und dann eine Straferhöhung mit dem konkreten Delikt nachzieht.

Angesichts der unzureichenden Berücksichtigung des Unrechtsgehalts von Art. 260^{ter} StGB und der Gleichstellung von kriminellen und terroristischen Organisationen ist zur Geldwäscherei von echter Konkurrenz auszugehen⁵³. Die Ausführungen zur ausnahmsweisen Subsidiarität von Art. 260^{bis} Abs. 1 E StGB in Zusammenhang mit den Spezialstrafnormen verlieren ihre Bedeutung, wenn die genannten Organisationen gleichgestellt werden⁵⁴. Gesamthaft scheint es, dass die Bedeutung der qualifizierten Geldwäscherei mit der Anhebung bzw. der Gleichsetzung des Strafrahmens vergessen wurde⁵⁵. Die Subsidiarität von Art. 260^{ter} StGB fällt weg und es ist von echter Konkurrenz auszugehen⁵⁶. Schlussendlich wird mit der Umlenkung auf den Unterstützungstatbestand der Begriff der Geldwäscherei von seiner Fehlinterpretation entlastet⁵⁷.

3. Definition von terroristischen Organisationen

Für die abstrakte Beschreibung einer terroristischen Organisation bediente man sich der bestehenden Definition in der Terrorismusfinanzierung nach Art. 260^{quinquies} Abs. 1 StGB, welche sich am Zweck orientiert. Gemäss Botschaft steht diese Definition *«im Einklang mit den Definitionen im internationalen Kontext»* und weist eine ausreichende Balance zwischen Bestimmtheitsgebot und Anwendungsweite auf⁵⁸. Die Ausschlussklauseln aus Art. 260^{quinquies} Abs. 3 und 4 StGB fanden ihren Weg nicht in die angepasste Bestimmung, wonach eine Finanzierung straffrei bleibt, *«wenn sie auf die Herstellung oder Wiederherstellung demokratischer und rechtsstaatlicher Verhältnisse oder die Ausübung oder Wahrung von Menschenrechten gerichtet ist»* (Abs. 3) oder wenn *«Handlungen unterstützt werden sollen, die nicht im Widerspruch mit den in bewaffneten Konflikten anwendbaren Regeln des Völkerrechts stehen»* (Abs. 4).

Die ausdrückliche Abgrenzung von Freiheits- und Widerstandskämpfern wurde in der Ratsdebatte angesprochen⁵⁹, fand jedoch nicht Eingang ins Gesetz. Im Zusammenhang mit den fehlenden Ausführungen in der Botschaft entsteht im ersten Moment der Eindruck, es liegt ein qualifiziertes Schweigen des Gesetzgebers vor⁶⁰. Wie auch bei der Terrorismusfinanzierung⁶¹ bürdet der Gesetzgeber – zu Recht –

⁵² Art. 260^{ter} Abs. 1 lit. b StGB.

⁵³ Die Anwendung des GwG sei dadurch keineswegs zu ändern.

⁵⁴ Fn. 42.

⁵⁵ Wohl auch bei VEST, in: PK StGB, Art. 260^{ter}, N. 18.

⁵⁶ Vgl. Fn. 40.

⁵⁷ FORSTER, Korrektur, 147 f.

⁵⁸ Botschaft strafrechtliches Instrumentarium, 6477.

⁵⁹ Votum Schlatter (Nationalrätin), AB 2020 N 989; Votum Porchet (Nationalrätin), AB 2020 N 998; Votum Marti (Nationalrätin), AB 2020 N 1000.

⁶⁰ Vernehmlassung Stellungnahmen, Universität Bern, 106, 121.

⁶¹ DONATSCH/THOMMEN/WOHLERS, 220; STRATENWERTH/BOMMER, § 40 N. 49; FORSTER, in: BSK IStrR, Art. 3 IRSG, N. 7 f.

den Gerichten die Aufgabe auf, eine Gruppierung als terroristisch einzustufen⁶². Sie sollen sich dabei neben Beschlüssen internationaler Gremien und «*Listen über terroristische Organisationen*» auch anderer Aspekte bedienen und eigene Erwägungen anstellen⁶³. Das Bundesgericht – wie auch die Vorinstanz – hat sich bereits vor der Änderung mit der Qualifikation von terroristischen Gruppen auseinandergesetzt und festgehalten, dass «(grundsätzlich) *extremistische Parteien, oppositionelle politische Gruppen sowie Organisationen, die mit angemessenen (nicht verbrecherischen) Mitteln um die politische Macht in ihrem Heimatland ringen oder einen Freiheitskampf gegen diktatorische Regime führen*» nicht als terroristische Organisationen gelten⁶⁴. Darüber hinaus werden an Rechtshilfeanträge, welche einen «*stark politisierten Kontext*» betreffen, erhöhte Anforderungen gestellt⁶⁵. Trotz der Einschränkung durch die Ausschlussklauseln besteht keine materielle Diskrepanz zwischen den Terrorismusbegriffen. Der Zweck von Art. 260^{ter} Abs. 1 StGB verlangt eine analoge Auslegung nach Art. 260^{quinquies} StGB, was eine «*Abgrenzung gegenüber nichtterroristischen militanten Freiheitskämpfern oder Bürgerkriegsparteien*» beinhaltet⁶⁶. Das Bundesgericht hat sich zur terroristischen Qualifikation im Zusammenhang mit Art. 260^{ter} aStGB insbesondere in den Fällen Liberation Tigers of Tamil Eelam (LTTE)⁶⁷ sowie PKK bzw. HPG⁶⁸ befasst⁶⁹ und folgt einer Auslegung nach Art. 260^{quinquies} StGB⁷⁰.

Im Hinblick darauf, dass der Bundesrat nur eine Nachzeichnung der Rechtsprechung durchführen will und keine massgebliche Änderung beabsichtigt⁷¹, ist davon auszugehen, dass er auch die bleibende Rechtsprechung unangetastet lassen will, was eine Abgrenzung betrifft, die den Ausschlussklauseln von Art. 260^{quinquies} Abs. 3 und 4 StGB entspricht. Damit ist höchstens von einem qualifizierten Schweigen in Bezug auf die Kodifikation von Ausschlussklauseln auszugehen⁷². Die Erschwerung der Terrorismusstrafbarkeit – insbesondere im Blick auf die internationale Strafverfolgung – kann der Botschaft nicht entnommen werden und entspricht nicht dem Ziel der Gesetzesanpassung⁷³. Eine unterschiedliche

⁶² Botschaft strafrechtliches Instrumentarium, 6477 f.; Gemäss Bundesgericht gehört die Abgrenzungsfrage «zu den schwierigsten Fragen des internationalen Strafrechts», BGE 130 II 337 E. 6 S. 344 f.; FORSTER, Freiheitskampf, 338; vgl. FORSTER, Abgrenzung, 213 ff.

⁶³ Botschaft strafrechtliches Instrumentarium, 6477 f.

⁶⁴ BGE 133 IV 58 E. 5.3.1 S. 70 m.H.; für eine Abgrenzung von militanten Widerstandskämpfern siehe FORSTER, Abgrenzung, 213 ff.

⁶⁵ BGE 146 IV 338 E. 4.5 S. 345 m.H.

⁶⁶ FORSTER, Finanzierung, 445.

⁶⁷ BGE 145 IV 470 S. 474 ff.

⁶⁸ BGE 146 IV 338 S. 345 ff., eine prima facie Prüfung im Rahmen der Rechtshilfe.

⁶⁹ Weniger problematisch für Organisationen wie Al-Kaida und Islamischer Staat, insbesondere mit der Einführung des VGAI, BGE 142 IV 175 E. 5.8 S. 191 f. m.H. (Al-Kaida); BGer 6B_1132/2016 E. 6.1 (Islamischer Staat); ARNOLD, 55.

⁷⁰ Fn. 64; vgl. FORSTER, Finanzierung, 445 m.H.

⁷¹ Botschaft strafrechtliches Instrumentarium, 6477, vgl. in Bezug auf die Unterstützung 6473.

⁷² Möglicherweise sah der Bundesrat im Hinblick auf die Rechtsprechung keinen Bedarf in einer ausdrücklichen gesetzlichen Ausnahmeregelung vor.; a.M. Vernehmlassung Stellungnahmen, Universität Bern, 106.

⁷³ Botschaft strafrechtliches Instrumentarium, 6428 ff.; Vgl. FORSTER, Finanzierung, 447.

Behandlung zwischen Finanzierung und Beteiligung/Unterstützung wäre stossend, womit von einem einheitlichen Terrorismusbegriff auszugehen ist⁷⁴.

Neben Art. 260^{ter} StGB bedient sich Art. 1 VGAI und neu Art. 74 NDG keiner direkten Zwecksdefinition, sondern greift auf Verbotserklärungen zurück, die auf einer Definition nach Art. 74 Abs. 1 NDG beruhen. Im Rahmen der gerichtlichen Prüfung kann kaum davon ausgegangen werden, dass es sich bei den verbotenen terroristischen Organisationen (Art. 74 NDG) um keine terroristische Organisation im Sinne von Art. 260^{ter} StGB handelt. Nach vorliegender Meinung ist die Verbotsliste für das Gericht sogar massgebend, sofern keine eindeutige und ausführliche Begründung entgegengehalten werden kann. So ist für Rechtshilfesuche die prima facie Prüfung⁷⁵ grösstenteils erledigt, wenn die fragliche Organisation vom Verbots- oder Sanktionsbeschluss der Vereinten Nationen erfasst ist (Art. 74 Abs. 2 NDG). Ziel der Terrorismusstraftaten ist immerhin die Verbesserung der internationalen Zusammenarbeit⁷⁶. Das Gericht soll sich aber dennoch kurz mit der betroffenen Organisation beschäftigen, insbesondere wenn es sich um eine Erstqualifikation handelt.

4. Unterstützung

a. Botschaft

Neben der Mitgliedschaft wurde eine Unterstützung in der verbrecherischen Tätigkeit einer kriminellen Organisation unter Strafe gestellt (Art. 260^{ter} Ziff. 1 Abs. 3 aStGB). Die neue Regelung von Art. 260^{ter} Abs. 1 lit. b StGB verzichtet auf das Kriterium des Verbrecherischen und verlangt nur die Unterstützung einer kriminellen oder terroristischen Organisation. Der Bundesrat begründete den Wegfall des verbrecherischen Bezugs mit der geltenden Rechtsprechung⁷⁷. Das Bundesgericht fasste bereits vorher den Begriff der verbrecherischen Unterstützung sehr weit. So ist kein unmittelbarer Zusammenhang zur verbrecherischen Tätigkeit erforderlich⁷⁸ und ein «gewisser Zusammenhang»⁷⁹ genügt. Auch die Stärkung des Potenzials einer Organisation kann eine Unterstützung darstellen, indem beispielsweise das finanzielle Potenzial mit Zufluss von Vermögenswerten gestärkt wird⁸⁰. Das zur Verfügung stellen einer Internetplattform zum Zwecke der Informationsübermittlung wurde ebenfalls als eine

⁷⁴ Es muss hingegen angemerkt werden, dass der Finanzierungstatbestand bei Organisationen keine Anwendung findet, siehe dazu oben Kap. § 2 I. A. 2.

⁷⁵ BGE 142 IV 175 E. 5.9 S. 192.

⁷⁶ Fn. 73.

⁷⁷ Botschaft strafrechtliches Instrumentarium, 6472.

⁷⁸ BGer 6B_240/2013 E. 6.4.

⁷⁹ BGer 6B_240/2013 E. 9.1.3.

⁸⁰ BGer 6B_238/2013 E. 6.11.

Unterstützungshandlung im Sinne des Gesetzes qualifiziert⁸¹. Die Weite des alten Wortlauts ist zugleich aus der vorherigen Botschaft ersichtlich⁸².

Gemäss Botschaft zum neuen Gesetz ist «*jeder massgebliche Beitrag zur Stärkung der Organisation*» und jegliche Handlung «*mit der das Gefährdungspotenzial der Organisation erhöht werden kann*», eine Unterstützungshandlung im Sinne des Artikels⁸³. Damit ist der Artikel weit gefasst. Neben der Rechtsprechung⁸⁴ werden beispielhaft die Vermietung von Räumlichkeiten⁸⁵ und Beschaffung von legalen Substanzen zwecks Weiterverarbeitung genannt⁸⁶. Für die Abgrenzung zur deliktischen Unterstützung im Einzelfall sind weiterhin neben der allgemeinen Eignung auch Charakteristik, Qualität und Quantität der Handlung zu prüfen⁸⁷. Diese Kriterien können gleichzeitig auch für die Bestimmung des Strafmasses beigezogen werden. Dennoch bleibt die materielle Abgrenzung schwierig und muss im Einzelfall vom Rechtsanwender geprüft werden⁸⁸.

b. Ratsdiskussion zur Abgrenzung

In den Ratsdebatten wurden die berechtigten Abgrenzungsfragen zum Unterstützungsbegriff mit dem fehlenden Vorsatz erklärt, was zu einer Straffreiheit führt⁸⁹. Das subjektive Tatbestandselement darf nicht mit dem materiellen Unterstützungsbegriff vermischt werden. So sind harmlose Alltagshandlungen, die zu einer verschwindend geringen Förderung einer Organisation führen können, von der strafbaren Unterstützungshandlung auszunehmen, unabhängig vom subjektiven Tatbestand. Zur Grenzziehung zwischen deliktischen Unterstützungshandlungen und sozialadäquaten Alltagshandlungen wird das Kriterium, ob eine Handlung objektiv im Sinne der Organisation verstanden werden kann, vorgeschlagen⁹⁰. Die Beantwortung dieses Elements sei durch die folgende Vermutung zu erleichtern: «*Je wichtiger die Unterstützung für die kriminelle Organisation ist, desto näher liegt die Annahme, auch die verbrecherischen Ziele seien mit gefördert*»⁹¹. Ein solches objektives Kriterium für die Unterstützung ist auch deshalb geschuldet, weil die Beteiligung ebenfalls einen Mindestbezug zur Organisation

⁸¹ BGer 6B_645/2007 E. 7.3.3.2.

⁸² Botschaft schweizerisches Strafgesetzbuch, 301 («*entscheidenden Beitrag zur Stärkung krimineller Organisationen leisten*», «*die Unterstützung des kriminellen Handlungsziels*» und «*Verhaltensweisen, welche in hohem Masse dazu beitragen, die Funktionsfähigkeit der Verbrechensorganisation zu stärken*»).

⁸³ Botschaft strafrechtliches Instrumentarium, 6472.

⁸⁴ BGE 133 IV 58 E. 5.3.1 S. 71; 128 II 355 E. 2.4 S. 362.

⁸⁵ Präzisierend konspirative Räumlichkeiten, vgl. dazu DONATSCH/THOMMEN/WOHLERS, 210.

⁸⁶ Botschaft strafrechtliches Instrumentarium, 6472.

⁸⁷ Botschaft strafrechtliches Instrumentarium, 6472.

⁸⁸ Zumal jede Handlung gegenüber den Mitgliedern im weitesten Sinne eine Organisation fördert, vgl. dazu PAJAROLA/OEHEN/THOMMEN, in: Komm. KV/KO-II, Art. 260^{ter} StGB, N. 366; Die zurückhaltende Stellungnahme zu den konkreten Abgrenzungen des materiellen Unterstützungsbegriffs mag der Absicht geschuldet sein, dass der Rechtsanwender diese Abgrenzung vollziehen soll und keine Fälle eindeutig vorweggenommen werden (ausser Abs. 2, vgl. Kap. § 2 I. B).

⁸⁹ Votum Keller-Sutter (Bundesrätin), AB 2020 N 1002; Votum Jositsch (Ständerat, für die Sicherheitspolitische Kommission), AB 2020 S 74 f.; Votum Burkart (Ständerat), AB 2020 S 73.

⁹⁰ ARZT, in: Komm. EOVG-I, Art. 260^{ter}, N. 169; GODENZI, 354 ff.; PAJAROLA/OEHEN/THOMMEN, in: Komm. KV/KO-II, Art. 260^{ter} StGB, N. 441.

⁹¹ ARZT, in: Komm. EOVG-I, Art. 260^{ter}, N. 169.

aufweisen muss⁹². Im Lichte der neuen bundesrätlichen Botschaft lässt sich das Kriterium, ob eine Handlung objektiv für eine Organisation verstanden werden kann und dessen Vermutungselement der Wichtigkeit, unter die erwähnte Eignung, Charakteristik, Qualität und Quantität subsumieren. Einer Alltagshandlung, die sich an Mitglieder der Organisation richtet (und damit allenfalls bis zu einem gewissen Grad an die Organisation) oder an scheinlegale Betriebe, fehlt es grundsätzlich an der Charakteristik und Eignung, die Organisation signifikant zu unterstützen. Sie vermag zudem in ihrer Intensität, bestehend aus Qualität und Quantität, keine nennenswerte Förderung zu bewirken. Die Alltagshandlung scheint gleichzeitig derart unwichtig zu sein, dass die Vermutung eines Organisationsbezugs fehlt. Diese Merkmale müssen im jeweiligen Kontext betrachtet werden. Isoliert kann eine Alltagshandlung die Kriterien nicht erfüllen, stellt jedoch aufgrund der kontextualen Besonderheiten objektiv eine deliktische Handlung dar, welche wichtig für die Organisation ist. Fehlt es an einer ausreichend schweren Kombination von Eignung, Charakteristik und Intensität, so kann nicht von einer Handlung im Sinne der Organisation gesprochen werden.

In den Ratsdebatten wurden Angestellte und Dienstleistungserbringer für scheinlegale Betriebe genannt, wie beispielsweise der Pizzaiolo⁹³ oder die Reinigungskraft⁹⁴. Dienstleistungserbringer und Angestellte sind dabei nicht eindeutig getrennt worden, was aber für die Abgrenzung des Unterstützungsbegriffs relevant ist⁹⁵. Die externe Reinigungskraft und der Taxifahrer haben mit ihren Dienstleistungen nicht die nötige Charakteristik, welche der Förderung einer kriminellen oder terroristischen Organisation dient. Es fehlt ihnen an einer grundlegenden Eignung, dass die erbrachte Dienstleistung die kriminelle Organisation massgeblich fördert⁹⁶. Auch wenn man annehmen würde, dass die Handlung im weitesten Sinne das finanzielle Potenzial stärkt, so fehlt es dennoch an der Intensität, um eine objektive Unterstützung zu begehen, unabhängig vom subjektiven Tatbestand⁹⁷. Die Tätigkeit kann gesamthaft nicht als Handlung für eine kriminelle Organisation verstanden werden. Ein fest angestellter Pizzaiolo ist hingegen stärker in den scheinlegalen Aktivitäten integriert. Aus den Ratsdebatten kann nicht eindeutig entnommen werden, ob Angestellte solcher Betriebe ausgenommen sind⁹⁸. Gesamthaft fehlt es jedoch an einer

⁹² Vgl. GODENZI, 331 f.

⁹³ Votum Zopfi (Ständerat), AB 2020 S 74; Votum Jositsch (Ständerat, für die Sicherheitspolitische Kommission), AB 2020 S 75; Votum Porchet (Nationalrätin), AB 2020 N 992.

⁹⁴ Votum Schlatter (Nationalrätin), AB 2020 N 989; Votum Keller-Sutter (Bundesrätin), AB 2020 N 1002; Votum de Quattro (Nationalrätin), AB 2020 N 1004.

⁹⁵ Vgl. ARZT, in: Komm. EOVG-I, Art. 260^{ter}, N. 170.

⁹⁶ Vgl. PAJAROLA/OEHEN/THOMMEN, in: Komm. KV/KO-II, Art. 260^{ter} StGB, N. 438; gl.M. im Zusammenhang mit den genannten Beispielen ARZT, in: Komm. EOVG-I, Art. 260^{ter}, N. 170; GODENZI, S. 320.

⁹⁷ Bundesrätin Keller Sutter verneint die Strafbarkeit mithilfe des subjektiven Tatbestands, definiert jedoch die Unterstützung kurz danach als Förderung der Gefährlichkeit, vgl. Votum Keller-Sutter (Bundesrätin), AB 2020 N 1002.

⁹⁸ So ist nach Jositsch ein Angestellter in einem Geldwäschereibetrieb ein Unterstützer im Sinne des Gesetzes, Votum Jositsch (Ständerat, für die Sicherheitspolitische Kommission), AB 2020 S 75; Nationalrätin Marti verweist auf Aussagen der Kommission, wonach Servicefachangestellte und Pizzaiolos nicht als Unterstützer gelten, Votum Marti (Nationalrätin), AB 2020 N 1000; Nationalrat Tuena bestätigt, dass Arbeitende in Geldwäschereibetrieben nicht erfasst sind, verweist jedoch auf die ausweichende Stellungnahme von Bundesrätin Keller-Sutter, Votum Tuena (Nationalrat, für die sicherheitspolitische Kommission), AB 2020 N 1004.

genauen Unterscheidung zwischen dem objektiven Unterstützungstatbestand und dem subjektiven Tatbestand. Die Abgrenzungsproblematik ist nicht zuletzt auch dem Wesen der angesprochenen Organisationen geschuldet⁹⁹. Bei Angestellten stellt sich die Frage, inwiefern sie eine aktive Rolle bei der Aufrechterhaltung der scheinlegalen Fassade einnehmen¹⁰⁰. Ist ihr Handeln lediglich auf ihre typische Arbeit begrenzt und nehmen sie keine unmittelbaren Tätigkeiten zur kriminellen Tätigkeit ein, so sollen sie grundsätzlich nicht vom Unterstützungsbegriff erfasst werden¹⁰¹. Wobei die Dauer des Anstellungsverhältnisses unter dem Kriterium der Quantität berücksichtigt werden kann und mit zunehmender Dauer eher die Vermutung des Handelns für die Organisation anzunehmen ist.

c. Wertung

Mit dem Bundesbeschluss vom 25. September 2020 wurde neben der Gesetzesänderung auch die Aufhebung des Bundesgesetzes über das Verbot der Gruppierungen «Al-Qaïda» und «Islamischer Staat» sowie verwandter Organisationen bestimmt¹⁰². Dieses Gesetz bildete mit der Unterstützungsstrafnorm Art. 2 Abs. 1 VGAI eine Spezialregelung zu Art. 260^{ter} aStGB¹⁰³. Der Artikel ging mit konkreten Aufzählungen und den Worten «*oder ihre Aktivitäten auf andere Weise fördert*»¹⁰⁴ weiter als derjenige von Art. 260^{ter} Ziff. 1 Abs. 2 aStGB. Die Auslegungsweite des Unterstützungsbegriffs als grosszügige Annahme der Tatnähe wurde in Verbindung mit dem Bestimmtheitsgebot kritisiert¹⁰⁵ und ein herrschendes Spannungsfeld vom Bundesgericht anerkannt¹⁰⁶. Im betroffenen Fall ging es um eine Auslandsreise in ein Kriegsgebiet und der damit verbundenen inspiratorischen Wirkung¹⁰⁷. Der Wortlaut der neuen Strafnorm Art. 260^{ter} Abs. 1 lit. b StGB gerät nahe an den von Art. 2 Abs. 1 VGAI und nähert sich gleichzeitig an die Problematik mit dem Bestimmtheitsgebot (Art. 1 StGB). Gemäss der Botschaft liegt der Zweck der Änderung in einer Beseitigung von Fehlinterpretationen aufgrund des Wortlauts. Eine solche Fehlinterpretation sei auch im GAFI-Rapport entstanden¹⁰⁸. Der GAFI-Rapport weist auf eine Gesetzeslücke im Zusammenhang mit dem internationalen Übereinkommen zur Bekämpfung der Finanzierung des Terrorismus (BFT) hin. Die Lücke betrifft den Umfang der Handlungen, wobei nicht alle Handlungen der Terrorismusfinanzierung im Sinne des internationalen Übereinkommens zur Bekämpfung

⁹⁹ Vgl. GODENZI, 285 ff.

¹⁰⁰ Organisationsmitglieder die ausschliesslich als Angestellte in den scheinlegalen Betrieben arbeiten, sind bereits aufgrund der Mitgliedschaft zu bestrafen. Sie sind nicht Teil des Adressatenkreis des Unterstützungsdelikts, vgl. dazu PAJAROLA/OEHEN/THOMMEN, in: Komm. KV/KO-II, Art. 260^{ter} StGB, N. 420; TRECHSEL/VEST, in: PK StGB, Art. 260^{ter}, N. 10.

¹⁰¹ Teilweise a.M. mit spezifischeren Beispielen ARZT, in: Komm. EOVG-I, Art. 260^{ter}, N. 170.

¹⁰² Bundesbeschluss strafrechtliches Instrumentarium, 7892.

¹⁰³ BStrG SK.2016.9 E. II.1.15.

¹⁰⁴ Krit. POPP/BERKEMEIER, in: BSK StGB, Art. 1, N. 47.

¹⁰⁵ ENGLER, in: BSK StGB, Art. 260^{ter}, N. 33 f.

¹⁰⁶ BGer 6B_948/2016 E. 4.2.1.

¹⁰⁷ Siehe näher unten Kap. § 2 II. D. 1. § 2II.D.1

¹⁰⁸ Vgl. Botschaft strafrechtliches Instrumentarium, 6472.

der Finanzierung des Terrorismus (Art. 2 Abs. 1 BFT) erfasst sind¹⁰⁹. So ist der Diebstahl von Nuklearmaterial oder die Behinderung des Luftverkehrs ohne die Anwendung von Gewalt keine terroristische Handlung im Sinne von Art. 260 aStGB. Die Finanzierung einer Organisation, welche derartige Handlungen vollzieht, bilde demnach keine Unterstützung im Sinne von Art. 260 Ziff. 1 Abs. 2 aStGB¹¹⁰. Es fehle an einem Strafartikel, der die Finanzierung von Einzelterroristen, also denjenigen die ausserhalb einer Organisation agieren, unter Strafe stellt. Zuletzt falle die Beschaffung von Mitteln als Handlung nicht unter den Unterstützungsbegriff, da die Unterstützung mit Finanzmitteln erst nach der Beschaffung erfolgt¹¹¹. Einzig die zuletzt aufgezählte «Lücke» vermag durch die Empfehlung der GAFI behoben werden, indem der mittelbare und unmittelbare Bezug zur verbrecherischen Tätigkeit aufgehoben wird¹¹². Es müsse die Verbindung zwischen der Finanzierungshandlung (Sammeln) und der terroristischen Handlung oder den vorbereitenden Handlungen getrennt werden¹¹³.

Aus der Botschaft ist keine Zustimmung zum GAFI Rapport zu entnehmen¹¹⁴, es wird viel mehr darauf verwiesen, dass die Rechtsprechung in der Auslegung bereits genügend weit gehe, indem mittelbare Unterstützungshandlungen erfasst sind¹¹⁵. Der Bundesrat betont im Zusammenhang mit den kritischen Stellungnahmen aus dem Vernehmlassungsverfahren¹¹⁶, dass es sich hierbei um eine Nachzeichnung der (vor)bestehenden Rechtsprechung handelt und die Ausweitung keine Folgeabsicht der Änderung ist. Gleichzeitig werden im Anschluss materielle Abgrenzungskriterien genannt¹¹⁷. Damit ist der Sinn der Änderung nicht als Ausweitung der Strafnorm zu verstehen¹¹⁸.

Während der Vernehmlassung wurde die Beweisbarkeit von Art. 260^{ter} StGB angesprochen. Mit der Streichung des Kriteriums des Verbrecherischen, wird im Sinne der Praktiker die Beweisbarkeit und Strafverfolgung vereinfacht, da dieses Kriterium nicht mehr bewiesen werden muss¹¹⁹. Bundesrätin Keller-Sutter verweist auf den bundesgerichtlichen Entscheid im Zusammenhang mit der Organisation Liberation Tigers of Tamil Eelam. Es kam zu Freisprüchen, da es der *«Bundesanwaltschaft nicht in ausreichender Art und Weise gelungen ist nachzuweisen, dass die finanzielle Unterstützung den terroristischen Tamil Tigers zukommt»*¹²⁰. Die Strafverfolgungsbehörde habe Schwierigkeiten mit dem

¹⁰⁹ Die mittelbare finanzielle Unterstützung von terroristischen Gruppierungen ausserhalb des VGAI sei nicht von Art. 260^{ter} Ziff. 1 Abs. 2 aStGB erfasst und damit nicht gänzlich im Einklang mit Art. 2 Abs. 1 BFT, GAFI, 178-180.

¹¹⁰ GAFI, 179.

¹¹¹ GAFI, 179 f.

¹¹² Vgl. GAFI, 255.

¹¹³ GAFI, 179; krit. TODESCHINI, N. 118.

¹¹⁴ Botschaft strafrechtliches Instrumentarium, 6472 (*«Fehlinterpretation, wie das Länderexamen der GAFI gezeigt hat»*; *«Dessen ungeachtet folgerte die GAFI, dass das schweizerische Recht eine kleine Lücke aufweise»*).

¹¹⁵ A.M. betreffend Interpretation der bundesrätlichen Ausführungen, JOSITSCH/POULIKAKOS, N. 13, mit Verweis auf BGer 6B_645/2007 E. 7.3.3.2.

¹¹⁶ Bericht Ergebnis Vernehmlassung, 5 Fn. 8.

¹¹⁷ Botschaft strafrechtliches Instrumentarium, 6473.

¹¹⁸ GL.M. VEST, in: PK StGB, Art. 260^{ter}, N. 10; a.M. JOSITSCH/POULIKAKOS, N. 13; TODESCHINI, N. 102.

¹¹⁹ Votum Keller-Sutter (Bundesrätin), AB 2020 S 75; Votum Burkart (Ständerat), AB 2020 S 74.

¹²⁰ Votum Keller-Sutter (Bundesrätin), AB 2020 S 76.

Nachweis von verbrecherischen Tätigkeiten im Ausland¹²¹. Das Bundesgericht hat in seinem Entscheid vom 8. November 2019 festgehalten, dass es sich bei der LTTE nicht um eine Organisation im Sinne von Art. 260^{ter} aStGB handelt und deshalb kam es zu keinen Verurteilungen¹²². Der angesprochene Beweis hätte sich damit auf direkten und vorsätzlichen Geldfluss an terroristische Randgruppierungen¹²³ der LTTE richten müssen¹²⁴. Zu einer Verurteilung wäre es auch nach dem neuen Art. 260^{ter} StGB nicht gekommen, da die Beweisbarkeit von Mittelfluss an terroristische Randgruppen nicht erleichtert wird. Gesamthaft scheint die Änderung weiterhin nur eine Anpassung des Wortlauts zu bleiben.

Bundesrätin Keller-Sutter verweist des Weiteren auch auf allfällige Schlupflöcher von Dschihad-Kämpfern, welche sich durch ihre Arbeit in der Küche und Logistik befreien könnten¹²⁵. Die Besorgnis mit den straffreien Dschihad-Rückkehrern, die sich von einer Strafe befreien, indem sie «nur» Rollen in der Logistik oder Mahlzeitenversorgung einnahmen, überzeugt nicht. Die Dschihad-Rückkehrer können im Zusammenhang mit ihren Absichten im wahrsten Sinne des Wortes als Rückkehrer aus dem heiligen Krieg bezeichnet werden¹²⁶. Logistik und Versorgung sind fundamentale Faktoren für eine erfolgreiche Kriegsführung¹²⁷. Es kann daher als Stärkung einer terroristischen Organisation oder als Beteiligung an einem terroristischen Grossprojekt angesehen werden¹²⁸. Des Weiteren stellt sich auch die Frage, ob dann nicht bereits der Tatbestand der Beteiligung erfüllt ist. Beispiele wie diese bieten keinen Mehrwert. Zum einen wird wiederholt erwähnt, dass die Gesetzesanpassung nur eine Nachzeichnung der Rechtsprechung ist, gleichzeitig werden Fälle als Argumente für eine Änderung genannt, die unter der alten Rechtsprechung ohnehin unter Strafe gestanden hätten.

5. Kriterium der Geheimhaltung

Die alte Fassung enthielt das Tatbestandskriterium der Geheimhaltung. Eine Organisation muss den Aufbau und die personelle Zusammensetzung geheim halten, um als Organisation im Sinne von Art. 260^{ter} aStGB qualifiziert zu werden. Die Unterkriterien des Aufbaus sind sodann Rollenverteilung, Befehlsstrukturen und Beziehungsnetz. Die personelle Zusammensetzung bezieht sich auf den Kreis der Beteiligten, ihre Funktion und die hierarchische Stellung¹²⁹. Gesamthaft wird eine qualifizierte

¹²¹ Votum Keller-Sutter (Bundesrätin), AB 2020 S 75 f.

¹²² BGE 145 IV 470 E. 4.8 S. 489 f.; krit. zur Begründung BOMMER, 521.

¹²³ Einzelterroristen wären nicht erfasst gewesen, da eine Organisation eine Personenmehrheit bilden muss, TRECHSEL/VEST, in: PK StGB, Art. 260^{ter}, N. 4.

¹²⁴ Votum Keller-Sutter (Bundesrätin), AB 2020 S 76.

¹²⁵ Votum Keller-Sutter (Bundesrätin), AB 2020 S 76, wobei Art. 2 Abs. 1 VGAI und Art. 74 Abs. 4 NDG ausgeblendet werden.

¹²⁶ Daneben gibt es auch eine nichtmilitärische Auslegung des Dschihadbegriffs, vgl. Dudenredaktion, Dschihad, 451.

¹²⁷ Auch in der Schweizer Armee widmen sich ganze Einheiten der Logistik und der Verpflegung von Kampftruppen. Sie sind nicht wegzudenken.

¹²⁸ Vgl. TPF 2018 22 E. 2.4.3 S. 26.

¹²⁹ DONATSCH/THOMMEN/WOHLERS, 208.

systematische Verheimlichung verlangt, die sich insbesondere gegen die Strafverfolgungsorgane richtet¹³⁰. Gemäss Botschaft soll damit «*die klare Abgrenzung legaler Vereinigungen, in deren Bereich gelegentlich auch Delikte begangen werden, von der kriminellen Organisation*» sichergestellt werden¹³¹. Des Weiteren gelten diese Geheimhaltungsanstrengungen aus kriminalpolitischer Sicht als verpönt, da dadurch die Gefährlichkeit der Organisation gesteigert und die Strafverfolgung erschwert wird¹³².

Der neue Art. 260^{ter} StGB verlangt keine Geheimhaltung. Mit dem Verzicht auf das Kriterium wollte der Bundesrat die Arbeit der Strafverfolgung erleichtern und zu Gunsten der internationalen Strafrechtshilfe anpassen. Dabei soll der Eingriff in die Norm minimal sein und die Bestimmtheit des Artikels kaum eingeschränkt werden. Gleichzeitig wird aber betont, dass die Strafbestimmungen nur auf Personenzusammenschlüsse mit einem hohen Gefährdungspotenzial Anwendung finden und wo die Strafverfolgungsbehörden aufgrund der organisationsbedingten Vorteile nur schwer nachkommen können. Somit bleiben bei der Bestimmung einer kriminellen Organisation Kriterien wie Arbeitsteilung, Hierarchie, Professionalität, Durchsetzungsmechanismen und Dauer weiterhin Typisierungsmerkmale¹³³.

Mit dieser Änderung will der Bundesrat der Kritik aus der Lehre und Praxis folgen¹³⁴. Bereits im Zusammenhang mit der ersten Fassung wurde das Geheimhaltungskriterium als nicht praktikabel bezeichnet¹³⁵. ARZT begründet dies mit einem unverhältnismässigen Aufwand, welcher der Strafverfolgungsbehörde im Zusammenhang mit dem Beweis des Tatbestandselement erwächst¹³⁶. Es liegt in der Natur der Geheimhaltung, dass die Beweisbarkeit erschwert wird¹³⁷. Dies hat auch der Gesetzgeber erkannt und verlangt keinen vollständigen Beweis der qualifizierten Geheimhaltung, stattdessen bedarf es positiven Indizien, die auf eine Abschottung schliessen lassen¹³⁸. Aber auch eine Indizienerforschung zur Organisation kann mit einem hohen Untersuchungsaufwand verbunden sein. Des Weiteren entsteht eine zusätzliche Hürde für Rechtshilfesuche. Im Sinne der beidseitigen Strafbarkeit muss im jeweiligen Sachverhalt das Geheimhaltungskriterium erfüllt sein¹³⁹. VEST sieht grundsätzliche Abgrenzungsprobleme in den Untermerkmalen und wann genau eine systematische Abschottung vorliegt¹⁴⁰. Der Tatbestand wird gesamthaft mit dem Kriterium zwar enger geschnitten, jedoch bedeutet dies nicht, dass er damit klarer wird¹⁴¹.

¹³⁰ BGE 132 IV 132 E. 4.1.1 S. 134; 133 IV 235 E. 4.2 S. 239; DONATSCH/THOMMEN/WOHLERS, S. 208.

¹³¹ Botschaft schweizerisches Strafgesetzbuch, 298.

¹³² ENGLER, in: BSK StGB, Art. 260^{ter}, N. 8; Botschaft strafrechtliches Instrumentarium, 6471.

¹³³ Botschaft strafrechtliches Instrumentarium, 6471 f.

¹³⁴ Vgl. Botschaft strafrechtliches Instrumentarium, 6471.

¹³⁵ ARZT, 1189; VEST, Organisierte Kriminalität, 145; DEL PONTE, 244; ROULET, 126; a.M. PIETH, 235 f., der für die Beibehaltung des Kriteriums spricht unter der Berücksichtigung einer sinnvollen Interpretation der *ratio legis*.

¹³⁶ ARZT, 1189.

¹³⁷ PAJAROLA/OEHEN/THOMMEN, in: Komm. KV/KO-II, Art. 260^{ter} StGB, N. 343 f.

¹³⁸ Botschaft schweizerisches Strafgesetzbuch, 298 f.

¹³⁹ ARZT, in: Komm. EOVG-I, Art. 260^{ter}, N. 138 f.; POPP, N. 196 ff.; DONATSCH et al., 96 ff.

¹⁴⁰ VEST, Organisierte Kriminalität, 145.

¹⁴¹ Vgl. ARZT, 1189.

In den Ratsdebatten wurde dem Geheimhaltungskriterium kaum Beachtung geschenkt¹⁴². Auch die jüngeren Lehrmeinungen vor der Gesetzesänderung begrüssen einen Verzicht auf das Kriterium¹⁴³. TODESCHINI führt aus, dass die Tauglichkeit des Elements in Bezug auf terroristische Organisationen ungeeignet ist, da die äussere Geheimhaltung den Aufmerksamkeitsabsichten von Terrororganisationen entgegensteht¹⁴⁴. Mit den Unterkriterien der personellen Zusammensetzung und des Aufbaus lässt sich weiterhin eine qualifizierte Geheimhaltung begründen¹⁴⁵. Denn neben Einzelaktionen oder dem geplanten Auftritt nach aussen, werden keine detaillierten Daten zur inneren Struktur, der Aufgabenverteilung oder dem Partnernetzwerk publiziert.

Kriminelle Organisationen sollen nicht über einen komplexen Geheimhaltungsbegriff von den gewöhnlichen Unternehmen und Gruppierungen abgegrenzt werden, stattdessen bildet der Zweck der Organisation das Hauptkriterium der Abgrenzung¹⁴⁶. Wenn der Zweck der Organisation der gesetzlichen Definition einer kriminellen oder terroristischen Organisation entspricht, dann ist im Rahmen der Gesamtpflicht grundsätzlich bereits der Tatbestand erfüllt und die Straftat genügend eingegrenzt. Auch die bisherigen Unterkriterien der Geheimhaltung stehen weiter als Typisierungsmerkmale zur Verfügung, um unklare Fälle auszuschliessen¹⁴⁷. Des Weiteren wird die Strafverfolgungsbehörde dahingehend entlastet, dass sie nicht mehr ein Tatbestandsmerkmal zu beweisen hat, das ohnehin nicht als eigentliches Abgrenzungselement in den jeweiligen Fällen zur Anwendung kommt. Damit ist der Wegfall des Geheimhaltungskriteriums zu begrüssen.

B. Ausnahmeregelung: Humanitäre Organisationen

Im Rahmen des Vernehmlassungsverfahrens äusserten diverse Vereinigungen Bedenken in Bezug auf die Qualifikation von humanitärer Hilfe als Unterstützung einer terroristischen Organisation im Sinne von Art. 260^{ter} Abs. 1 lit. b StGB¹⁴⁸. Gemäss der Stellungnahme der Universität Genf verstiesse man mit der damaligen Formulierung gegen Art. 3 Ziff. 2 des Genfer Abkommen (IV) über den Schutz von Zivilpersonen in Kriegszeiten¹⁴⁹ vom 12. August 1949¹⁵⁰. Der neue Wortlaut der Unterstützung birgt die Gefahr, dass sich Personen von humanitären Organisationen wie dem IKRK im Rahmen der humanitären Hilfe des Art. 260^{ter} Abs. 1 lit. b StGB strafbar machen. Der Wortlaut deckt sich mit der vom IKRK

¹⁴² Vgl. AB 2020 S 71 ff.; AB 2020 N 986 ff.

¹⁴³ JOSITSCH/POULIKAKOS, N. 11; TODESCHINI, N. 100; ablehnend hingegen VEST, Terrorismusbekämpfung, 330.

¹⁴⁴ TODESCHINI, N. 100.

¹⁴⁵ BGE 129 IV 271 E. 2.3.1 S. 274; STRATENWERTH/BOMMER, § 40 N. 22;

¹⁴⁶ ROULET, S. 139; VEST, in: SHK, Art. 260^{ter}, N. 31; Stratenwerth/Bommer, § 40 N. 23; PAJAROLA/OEHEN/THOMMEN, in: Komm. KV/KO-II, Art. 260^{ter} StGB, N. 345; vgl. SCHLOENHARDT, 206 f.

¹⁴⁷ Fn. 133.

¹⁴⁸ Bericht Ergebnis Vernehmlassung, 5 f., 17 m.H.a. Vernehmlassung Stellungnahmen, Amnesty International, 4; Demokratische Juristinnen und Juristen Schweiz, 23; grundrechte.ch, 33-35; humanrights.ch, 43; Universität Genf, 129-131.

¹⁴⁹ Derselbe Artikel auch für die übrigen drei Genfer Konventionen vom 12. August 1949. Die vier Genfer Abkommen werden nachfolgend mit GK und der dazugehörigen Nummer abgekürzt.

¹⁵⁰ Vernehmlassung Stellungnahmen, Universität Genf, 129; International Humanitarian Law, 67.

und IPU genannten Befürchtung, dass mit einem breiten Wortlaut die Arbeit der humanitären Organisation strafbar werden könnte¹⁵¹. Humanitäre Organisationen sind für den Zugang zu hilfsbedürftigen Personen teilweise auf Interaktion mit terroristischen Organisationen angewiesen und bieten auch Schulungen zur Einhaltung von humanitärem Völkerrecht an¹⁵².

Nach diesen Vorbringungen im Vernehmlassungsverfahren hat der Bundesrat in seiner Botschaft ausdrücklich humanitäre Organisationen im Rahmen ihrer humanitären Mission von der Strafbarkeit ausgenommen¹⁵³. Dies gilt auch dann, «wenn – zumindest indirekt und im Endeffekt – eine mit der humanitären Tätigkeit einhergehende Stärkung einer verbotenen oder geächteten Organisation oder Gruppierung nicht ausgeschlossen werden kann»¹⁵⁴. Die Ausnahme von humanitären Organisationen steht im Einklang mit dem Übereinkommen des Europarats zur Verhütung des Terrorismus vom 16. Mai 2005 (ÜEVT). Gemäss Präambel ist das humanitäre Völkerrecht zu achten und Rechte, Verpflichtungen und Verantwortlichkeiten des humanitären Völkerrechts bleiben nach Art. 26 Abs. 4 ÜEVT unberührt.

Während der (fortgesetzten) ersten Ratsdebatte im Ständerat wurde im Zusammenhang mit dem Wegfall der verbrecherischen Tätigkeit¹⁵⁵ auf die ungewünschte Strafbarkeit von humanitärer Hilfe aufmerksam gemacht¹⁵⁶. Ständerat Jositsch betonte, dass Hilfe von humanitären Organisationen den Zweck von terroristischen Organisationen nicht unterstütze und damit straflos bleibt¹⁵⁷. Bundesrätin Keller-Sutter wies auf die erwähnte Ausnahme in der Botschaft hin¹⁵⁸. Im Nationalrat formierte sich der Mehrheitsantrag, eine Ausnahmebestimmung für humanitäre Organisationen einzuführen¹⁵⁹. Nationalrat Candinas argumentierte dahingehend, dass die Schweiz der Geburtsort der Genfer Konventionen ist und der Heimatstaat des IKRK. Es wäre daher unverständlich, wenn das schweizerische Strafgesetz keine ausdrückliche Ausnahme vorsieht¹⁶⁰. Dem Nationalrat war die bereits erwähnte Ausnahmeregelung in der Botschaft bekannt¹⁶¹, jedoch wollte man einen derartigen Punkt nicht in der Botschaft und den Ratsdebatten belassen und entsprechend seiner Wichtigkeit in den Gesetzeswortlaut aufnehmen¹⁶².

Art. 260^{ter} Abs. 2 StGB nimmt humanitäre Dienste von unparteiischen humanitären Organisationen von der Unterstützungsstraftat aus (Art. 260^{ter} Abs. 1 lit. b StGB). Diese Unterstützung muss in

¹⁵¹ International Humanitarian Law, 67.

¹⁵² Vernehmlassung Stellungnahmen, Universität Genf, 129.

¹⁵³ Botschaft strafrechtliches Instrumentarium, 6473, 6480.

¹⁵⁴ Botschaft strafrechtliches Instrumentarium, 6480.

¹⁵⁵ Vgl. Kap. § 2 I. A. 4.

¹⁵⁶ Votum Sommaruga (Ständerat), AB 2020 S 73, m.H. Vernehmlassung Stellungnahmen, Universität Genf, 129 ff.; Votum Zopfi (Ständerat), AB 2020 S 74.

¹⁵⁷ Votum Jositsch (Ständerat, für die Sicherheitspolitische Kommission), AB 2020 S 75.

¹⁵⁸ Votum Keller-Sutter (Bundesrätin), AB 2020 S 75, m.H. Fn. 153.

¹⁵⁹ Vgl. AB 2020 N 1004.

¹⁶⁰ Votum Candinas (Nationalrat), AB 2020 N 991; vgl. Votum Fivaz (Nationalrat), AB 2020 N 999, als Teil der weiter fassenden Formulierung der Minderheit IV; vgl. Votum Flach (Ständerat), AB 2020 N 1002. vgl. auch Votum Porchet (Nationalrätin), AB 2020 N 992, als Teil der weiter fassenden Formulierung der Minderheit IV.

¹⁶¹ Fn. 153; wiederholend Votum Keller-Sutter (Bundesrätin), AB 2020 N 1002.

¹⁶² Votum Pointet (Nationalrat), AB 2020 N 993; Votum Candinas (Nationalrat), AB 2020 N 1001.

Übereinstimmung mit dem gemeinsamen Art. 3 der Genfer Abkommen sein. Als Beispiel für eine unparteiische humanitäre Organisation wird das Internationale Komitee vom Roten Kreuz genannt, ebenfalls in Anlehnung an die Genfer Abkommen¹⁶³. Man wollte die Auslegung der Organisationen an einem bestehenden weit akzeptierten Punkt knüpfen¹⁶⁴. Damit sind Einzelpersonen und humanitäre Organisationen ohne eine ähnliche Qualifikation wie die des IKRK von diesem Schutzartikel ausgenommen¹⁶⁵. Geschützt sind nur humanitäre Dienste. Im Falle des IKRK beinhaltet das insbesondere die Durchführung von Hilfsaktionen (medizinische Versorgung und Nahrungsmittel) zugunsten Kriegsgefangener, Zivilbevölkerung und einzelner Zivilpersonen¹⁶⁶, die Suche nach Vermissten¹⁶⁷, Gefangenenbesuche¹⁶⁸, Verbreitung des humanitären Völkerrechts und die Kontrolle deren Einhaltung¹⁶⁹. In diesem Zusammenhang sind die Befürchtungen von allfälligen Schlupflöchern für terroristische Unterstützung unbegründet¹⁷⁰. Sollten Unterstützungshandlungen von Einzelpersonen, die sich an einer humanitären Organisation beteiligen und im Einsatz sein, nicht im Einklang mit den Aufgaben und Zielen der humanitären Organisation stehen, dann ist die Unterstützungshandlung nicht als humanitärer Dienst im Sinne des Ausnahmeabsatzes zu verstehen und genießt keinen Schutz¹⁷¹. Wenn nach dem Beispiel von Bundesrätin Keller-Sutter ein Logistiker des Roten Kreuzes Hilfsgüter transportiert und gleichzeitig Waffen für eine terroristische Organisation, dann wird dieser nicht «*von einer Strafverfolgung gänzlich ausgenommen*»¹⁷². Der Transport von Waffen für eine Terrororganisation ist kein humanitärer Dienst einer unparteiischen humanitären Organisation, ungeachtet der Tatsache, dass dies neben echten humanitären Diensten erfolgt¹⁷³. In solchen Fällen wäre die Schweizer Strafbehörde auf Informationen der internen Untersuchungs- und Kontrollorgane des IKRK angewiesen.

Die Terrorismusfinanzierung sah bereits eine Ausnahmeregelung für die Wahrung von Menschenrechten und damit die karitative Zweckverfolgung vor¹⁷⁴. Neben der direkten Hilfe überwacht das IKRK die völkerrechtskonforme Kriegsführung und versucht diese so gut wie möglich sicherzustellen¹⁷⁵. Angesichts eines einheitlichen Terrorismusstrafrechts sind diese Ausnahmen in Kombination mit den

¹⁶³ Art. 3 Ziff. 2 Abs. 1 der Genfer Abkommen vom 12. August 1949.

¹⁶⁴ Vgl. Votum Candinas (Nationalrat), AB 2020 N 1001, hat jedoch in der vorherigen Stellungnahme entgegen dem Wortlaut gesagt, dass mit der Definition eigentlich nur das IKRK gemeint ist.

¹⁶⁵ In der Ratsdebatte des Nationalrats gab es die Minderheit IV, welche einen breiteren Schutz von humanitären Organisationen gefordert hat, AB 2020 N 1005; Votum Fivaz (Nationalrat), AB 2020 N 999.

¹⁶⁶ Art. 9 GA(I); Art. 73 und 125 GA(III); Art. 59-63 GA(IV); Art. 68-71 Zusatzprotokoll (I) zu den Genfer Abkommen vom 12. August 1949 über den Schutz der Opfer internationaler bewaffneter Konflikte.

¹⁶⁷ Art. 33 Zusatzprotokoll (I) zu den Genfer Abkommen vom 12. August 1949.

¹⁶⁸ Art. 143 GA(IV); vgl. Art. 126 GA(III).

¹⁶⁹ GASSER/MELZER/GEISS, S. 225; FURTAK, S. 417.

¹⁷⁰ Votum Hurter (Nationalrat), AB 2020 N 999, der aber dennoch eine Straflosigkeit möchte, ohne eine explizite Nennung im Gesetz; Votum Walliser (Nationalrat), AB 2020 N 1000; Votum Keller-Sutter (Bundesrätin), AB 2020 N 1002.

¹⁷¹ Vgl. Votum Flach (Nationalrat), AB 2020 N 1002.

¹⁷² Votum Keller-Sutter (Bundesrätin), AB 2020 S 671.

¹⁷³ Vgl. Votum Jositsch (Ständerat, für die Sicherheitspolitische Kommission), AB 2020 S 991.

¹⁷⁴ TRECHSEL/VEST, in: PK StGB, Art. 260^{quinquies}, N. 5.

¹⁷⁵ Fn. 169; Vgl. FIOLKA, in: BSK StGB, Art. 260^{quinquies}, N. 54 f.

Abgrenzungskriterien der Rechtsprechung¹⁷⁶ bereits ausreichend, um humanitärer Hilfeleistung von der Strafe auszunehmen¹⁷⁷.

In der definitiven Fassung ist Abs. 2 im Wortlaut enger gefasst als die vom Bundesrat in der Botschaft vorgesehene Ausnahme von humanitären Organisationen¹⁷⁸. Gesamthaft wird der Eindruck erweckt, dass es sich bei der vorliegenden Ausnahmeregelung nur um einen Kompromiss zur Streichung des verbrecherischen Bezugskriteriums handelt, welche aber ohnehin keine namhafte Veränderung geschweige denn eine fundamentale Änderung der humanitären Hilfe zum Ziel hatte¹⁷⁹. Im Ergebnis steht man mit mehreren Terrorismusstrafartikeln da, welche im Wortlaut unterschiedliche bzw. gar keine Ausnahmen¹⁸⁰ vorsehen, obwohl eine solide Definition im Zusammenhang mit der entwickelten Rechtsprechung und einer klaren Botschaft ebenfalls ausreichend wären, um klare Strafabgrenzungen zu schaffen, ohne dabei, wie vorliegend, ein uneinheitliches Bild zu schaffen.

C. Qualifizierter Tatbestand: Führungspersonen

Mit der Gesetzesänderung wollte der Bundesrat einen qualifizierten Tatbestand für Führungspersonen innerhalb von kriminellen und terroristischen Organisationen einführen. Nach Art. 260^{ter} Abs. 3 StGB muss der Täter einen bestimmenden Einfluss innerhalb der Organisation ausüben. Gemäss Botschaft haben bestimmenden Einfluss führende Organisationsmitglieder, die ein faktisches Mitbestimmungsrecht über die deliktische Aktivität der Organisation besitzen. Sie versuchen, Einfluss und Stärke der Organisation weiter auszubauen. Des Weiteren sind sie «für die Existenz und die Aktivität der Organisation ausgeprägt verantwortlich»¹⁸¹. Das führende Mitglied ist für die Organisation von grosser Bedeutung und generiert einen höheren Mehrwert als ein einfaches Mitglied. Aus ihm geht eine «stark korrumpierende Wirkung» aus und es beeinflusst sowohl Mitglieder wie auch das Umfeld der Organisation. Es wird keine «absolute Kontrolle» gefordert, damit ist nicht nur die oberste Spitze der Macht von diesem Artikel erfasst. Aufgrund der genannten Punkte geht ein höheres Gefährdungspotenzial aus¹⁸². Schwierig wird die Abgrenzung bei den tieferen Führungsstufen. Hat das Mitglied tatsächlich ein Mitbestimmungsrecht für die deliktische Aktivität oder nimmt es lediglich weniger bedeutsame Koordinierungs- und Anweisungsaufgaben im Rahmen einzelner Delikte wahr. Diese Qualifikation kann wesentlich sein, zumal der qualifizierte Tatbestand eine bedingte Freiheitsstrafe ausschliesst (Art. 42 Abs. 1 StGB). Eine Funktions- oder Rangbezeichnung kann allein keine tatsächliche Führungsposition begründen, jedoch können diese als Indizien darauf hinweisen. Das betroffene Mitglied muss

¹⁷⁶ Vgl. oben Kap. § 2 I. A. 3.

¹⁷⁷ Vgl. FORSTER, Freiheitskampf, 337 f.

¹⁷⁸ Fn. 153; Man hat hier wohl bewusst einen mehrheitsfähigen Mittelweg gewählt, vgl. Votum Candinas (Nationalrat), AB 2020 N 1001.

¹⁷⁹ Vgl. hierzu oben Kap. § 2 I. A. 4.

¹⁸⁰ Art. 260^{sexies} StGB.

¹⁸¹ Botschaft strafrechtliches Instrumentarium, 6474.

¹⁸² Botschaft strafrechtliches Instrumentarium, 6474.

die mitbestimmende Macht tatsächlich aufweisen. Der stärkere Unrechtsgehalt verdient gemäss Bundesrat einen höheren Strafraumen von drei bis 20 Jahren (i.V.m. Art. 40 Abs. 2 StGB). Wie auch im Grundtatbestand der Mitgliedschaft, ist kein Nachweis der Begehung eines konkreten Verbrechens notwendig¹⁸³.

In der Vernehmlassung wurde die Erhöhung des Strafraumens kritisiert¹⁸⁴. Das Mitbestimmungsrecht zur deliktischen Aktivität und die fehlende Notwendigkeit eines Nachweises zur Mitwirkung an einem konkreten Verbrechen würden sich widersprechen¹⁸⁵. Für eine Verurteilung müsse der Nachweis erbracht werden, dass kriminelle Aktivität veranlasst wurde, damit wird dieses Merkmal zum zentralen Unterscheidungsmerkmal erhoben¹⁸⁶. Eine bestimmende Einflussnahme kann nicht nur in der Veranlassung der eigentlichen kriminellen Aktivität, sondern auch in der Bestimmung deren Ausführung, Umfang und Intensität liegen¹⁸⁷. Demnach ist nach vorliegender Auffassung nicht nur der Beweis einer eigentlichen Veranlassung notwendig, viel mehr kann auch der Beweis der Einflussnahme auf zentrale Punkte der kriminellen Tätigkeit ausreichend für die Qualifikation einer Führungsposition sein¹⁸⁸. Die Veranlassung kann angenommen werden, wenn sich festgelegte Punkte der Tätigkeit mit der tatsächlichen kriminellen Aktivität deckt. Das Tatbestandsmerkmal der bestimmenden Einflussnahme muss in jedem Fall nachgewiesen werden.

Mit 20 Jahren ist der obere Strafraumen hoch angesetzt¹⁸⁹. Die Ausschöpfung des Strafraumens soll sich insbesondere an Punkten wie nachgewiesener Führungsdauer, Machtstellung, Gefährlichkeit der Organisation¹⁹⁰ und bekannter krimineller Aktivität orientieren. Wobei das obere Ende des Strafraumens langjährigen Führungspositionen der obersten Machträngen vorbehalten bleiben muss, die wesentlich für Stärke und Ausbau der Organisation mitverantwortlich sind. Bei einer nachgewiesenen Führungsposition ist es gerechtfertigt, dass eine bedingte Strafe ausgeschlossen ist¹⁹¹. Weil es dem betroffenen Führungsmitglied mit dem Freiheitsentzug nur noch stark erschwert möglich ist, seine bisherige Führungsposition auszuüben. Bei einer bedingten Strafe wäre die Wahrnehmung seiner Funktion grundsätzlich weiterhin uneingeschränkt möglich.

¹⁸³ Botschaft strafrechtliches Instrumentarium, 6474.

¹⁸⁴ Vernehmlassung Stellungnahmen, Universität Bern, 107 f.; Universität Genf, 131; grundrechte.ch, 39; befürwortend hingegen Vernehmlassung Stellungnahmen, KKJPD, 46; SSK, 85.

¹⁸⁵ Vernehmlassung Stellungnahmen, Universität Bern, 107, die Autoren sehen in der Mitwirkung und der Mitbestimmung der kriminellen Aktivität gewisse Überschneidungen.

¹⁸⁶ Vernehmlassung Stellungnahmen, Universität Bern, 108.

¹⁸⁷ Vgl. Botschaft strafrechtliches Instrumentarium, 6474, es wird der «Umfang» der deliktischen Aktivität erwähnt.

¹⁸⁸ Vgl. in Bezug auf Rädelsführer im deutschen Strafrecht, EROSHKINA, S. 56 ff.

¹⁸⁹ JOSITSCH/POULIKAKOS, N. 15, bezweifeln in Bezug auf Anführer von terroristischen Netzwerken eine vollständige Abschöpfung durch die Gerichte; krit TODESCHINI, N. 109.

¹⁹⁰ Vgl. ARZT, in: Komm. EOVG-I, Art. 260^{ter}, N. 212.

¹⁹¹ Vgl. oben S. [Verweis auf eine Seite vorher]

II. Anwerbung, Ausbildung und Reisen – Art. 260^{sexies} StGB

A. Grundsatz

Mit Art. 260^{sexies} Abs. 1 StGB wird die «Anwerbung, Ausbildung und Reisen im Hinblick auf eine terroristische Straftat» bestraft. Der Strafraum reicht von einer Geldstrafe bis hin zu einer Freiheitsstrafe von fünf Jahren. Man bedient sich sodann im Abs. 1 der gleichen Definition wie in Art. 260^{ter} Abs. 1 lit. a Ziff. 2 StGB¹⁹². Des Weiteren wird hier kein Bezug zu einer Organisation verlangt, womit auch organisationsunabhängige Einzelpersonen erfasst sind, beziehungsweise kein Beweis für einen Organisationsbezug oder deren terroristische Qualifikation geführt werden muss¹⁹³.

Mit dem Wortlaut «*im Hinblick auf die Verübung*» wird für die Strafbarkeit keine konkrete terroristische Handlung oder deren Versuch vorausgesetzt. Gemäss Botschaft ist die Verhaltensweise (Art. 260^{sexies} Abs. 1 lit. a-c StGB) dann strafbar, wenn sie über ein «*Potenzial*» verfügt, zu einer terroristischen Straftat führen zu können¹⁹⁴. VEST geht davon aus, dass mit den Worten «*im Hinblick auf*» in der Botschaft der direkte Vorsatz verstanden wird¹⁹⁵. Nach WALDER handelt es sich dabei um ein objektiviertes subjektives Merkmal¹⁹⁶. Begründet wird das mit einem Analogieschluss zur Vorteilsgewährung nach Art. 322^{quinqüies} StGB¹⁹⁷. Diese Strafnorm enthält denselben Passus mit Bezug auf die Amtsführung. Gemäss JOSITSCH ist die Tathandlung bei Art. 322^{quinqüies} StGB von einem inneren Entschluss abhängig, was zu Beweisproblemen führt und nur mit einer objektiven Betrachtungsweise behoben werden kann. Die objektive Betrachtungsweise knüpft dabei an die Sozialadäquanz an¹⁹⁸.

VEST geht mit Verweis auf die internationalen Verträge und den dazugehörigen Materialien davon aus, dass im Sinne des Common Laws von einem direkten Vorsatz ausgegangen werden muss und damit Eventualvorsatz nicht vorgesehen ist¹⁹⁹. Nach Art. 6 und 7 Abs. 2 ÜEVT haben die Vertragsstaaten die Straftaten nach ihrem innerstaatlichen Recht zu umschreiben. Zudem ist gemäss Materialien die genaue Bedeutung von «*intentionally*» nach nationalem Recht auszulegen²⁰⁰. Der Gesetzgeber hat sich bei der Umsetzung der Anwerbungs- und Ausbildungstatbestände für den Eventualvorsatz entschieden²⁰¹, was die Regel in Bezug auf Vorsatzdelikte darstellt²⁰².

¹⁹² Kap. § 2 I. A. 3.

¹⁹³ Vgl. Botschaft strafrechtliches Instrumentarium, 6484.

¹⁹⁴ Botschaft strafrechtliches Instrumentarium, 6483; Explanatory Report Europaratsübereinkommen, N. 78.

¹⁹⁵ VEST, in: PK StGB, Art. 260^{sexies}, N. 5 m.H.a. Botschaft strafrechtliches Instrumentarium, 6484 («In subjektiver Hinsicht muss die Anwerbung im Hinblick auf die Verübung einer terroristischen Straftat geschehen. Artikel 260^{sexies} ist ein Vorsatzdelikt.»).

¹⁹⁶ Vgl. Botschaft strafrechtliches Instrumentarium, 6447 («*die verbrecherische Absicht objektiv erkennbar ist*»).

¹⁹⁷ WALDER, 502.

¹⁹⁸ JOSITSCH, 65; PIETH, in: BSK StGB, Art. 322^{quinqüies}, N. 9.

¹⁹⁹ VEST, in: PK StGB, Art. 260^{sexies}, N. 5.

²⁰⁰ Explanatory Report Europaratsübereinkommen, N. 85.

²⁰¹ Botschaft strafrechtliches Instrumentarium, 6484 f.; Krit. VEST, in: PK StGB, Art. 260^{sexies}, N. 5.

²⁰² Art. 12 Abs. 2 StGB; NIGGLI/MAEDER, in: BSK StGB, Art. 12, N. 48 f.

Nach vorliegender Meinung untersteht die Frage, ob ein konkretes Verhalten das Potenzial besitzt, einen terroristischen Effekt zu erzeugen (nachfolgend Effektpotenzial), ebenfalls einer objektiven Betrachtungsweise. Auch wenn es als ein objektiviertes subjektives Tatbestandselement angesehen wird, muss sich der (Eventual-)Vorsatz auch auf dieses Element beziehen²⁰³. In der Botschaft wird sodann zu allen drei Verhaltensweisen ausgeführt, dass in «*subjektiver Hinsicht*» die Handlung «*im Hinblick auf die Verübung einer terroristischen Straftat geschehen*» muss²⁰⁴. Der subjektive Bezug und das Element des Effektpotenzials sind hier zweigeteilt. Dass es sich um ein Vorsatzdelikt handelt, bedarf ohnehin nicht der Erwähnung im Artikel, da das Vorsatzerfordernis nach Art. 12 Abs. 1 StGB die Regel darstellt²⁰⁵. Ein weiterer Hinweis ist auch dem Auslandsreisetatbestand zu entnehmen, wonach ausdrücklich Absicht in Bezug auf spezifische Handlungen gefordert wird²⁰⁶. Im Vergleich zum Vorsatz, ist die Absicht als subjektives Element nicht nur auf die objektiven Tatbestandselemente beschränkt, sondern verlangt auch darüberhinausgehende Umstände²⁰⁷.

Der gesetzgeberischen Bemühung, man wolle mit den umschriebenen Handlungen (lit. a-c) eine «*klare gesetzliche Grundlage*» schaffen und der «*Bestimmtheit und Vorhersehbarkeit*» genüge tun, ist zuzustimmen, jedoch wird diese Klarstellung durch das genannte Effektpotenzial wieder vernebelt²⁰⁸. Ein Bezug zum Terrorismus muss hingegen irgendwie hergestellt werden, denn insbesondere die Reisehandlung ist an sich ohne den Terrorismusbezug «*banal*»²⁰⁹. Die Rechtfertigung und Verherrlichung von Terrorismus sind isoliert straffrei²¹⁰, hingegen kann insbesondere die Verherrlichung bei der Gesamturteilung eines genügend gefährlichen Effektpotenzials herangezogen werden, um im Anschluss gemeinsam mit einer Handlung einen Straftatbestand nach lit. a-c zu erfüllen.

Die Anwerbung und Instruktion für terroristische Organisationen wäre nach vorliegender Meinung bereits durch Art. 260^{ter} Abs. 1 lit. b StGB bzw. Art. 2 Abs. 1 VGAI und Art. 74 NDG²¹¹ gedeckt. Nicht aus dem Blickwinkel der Teilnahme, welche für Art. 260^{ter} StGB ausgeschlossen ist²¹², sondern als «*entfernt-täterschaftliche Unterstützung*»²¹³. Das europäische Übereinkommen verlangt nach

²⁰³ Vgl. PIETH, in: BSK StGB, Art. 322^{quinquies}, N. 17; DONATSCH/TAG, 115.

²⁰⁴ Botschaft strafrechtliches Instrumentarium, 6484 («*In subjektiver Hinsicht muss die Anwerbung im Hinblick auf die Verübung einer terroristischen Straftat geschehen.*»), 6485 («*In subjektiver Hinsicht muss die Anwerbung im Hinblick auf die Verübung einer terroristischen Straftat geschehen.*»), 6486 («*Auch hier hängt die Strafbarkeit, in subjektiver Hinsicht, davon ab, ob der Täter oder die Täterin seine Handlung im Hinblick auf die Verübung einer terroristischen Straftat ausführt.*»).

²⁰⁵ Ausser man würde tatsächlich davon ausgehen, dass nur direkter Vorsatz gemeint ist, Fn. 199.

²⁰⁶ Siehe dazu ausführlicher Kap. § 2 II. D. 1.

²⁰⁷ DONATSCH/TAG, 123; Jedoch wird im Kap. § 2 II. D. 1 darauf hingewiesen, dass es im Ergebnis praktisch dasselbe ist.

²⁰⁸ Botschaft strafrechtliches Instrumentarium, 6483; zudem wird das Effektpotenzial als Wahrer der Verhältnismässigkeit angesehen, Botschaft strafrechtliches Instrumentarium, 6439.

²⁰⁹ WALDER, 506; VEST, in: PK StGB, Art. 260^{sexies}, N. 4.

²¹⁰ Botschaft strafrechtliches Instrumentarium, 6515 f.

²¹¹ Vgl. Botschaft strafrechtliches Instrumentarium, 6483.

²¹² Statt vieler TRECHSEL/VEST, in: PK StGB, Art. 260^{ter}, N. 15; a.M. DONATSCH/THOMMEN/WOHLERS, 211; ENGLER, in: BSK StGB, Art. 260^{ter}, N. 19.

²¹³ ARZT, in: Komm. EOVG-I, Art. 260^{ter}, N. 188 f.

Art. 9 Abs. 2 ÜEVT die Strafbarkeit des Versuchs, der für Art. 260^{ter} StGB ausgenommen ist²¹⁴. Zusammen mit dem Weglassen eines Organisationskonnexes, soll damit die bestehende Lücke mit einer neuen Norm geschlossen werden. Auf die Versuchsstrafbarkeit wird zusammen mit der Frage der Vorverlagerung am Ende nach der Erläuterung der drei Handlungen eingegangen²¹⁵. Angesichts der Präzisierung und dem Augenmerk auf das Bestimmtheitsgebot²¹⁶, kann Art. 260^{sexies} StGB als ein neues abstraktes Gefährdungsdelikt, angesehen werden, welche versucht, typische Vorfeldshandlungen in der Terrorismuskette, die im internationalen Konsens als gefährlich geltend, abzudecken. Die Bestimmung kann zugleich als «*entfernt-täterschaftliche Unterstützung*» verstanden werden²¹⁷, welche eine Erweiterung der abstrakteren Terrorismusunterstützung (Art. 260^{ter} StGB) ist. Zusätzlich ähnelt die Bestimmung einer Sonderregelung für Teilnahme- und Versuchshandlungen, welche grundsätzlich allein bei Art. 260^{ter} StGB ausgeschlossen wären (Ausnahme der Regel)²¹⁸. Der letztgenannten Variante kann zu Recht entgegengehalten werden, dass Art. 260^{sexies} StGB nicht nur ein Ausnahmest von Art. 260^{ter} StGB ist, sondern mit Einzeltätern eine neue Strafmöglichkeit darstellt. Diese verschiedenen Blickwinkel auf Art. 260^{sexies} StGB können auch parallel bestehen, sodass die Bestimmung zugleich eine Sonderregelung für Teilnahme- und Versuchshandlungen von Art. 260^{ter} StGB und eine neue abstrakte Gefährdungsnorm darstellt. Wie im letzten Unterkapitel gezeigt wird, verändert der Blickwinkel praktisch wenig, hingegen lässt sich die abstrakte Vorfeldstrafbarkeit damit besser erklären.

Letztlich stellt Art. 260^{sexies} StGB in Bezug auf Terrororganisationen in jedem Fall eine Spezialnorm zum Unterstützungsdelikt dar. Wenn Anwerbung, Ausbildung oder Reisen lediglich einen Teilbereich der Unterstützung oder Beteiligung darstellen und der gesamte Unrechtsrechtsgehalt nicht gänzlich von Art. 260^{sexies} StGB abgedeckt wird, kann Art. 260^{sexies} StGB in echter Konkurrenz zu Art. 260^{ter} StGB bzw. Art. 74 NDG angewandt werden²¹⁹.

B. Anwerbung

Gemäss Art. 260^{sexies} Abs. 1 lit. a StGB²²⁰ macht sich strafbar, wer Personen für die Begehung oder Teilnahme an der Verübung einer terroristischen Gewalttat anwirbt. Gemäss Botschaft ist mit Anwerbung das aktive Vorgehen «*im Bestreben, eine oder mehrere bestimmbare Personen für eine Angelegenheit zu gewinnen und zu einer entsprechenden Tätigkeit zu bewegen*»²²¹. Ein erfolgreiches Erwerben wird nicht verlangt. Demnach handelt es sich um ein Tätigkeitsdelikt, wobei die umschriebene Anwerbung das strafbare Verhalten als aktives Tun bildet. An den Anwerbungsvorgang werden im Übrigen keine

²¹⁴ Botschaft schweizerisches Strafgesetzbuch, 304; TPF 2007 20 E. 4.4 S. 23.

²¹⁵ Kap. § 2 II. E.

²¹⁶ Botschaft strafrechtliches Instrumentarium, 6483.

²¹⁷ Fn. 213.

²¹⁸ Dazu näher in Kap. § 2 II. E.

²¹⁹ Botschaft strafrechtliches Instrumentarium, 6512.

²²⁰ Vgl. Art. 6 Abs. 1 ÜEVT.

²²¹ Botschaft strafrechtliches Instrumentarium, 6484;

Anforderungen gestellt, so braucht es dazu keinen «*formalisierten*» oder «*strukturierten Rahmen*». Die Anwerbung kann sowohl im direkten persönlichen Kontakt als auch über das Internet auf sozialen Medien erfolgen. Des Weiteren muss der Anwerbende keinen Bezug zu einem allfälligen Terrorakt oder einer terroristischen Organisation aufweisen. Genauso wenig muss die beworbene Tat in groben Zügen erkennbar sein²²². So reicht es bereits aus, wenn man für einen terroristischen Vergeltungsschlag wirbt, obwohl Zielobjekt, Straftat, Ausmass, Ort, Zeitpunkt und die Beteiligten noch unbekannt sind. Für eine vollendete Handlung der Anwerbung muss der Adressat lediglich Kenntnis über das Verhalten des Anwerbers und dessen Bestrebungen erhalten. Eine auf die Anwerbung folgende Aktivität des Angeworbenen, wie beispielsweise eine Antwort, ist nicht erforderlich²²³.

Gemäss Botschaft i.V.m Art. 9 Abs. 1 lit. c ÜEVT handelt es sich bei der Anwerbung um ein Vorsatzdelikt, wobei Eventualvorsatz genügt²²⁴. Die «*Rechtfertigung oder Glorifizierung von Terrororganisationen oder von terroristischen Handlungen*» fällt nicht unter den Straftartikel und bleibt damit weiter straffrei²²⁵. Ebenso sieht man davon ab, das sich Anwerben-lassen zu bestrafen. Der Bundesrat führt dazu aus, dass es sich beim inneren Entschluss, damit also bereits bei einer erworbenen Person, um ein kaum fassbares und nachweisbares Element handelt²²⁶. Nicht erwähnt sind Personen, die sich noch in einem Anwerbungsprozess befinden und damit noch nicht entschlossen sind. Personen, die sich selbstständig zu einem Ort der Anwerbung begeben oder im Verlauf der Anwerbung weitere Kontaktaufnahme von sich aus tätigen, sind nach der vorliegenden Meinung nicht erfasst. Wie bei der Glorifizierung und Befürwortung von terroristischen Taten, handelt es sich hierbei um (potenzielle) Sympathisanten. Für solche Fälle ist die präventive Radikalisierung im Rahmen des Nationalen Aktionsplanes (NAP) vom 4. Dezember 2017 zur Verhinderung und Bekämpfung von Radikalisierung und gewalttätigem Extremismus vorgesehen²²⁷.

Art. 9 Abs. 2 ÜEVT verlangt auch die Bestrafung der versuchten Anwerbung, was im schweizerischen Recht über Art. 22 Abs. 1 StGB geregelt wird²²⁸. Beim vorliegenden Tätigkeitsdelikt ist der Straftatbestand bereits mit der vorgenommenen Handlung erfüllt. Damit steht insbesondere der unvollendete Versuch im Fokus²²⁹. Für den Abschluss der Handlung wird keine Wirkungserzielung verlangt, womit dieser Punkt für den Versuch unerheblich bleibt. Der unvollendete Versuch würde insbesondere bei

²²² Botschaft strafrechtliches Instrumentarium, 6484.

²²³ Botschaft strafrechtliches Instrumentarium, 6484; Die Antwort kann als Beweis für einen Empfang oder die Kenntnisnahme dienen.; TODESCHINI weist aufgrund des fehlenden Erfordernisses Wirkungserzielung darauf hin, dass es zu Abgrenzungsproblemen mit der straflosen Verherrlichung kommen kann, TODESCHINI, N. 113.

²²⁴ Botschaft strafrechtliches Instrumentarium, 6484.

²²⁵ Botschaft strafrechtliches Instrumentarium, 6484 f.; Jedoch kann die Rechtfertigung oder Glorifizierung als Indiz für die Befürwortung eines Effektpotenzials dienen, vgl. BStrG SK.2016.9 E. II.1.3.3.1, 1.8; BGer 6B_948/2016 E. 2.2, 4.2.2; WALDER, 508 m.H.a. TPF 2018 22 E. 2.2 S. 24.

²²⁶ Botschaft strafrechtliches Instrumentarium, 6485.

²²⁷ Fn. 3.

²²⁸ Vgl. Botschaft strafrechtliches Instrumentarium, 6449.

²²⁹ Vgl. DONATSCH/TAG, 142.

fehlender Kenntnisnahme des Anzuwerbenden vorliegen. Dazu denkbare Konstellationen sind, wenn ein Anwerber auf elektronische Kommunikationsmittel setzt und dabei nach dem Absenden die Nachricht vom internen Sicherheitssystem der Plattform abgefangen wird und es zu keiner Kenntnisnahme der Anwerbung kommt. Die Einladung an einen Ort²³⁰ wo die Anwerbung erfolgt, kann selbst dann als Versuch gewertet werden, wenn der Eingeladene nicht erscheint²³¹. Sofern die Anwerbung am besagten Ort erfolgte oder eindeutig erfolgen wird, hängt die Kenntnisnahme hauptsächlich vom Erscheinen des Eingeladenen ab. Möglich ist auch, dass eine geplantes Treffen oder eine Veranstaltung, welche eindeutig zur Anwerbung vorgesehen sind, erfolgreich durch die Strafverfolgungsbehörde verhindert werden²³².

C. Anleitung zur Herstellung oder Gebrauch von gefährlichen Stoffen

Gemäss Art. 260^{sexies} Abs. 1 lit. b StGB²³³ macht sich strafbar, wer Personen «zum Herstellen oder Gebrauch von Waffen, Sprengstoffen, radioaktiven Materialien, giftigen Gasen oder anderen Vorrichtungen oder gefährlichen Stoffen» anleitet oder wenn sich jemand dazu anleiten lässt. Aus dem Übereinkommen des Europarats ist zu entnehmen, dass es sich um einen Ausbildungstatbestand handelt und damit mit Anleitung die Instruktion gemeint ist²³⁴. Gemäss der neueren Lehre ist dieses Verhalten bereits durch bestehende Normen erfasst²³⁵. Art. 260^{ter} StGB deckt den Tatbestand nur ab, wenn die Ausbildung im Rahmen einer terroristischen Organisation erfolgt²³⁶. Die Teilnahme (Art. 24 ff. StGB) an einer konkreten Straftat erfordert, wie aus der Bezeichnung erkennbar, eine konkrete Straftat. Bei Art. 260^{sexies} StGB reicht es bereits aus, wenn ein Effektpotenzial für ein terroristisches Gewaltverbrechen besteht. Ein Bezug zu einer Straftat ist nicht erforderlich²³⁷. Art. 260^{bis} StGB ist ebenfalls ein abstraktes Gefährungsdelikt²³⁸ und bestraft gewisse Vorbereitungshandlungen in Hinblick auf die genannten Straftaten (Abs. 1 lit. a-j). Die Strafbarkeit dieser Vorbereitungshandlungen erfordert eine

²³⁰ Es kann sich dabei auch um einen virtuellen Ort, wie eine geschlossene Kommunikationsgruppe handeln.

²³¹ Vgl. Explanatory Report Europaratsübereinkommen, N. 109 f., der Bericht spricht dabei von «*the person is not persuaded to be recruited*». Damit ist nicht die erfolgreiche Überredung zu einer Handlung oder einem Beitritt gemeint, sondern die Überredung zu einer noch zu erfolgenden Anwerbung. Mit *recruitment* ist die Anwerbung als vollendetes Delikt gemeint.

²³² Vgl. Explanatory Report Europaratsübereinkommen, N. 110.

²³³ Vgl. Art. 6 Abs. 1 ÜEVT.

²³⁴ Art. 7 ÜEVT; Art. 3 ZP-ÜEVT.

²³⁵ TODESCHINI, N. 115; VEST, in: PK StGB, Art. 260^{sexies}, N. 3.

²³⁶ TODESCHINI, N. 114; vgl. Kap. § 2 II. A.

²³⁷ Vgl. Kap. § 2 II. A.

²³⁸ ENGLER, in BSK StGB, Art. 260^{bis}, N. 3; Die Gefährdung im Ausbildungstatbestand liegt dabei in der hohen potenziellen Gefahr einer für den Terrorismus ausgebildeten Person, Botschaft strafrechtliches Instrumentarium, 6448.

Planmässigkeit²³⁹, Konkretheit in Bezug auf die Katalogstraftaten²⁴⁰ und ein zeitliches Anschicken der Straftat²⁴¹. Verglichen dazu fordert Art. 260^{sexies} Abs. 1 lit. b StGB neben der Anleitung lediglich das Vorliegen des Effektpotenzials. Dieses Effektpotenzial ist mit dem gesetzlichen Wortlaut und der Botschaft schwächer umschrieben, woraus sich weniger Anforderungen ergeben. Es kann hingegen davon ausgegangen werden, dass ein Rechtsanwender weitere Subkriterien in Anlehnung an konkrete Fälle für die Bestimmung des Effektpotenzials kreieren wird, welche aber schwächer ausfallen werden. So würden straflose Vorkehrungen im Hinblick auf eine Dschihadreise nach vorliegender Meinung bereits ausreichen, um ein Effektpotenzial im Zusammenhang mit einer passiven Anleitung zu begründen. Für eine Katalogstraftat nach Art. 260^{bis} Abs. 1 StGB reichen diese Vorkehrungen hingegen nicht aus²⁴². Kurz gesagt erfasst der Ausbildungstatbestand Vorbereitungshandlungen, welche organisationsunabhängig und losgelöst von einer konkreten Straftat mit einem tieferen Bezugsanfordernis zu einer Haupttat (terroristisches Effektpotenzial) erfolgen. Das Erfordernis eines terroristischen Effektpotenzials für Gewaltverbrechen bildet hingegen eine Begrenzung nach aussen, womit nur Terrorismus erfasst werden kann. Damit wird im Vergleich zu Art. 260^{bis} Abs. 1 StGB neben einem Verbrechen auch ein Ziel verlangt. Das Ziel muss auf Terrorismus gerichtet sein²⁴³. Innerhalb der Terrorismusstrafbarkeit bildet der Ausbildungsartikel eine Ausweitung der Strafbarkeit, indem die Strafbarkeit weiter vorverlegt wird²⁴⁴. Diese zusätzliche Vorverlegung wäre eingeschränkt auf Terrorismus hinnehmbar, jedoch erlaubt die schwammige Definition des Effektpotenzials eine zu leichte Annahme einer terroristischen Gefährdung. Der Rechtsanwender soll deshalb dazu gehalten sein, mit dem terroristischen Bezug restriktiv umzugehen.

Wie für die Tathandlung an sich muss mindestens Eventualvorsatz über das Element der Terrorismusbezugs bestehen (Art. 7 Abs. 2 ÜEVT)²⁴⁵. Der Ausbilder (Täter) muss Kenntnis darüber haben, dass der Empfänger das Wissen für eine terroristische Absicht nutzen könnte²⁴⁶. Vorsatz über das Effektpotenzial des Ausbilders kann dabei angenommen werden, sobald Kenntnis über die Absicht des Empfängers besteht. Der eigene Vorsatz wird damit durch die Förderung der Absicht des Gegenübers bestimmt. Teilnahme zur aktiven Anleitung ist möglich, jedoch für den Erhalt ausgeschlossen²⁴⁷.

Der Wortlaut der Bestimmung beschreibt die passive Anleitung als sich anleiten lassen. Dies impliziert, dass die Ausbildung durch jemand anderen erbracht wird. Eine strafbare Eigenschulung wie es das

²³⁹ BGE 111 IV 155 E. 2b S. 158 («es muss um mehrere überlegt ausgeführte Handlungen gehen, die im Rahmen eines deliktischen Vorhabens eine bestimmte Vorbereitungsfunktion haben»).

²⁴⁰ Vgl. dazu ENGLER, in BSK StGB, Art. 260^{bis}, N. 8.

²⁴¹ BGE 111 IV 155 E. 2b S. 158 («Sie müssen ausserdem nach ihrer Art und ihrem Umfang so weit gediehen sein, dass vernünftigerweise angenommen werden kann, der Täter werde seine damit manifestierte Deliktsabsicht ohne weiteres in Richtung auf eine Ausführung der Tat weiterverfolgen»).

²⁴² LEU/PARVEUX, 765 f.; ENGLER, in BSK StGB, Art. 260^{bis}, N. 8.

²⁴³ Botschaft strafrechtliches Instrumentarium, 6446.

²⁴⁴ Vgl. TODESCHINI, N. 115; vgl. im Zusammenhang mit den Gesamtausführungen Botschaft strafrechtliches Instrumentarium, 6447.

²⁴⁵ DONATSCH/TAG, 124; krit. im Hinblick auf Beweisschwierigkeiten, JOSITSCH/POULIKAKOS, N. 21.

²⁴⁶ Botschaft strafrechtliches Instrumentarium, 6484 f.; Explanatory Report Europaratsübereinkommen, N. 122.

²⁴⁷ Botschaft strafrechtliches Instrumentarium, 6444, 6462.

österreichische, italienische und französische Recht kennen, gibt es daher nicht²⁴⁸. Einer virtuellen Ausbildung ist keine Strafbarkeit abzuerkennen, da sich diese vielfach ebenso gut für den Wissenstransfer eignet²⁴⁹. Gemäss Botschaft gilt als aktive Anleitung nicht das *«unaufgeforderte Veröffentlichen von Bauplänen für Sprengsätze via Internet oder von Anleitungen für die Handhabung von Waffen, ohne dass der Urheber oder die Urheberin Kenntnis über Empfänger und Empfängerinnen und geplante deliktische Weiterverwendung der Information besitzt»*²⁵⁰. Für den unterschiedlichen Unrechtsgehalt der aktiven und passiven Anleitung wird auf eine Berücksichtigung im Rahmen der Strafzumessung verwiesen²⁵¹.

Der Versuch der aktiven Anleitung ist ebenfalls strafbar (Art. 9 Abs. 2 ÜEVT)²⁵². Bei der Anleitung handelt es sich um ein Tätigkeitsdelikt. Damit ist ebenfalls insbesondere der Fall des unvollendeten Versuches betroffen²⁵³. Die Instruktion muss nicht dahingehend erfolgreich sein, dass der Empfänger die erworbenen Fähigkeiten selbständig wirksam einsetzen kann. Anders als bei der Anwerbung kann beim Versuch nicht an der Kenntnisnahme angesetzt werden, da für die Anleitung ein äusseres Verhalten der auszubildenden Person erkennbar sein muss²⁵⁴. Mit anderen Worten ist von der passiven Seite ein Mass der eigenwilligen Mitwirkung erforderlich, damit objektiv eine Anleitung vorliegt. Der Versuch der aktiven Anleitung kann sich sodann darin ergeben, dass eindeutige Vorbereitungen und Planungsschritte umgesetzt wurden, die zur Ausbildung von terroristisch motivierter Gewalt gedacht sind. Des Weiteren ist auch eine vorzeitige Verhinderung eines Treffens durch polizeiliches Eingreifen als unvollständiger Versuch zu werten. Im Umkehrschluss zur in der Botschaft detailliert beschriebenen straflosen Anleitung²⁵⁵, ist das Veröffentlichen von Bauplänen oder Anleitungen an einen bekannten Empfängerkreis verbunden mit einem terroristischen Ziel - seitens des Anleitenden - zumindest als Versuch zu werten, da unklar bleiben kann, ob die Adressaten tatsächlich die Instruktionen wahrgenommen haben oder eine terroristische Absicht ihrerseits besteht. Für die passive Anleitung wird keine Versuchsstrafbarkeit vorgesehen²⁵⁶. Ausgenommen ist hingegen der Fall, wenn in Absicht der Ausbildung eine grenzüberschreitende Reise versucht wird²⁵⁷.

²⁴⁸ Vgl. Botschaft strafrechtliches Instrumentarium, 6448, *«zusätzlich»* im Zusammenhang mit dem Rechtsvergleich; Eine Strafbarkeit ist gegebenenfalls unter den oben genannten Vorbereitungsstraftatbeständen möglich, S. 25.

²⁴⁹ Insbesondere für Cyberwaffen.

²⁵⁰ Botschaft strafrechtliches Instrumentarium, 6446.

²⁵¹ Botschaft strafrechtliches Instrumentarium, 6485.

²⁵² Botschaft strafrechtliches Instrumentarium, 6449.

²⁵³ Fn. 229.

²⁵⁴ Botschaft strafrechtliches Instrumentarium, 6448.

²⁵⁵ Fn. 250.

²⁵⁶ Explanatory Report Zusatzprotokoll N. 42; Im Zusatzprotokoll gibt es keinen allgemeinen Artikel für die Versuchsstrafbarkeit. Die strafbare Auslandsreise enthält in Art. 4 Abs. 3 ZP-ÜEVT explizit das Erfordernis der Versuchsstrafbarkeit.

²⁵⁷ Siehe dazu unten Kap. § 2 II. D. 1.

Dieser weitreichende Blick in die Vergangenheit wird in der Praxis durch das PMT erleichtert, sofern es in der polizeilichen Ermittlung zur Anwendung kommt. Das bedeutet, dass das PMT neben der Prävention eigentlich auch eine Beweismittelbeschaffungsfunktion erfüllt und damit der Vorverlagerung der Strafbarkeit gleichzeitig entgegenkommt²⁵⁸. So könnte das PMT erlauben, dass für den Beweis strengere Regeln gelten sollen, da auch bessere Mittel zur Verfügung stehen. Jedoch muss das abgelehnt werden, da das Beweismass nicht von einem allfälligen vorgängigen Polizeiverfahren abhängen darf.

D. Reise

1. Vornahme der grenzüberschreitenden Reise

Gemäss Art. 260^{sexies} Abs. 1 lit. c StGB macht sich strafbar, wer eine grenzüberschreitende Reise unternimmt mit der Absicht eine terroristische Straftat zu begehen, sich daran zu beteiligen oder sich dafür ausbilden zu lassen. Der Auslandsreisetatbestand ist der Kerngehalt des Zusatzprotokolls zum ÜEVT (Art. 4 ZP-ÜEVT) und basiert auf Ziff. 6 der UN-Sicherheitsrat Resolution 2178²⁵⁹.

Objektives Tatbestandsmerkmal der Handlung ist die Vornahme einer grenzüberschreitenden Reise. Damit ist in erster Linie die Reise aus der Schweiz ins Ausland gemeint. Im Zusammenhang mit der Auslandsstrafbarkeit (Art. 260^{sexies} Abs. 3 StGB) sind auch theoretisch Konstellationen denkbar, wonach Personen ausserhalb der Schweiz solche grenzüberschreitenden Reisen tätigen, dies dann aber in einer Straftat in der Schweiz mündet²⁶⁰. Die abstrakte Formulierung ermöglicht insbesondere die internationale Rechtshilfe, im Sinne, dass die Schweiz nicht nur eine Reise aus der Schweiz in das Ausland als strafbar erklärt. Im Zusammenhang mit der international zugesicherten Reise- und Bewegungsfreiheit wurde im Zusatzprotokoll und der UN-Resolution festgehalten, dass es sich dabei nicht um eine Reise in einen Staat handeln darf, in dem der Reisende ansässig ist oder deren Staatsangehörigkeit er besitzt²⁶¹. Die Botschaft weist darauf hin, dass es sich um ein optionales Kriterium handelt, solange die Souveränität anderer Staaten unangetastet bleibt. Sodann ist man nicht mehr weiter darauf eingegangen und hat auf dieses beschränkende Kriterium verzichtet²⁶². Nicht erfasst sind Reisen innerhalb der Staatsgrenzen. Der Gesetzgeber hat wohl erkannt, dass es für eine vorverlagerte Strafbarkeit gewisse objektive Anknüpfungspunkte braucht²⁶³, ansonsten wäre die Strafbestimmung mit Reisen und dem

²⁵⁸ Vgl. Botschaft PMT, 4798 ff., 4825 f.; Art. 3a Abs. 7 ZentG.

²⁵⁹ Resolution des Sicherheitsrates der Vereinten Nationen vom 24. September 2014, 2178 (2014); vgl. Explanatory Report Zusatzprotokoll, N. 43.

²⁶⁰ Wobei bei Vorliegen eines konkreten terroristischen Gewaltdelikt davon ausgegangen werden muss, dass eine andere Strafbestimmung zur Anwendung kommt und die Reise als (Vor-)Vorbereitungshandlung verdrängt wird.

²⁶¹ Art. 4 Abs. 1 ZP-ÜEVT; Explanatory Report Zusatzprotokoll, N. 44 f., mit dem gleichzeitigen Verweis auf die Einschränkungsmöglichkeit dieser Rechte; Ziff. 6 lit. a UN-Resolution 2178 (2014); In der Botschaft auch als fremder Staat bezeichnet, Botschaft strafrechtliches Instrumentarium, 6463.

²⁶² Botschaft strafrechtliches Instrumentarium, 6463 f.

²⁶³ Krit. NIGGLI, 39, der zwar die Gesetzesänderung als Subjektivierung der Strafbarkeit ablehnt, das einschränkende Merkmal der Grenzüberschreitung aber im Zusammenhang mit einem abstrakten Rechtsgutschutz kritisiert.

Terrorismusbezug uferlos. Da die Handlung bereits mit einem Grenzübertritt vollendet ist, muss der Täter nicht am Zielort ankommen²⁶⁴. Art. 4 Abs. 3 ZP-ÜEVT²⁶⁵ verlangt die Versuchsstrafbarkeit, was vom Gesetzgeber wohl als Reiseantritt verstanden wird²⁶⁶.

Sich ausbilden zu lassen ist eigentlich die passive Ausbildung nach dem Ausbildungstatbestand und eine Reise folglich eine Vorbereitungshandlung zu Art. 260^{sexies} Abs. 1 lit. b StGB. Man kann dies demgemäss als einen Versuch der passiven Ausbildung werten, welcher in dieser konkreten Form strafbar ist. Der Unterschied liegt insbesondere darin, dass mit einer Reise eine viel stärkere Hingabe verbunden ist. Zugleich entzieht sich der Täter den schweizerischen Strafverfolgungsbehörden, womit eine separate indirekte Bestrafung der passiven Ausbildung gerechtfertigt erscheint.

2. Vergleich mit bisheriger Regelung von Art. 2 VGAI

Vor der Einführung des Art. 260^{sexies} StGB war die strafbare Auslandsreise auf die Gruppierungen²⁶⁷ Al-Kaida und Islamischer Staat (Art. 1 lit. a-c VGAI) beschränkt. Die Rechtsprechung fasste die Dschihadreise unter dem Punkt der Förderung von Aktivität auf andere Weise (Art. 2 Abs. 1 VGAI). Da die Handlung der Reise an sich nicht strafbar war, musste die Rechtsprechung die Reise als Förderung der Aktivität begründen²⁶⁸. Die Förderung entstand dabei, indem der Reisende «Bewunderung bei Gleichgesinnten ausgelöst, eine mögliche Nachahmung begünstigt und der Anziehungskraft der terroristischen Gruppierung Vorschub geleistet» hat²⁶⁹. Im zitierten Fall wurde diese inspiratorische Wirkung bejaht, da der Beschuldigte zuvor in der Moschee auffällig begrüsst und verabschiedet wurde²⁷⁰. Damit war die Reise von einer äusseren Wirkung abhängig. Mit der neuen Regelung von Art. 260^{sexies} Abs. 1 lit. c StGB wird diese externe Wirkung nicht mehr verlangt, da die Strafbarkeit nicht in der Förderung oder Unterstützung liegt, sondern ausdrücklich in der Vornahme einer grenzüberschreitenden Terrorreise.

Mit der Schaffung eines Auslandsreisetatbestands werden diesbezüglich auch die vom Bundesgericht erwähnten Spannungsverhältnisse zum Bestimmtheitsgebot gelöst²⁷¹. Darüber hinaus ist die Norm nicht

²⁶⁴ Botschaft strafrechtliches Instrumentarium, 6486.

²⁶⁵ Wobei es den Staaten überlassen wird, ob diese als separate strafbare Vorbereitungshandlungen oder als Versuch der eigentlichen terroristischen Straftaten ausgestaltet werden, Explanatory Report Zusatzprotokoll, N. 53.

²⁶⁶ Botschaft strafrechtliches Instrumentarium, 6486; gl.M. VEST, in: PK StGB, Art. 260^{sexies}, N. 4; vermutlich auch JOSITSCH/POULIKAKOS, N. 22, mit dem Verweis, dass keine Vollendung des Delikts erforderlich ist; eher ablehnend WALDER, 501 f. m.H.a BStGer SK.2016.9 E. II.1.18, wonach es aber um die abgeschlossene inspiratorische Wirkung ging.

²⁶⁷ Einschliesslich deren Tarn- und Nachfolgegruppierungen (Art. 1 lit. c VGAI).

²⁶⁸ Ob das Verhalten unter die personelle Unterstützung von Art. 2 Abs. 1 VGAI fällt ist belanglos, BGer 6B_948/2016 E. 4.2.2 m.H.a. EICKER, N. 16; krit. VEST, Terrorismusbekämpfung, 329.

²⁶⁹ BGer 6B_948/2016 E. 4.2.2.

²⁷⁰ Siehe auch BStrG SK.2016.9 E. II.1.3.6 («herzliche Umarmungen, Handschlag, Bruderküsse» und «bestürmt»).

²⁷¹ Fn. 106; Krit. Fn. 105.

nur auf verbotene Gruppen des VGAI beschränkt, da kein Organisationsbezug verlangt wird²⁷². Die Beurteilung von terroristischen Organisationen kann nicht ganz ausgelassen werden. Wenn eine Reise im Zusammenhang mit einer Organisation erfolgt oder in ein Gebiet, das von einer Organisation kontrolliert wird, dann hängt ein Effektpotenzial eng mit einer Organisation zusammen. Art. 260^{sexies} Abs. 1 lit. c StGB geht als bestimmte Norm klar Art. 74 Abs. 4 NDG oder Art. 2 Abs. 1 VGAI vor.

3. Subjektiver Tatbestand

Der Auslandsreisetatbestand verlangt neben dem, dass die grenzüberschreitende Reise in Hinblick auf die Verübung eines terroristischen Gewaltverbrechens erfolgt (Effektpotenzial), auch zusätzlich die Absicht «*eine solche Straftat zu begehen, sich daran zu beteiligen oder sich dafür ausbilden zu lassen*»²⁷³. Die Botschaft äussert sich kaum zu diesem Absichtserfordernis und verwendet die identischen Worte wie beim Vorsatzerfordernis für das Effektpotenzial, mit dem Unterschied, dass im Anschluss nicht der Eventualvorsatz erwähnt wird²⁷⁴. Diese Elemente sind deshalb so wichtig, da sie das objektive bzw. subjektive Bindeglied zum Terrorismus darstellen und dieser Terrorismuskonnex äusserst wichtig ist für die Begrenzung im Vorfeldbereich. Im Kap. § 2 II. E wird näher auf diesen Punkt eingegangen.

Meistens wird unter dem Begriff der Absicht ein separates subjektives Tatbestandselement verstanden, welcher als Vorsatz jenseits des objektiven Tatbestands liegt. Diese Absicht wird auch als Absicht im technischen Sinne oder als überschüssende Innentendenz bezeichnet²⁷⁵. Daneben kann unter dem Begriff Absicht (i.e.S.) der *dolus directus* ersten Grades verstanden werden, welcher einen qualifizierten Vorsatz darstellt²⁷⁶. Zum Teil wird verlangt, dass die Absicht im technischen Sinne in Bezug auf bestimmte Tatbestände dem *dolus directus* ersten Grades entsprechen sollte²⁷⁷. Hingegen soll für andere Tatbestände die Absicht mit überschüssender Innentendenz wie der *dolus directus* zweiten Grades²⁷⁸ und Eventualvorsatz (Absicht i.w.S.) behandelt werden²⁷⁹. Die neuere Rechtsprechung geht regelmässig von einer Absicht i.w.S. aus und bejaht damit zusammenhängend die Eventualabsicht²⁸⁰. Nach

²⁷² Krit. JOSITSCH/POULIKAKOS, N. 23, welche wohl die Abstrahierung der Auslandsreisebestimmung als schlimmer erachten als die Kodifizierung der weitreichenden Rechtsprechung.

²⁷³ Art. 260^{sexies} Abs. 1 lit. c StGB.

²⁷⁴ Fn. 204; vgl. Botschaft strafrechtliches Instrumentarium, 6485.

²⁷⁵ DONATSCH/TAG, 123; TRECHSEL/NOLL/PIETH, 99, 110; NIGGLI/MAEDER, in: BSK StGB, Art. 12, N. 76; TRECHSEL/FATEH-MOGHADAM, in: PK StGB, Art. 12, N. 20; GETH, N. 151.

²⁷⁶ TRECHSEL/NOLL/PIETH, 94, 99; TRECHSEL/FATEH-MOGHADAM, in: PK StGB, Art. 12, N. 19; STRATENWERTH, § 9 N. 96, 124.

²⁷⁷ In Bezug auf Betrugsfälle BGE 105 IV 330 E. 2c S. 335; 102 IV 83 E. 1 S. 83 f.; 101 IV 177 E. II.8 S. 206 f. krit. dazu TRECHSEL/NOLL/PIETH, 99 f.; GETH, N. 152.

²⁷⁸ Auch «*einfacher Vorsatz*» genannt, DONATSCH/TAG, 119.

²⁷⁹ TRECHSEL/FATEH-MOGHADAM, in: PK StGB, Art. 12, N. 20; GETH, N. 152; STRATENWERTH, § 9 N. 119 ff.

²⁸⁰ BGE 142 IV 346 E. 3.2 S. 351 (Ungetreue Geschäftsbesorgung); BGER 6B_79/2019 E. 1.2.3 (Gefährdung durch Sprengstoffe und giftige Gase); 6B_1248/2017 E. 4.6.3 (Gefährdung durch Sprengstoffe und giftige Gase); 6B_1216/2015 E. 6.2 (Ungetreue Geschäftsbesorgung); 6P.29/2004 E. 3.2 (gewerbsmässiger Betrug); ZR 108/2009 233 (Falsche Anschuldigung); Betrugsfälle geändert mit BGE 118 IV 32 E. 2a S. 34 m.H.a. 105 IV

NIGGLI/MAEDER müsse man sich in den jeweiligen Tatbeständen an der Funktion der technischen Absicht orientieren, um zu bestimmen, ob ein *dolus directus* ersten Grades oder die Absicht i.w.S. verlangt wird. So sind bei den Tatbeständen Warenfälschung, Geldfälschung und falsche Anschuldigung Absicht i.w.S. gemeint, da sich ihre technische Absicht strukturell mit der des Vorsatzes deckt²⁸¹. Bei Vermögensdelikten, wonach eine Absicht der Bereicherung verlangt wird, richtet sich die Absicht «auf die Erreichung des entsprechenden Handlungsziels» und ist daher als Absicht i.e.S. zu behandeln²⁸².

Begehung, Beteiligung und passive Ausbildung des Auslandsreisetatbestands sind grundsätzlich ebenfalls vom «Hinblick» des Effektpotenzials erfasst, bzw. stellen die Hauptmöglichkeiten dar. Wer also eine Person zur Herstellung von Sprengstoffen anleitet, damit der Instruierte im Anschluss einen Anschlag begehen kann, tätigt eine Handlung, die im Hinblick auf ein terroristisches Gewaltverbrechen gerichtet ist. Damit stellt die technische Absicht eine Konkretisierung des Effektpotenzials dar. Es kann also nicht gesagt werden, dass die technische Absicht ausserhalb des objektiven Tatbestands liegt, da die drei Fälle der technischen Absicht vom Effektpotenzial erfasst sind und dieser einen (Eventual-)Vorsatz verlangt²⁸³. Mit anderen Worten: sollte einer der drei Fälle vorliegen, so kann automatisch auch das Effektpotenzial – welches zu den objektiven Tatbestandsmerkmalen gehört – bejaht werden. Damit liegt kein typischerweise überschüssender Charakter der technischen Absicht vor. Der Überschuss kennzeichnet sich vorliegend dadurch, dass eine weitere Konkretisierung vorgenommen wird und der Bezug auf bestimmte Handlungen gerichtet ist²⁸⁴. Dies verwundert auch nicht, wenn man bedenkt, dass es sich beim Effektpotenzial um ein eigentliches subjektives Merkmal handelt, welches bereits objektiviert wurde²⁸⁵. Bezogen auf die obere Differenzierung von NIGGLI/MAEDER, deckt sich die technische Absicht strukturell mit dem Vorsatz²⁸⁶. Wenn die Rechtsprechung in Bezug auf die technische Absicht regelmässig von der Absicht i.w.S. ausgeht, führen die beiden Wege praktisch fast zum gleichen Ziel. Das Effektpotenzial als ein objektiviertes subjektives Merkmal verlangt einen (Eventual-)Vorsatz. Die technische Absicht des Auslandsreisetatbestands ist ein subjektives Tatbestandselement, welches aber als Absicht i.w.S. verstanden wird und sich auf eine der drei genannten Handlungen beziehen muss, die auch vom Effektpotenzial erfasst wären. Der Unterschied liegt einzig darin, dass die technische Absicht sich auf drei konkretere Handlungen bezieht.

29 E. 3a S. 36; vgl. GETH, N. 152; vgl. TRECHSEL/NOLL/PIETH, 99 («Absicht, *dolus directus* und *Eventualvorsatz* werden in der Regel rechtlich gleichbehandelt»).

²⁸¹ Vgl. auch STRATENWERTH, § 9 N. 120.

²⁸² NIGGLI/MAEDER, in: BSK StGB, Art. 12, N. 78.

²⁸³ Anderes würde hingegen gelten, wenn man die Absicht ausschliesslich als Spezialität vorziehen würde, jedoch lässt dies der Normaufbau von Art. 260^{sexies} Abs. 1 StGB nicht zu und der Botschaft sind keine Ausführungen dazu zu entnehmen.

²⁸⁴ Vgl. WALDER, 502.

²⁸⁵ Kap. § 2 II. A.

²⁸⁶ Gl.M. WALDER, 502, vgl. auch AFFOLTER-EIJSTEN, 63, welche in Bezug von verkümmerten zweiaktigen Delikten – welches des Auslandsreisetatbestand darstellt – Vorsatz i.w.S. («weiss und will») in Bezug auf die zweite Folgehandlung – hier Begehung, Beteiligung und passive Ausbildung – im Zeitpunkt der ersten Handlung voraussetzt.

Nach AFFOLTER-EIJSTEN und STRATENWERTH muss bei verkümmert-zweiaktigen Delikten, wie die Geldfälschung oder die Terrorismusreise²⁸⁷, unterschieden werden, ob der Täter die Zweithandlung – hier Begehung, Beteiligung oder Ausbildung – selbst vornimmt. Bei den Fälschungsdelikten kann die Inverkehrbringung durch eine andere Person erfolgen. Dem eigentlichen Fälscher, der im Auftrag eines anderen handelt, kann sodann die Eventualabsicht der Inverkehrbringung angelastet werden, weil er in Kauf nimmt, dass der zweite Akt durch den Auftraggeber oder eine andere Person erfolgen wird und er die Herrschaft über die Zweittat abgibt. Bei dem Reisetatbestand kann die Zweiaktigkeit personell nicht auseinanderfallen. Eine Person unternimmt die Reise und begeht – vermutungsweise – im Anschluss die Folgehandlung. Der zweite Akt kann nur durch die gleiche Person erfolgen. Dabei gehen AFFOLTER-EIJSTEN und STRATENWERTH davon aus, dass im Falle einer subjektiv unschlüssigen Zweitaktbegehung nur ein «*bedingter Handlungswille*» besteht, der noch keinen Vorsatz begründet und damit auch die Eventualabsicht (Vorsatz i.w.S.) entfällt²⁸⁸. Solange die Entschlossenheit für den Eigengebrauch einer gefälschten Urkunde fehlt, kann keine Täuschungsabsicht bejaht werden²⁸⁹. Wer eine Urkunde fälscht und diese bei sich ablegt, hat «*über das Ob und Wie*» wohl noch nicht entschieden²⁹⁰. Die Entschlossenheit als innerer Vorgang kann nur mit erkennbaren Indizien ermittelt werden²⁹¹. Mit einer Reise im Hinblick auf die Begehung einer terroristischen Straftat liegt der Entschluss im Zusammenhang mit den umfangreichen Aufwänden viel deutlicher vor, insbesondere in Bezug auf die aktuellen Dschihadreisen²⁹², als wenn es einen Vorteil aus der Fälschung zu erreichen gilt. Die Planung, Vorbereitung und Kontaktaufnahme stellen meistens ausreichende Indizien dar, um eine Absicht nachzuweisen.

Die Eventualabsicht im Bereich der Urkundenfälschung bezieht sich auf den Zweitakt, der von Drittpersonen ausgeführt wird²⁹³. In Bezug auf die Auslandsreise würde das bedeuten, dass die Inkaufnahme auf sich selbst bezogen ist und der Täter noch unentschlossen ist. Er begibt sich vorerst in das Gebiet, um dort dann allfällig zu entscheiden, ob er dann tatsächlich die Handlungen im Hinblick auf Terrorismus tätigt. Er nimmt dabei aber in Kauf, dass er sich durchaus für die Vornahme der Handlungen entscheiden könnte. Dieser Nachweis des Eventualvorsatzes gestaltet sich als kaum möglich und passt nicht zum Eventualvorsatz wie er bei den Fälschungsdelikten zur Anwendung kommt²⁹⁴.

²⁸⁷ Vgl. WALDER, 502.

²⁸⁸ AFFOLTER-EIJSTEN, 63 f.; STRATENWERTH, § 9 N. 122.

²⁸⁹ STRATENWERTH, § 9 N. 122 m.H.a. BGE 95 IV 68 E. 3b S. 73 f.

²⁹⁰ STRATENWERTH, § 9 N. 112; BGer 6S.296/2004 E. 1.1 m.H.a. STRATENWERTH; vgl. BGE 137 IV 167 E. 2.4 S. 171 f.

²⁹¹ Fn. 295; vgl. STRATENWERTH, § 9 N. 112 (Tötungsentschluss); vgl. beispielhaft BGer 6S.296/2004 E. 1.2.

²⁹² Vgl. Botschaft strafrechtliches Instrumentarium, 6463; vgl. VEST, in: PK StGB, Art. 260^{sexies}, N. 4; Bei Reisen in unproblematische Nachbarnstaaten sind diese Aufwände deutlich tiefer.

²⁹³ BGE 102 IV 191 E. 4 S. 195; vgl. so auch bei der Eventualabsicht FOLKA, in: BSK StGB, Art. 260^{quinquies}, N. 23.

²⁹⁴ TODESCHINI, N. 122; WALDER, 502.

Der Rechtsanwender ist darauf angewiesen, mithilfe von «*äusserlich feststellbare[n] Indizien*» und Abstützen auf Erfahrungsregeln Rückschlüsse «*auf die innere Einstellung*» des Beschuldigten zu ziehen²⁹⁵. Diese Punkte sind auch beim Beweis der Absicht notwendig. So äussert sich auch die Botschaft dahingehend, «*dass die verbrecherische Absicht objektiv erkennbar*» sein muss²⁹⁶. Wenn Anhaltspunkte bestehen, dass die Reise im Zusammenhang mit einer terroristischen Organisation erfolgt²⁹⁷, fällt die Annahme leichter²⁹⁸. Aufgrund einer Reise, die unternommen wird, um in Kontakt mit einer terroristischen Organisation zu treten, kann durchaus der Rückschluss gezogen werden, dass die Reise in Absicht der drei Handlungen geschieht. Andere Reiseabsichten sind unter diesen Umständen beschränkt und können vom Beschuldigten als Entlastung vorgebracht werden.

Weil es sich hier bei beiden Akten um dieselbe Person handelt, ist die Eventualabsicht abzulehnen. Die Absicht von Art. 260^{sexies} Abs. 1 lit. c StGB muss wohl in Anlehnung an die Botschaft so gewertet werden, dass damit die Strafbarkeit bei Eventualität ausgeschlossen werden soll²⁹⁹. Damit ist entgegen der Rechtsprechung nicht vom Vorsatz i.w.S. auszugehen³⁰⁰, sondern nur vom *dolus directus* zweiten Grades³⁰¹, nicht weil es diese Praxis abzulehnen gilt, sondern die Eventualabsicht auf die Terrorreise nicht passt³⁰². Die Unterscheidung zwischen Eventualabsicht und Absicht wäre gar nicht so wichtig³⁰³, denn bei Vorliegen für genügend Indizien zur Eventualabsicht lässt sich praktisch auch eine Absicht herleiten, weil die Reise an sich bereits einen grossen subjektiven Entschluss darstellt³⁰⁴. Das Wichtigste ist, dass es bei ungenügenden Beweisen und Indizien nicht zu einer blossen Zuschreibung des subjektiven Merkmals kommt³⁰⁵.

In Rechtshilfefällen erfolgt im Sinne der doppelten Strafbarkeit³⁰⁶ eine objektive und subjektive Tatbestandsprüfung des (fraglichen) Straftatbestands, wobei der dazugehörige inkriminierte Sachverhalt auf

²⁹⁵ NIGGLI/MAEDER, in: BSK StGB, Art. 12, N. 60 m.H.a. BGE 134 IV 26 E. 3.2.2 S. 28 f.; vgl. BGE 137 IV 167 E. 2.4 S. 172.

²⁹⁶ Botschaft strafrechtliches Instrumentarium, 6447, in Bezug auf die Ausbildungsstrafatbestand.

²⁹⁷ Der Rechtsanwender müsste sich hingegen analog zu Art. 260^{ter} StGB mit dem prüfungsbedürftigen Begriff auseinandersetzen, siehe dazu Kap. § 2 I. A. 3.

²⁹⁸ Vgl. FORSTER, Finanzierung, 444.

²⁹⁹ Botschaft strafrechtliches Instrumentarium, 6486.

³⁰⁰ Fn. 280.

³⁰¹ Vgl. Botschaft strafrechtliches Instrumentarium, 6463 («*Vorliegen eines terroristischen Vorsatzes*»).

³⁰² A.M WALDER, 502, welche mit einer weiten Formulierung die Möglichkeit der Eventualabsicht zu begründet, wohl im Ergebnis nicht so wichtig; vgl. VEST, in: PK StGB, Art. 260^{sexies}, N. 5, der Bereits beim Effektpotenzial nur direkten Vorsatz als strafbar erachten will, siehe oben Kap. § 2 II. A.

³⁰³ Vgl. dazu ZR 108/2009 233, Sind Fälle denkbar, in denen eine Person in Hinblick auf die Verübung einer terroristischen Straftat eine grenzüberschreitende Reise tätigt und dabei nicht die Begehung, Beteiligung oder passive Ausbildung beabsichtigt? Falls nicht, dann sind «interpretatorische Kunstgriffe» für die Begründung eines Eventualvorsatzes unnötig.

³⁰⁴ Auch hier insbesondere Dschihadreisen berücksichtigt, Fn. 292; vgl. Fn. 280, wonach ohnehin eine Gleichbehandlung herrscht.

³⁰⁵ VEST, Organisierte Kriminalität, 145; Botschaft strafrechtliches Instrumentarium, 6447 («*Eine blosses Gedankenspielerei genügt nicht*»); vgl. VEST, in: SHK, Art. 260^{quinquies}, N. 4.

³⁰⁶ GARRÉ, in: BSK IStrR, Art. 35 IRSG, N. 7; vgl. auch Art. 64 Abs. 1 IRSG; Art. 5 Ziff. 1 lit. a EÜR; Art. 2 Ziff. 1 EAUe; Art. 4 Ziff. 2-3 RVUS.

der Darstellung des Antragsstellers beruht³⁰⁷. Von der Strafbarkeitsprüfung ausgenommen sind die «*besonderen Schuldfornen und Strafbarkeitsbedingungen des schweizerischen Rechts*»³⁰⁸. Zu diesen zählen subjektive Merkmale wie «*spezielle[!] Absichten, Tatmotive und Gesinnungsmerkmale*»³⁰⁹. Somit ist das Absichtserfordernis von Art. 260^{sexies} Abs. 1 lit. c StGB bei der Rechtshilfeprüfung ausgenommen. Der Vorsatz betreffend des Effektpotenzials muss hingegen weiterhin geprüft werden, welcher sich wie oben gezeigt, nicht gross davon unterscheidet³¹⁰. Das Effektpotenzial kann im Rechtshilfeverfahren neben dem eigentlichen Sachverhalt als objektives Merkmal der Bildung eines terroristischen Konnex dienen. Damit wäre es auch gleichzeitig ein Begrenzer für die neuen Instrumente³¹¹.

4. Finanzierung, Organisation oder Anwerbung von Reisen

Gemäss erläuterndem Bericht wird keine Strafbarkeit der Beihilfe zur Terrorismusreise vorgesehen, wobei die Vertragsstaaten frei in der Festlegung sind³¹². Demgegenüber stellen Art. 5 und 6 ZP-ÜEVT mit Finanzierung, Organisation und Erleichterung von Auslandsreisen mit terroristischem Zweck eigentlich Unterstützungshandlungen dar, welche entweder als eigenständige Strafnormen oder als Vorbereitung oder Beihilfe des Reisetatbestands ausgestaltet werden können³¹³. Der Bundesrat hat sich hierbei für eine separate Strafnorm in Form von Art. 260^{sexies} Abs. 2 StGB entschieden³¹⁴. Damit ist Teilnahme i.S.v. Art. 24 ff. StGB grundsätzlich durch Art. 260^{sexies} Abs. 2 StGB abschliessend abgedeckt. Diese separate Regelung wird begrüsst, da man sich mit dem Auslandsreisetatbestand bereits weit in der Vorfeldstrafbarkeit befindet³¹⁵. Im Sinne der Rechtssicherheit ist somit festgehalten, welche Teilnahmehandlungen in diesem weit zurückliegenden Bereich ebenfalls unter Strafe stehen.

Gemäss Art. 260^{sexies} Abs. 2 StGB wird ebenfalls mit bis zu fünf Jahren Freiheitsstrafe oder Geldstrafe bestraft, wer eine terroristische Auslandsreise nach Art. 260^{sexies} Abs. 1 lit. c StGB finanziert, Vermögenswerte sammelt oder bereitstellt, organisiert oder dafür anwirbt. Der Bezug zu Abs. 1 lit. c erfolgt dabei mit einem Absichtserfordernis und richtet sich an die Strafnorm als solches. Die Strafnorm der Terrorreise enthält bereits über das Effektpotenzial den Bezug zum Terrorismus³¹⁶, womit die Absicht des Unterstützers nicht an die Absicht des Reisenden anknüpfen müsste. Diesen Eindruck erweckt hingegen die Botschaft, wonach die Handlungen «*in Kenntnis oder unter Inkaufnahme der deliktischen Zielsetzung*» erfolgen müssen³¹⁷. Gleichzeitig bezieht sich Botschaft auf «*eine solche Reise*», womit

³⁰⁷ FORSTER, Finanzierung, 427; BStrG RR.2013.103 E. 4.3; BGE 117 Ib 64 E. 5c S. 88.

³⁰⁸ BGE 117 Ib 64 E. 5c S. 90; Art. 35 Abs. 2 lit. a IRSG; POPP, N. 225; DONATSCH et al., 105 f.

³⁰⁹ POPP, N. 224; DONATSCH et al., 105 f.; FORSTER, Finanzierung, Fn. 27.

³¹⁰ Damit wäre auch teilweise der Kritik von POPP entgegengekommen, POPP, N. 226.

³¹¹ Siehe dazu unten Kap § 3.

³¹² Explanatory Report Zusatzprotokoll, N. 53.

³¹³ Explanatory Report Zusatzprotokoll, N. 58, 61.

³¹⁴ Für einen Rechtsvergleich in Europa vgl. Botschaft strafrechtliches Instrumentarium, 6465.

³¹⁵ TODESCHINI, N. 116; JOSITSCH/POULIKAKOS, N. 23; siehe dazu Kap. § 2 II. E.

³¹⁶ Siehe dazu Kap. § 2 II. D. 1.

³¹⁷ Botschaft strafrechtliches Instrumentarium, 6486.

eine Reise (Abs. 1 lit. c) gemeint ist, die in Verbindung mit Abs. 1 im Hinblick auf die Verübung einer terroristischen Straftat erfolgt. Ob sich die Absicht von Abs. 2 auf das Effektpotenzial (Abs. 1) richtet oder die Absicht des Reisenden (Abs. 1 lit. c) erfasst werden muss, ist praktisch dasselbe, da für einen Dritten die äusseren Anhaltspunkte für beide Bezugspunkte dieselben sind³¹⁸. Dass die Anknüpfung an Absichten keinen Sinn macht, zeigt sich bei der Anwerbung, die analog zu Abs. 1 lit. a nur empfangsbedürftig ist und keine erfolgreiche Überzeugung – wie es hier die Absicht aus Abs. 1 lit. c wäre – erfordert³¹⁹. Anders verhält es sich, wenn man davon ausgeht, dass mit der Anwerbung nach Abs. 2 bereits eine Entschlossenheit in Bezug auf die Begehung einer terroristischen Straftat besteht und die Anwerbung noch den finalen Schritt der Reise beinhaltet. Da diese Abgrenzung äussert schwierig ist und von zu vielen verschiedenen inneren Prozessen abhängt, sei die Anwerbung für eine Reise auch als Anwerbung im Sinne des Anwerbungstatbestands zu verstehen (Abs. 1 lit. a)³²⁰.

Gemäss Botschaft macht sich strafbar wer «solche Reise [...] vorsätzlich finanziert, organisiert oder dafür anwirbt», womit es sich hierbei um Vorsatzdelikt handelt und Eventualvorsatz ausgeschlossen ist³²¹. Daneben wird als zusätzliches subjektives Element «Kenntnis oder [...] Inkaufnahme der deliktischen Zielsetzung» verlangt³²². Betrachtet man dieses – unter Einbezug des Wortlauts «in der Absicht» - als technische Absicht oder überschüssende Innentendenz, so wären vom Vorsatz nur die objektiven und subjektiven Elemente der Finanzierung, Anwerbung und Organisation erfasst und der Absichtsbezug auf Terrorismus wäre im Sinne der Praxis als Absicht i.w.S.³²³ zu verstehen, da strukturell dem Vorsatz ähnlich. Das Element der Absicht würde so faktisch für den Straftatbestand Eventualvorsatz genügen lassen, da die einzelnen Handlungen erst durch die Inkaufnahme der deliktischen Zielsetzung strafbar sind und darin liegt ja gerade der Kern. Fälle, wo keine vorsätzliche Finanzierungshandlung vorgenommen wird, jedoch Inkaufnahme der deliktischen Zielsetzung (=Eventualabsicht³²⁴) besteht, sind nicht denkbar. Die Absicht und die eigentlichen Handlungen sind derart nahe beieinander, dass die Unterteilung in verschiedene subjektive Elemente unpassend erscheint. In der Praxis lässt sich ein Vorsatz für die Handlungen leicht mithilfe der Terrorabsicht konstruieren. Wer also Kenntnis über die terroristische Zielsetzung hat, dem wird in Bezug auf die Handlungen leicht der Vorsatz vorgeworfen oder bewiesen werden können.

WALDER unterscheidet bei den Handlungen, wonach in Harmonie mit Art. 260^{quinquies} StGB die Finanzierungshandlungen nur vorsätzlich begangen werden können und bei Organisation und Anwerbung bereit ein *dolus eventualis* ausreichen soll. VEST vertritt bei den Finanzierungshandlungen die

³¹⁸ Vgl. Kap. § 2 II. D. 1, mit einer ähnlichen Begründung betreffend den Reisenden, wo aber die Absicht vom Täter bestimmt wird und nicht die eines Dritten, der von «ausser» auf den Sachverhalt blickt.

³¹⁹ Kap. § 2 II. B.

³²⁰ Vgl. auch WALDER, 504 m.H.a. Botschaft strafrechtliches Instrumentarium, 6484; siehe Kap. § 2 II. B.

³²¹ Botschaft strafrechtliches Instrumentarium, 6484; siehe auch WALDER, 504.

³²² Botschaft strafrechtliches Instrumentarium, 6484.

³²³ Siehe Kap. § 2 II. D. 1; Fn. 280.

³²⁴ Ebenso WALDER, 504.

Auffassung, dass die Absichten aus Abs. 2 und Abs. 1 lit. c verkettet sind und fordert für die terroristische Zielsetzung – entgegen der Botschaft³²⁵ – *dolus directus* ersten oder zweiten Grades³²⁶.

In diesem Absatz fallen die Handlungen in jedem Fall personell auseinander, wonach die Reise nur durch eine andere Person erfolgen kann. Es handelt sich aber nicht um ein eigentlich verkümmert-zweikichtiges Delikt, sondern mehr um eine besondere Regelung von Teilnahmehandlungen³²⁷. Nichtsdestotrotz macht die Möglichkeit der Eventualabsicht hier in Bezug auf die Finanzierung, Organisation und Anwerbung mehr Sinn, da die Reise als Zweithandlung nicht von derselben Person begangen wird und damit die Inkaufnahme nicht auf den eigenen inneren Entschlüssen beruht. Wenn also eine Reise finanziert wird und nicht eindeutig klar ist, dass diese Finanzierung der terroristischen Reise dient, so kann Eventualabsicht vorliegen³²⁸, wenn der Finanzierer es für möglich hält, dass die Gelder dafür gebraucht werden. Dazu müssen aber Anhaltspunkte vorliegen, die darauf schliessen, dass der Finanzierer es für möglich erachtet hat, eine grenzüberschreitende terroristische Reise damit zu finanzieren³²⁹. Bei innerfamiliären Transaktionen im üblichen Rahmen kann aber kaum davon ausgegangen werden, zumal noch eine Unterhaltspflicht bestehen könnte (Art. 276 und 277 ZGB)³³⁰.

Da es sich bei Abs. 2 um typische Teilnahmehandlungen handelt³³¹, kann die Absicht als Anknüpfungspunkt zur Haupttat Terrorreise angesehen werden. Die Anwerbung in Abs. 1 lit. a sieht Eventualvorsatz vor³³². Wenn man die Anwerbung als leichtere Form der Anstiftung ansieht, so ist per analogiam zu beachten, dass für die Anstiftung der Eventualvorsatz ausreicht³³³. Weshalb man bei der Anwerbung zur Terrorreise (Abs. 1 lit. c) und terroristischem Gewaltverbrechen (Abs. 1 lit. a) im subjektiven Element (direkter Vorsatz und Eventualvorsatz) unterscheidet, könnte einzig damit begründet werden, dass die Anwerbung zur Reise noch weiter im Vorfeld zurückliegt³³⁴. Die Anwerbung für terroristisch motivierte Reisen könnte hingegen auch unter die Anwerbung im Hinblick auf die Begehung einer terroristischen Straftat nach Abs. 1 lit. a fallen. Die Terrorreise hat wie die Anwerbung den gleichen Bezugspunkt in Abs. 1, nämlich das terroristische Effektpotenzial.

5. Vergleich des subjektiven Tatbestands

Während hier für die konkreten Handlungen direkter Vorsatz gefordert wird und in Bezug auf die Terrorabsicht Eventualabsicht ausreicht, wird bei der Terrorfinanzierung nach Art. 260^{quinquies} StGB

³²⁵ Fn. 322 («unter Inkaufnahme der deliktischen Zielsetzung»).

³²⁶ VEST, in: PK StGB, Art. 260^{sexies}, N. 7.

³²⁷ WALDER, 504.

³²⁸ Vgl. Botschaft strafrechtliches Instrumentarium, 6486 («in Kenntnis oder unter Inkaufnahme der deliktischen Zielsetzung»).

³²⁹ Siehe bereits Kap. § 2 II. D. 3.

³³⁰ Vgl. für ein Beispiel mit einem Freund VEST, Terrorismusbekämpfung, 333 f.

³³¹ Vernehmlassung Stellungnahmen, Universität Bern, 118; WALDER, 504.

³³² Kap. § 2 II. B.

³³³ BGer 6B_828/2015 E. 2.1.

³³⁴ Vgl. TODESCHIN, N. 116; JOSITSCH/POULIKAKOS, N. 23.

ebenfalls eine Absicht gefordert, jedoch ist positivrechtlich die Inkaufnahme ausdrücklich ausgeschlossen³³⁵ und damit nach einem Teil der Lehre auch die Eventualabsicht für die terroristische Zielsetzung³³⁶. Abgesehen von der anderen Auffassung der Lehre, wonach der Eventualausschluss nicht für die terroristische Zielsetzung gilt³³⁷, kann das Begnügen mit einer Eventualabsicht von Abs. 2 damit begründet werden, dass die Finanzierungshandlungen konkret auf die Terrorreise bezogen ist und nicht wie Art. 260^{quinquies} StGB abstrakte terroristische Gewaltverbrechen erfasst.

Vorsatz bezieht sich hier auf die Finanzierungs-, Organisations- und Anwerbungshandlungen. Wie bei Art. 260^{quinquies} StGB (Finanzierungswille) muss ein entsprechender Wille in Bezug auf diese Handlungen bestehen. Nach Wortlaut der Botschaft knüpft die Eventualabsicht nur auf die «*deliktische Zielsetzung*» also eine terroristische Straftat an (=Terrorabsicht). Ob es sich um eine Terrorreise handelt, hängt hauptsächlich von den Absichten des Reisenden ab³³⁸. Eine Eventualabsicht macht dahingehend Sinn, dass die Absicht der Reise durch den Reisenden definiert wird und über die Absicht, als innere Vorgänge des Reisenden, nicht gänzlich Gewissheit bestehen kann und der (vollständige) «Erfolg» der Tat, ähnlich wie bei der Geldfälschung mit Inverkehrbringung, von einem Dritten abhängt³³⁹. Mit der Eventualabsicht sieht der Finanzierer/Organisator/Anwerber den Erfolg der Tat – hier die Terrorreise – als möglich voraus³⁴⁰. Zudem stellt es eine notwendige Beweiserleichterung einer Absichtsverkettung dar. Aber auch die Eventualabsicht hat sich an konkreten Bezugspunkten bzw. Beweisen zu orientieren.

6. Kritik

Gesamthaft scheint aber die subjektive Regelung durch den Gesetzgeber unüberlegt und im Gesamtbild uneinheitlich³⁴¹. Erschwert wird das Ganze dadurch, dass die Rechtsprechung betreffend die Absicht eine weite Auslegung vorsieht³⁴². Möglicherweise sind die Abweichungen in den Teilnahmehandlungen zur Terrorreise einer (nationalen) Rechtshilfepolitik geschuldet, wonach Anschuldigungen für

³³⁵ Art. 260^{quinquies} Abs. 2 StGB.

³³⁶ ACKERMANN/BAUMANN, in: Komm. KV/KO-II, Art. 260^{quinquies} StGB, N. 49, 58; HUTZLER, in: Komm. KV/KO-II, Art. 9 GwG, N. 80, Fn. 218; vgl. FORSTER, Finanzierung, 444; vgl. ARZT, in: Komm. EOVG-I, Art. 260^{quinquies}, N. 34; a.M. siehe Fn. 337.

³³⁷ CASSANI, 297; FIOLKA, in: BSK StGB, Art. 260^{quinquies}, N. 23; LIVET/DOLIVO-BONVIN, Art. 260^{quinquies}, N. 18; vgl. FORSTER, Finanzierung, 444, «*terroristische Gewaltverbrechen [...] bereits für solche verantwortlich war*» kann je nach praktischer Abgrenzung von Eventualabsicht und *dolus directus* ersten Grades als das Eine oder Andere angesehen werden.

³³⁸ Obwohl hier für einen Dritten aussenstehenden auch das Effektpotenzial ebenso Indiz für eine Terrorabsicht begründen könnte, siehe dazu oben und Fn. 318.

³³⁹ Gl.M. vgl. WALDER, 504, wobei sie *dolus eventualis* für die Organisations- und Anwerbungsvariante zulassen will; a.M. VEST, in: PK StGB, Art. 260^{sexies}, N. 7, der für die terroristische Zielsetzung (Terrorabsicht) *dolus directus* ersten oder zweiten Grades fordert; vgl. Explanatory Report Zusatzprotokoll, N. 56, 60 («*perpetrator must "know"*»), wonach Eventualabsicht nicht vorgesehen wird.

³⁴⁰ Vgl. AFFOLTER-EIJSTEN, 28.

³⁴¹ Vgl. dazu auch schon Art. 260^{quinquies} StGB in Konkurrenz mit Art. 260^{ter} aStGB, Fn. 26 und 27.

³⁴² Siehe Kap. § 2 II. D. 1; Fn. 280.

missbräuchliches Vorgehen nicht geäussert werden müssen, sondern mit Verweis auf fehlende beidseitige Strafbarkeit ausgewichen werden kann³⁴³.

E. Vorverlagerung der Strafbarkeit

Die Botschaft würdigt die internationalen Abkommen zur Terrorismusbekämpfung als «*breit gefächerte Vorverlagerung von Strafbarkeiten*». Es handelt sich nicht um «*Präventions-Abkommen*», sondern um eine beschränkte Erweiterung von Strafnormen für bestimmte Handlungen. Diese werden in einem internationalen Konsens – im Lichte der jüngeren Terrorismusentwicklungen – als strafwürdig erachtet³⁴⁴. Mit anderen Worten handelt es sich um internationale Strafrechtspolitik, wobei die Abkommen Ausdruck dessen sind. Als erstes sei auf Art. 260^{ter} StGB einzugehen, um mit Hilfe dieser Ausführungen die Frage von Art. 260^{sexies} StGB zu beantworten.

Bereits bei der Unterstützung und Mitgliedschaft von kriminellen und terroristischen Organisationen (Art. 260^{ter} StGB) sprach man von Vorfeldstraftaten oder Vorverlagerung der Strafbarkeit³⁴⁵. Dieser Gedanke der Vorverlagerung knüpft dabei an das Rechtsgut oder dessen Verletzung als Anker an. Da es sich um abstraktes Gefährdungsdelikt handelt³⁴⁶, befindet man sich bereits ein Stück entfernt vom Anker – bzw. man gelangt gar nie dahin –, denn für die Strafbarkeit wird keine Verletzung oder konkrete Gefährdung des Rechtsgutes verlangt. Die allgemeine Gefährlichkeit ist den bisherigen Verbrechen der Organisation geschuldet. Die Vorverlagerung der Strafbarkeit kennzeichnet sich somit durch die Bestrafung vor Manifestation der Rechtsgutverletzung (Anker)³⁴⁷. Gleichzeitig ist Art. 260^{ter} StGB als besondere Zurechnungsnorm zu verstehen, womit man zur Umfeldkriminalisierung gelangt. Der Einzelne soll für die verbrecherische Aktivität des Kollektivs bestraft werden, ungeachtet einer konkret nachweisbaren (anderen) Straftat³⁴⁸. Der Art. 260^{ter} StGB weist mit Vorverlagerung und Umfeldkriminalisierung zwei Dimensionen auf. Ersteres bezieht sich auf künftige Straftaten, die aufgrund der Gefährlichkeit der Organisation zu befürchten sind und bei denen beispielsweise die Förderung einer solchen Organisation als zusätzliche (zukünftige) Gefährdung eines abstrakten Rechtsguts gesehen werden kann. Letzteres bezieht sich auf die bisher begangenen Straftaten, welche den Mitgliedern und Führungspersonen

³⁴³ ARZT, in: Komm. EOVG-I, Art. 260^{quinqüies}, N. 56, Fn. 44 m.H.a. FORSTER, Finanzierung, 444 («*islamfeindliche politische Zwecke*»); Kann hingegen nicht auf die Vertragsparteien des ÜEVT vorgebracht werden, da die Schaffung einer gleichen Strafnorm Sinn und Zweck des internationalen Vertrags ist.

³⁴⁴ Botschaft strafrechtliches Instrumentarium, 6437.

³⁴⁵ Botschaft schweizerisches Strafgesetzbuch, 304; Botschaft strafrechtliches Instrumentarium, 6470, 6482; PIETH, 241; VEST, in: SHK, Art. 260^{ter}, N. 3, 6.

³⁴⁶ PAJAROLA/OEHEN/THOMMEN, in: Komm. KV/KO-II, Art. 260^{ter} StGB, N. 147 f.; ENGLER, in BSK StGB, Art. 260^{ter}, N. 3.

³⁴⁷ STEGMANN, 76, 78.

³⁴⁸ GODENZI, 315 ff («*Art. 260^{ter} StGB nicht als eigentümliches Vorbereitungsdelikt, sondern als tatbestandlich vertypete Zurechnungsnorm anzuschauen, die dem Einzelnen eine individuelle Verantwortung für eine kollektive Gefährdung von Rechtsgütern und damit auch für das Handeln anderer Personen aufbürdet*»); PAJAROLA/OEHEN/THOMMEN, in: Komm. KV/KO-II, Art. 260^{ter} StGB, N. 500; FORSTER, Kollektive Kriminalität, 24.

zugeschrieben werden³⁴⁹. Nach vorliegender Meinung ist für die Bestrafung von Mitgliedern und Einflussnehmer die Umfeldkriminalisierung wesentlicher, da der Nachweis von konkreten Einzeltaten schwierig ist und das Beweisproblem mittels Gesamtverantwortung behoben wird. Dennoch liegt auch ein Teil der Strafworth in darin, dass die Organisation über einen Zeitraum gestärkt wurde und ihre dazugewonnene Gefährlichkeit in die Zukunft ausstrahlt³⁵⁰. Insbesondere in Bezug auf die Unterstützung sind der Ausschluss von Versuch und Teilnahme nicht als Trost³⁵¹ zu verstehen, sondern als Begrenzung bzw. Verzicht einer weiteren Ausdehnung eines Tatbestands³⁵², welcher ohnehin mit Abgrenzungsschwierigkeiten kämpft³⁵³.

Die Vorfeld- und Umfeldkriminalisierung ist keine Neuerfindung für das organisierte Verbrechen und den Terrorismus, so wird jemand beispielsweise mit Art. 260^{bis} und 307 StGB³⁵⁴ oder Art. 19 Abs. 1 BetrMG³⁵⁵ vor Eintritt der konkreten Verletzung bestraft. Für die Umfeldkriminalisierung kennt man bereits die Hehlerei (Art. 160 StGB) und die Begünstigung (Art. 305 StGB)³⁵⁶.

Wie bereits oben angesprochen, ist sich der Gesetzgeber in Bezug auf Art. 260^{sexies} StGB einer Vorverlagerung bewusst, stellt es ja gerade das Ziel dar, indem das «*Vorfeld einer geplanten terroristischen Handlung zusätzlich*» abgedeckt werden soll³⁵⁷. Bei der Terrorreise (lit. c) spricht man sogar von einer erheblichen Vorverlagerung³⁵⁸. Dabei soll verhindert werden, dass «*hypothetische[!] Ketten von Ereignissen, die in einem bloss theoretischen Konnex zu Terrorakten stehen*» zur Strafbarkeit führen³⁵⁹. Hypothetischer Bezug ohne einen praktischen Konnex zu einer terroristischen Straftat, soll nicht erfasst werden, worunter auch die Ausuferung von Strafbarkeitsketten³⁶⁰ fällt³⁶¹. Dieser Problematik wird gemäss Botschaft entgegengewirkt, indem Art. 260^{sexies} StGB als separater Strafartikel ausgestaltet ist und abschliessend Vorfeldhandlungen – welche auch als Versuchs- oder Teilnahmehandlungen zu Art. 260^{ter} StGB angesehen werden können – mit genügender Bestimmtheit erfasst sind³⁶². Darüber

³⁴⁹ STEGMANN, 77, 81.

³⁵⁰ Vgl. Fn. 348; womit die «*Ausdehnung der Strafbarkeit in das zeitliche Vorfeld von Rechtsgutsverletzungen*» als nebensächlich erscheint, PAJAROLA/OEHEN/THOMMEN, in: Komm. KV/KO-II, Art. 260^{ter} StGB, N. 500.

³⁵¹ Höchstens als ein politischer Trost, um eine solche Bestimmung durchzubringen.

³⁵² Botschaft schweizerisches Strafgesetzbuch, 304; TRECHSEL/VEST, in: PK StGB, Art. 260^{ter}, N. 15; STRATEN-WERTH/BOMMER, § 40, N. 30; ARZT, in: Komm. EOVG-I, Art. 260^{ter}, N. 187 ff.

³⁵³ Vgl. dazu oben Kap. § 2 I. A. 4.

³⁵⁴ DONATSCH/THOMMEN/WOHLERS, 214 f., 530.

³⁵⁵ ALBRECHT, Art. 19, N. 3 f., 26.

³⁵⁶ STEGMANN, 78.

³⁵⁷ Botschaft strafrechtliches Instrumentarium, 6428.

³⁵⁸ Botschaft strafrechtliches Instrumentarium, 6463.

³⁵⁹ Botschaft strafrechtliches Instrumentarium, 6435.

³⁶⁰ Botschaft strafrechtliches Instrumentarium, 6439 Fn. 14 («*So müsste zum Beispiel der Versuch der Anstiftung zur Rekrutierung einer Person zum Zweck der Gehilfenschaft zum Sammeln von Geld im Hinblick auf die Begehung einer terroristischen Handlung unter Strafe gestellt werden, was nicht zuletzt in rechtspolitischer sowie beweisrechtlicher Hinsicht zu grossen Problemen sowie zu unverhältnismässigen oder aussichtslosen Strafverfahren führen würde.*»)

³⁶¹ Botschaft strafrechtliches Instrumentarium, 6439.

³⁶² Botschaft strafrechtliches Instrumentarium, 6437, 6444, 6447, 6483; vgl. für die Entgegenwirkung bei der Terrorismusfinanzierung FIOKA, in: BSK StGB, Art. 260^{quinquies}, N. 20.

hinaus wird mithilfe des Effektpotenzials und der Absicht³⁶³ (Abs. 1 lit. c, Abs. 2) ein ausreichender terroristischer Konnex verlangt³⁶⁴. Dies stellt die Begrenzung von Art. 260^{sexies} StGB dar.

Wenn man Art. 260^{sexies} StGB als eine Sonderregelung von Teilnahme (Anwerbung als schwächere Anstiftung) und Versuch (insb. Terrorreise) ansieht, welche eine Art Ausnahme von der Versuchs- und Teilnahmeausnahme von Art. 260^{ter} StGB darstellen soll³⁶⁵, dann erscheint im ersten Augenblick seltsam, wenn man an diese Vorfeldstrafbarkeit nochmals die Teilnahme- und Versuchsstrafbarkeit anhängt³⁶⁶. Dieser Eindruck des versuchten Versuchs entsteht hingegen nur aufgrund der neuen zweigeteilten Struktur und Kategorisierung³⁶⁷. Der Reiseantritt – nun als Versuch einer Vorfeldstraftat – war vor der Gesetzänderung bereits strafbar, jedoch mit der inspiratorischen Wirkung auf eine unbestimmte und fast schon gekünstelte Art und Weise³⁶⁸. Wie in den einzelnen Handlungen gezeigt wurde³⁶⁹, sind Versuchskonstellationen bei einem unvollendeten Versuch begrenzt und befinden sich kaum weiter weg von der abstrakten Gefährdung durch Art. 260^{sexies} StGB oder dem eigentlichen Ankerrechtsgut. Dies liegt aber in der Natur der Sache, wenn man Versuchsabgrenzungen im abstrakten Gefährdungsbereich zeichnet.

Die Umfeldstrafbarkeit ist bei Art. 260^{sexies} StGB, ähnlich wie die Unterstützung, nebensächlich, da man nicht vergangene Taten der Organisation oder des Einzelnen dem Täter zuzurechnen versucht. Eine gewisses Zurechnungselement bleibt m.E. dennoch für die mittelbare Förderung von terroristischen Straftaten. Dem Anwerber oder Ausbilder wird die geschaffene zukünftige Gefahr, die im Ausgebildeten oder Angeworbenen inne ist, zugerechnet³⁷⁰. Es wird wie bei der Unterstützung angenommen, dass in einer typischen Kette von Ereignissen zu einer Förderung des Terrorismus führt, bzw. im Endeffekt die Gefährdung des Rechtsgutes zu hoch erscheint.

Mit dem Straftatbestand für Anwerbung, Ausbildung und Reisen als Vorfeldkriminalisierung entsteht eine präventive Wirkung, so dass schwerere Folgehandlungen durch bereits frühes Eingreifen verhindert werden können³⁷¹. Diese präventive Wirkung ist nicht nur in der Strafnorm selbst enthalten, sie entsteht auch durch die erweiterten Ermittlungsspielräume. Mit der Möglichkeit der Bestrafung wird eine neue Basis oder ein Bezugspunkt geschaffen, von dem aus Ermittlungen ebenfalls weiter zurück im Vorfeld

³⁶³ Ähnlich wie Art. 260^{quinquies} Abs. 2 StGB, wird bei der Terrorreise nach vorliegender Meinung die Eventualität ausgeschlossen, hingegen handelt es sich m.E. nicht um ein Entgegenwirken der Vorfeldstrafbarkeit, sondern die Eventualität macht bei der Terrorreise keinen Sinn (Kap § 2 II. D. 1). Die Eventualabsicht bei der Finanzierung (Abs. 2) hingegen schon (Kap. § 2 II. D. 4).

³⁶⁴ Botschaft strafrechtliches Instrumentarium, 6435, 6439, 6462.

³⁶⁵ Vgl. Botschaft strafrechtliches Instrumentarium, 6444, 6485.

³⁶⁶ Botschaft strafrechtliches Instrumentarium, 6444; vgl. Art. 260^{ter} StGB, siehe dazu Fn. 352.

³⁶⁷ Bei der «*entfernt-täterschaftliche Unterstützung*» entsteht dieser Eindruck nicht so offensichtlich, Fn. 213.

³⁶⁸ BGer 6B_948/2016; BStrG SK.2016.9.

³⁶⁹ Kap. § 2 II. B-§ 2 II. D.

³⁷⁰ Für die Terrorreise kann man das höchstens auf die inspiratorische Wirkung gemäss Rechtsprechung annehmen (Fn. 266). Bei der Terrorreise soll hingegen die Reise als Versuchs- und Vorbereitungshandlung des Einzelnen bestraft werden.

³⁷¹ STEGMANN, 76.

erfolgen können³⁷². Ausgedrückt mit der Versinnbildlichung des Rechtgutankers, können sich die Polizeibehörden weiter davon entfernen und in einem diffuseren Bereich operieren. Des Vorfeldbereichs ist sich auch das ÜEVT bewusst und nennt sich richtigerweise Übereinkommen zur Verhütung von Terrorismus.

Da man sich im abstrakten Gefahrenbereich befindet, knüpfen die Ermittlungskompetenzen ebenfalls an Handlungen an, die eine abstrakte Gefährdung darstellen. Da man sich bei Art. 260^{sexies} StGB weiter im Vorfeld befindet als bei der unmittelbaren Unterstützung, wird auch die polizeiliche Ermittlung theoretisch auf die umschriebenen Handlungen von Art. 260^{sexies} StGB beschränkt sein. Es soll nicht nach allen abstrakten Gefährdungshandlungen Ausschau gehalten werden, sondern die Konzentration soll auf den konkret beschriebenen abstrakten Gefährdungen liegen, welche typische Vorfeldhandlungen zum heutigen Terrorismus darstellen³⁷³. Damit ist theoretisch nicht der gesamte «weit» abstrakte Bereich erfasst, sondern nur der Bereich um Art. 260^{sexies} StGB. Theoretisch deshalb, da es kaum möglich ist in der Ermittlungspraxis klare Abgrenzungslinien zu ziehen. STEGMANN hält hierzu treffend fest, dass die Repression ins Vorfeld polizeilicher (konkreter) Gefahrenabwehr rückt³⁷⁴. Neben der Frage, wann die Polizei bereits legitimiert sein soll einzugreifen, geht es bezogen auf das PMT, anders als damals bei ROULET, um die (parallele) Einführung von neuen gesetzlichen Kompetenzen³⁷⁵. Dabei muss angemerkt werden, dass der Erlass des PMT nicht von Art. 260^{sexies} StGB abhängt. Hingegen fällt die Legitimation leichter, wenn eine strafrechtliche Basis besteht. Art. 260^{sexies} StGB vereinfacht es dem PMT über Anhaltspunkten an die typischen Handlungen anzuknüpfen. Neben dieser polizeilichen Ausweitung und Erleichterung von Massnahmen³⁷⁶, soll mit der Vorfeldstrafbarkeit im abstrakten Gefährdungsbereich eine Beweiserleichterung hergestellt werden, indem keine konkrete Schädigung von Rechtsgütern verlangt wird³⁷⁷. Solange Art. 260^{sexies} StGB streng auf Terrorismus beschränkt ist und keinen politischen Missbrauch erfährt, ist diese Vorfeldserweiterung für die Bekämpfung des Terrorismus akzeptabel³⁷⁸.

F. Rechtshilfe

Strafbestimmungen, die auf einem internationalen Konsens basieren und aufgrund internationaler Vereinbarungen erlassen werden, haben neben der eigentlich repressiven oder (indirekt) präventiven Funktion primär eine Verbesserung der Rechtshilfe und somit die internationale Zusammenarbeit im Fokus. Damit liegen zusammen mit der Erweiterung der polizeilichen Kompetenz zwei wesentliche Funktionen

³⁷² STEGMANN, 75, 78; Vgl. Botschaft strafrechtliches Instrumentarium, 6437.

³⁷³ Vgl. Fn. 344.

³⁷⁴ STEGMANN, 82.

³⁷⁵ ROULET, 192; vgl. STEGMANN, 83, wonach zur parallelen Vorlage des PMT die polizeiliche Ermittlungskompetenz als Gesamtstrategie erweitert wird.

³⁷⁶ Art. 269 Abs. 2 lit. a StPO.

³⁷⁷ GODENZI, 319; PAJAROLA/OEHEN/THOMMEN, in: Komm. KV/KO-II, Art. 260^{ter} StGB, N. 154; STEGMANN, 48, 83 f.

³⁷⁸ Krit. NIGGLI, 38 f.; VEST, Terrorismusbekämpfung, 334 f.

von Art. 260^{sexies} StGB ausserhalb des Strafrechts³⁷⁹. Terrorismus ist in seiner organisierten und vernetzten Form ein grenzüberschreitendes Problem, gegen welches man auf moderne Instrumente angewiesen ist.

§ 3 Anpassungen im Rechtshilfegesetz

I. Vorzeitige Übermittlung – Art. 80d^{bis} IRSG

A. Regelung im ÜEVT

Neben den Strafbestimmungen sieht das ÜEVT und das dazugehörige Zusatzprotokoll an verschiedenen Stellen vor, die zwischenstaatliche Terrorbekämpfung und frühzeitige Verhinderung von Anschlägen durch Austausch von Informationen bzw. Beweisen zu verbessern³⁸⁰. Es handelt sich dabei nicht um konkrete Verpflichtungen, stattdessen sind abstrakt Verbesserung, Schaffung zusätzlicher Mechanismen oder Weiterentwicklung vorgesehen, welche als Kann-Vorschriften oder mit Vorbehalten ausgestaltet sind. Lediglich sieht Art. 7 Abs. 1 ZP-ÜEVT vor, betreffend «*Auslandsreisen für terroristische Zwecke*» eine 24/7 Kontaktstelle zu bestimmen, die entsprechende Informationen austauschen kann. Zu beachten gilt, dass sich das ÜEVT nur auf Terrorismus bezieht.

B. Positionierung im Rechtshilfeverfahren

Die vorzeitige Übermittlung von Informationen und Beweismitteln wird auch als dynamische Rechtshilfe bezeichnet³⁸¹. Systematisch befindet sich die Bestimmung im dritten Teil «*Andere Rechtshilfe*» unter dem Kapitel zwei «*Verfahren*», Abschnitt zwei «*Behandlung des Ersuchens*». Die Positionierung nach dem Art. 80d IRSG, welcher den Abschluss des Rechtshilfesuchts vorsieht (Grundsatz), macht dahingehend Sinn, dass es sich – insbesondere in Abs. 1-2 – um eine Ausnahmeregelung des Verfahrensabschlusses und den damit zusammenhängenden gewöhnlichen Rechtsmittelweg (Art. 80e ff. IRSG) handelt³⁸². Mit der Verortung im dritten Teil «*Andere Rechtshilfe*» ist die vorzeitige Übermittlung nur für die sogenannte kleine Rechtshilfe³⁸³ möglich.

Nach Wortlaut von Abs. 1 hat die vorzeitige Ermittlung «*vor dem Erlass der Schlussverfügung*» zu erfolgen. Im Zusammenhang mit der Verortung im Kapitel «*Verfahren*», wird somit vorausgesetzt, dass ein Rechtshilfeersuch erfolgt ist (Art. 17 Abs. 2 und Art. 29 Abs. 1 IRSG), welches dann zu einer Schlussverfügung führen kann (Art. 80d IRSG).

³⁷⁹ Vgl. in Zusammenhang mit Art. 260^{ter} StGB ROULET, 176 f.

³⁸⁰ Art. 3 Abs. 2 lit. a ÜEVT; Art. 4 ÜEVT; Art. 17 Abs. 4 ÜEVT; Art. 22 ÜEVT; Art. 7 ZP-ÜEVT.

³⁸¹ Botschaft strafrechtliches Instrumentarium, 6491.

³⁸² Vgl. LUDWICZAK GLASSEY, Transmission, N. 22, wonach die Positionierung nach Reihenfolge des Vollstreckungsverfahrens nicht mehr beachtet wird.

³⁸³ DONATSCH et al., 37.

Der Wortlaut von Abs. 3³⁸⁴, der jenem von Art. 67a IRSG gleicht, suggeriert, dass eine vorzeitige Übermittlung auch ausserhalb eines Rechtshilfeersuchverfahrens in einem separaten Verfahrensstrang spontan erfolgen kann, ähnlich wie bei spontaner Rechtshilfe (Art. 67a IRSG)³⁸⁵. Im Sinne der Botschaft und der systematischen Positionierung ist dies abzulehnen, wonach die unaufgeforderte vorzeitige Übermittlung nur im Rahmen des Ersuchsverfahrens erfolgt, indem die Strafverfolgungsbehörde die Ersuchenden über die Möglichkeit der vorzeitigen Übermittlung informieren³⁸⁶. Gleichzeitig deutet der Wortlaut von Art. 80d^{bis} Abs. 3 zweiter Satz IRSG darauf hin, dass die unaufgeforderte Übermittlung nicht auf eine derartige Anzeige beschränkt ist³⁸⁷. Die unaufgeforderte Übertragung kann unter dem vollständigen Ausschluss von personenbezogenen Daten bis zum Erhalt der Garantien³⁸⁸ erfolgen. Der Wortlaut deutet darauf hin, dass es sich dabei nur um eine Überbrückung handelt, die nach vorliegender Meinung hauptsächlich bei zeitlicher Dringlichkeit in Anlehnung an Abs. 1 lit. b geboten ist³⁸⁹. Konstellationen, wo zeitliche Dringlichkeit im Zusammenhang mit Verfahrensinteressen nach Abs. 1 lit. a herrscht, sind aber nicht vollständig auszuschliessen. Die Botschaft betont generell, dass die vorzeitige Übermittlung nur bei Rechtshilfesuchen von Staaten angewandt wird, *«mit denen eine lange und vertrauensvolle Rechtshilfetradition besteht und die es gewohnt sind, ohne Verzögerung und auch unter Auflagen prompt zu kooperieren»*³⁹⁰.

C. Dynamische Rechtshilfe

1. Statik als Grundsatz

Zuerst wird das Rechtshilfeverfahren in groben Zügen aufgezeigt. Nach Eingang eines Rechtshilfesuchs (Art. 17 Abs. 2 und Art. 29 Abs. 1 IRSG) erfolgt eine summarische Prüfung auf offensichtliche Unzulässigkeit und der formellen Anforderungen durch die zuständige Behörde (Art. 17 Abs. 2 und Art. 78 Abs. 2 i.V.m. Art. 28, Art. 76 und Art. 2 ff. IRSG)³⁹¹. Ist nichts zu beanstanden, wird das Gesuch – sofern keine direkte Zustellung erfolgte – an die zuständige Vollstreckungsbehörde, weitergeleitet (Art. 78 Abs. 2 IRSG). Die ausführende Behörde ist dabei meistens die kantonale Staatsanwaltschaft (Art. 55 Abs. 1 StPO). Sie führt eine Vorprüfung im Sinne von Art. 80 IRSG und erlässt gegebenenfalls eine summarisch begründete Eintretensverfügung (Art. 80b IRSG). Sowohl der Entscheid der ersten als auch der zweiten Vorprüfung kann nicht angefochten werden³⁹². Die Teilnahmerechte nach

³⁸⁴ Insbesondere enthält die französische Fassung den Wortlaut *«de manière spontanée»*.

³⁸⁵ Für spontane Rechtshilfe in Form von staatsvertraglichen Vereinbarungen siehe GLUTZ, in: BSK IStrR, Art. 67a IRSG, N. 58.

³⁸⁶ Botschaft strafrechtliches Instrumentarium, 6495; Gl.M. LUDWICZAK GLASSEY, Transmission, N. 24.

³⁸⁷ Leider äussert sich die Botschaft an entsprechender Stelle kaum dazu, vgl. Botschaft strafrechtliches Instrumentarium, 6495.

³⁸⁸ Kap. § 3 I. E.

³⁸⁹ Ansonsten ist bei fehlender unmittelbarer und schwerer Gefahr ein Zuwarten bis zum Erhalt der Garantien zumutbar.

³⁹⁰ Botschaft strafrechtliches Instrumentarium, 6495.

³⁹¹ Dies kann auch über den direkten Verkehr erfolgen vgl. etwa Art. 4 ZPII-EÜR oder Art. 29 Abs. 2 IRSG.

³⁹² Ausnahme als Zwischenverfügung i.S.v. Art. 80e IRSG; DONATSCH et al., 131 f.; POPP, N. 488 f.

Art. 80b Abs. 1 IRSG orientieren sich an den Grundsätzen des Strafverfahrens (Art. 147 StPO)³⁹³. Bei der geheimen Beweiserhebung müssen der Natur nach die Teilnahmerechte verwehrt bleiben³⁹⁴. So schränkt Art. 80b Abs. 2 lit. c und Abs. 3 IRSG die Teilnahmerechte und damit auch die Kenntnis der durchzuführenden Massnahme³⁹⁵ ein, wenn es sich um geheime Massnahmen nach Art. 269 ff. StPO handelt³⁹⁶. Das gilt auch für die Gefahr im Verzug nach Art. 18 Abs. 2 IRSG³⁹⁷. Im Falle einer Kollusionsgefahr kann das rechtliche Gehör «*im Interesse des ausländischen Verfahrens*» (Art. 80b Abs. 2 lit. a IRSG) eingeschränkt werden, solange auch eine inländische Beschränkung nach Art. 108 Abs. 1 lit. a StPO möglich wäre. Nachdem die ersuchte Massnahme durchgeführt wurde und gegebenenfalls Informationen oder Beweismittel vorliegen (Ausführung i.e.S.³⁹⁸), muss der Abschluss des Rechtshilfeverfahrens begründet verfügt werden (Art. 80d IRSG), womit auch die Beschwerdemöglichkeit eröffnet wird (Art. 80e ff. IRSG). Spätestens dann werden die Betroffenen in Kenntnis der Massnahme und des Rechtshilfesuchs gesetzt³⁹⁹. Der im Ausland Beschuldigte wird im Zusammenhang mit dem Rechtshilfesuch über das (zuvor geheime) ausländische Strafverfahren informiert⁴⁰⁰.

Wenn der ersuchende Staat auf die besondere Dringlichkeit aufmerksam macht, kann das gesamte Rechtshilfeverfahren ab Gesuch bis zur Abschlussverfügung schnell durchgeführt werden. Normalerweise hat die Beschwerde keine aufschiebende Wirkung (Art. 21 Abs. 4 IRSG). Für die kleine Rechts- hilfe gilt eine Ausnahme bei der «*Übermittlung von Auskünften aus dem Geheimbereich oder die Herausgabe von Gegenständen oder Vermögenswerten an das Ausland*» (Art. 21 Abs. 4 lit. b und Art. 80l Abs. 1 IRSG)⁴⁰¹. Sind daher Überwachungsinhalte aus vertraulicher Kommunikation wie Briefverkehr oder Telefon davon betroffen⁴⁰², kann das Verfahren deutlich mehr Zeit in Anspruch nehmen durch das Zuwarten der Rechtskraft und insbesondere mit einem wahrgenommenen Rechtsmittelverfahren⁴⁰³.

Aufgrund der zeitlichen Verzögerung fällt die Geheimhaltung dahin. Mit der Auflösung des Schutzes, der durch die Geheimhaltung entsteht, wird die Kollusionsgefahr wiederbeschworen und die

³⁹³ HEIMGARTNER/NIGGLI, in: BSK IStrR, Art. 80b IRSG, N. 5.

³⁹⁴ CHRISTEN, 468.

³⁹⁵ FABRI/FURGER, 405.

³⁹⁶ HEIMGARTNER/NIGGLI, in: BSK IStrR, Art. 80b IRSG, N. 19; HANSJAKOB, Überwachungsrecht, Art. 1 BÜPF, N. 1337.

³⁹⁷ HEIMGARTNER/NIGGLI, in: BSK IStrR, Art. 80b IRSG, N. 20.

³⁹⁸ POPP, N. 498.

³⁹⁹ POPP, N. 460 f. m.H.a. BGE 124 II 132 E. 2d S. 138 f., 516; DONATSCH et al., 141.

⁴⁰⁰ Vgl. LUDWICZAK GLASSEY, Transmission, N. 6, geht hingegen davon aus, dass der späteste Kenntniszeitpunkt noch vor dem Erlass der Abschlussverfügung liegt.

⁴⁰¹ Art. 103 Abs. 2 lit. c BGG.

⁴⁰² POPP, N. 420; Art. 13 Abs. 1 BV; GLUTZ, in: BSK IStrR, Art. 67a IRSG, N. 29 f., wonach alle Personendaten erfasst sind, die durch die Strafverfolgungsbehörde bearbeitet werden. Die Bearbeitung von Personendaten im Sinne des DSGVO stellt einen Eingriff in die Privatsphäre (Art. 13 Abs. 1 BV) und die informationelle Selbstbestimmung (Art. 13 Abs. 2 BV) dar. Zu beachten gilt hingegen, dass das DSGVO nicht auf Verfahren der internationalen Rechtshilfe anwendbar ist (Art. 2 Abs. 2 lit. c DSGVO).

⁴⁰³ Vgl. LUDWICZAK GLASSEY, Transmission, N. 9 f.

Übermittlung der Telefonüberwachung wird unnütz⁴⁰⁴. Der Betroffene kann von der geplanten Tat absehen, andere Beteiligte warnen oder sich neu orientieren. Die ganzen Bemühungen zur Geheimhaltung im Sinne der StPO werden durch den letzten Schritt des Rechtshilfeverfahrens vereitelt. Das Bundesamt für Justiz⁴⁰⁵, das Bundesstrafgericht⁴⁰⁶ und die Lehre⁴⁰⁷ gingen sodann im Sinne des Geheimhaltungszwecks oder ausländischer Verfahrensinteressen davon aus, dass eine vorzeitige Übermittlung von Informationen aus dem Geheimbereich gerechtfertigt ist, sofern die nötigen Garantien abgegeben werden. Vor der Gesetzesänderung hat sich das Bundesgericht mit der vorzeitigen Übermittlung von Informationen und Beweismitteln befasst. Im Leitentscheid ging es um ein französisches Rechtshilfegesuch, in dem Telefongespräche verlangt wurden. Die Bundesanwaltschaft ordnete eine sofortige Übermittlung der Gesprächsinhalte mit gewissen Bedingungen an, ohne dabei die betroffenen Personen zu informieren. Die Bundesanwaltschaft begründete dies mit Art. 18a und 18b IRSG. Das Bundesgericht lehnte eine vorzeitige Übermittlung ab, da die beiden Artikel keine ausreichende gesetzliche Grundlage darstellten und eine solche (auch vertragliche Grundlage) damit gänzlich fehlte. Art. 18b IRSG erlaubt nur die vorzeitige Übermittlung von elektronischen Verkehrsdaten, zu denen Kommunikationsinhalte nicht zählen. Es bestätigte hingegen die Nützlichkeit dieses Vorgehens und wies auf eine Gesetzesänderung hin⁴⁰⁸. Das Bundesamt für Justiz hat vergebens darauf hingewiesen, dass diese Vorgehensweise im Sinne einer modernen internationalen Zusammenarbeit, die einzige Möglichkeit wäre, die Glaubwürdigkeit der Schweiz betreffend Rechtshilfemassnahmen zu gewährleisten⁴⁰⁹.

Während die StPO die notfallmässige Abhörung erlaubt, verbietet das IRSG die Übergabe der Informationen. Das statische System des IRSG sieht dafür keine Ausnahme im Sinne der Geheimhaltung und ausländischen Verfahrensinteressen vor⁴¹⁰. In dringenden Fällen sind der Strafverfolgungsbehörde die Hände gebunden, da die formelle Rechtskraft abgewartet werden muss. Der Ersuchende wäre mit gleichzeitigem Vorliegen eines schweizerischen Verfahrens besser damit bedient, gar kein Gesuch zu stellen und stattdessen über die spontane Rechtshilfe oder Art. 11 Abs. 1 ZPII-EÜR beschränkte Informationen zu erhalten⁴¹¹.

⁴⁰⁴ HANSJAKOB, Überwachungsrecht, Art. 1 BÜPF, N. 1337, 1339; FABBRI/FURGER, 405 f.; vgl. AEPLI, in: BSK IStrR, Art. 18a IRSG, N. 35 f., 40.

⁴⁰⁵ Wegleitung Rechtshilfe, 71-73, 75 ff.; vgl. zur Umsetzung Fn. 406; vgl. BGE 143 IV 186 E. 2 S. 188.

⁴⁰⁶ TPF 2015 129 E. 6.4.5 S. 133; 2015 35 E. 6.4.4 S. 42; BStrG RR.2016.174 und RR.2016.175-175 E. 2.4.1 ff.

⁴⁰⁷ HANSJAKOB, BÜPF, Art. 1, N. 10; FABBRI/FURGER, 405; AEPLI, in: BSK IStrR, Art. 18a IRSG, N. 35; HANSJAKOB/PAJAROLA, in: ZK StPO, Art. 272, N. 38; vgl. ZIMMERMANN, Coopération, N. 441; vgl. LUDWICZAK GLASSEY, Remarques, 51; FERRARA/SALMINA, N. 186; KUSTER ZÜRCHER/MAURO, 59; a.M. BÖHI, in: BSK IStrR, Art. 18b IRSG, N. 10; HARARI/CORMINBOEUF HARARI, N. 40, 43.

⁴⁰⁸ BGE 143 IV 186 E. 2.3 S. 191; zuvor schon als obiter dictum BGer 1C_594/2015 und 1C_602/2015 E. 2; HANSJAKOB, Überwachungsrecht, Art. 1 BÜPF, N. 1347, mit einer möglichen Umgehung mithilfe von Art. 11 Abs. 1 ZPII-EÜR.

⁴⁰⁹ BGE 143 IV 186 E. 2 S. 188.

⁴¹⁰ Vgl. LUDWICZAK GLASSEY, Transmission, N. 12 («*situation est paradoxale*»).

⁴¹¹ HANSJAKOB, Überwachungsrecht, Art. 1 BÜPF, N. 1347.

Die Nachteile, welche sich für die ausländische Behörde ergeben, hat im Sinne des Gegenrechtsprinzips auch die Schweiz zu erwarten⁴¹². Unter Anwendung dieses Grundsatzes kann die Schweiz nicht verlangen, dass sie Gesprächsinhalte in Echtzeit erhält und ohne Behinderung des inländischen Strafverfahrens⁴¹³.

2. Dynamisierung des Prozesses

Der Gesetzgeber hat auf den Ruf des Bundesgerichts reagiert⁴¹⁴ und mit Art. 80d^{bis} IRSG eine gesetzliche Grundlage geschaffen Informationen und Beweismittel (Abs. 1) vorzeitig zu übermitteln. Die Strafverfolgungsbehörde kann mit Ausschluss der Teilnahmerechte (Art. 80b IRSG) und ohne Bindung an den Rechtsschutz unter den vorgesehenen Voraussetzungen Informationen und Beweismittel in Echtzeit übermitteln. Die Ausnahmeregelung ist abstrakt formuliert und erfasst nicht nur, wie oben behandelt, die Überwachung von Telefongesprächen (Art. 269-279 StPO). Damit sind alle Strafverfolgungsmassnahmen erfasst, die der schweizerischen Strafverfolgungsbehörde offenstehen (insb. Art. 269 ff. StPO als geheime Massnahmen). Die neue Dynamik liegt darin, dass die Rechtshilfe – unter Beachtung der Voraussetzungen - schneller und schonend – für die Ermittlung – erfolgen kann. Die Starrheit des Rechtshilfesystems wirkt für die vorgesehenen Fälle nicht und die paradoxe Vereitelung der Geheimuntersuchung wird somit verhindert⁴¹⁵.

Eine weitere Besonderheit ist, dass die vorzeitige Übermittlung auch Beweismittel erfasst. Die spontane Rechtshilfe schliesst die Übermittlung von Beweismittel des Geheimbereichs aus (Art. 67a Abs. 4 IRSG). So können nur *«Informationen, die den Geheimbereich betreffen»* übermittelt werden, sofern darin eine Eignung für ein anschliessendes Rechtshilfegesuch an die Schweiz besteht (Art. 67a Abs. 5 IRSG). Als Informationen gelten Zusammenfassungen der Überwachungsinhalte oder die Übermittlung in Berichtsform anstelle von rohen Überwachungsinformationen⁴¹⁶. HANSJAKOB/PAJAROLA gehen sogar davon aus, dass Beweismittel überreicht werden können, sofern es mit einem Spezialitätsvorbehalt erfolgt. Die Charakteristik des Beweismittels wird diesem somit mit einer Erklärung aberkannt, wobei sich aber das – zum Beweis untauglich erklärte – Beweismittel in seinem Inhalt nicht verändert⁴¹⁷. Der Zweck ist aber im Sinne des Wortlauts nur im Hinblick auf ein Rechtshilfegesuch zu verstehen. Wie Art. 67a IRSG sieht auch Art. 11 Abs. 1 ZPII-EÜR nur eine Übermittlung von Informationen vor.

⁴¹² Zum Gegenrechtsprinzip POPP, N. 428 ff.; DONATSCH et al., 94 f.; Art. 8 und 30 IRSG.

⁴¹³ BGE 146 IV 36 E. 2.2 S. 44 f.

⁴¹⁴ Vgl. Botschaft strafrechtliches Instrumentarium, 6492.

⁴¹⁵ Vgl. Kap. § 3 I. C. 1; Botschaft strafrechtliches Instrumentarium, 6493 f.

⁴¹⁶ HANSJAKOB/PAJAROLA, in: ZK StPO, Art. 272, N. 43; GLUTZ, in: BSK IStrR, Art. 67a IRSG, N. 13; POPP, N. 424; BGE 129 II 544 E. 3.4 S. 547 f.

⁴¹⁷ HANSJAKOB/PAJAROLA, in: ZK StPO, Art. 272, N. 43 m.H.a. GLUTZ, in: BSK IStrR, Art. 67a IRSG, N. 19 f., wobei GLUTZ ausdrücklich den Spezialitätsvorbehalt für Informationen vorsieht und nicht für eigentliche Beweismittel.

Ungeachtet des Vorliegens der Voraussetzungen obliegt es allein der kantonalen oder eidgenössischen Behörde, darüber zu entscheiden, ob eine vorzeitige Übermittlung durchgeführt wird. So ist Art. 80d^{bis} IRSG als Kann-Vorschrift ausgestaltet und sieht eine solche Übermittlung nur ausnahmsweise vor. Gemäss der Botschaft soll damit primär die Zusammenarbeit mit den Staaten verbessert werden, mit denen man bereits erfolgreich kooperierte und zu denen ein Vertrauensverhältnis besteht. Theoretisch besteht aber die Möglichkeit für jeden Staat⁴¹⁸. Die kantonalen Behörden sind somit autonom in der Anwendung. Das Gesetz sieht nur eine vorzeitige Benachrichtigung des Bundesamts für Justiz vor (Art. 80d^{bis} Abs. 6 IRSG).

D. Anwendungsbereich

1. Entstehung

Der Entwurf sah den Anwendungsbereich für Fälle vor in denen *«ausländischen Ermittlungen ohne diese Rechtshilfemassnahme unverhältnismässig erschwert würden»* (Art. 80d^{bis} Abs. 1 lit. a E IRSG) oder *«um eine schwere und unmittelbare Gefahr, insbesondere die Begehung einer terroristischen Straftat, abzuwehren»* (lit. b). Gemäss Botschaft liegt die Anwendbarkeit auf allen schwerwiegenden Gefahren. Die Anwendung ist nur auf schwerwiegende Straftaten beschränkt (Abs. 2)⁴¹⁹, wobei dafür an der Auslieferungsfähigkeit angeknüpft wird⁴²⁰. Diese Begriffe der Schwere sind auseinanderzuhalten⁴²¹. Auslieferungsdelikte müssen gemäss Art. 35 Abs. 1 lit. a IRSG beidseitig eine *«freiheitsbeschränken- den Sanktion im Höchstmass von mindestens einem Jahr»* oder eine schwere Sanktion vorsehen. Im Zusammenhang mit den beiden genannten Gründen (lit. a und b) sind alle Straftaten mit einem oberen Strafrahmen von mindestens einem Jahr gemeint. Die Weite des Anwendungsbereichs wurde in der Vernehmlassung zu Recht kritisiert⁴²².

Nach dem Entwurf haben sich die Kammern intensiv mit Art. 80d^{bis} IRSG befasst. Ständerat Rieder kritisierte, dass die Gesetzgebung hier *«weit über die Terrorismusbekämpfung hinausgeht»* und mit der weiten Formulierung der Rechtsschutz von *«Normalbürgern»* gefährdet ist⁴²³. Dieser Einwand ist berechtigt, denn die Vorlage ist auf die Bekämpfung von Terrorismus – und gleichzeitig teilweise organisierter Kriminalität – gerichtet⁴²⁴. Der Vorschlag von Rieder wurde im Ständerat angenommen, wonach

⁴¹⁸ Botschaft strafrechtliches Instrumentarium, 6492.

⁴¹⁹ Vgl. LUBISHTANI/MONOD/GAUDERON, 30 f., wobei es sich nicht um eigentlich schwere Delikte handelt.

⁴²⁰ Botschaft strafrechtliches Instrumentarium, 6494.

⁴²¹ Fn. 419.

⁴²² Stellungnahme BStrG, 4 f.; Bericht Ergebnis Vernehmlassung, 12 f.

⁴²³ Votum Rieder (Ständerat), AB 2019 S 1105; vgl. auch Votum Zopfi (Ständerat), AB 2020 S 672.

⁴²⁴ Vgl. Botschaft strafrechtliches Instrumentarium, 6427 ff.; Votum Rieder (Ständerat), AB 2020 S 79; während stets von Terrorismus geredet wurde, brachte Ständerat Jositsch später vor, dass es auch um kriminelle Organisationen, internationale Menschenhändlerringe, internationale mafiöse Strukturen, Drogenhändlerringe, Geldwäscherringe und internationale Finanzstraftaten geht, Votum Jositsch (Ständerat, für die sicherheitspolitische Kommission), AB 2020 S 672; ergänzend und insb. im Zusammenhang mit Terrorfinanzierung Cyberattacken, Prostitution und Frauenhandel, Votum Keller-Sutter (Bundesrätin), AB 2020 S 674.

die ausländischen Verfahrensinteressen gefährdet sein müssen (lit. a) und gleichzeitig eine unmittelbare Gefahr für Leib oder Leben besteht⁴²⁵.

Im Nationalrat wurde dann ein Antrag der Mehrheit gestellt, wonach wieder lit. a und b alternativ erfüllt sein können und der Anwendungsbereich nur auf ausländischen Ermittlungen «*in Fällen von organisierter Kriminalität oder Terrorismus*» beschränkt ist. Zudem ist lit. b nicht mehr auf die Gefährdung von Leib und Leben beschränkt⁴²⁶. Beiden Kammern ging der Entwurf des Bundesrats somit zu weit. Der Antrag wurde im Anschluss auch vom Ständerat angenommen⁴²⁷. Von den Gegnern wurde vorgebracht, dass durch eine solche Beschränkung des Anwendungsbereichs wichtige Kriminalitätsfelder wie «*bandenmässiger Betäubungsmittelhandel, Sexualdelikte und [...] schwere Geldwäscherei*» ausgenommen sind⁴²⁸.

2. Terrorismus und organisierte Kriminalität

Der Anwendungsbereich von Art. 80d^{bis} Abs. 1 lit. c IRSG bezieht sich auf das ausländische Ermittlungsverfahren. Die vorgängige Herausgabe wird mit dem Ermittlungszweck gerechtfertigt. Ziel ist es die internationale Kriminalitätsbekämpfung in den Bereichen Terrorismus und organisierter Kriminalität effizienter zu gestalten⁴²⁹. Verglichen mit lit. b braucht es keine unmittelbare Gefahrensituation. Sofern die Übermittlung nicht durch die schweizerischen Behörden erfolgt, muss der Gesuchsteller glaubhaft darlegen, dass eine ernsthafte Gefährdung der Verfahrensinteressen vorliegt. Da nun der Anwendungsbereich auf Terrorismus und organisierter Kriminalität beschränkt ist, sind die Anforderungen dazu grundsätzlich tief zu halten, da bei langandauernden internationalen Ermittlungen gegen diese Personenzusammenschlüsse grundsätzlich immer Verfahrensinteressen in einer Weise gefährdet sein können⁴³⁰. Letztlich werden die Strafverfolgungsbehörden darüber entscheiden, ob eine vorzeitige Übermittlung stattfindet.

Vorzeitige Übermittlung darf gemäss lit. a nur bei «*Ermittlungen in Fällen von organisierter Kriminalität oder Terrorismus*» erfolgen. Während den Ratsdebatten wurde dieses Kriterium wenig behandelt⁴³¹. Im Sinne der gesamten Vorlage⁴³² und einer einheitlichen Auslegung des Terrorismusbegriffs hat sich Art. 80d^{bis} IRSG an der Definition des materiellen Strafrechts nach Art. 260^{ter}, Art. 260^{quinquies} und

⁴²⁵ Antrag Rieder (Ständerat), AB 2020 S 78; Schlussabstimmung, AB 2020 S 83; Die geforderte schriftliche Verpflichtung wurde bereits in der Botschaft klar zum Ausdruck gebracht, Botschaft strafrechtliches Instrumentarium, 6495 («*via E-Mail, Fax oder auf anderem Wege einzuholen*»).

⁴²⁶ Antrag der Mehrheit, AB 2020 N 1727.

⁴²⁷ Schlussabstimmung, AB 2020 S 1070.

⁴²⁸ Votum Keller-Sutter (Bundesrätin), AB 2020 N 1731; Votum Jositsch (Ständerat, für die sicherheitspolitische Kommission), AB 2020 S 992.

⁴²⁹ Botschaft strafrechtliches Instrumentarium, 6494.

⁴³⁰ Wäre man dem Entwurf des Bundesrats gefolgt, so müssten die Anforderungen für Einzeltäter deutlich höher angesetzt werden, zumal auch eine Vielzahl von Straftaten erfasst worden wäre, siehe Kap. § 3 I. D. 1.

⁴³¹ So stellt «*nur bei dieser Deliktskategorie*» keine wirkliche Präzisierung dar, Votum Jositsch (Ständerat, für die sicherheitspolitische Kommission), AB 2020 S 992.

⁴³² Vgl Votum Rieder (Ständerat), AB 2020 S 992; Votum Keller-Sutter (Bundesrätin), AB 2020 S 992.

Art. 260^{sexies} StGB zu richten⁴³³. Da die Strafverfolgungsbehörde über die vorzeitige Übermittlung zu entscheiden hat, muss sie sich auch im Fall von Organisationen mit der heiklen Abgrenzungsfrage von Terrororganisationen zu legitimen Gruppierungen befassen⁴³⁴. Wenn eine Gruppierung nicht als terroristisch eingestuft wird, dann liegt (aus schweizerischer Sicht) kein Fall von Terrorismus vor und eine vorzeitige Übermittlung ist ausgeschlossen. Die Strafverfolgungsbehörden haben sich dabei an der Rechtsprechung des Bundesgerichts zu orientieren. So kann eine einheitliche Rechtshilfepraxis sichergestellt werden⁴³⁵. Sollte es sich hingegen um eine neue Gruppierung handeln, hat die Strafverfolgungsbehörde eine ausführliche Prüfung durchzuführen idealerweise in Zusammenarbeit mit dem Bundesamt für Justiz. Eine einheitliche Anwendung kann durch das Bundesamt für Justiz kontrolliert werden (Abs. 6), jedoch benötigen die kantonalen Behörden keine Zustimmung. Eine neue Wegleitung in Anlehnung an diese Änderungen wäre ebenfalls zugunsten einer einheitlichen Anwendung der vorzeitigen Übermittlung zu begrüssen⁴³⁶.

Es muss noch angemerkt werden, dass die durchzuführende nationale Zwangsmassnahme weiterhin von einem Zwangsmassnahmengerecht genehmigt werden muss⁴³⁷. Das Gericht prüft mit freier Kognition, worunter auch die Katalogtat fällt⁴³⁸. Sollte ein unzureichender Verdacht bestehen oder kein eindeutiger Fall von Terrorismus bestehen⁴³⁹, kann eine vorzeitige Übermittlung bereits beim Zwangsmassnahmengerecht scheitern⁴⁴⁰.

Der Wortlaut ist mit Fällen von Terrorismus und organisierter Kriminalität weit gefasst. So sind nicht nur die spezifischen Terrorismusstrafnormen nach Art. 260^{ter} ff. StGB erfasst, sondern alle Straftaten mit einer freiheitsbeschränkenden Sanktion von mindestens einem Jahr (Art. 80d^{bis} Abs. 2 i.V.m. Art. 35 Abs. 1 lit. a IRSG), die einen Bezug zu den beiden Deliktskategorien haben⁴⁴¹. Bei der organisierten Kriminalität kann der Zusammenhang nur mit Vorliegen einer Organisation gegeben sein, welcher sich an den objektiven Kriterien von Art. 260^{ter} Abs. 1 lit. a Ziff. 1 StGB zu orientieren hat. Beweismittel und Informationen aus Einzeltaten, die keinen Zusammenhang zur Organisation aufweisen, können somit nicht vorzeitig übermittelt werden. Mit dem Wortlaut Terrorismus sind hingegen nicht nur Organisationen, sondern auch Einzeltäter erfasst. Unklar ist hier, ob für Straftaten an das subjektive

⁴³³ Siehe für terroristische Organisationen Kap. § 2 I. A. 3; vgl. Art. 269 Abs. 2 lit. a StPO wonach Überwachung des Post- und Fernmeldeverkehrs ausdrücklich für Art. 260^{bis}-260^{sexies} StGB vorgesehen sind.

⁴³⁴ Fn. 61.

⁴³⁵ Vgl. zur Konsistenz auch Votum Roth (Nationalrätin), AB 2020 N 1007: («Eine einheitliche und sorgfältige Übermittlung der sensiblen Daten ist aber nur gewährleistet, wenn sie zentralisiert und stets von derselben Dienststelle ausgeführt wird, zumal kantonale Ämter und Beobachtungsbehörden alle Informationen im Zusammenhang mit Terrorismus umgehend dem Nachrichtendienst des Bundes mitteilen müssen»).

⁴³⁶ Vgl. Wegleitung Rechtshilfe.

⁴³⁷ Für die Überwachung des Post- und des Fernmeldeverkehrs, Art. 272 Abs. 1 StPO.

⁴³⁸ OBERHOLZER, N. 1597.

⁴³⁹ Art. 269 Abs. 2 lit. a StPO i.V.m. Art. 260^{ter} und 260^{sexies} StGB.

⁴⁴⁰ Krit. zur Schrankenfunktion in der Praxis MARKWALDER/BINSWANGER, 384 ff.

⁴⁴¹ So kann LUBISHTANI/MONOD/GAUDERON nicht zugestimmt werden, dass die Wahl von Begriffen wie Terrorismus und organisierter Kriminalität eine restriktive Absicht des Gesetzgebers darstellen soll und damit eine restriktive Auslegung zu erfolgen hat, LUBISHTANI/MONOD/GAUDERON, 31.

Element der Absicht⁴⁴² angeknüpft werden soll, was an äusseren Indizien gemessen wird, oder eine verobjektivierte Betrachtungsweise wie dem Effektpotenzial erfolgt⁴⁴³. In der Praxis wird dies wohl eine untergeordnete Bedeutung haben, denn die Einschätzung erfolgt auf Basis des Gesuchs, worin nur beschränkt Informationen vorhanden sind. So muss auch hier schlussendlich auf die äusseren Umstände abgestellt werden⁴⁴⁴. Das Rechtshilfegesuch hat in jedem Fall auszuführen, weshalb eine terroristisch motivierte Straftat vorliegt, weil es sich dabei um die zentrale Voraussetzung handelt⁴⁴⁵. Die zuständige Behörde muss in Fällen mit politischem Konnex ohnehin den Ausschlussgrund von Art. 3 IRSG⁴⁴⁶ prüfen⁴⁴⁷. Der problematische Unterschied liegt darin, dass bei der vorzeitigen Übermittlung die gerichtliche Überprüfung aufgeschoben wird. Die Behörde hat daher trotz Garantien (Abs. 4) eine ausführliche Prüfung des Terrorismuskriteriums (und terroristischen Organisationen) vorzunehmen⁴⁴⁸.

Es ist korrekt, dass durch die Weite von Art. 80d^{bis} Abs. 2 i.V.m. Art. 35 Abs. 1 lit. a IRSG viele Straftaten wie Zechprellerei (Art. 149 StGB) theoretisch erfasst sind⁴⁴⁹, jedoch handelt es sich bei vielen Delikten nicht um typische Delikte der organisierten Kriminalität oder des Terrorismus. Von einer Beschränkung auf Gewaltverbrechen im Sinne von Art. 260^{ter} StGB sei abzusehen⁴⁵⁰, denn damit wären gewisse typische Delikte ausgeschlossen. Ohnehin dient dieser genannte Zweck der Organisationsdefinition als Ganzes. Wenn dieses Kriterium nicht erfüllt ist, dann liegt keine kriminelle Organisation vor. Das Definitionskriterium darf nicht als Beschränkung des kriminellen Umfangs eines Personenzusammenschlusses gesehen werden. Somit sind auch Geldwäscherei (Art. 305^{bis} StGB)⁴⁵¹ und Korruptionsdelikte (Art. 322^{ter} ff. StGB) erfasst⁴⁵². Dasselbe gilt auch für den Terrorismus, womit nicht nur Gewaltdelikte im Sinne von Art. 260^{quinquies} und Art. 260^{ter} StGB erfasst sein sollten⁴⁵³. Es wäre nicht im Sinne der Gesamtvorlage bzw. der internationalen Regelung, wenn man bei der Rechtshilfe plötzlich zwischen Vorbereitungshandlungen und eigentlichem Gewaltverbrechen unterscheidet⁴⁵⁴ und damit Straftaten, die vom Gesetzgeber neu als strafwürdig erachtet werden, von terroristischen Straftaten im Rahmen der Rechtshilfe auszunehmen. Aus der parlamentarischen Debatte ist insbesondere zu entnehmen, dass Einschränkung auf organisierte Kriminalität und Terrorismus vorgenommen werden soll und nicht, dass

⁴⁴² FORSTER, in: BSK IStrR, Art. 3 IRSG, N. 4 («Umstände, Beweggründe und Ziele»); POPP, N. 149 f.

⁴⁴³ Siehe dazu Kap. § 2 II. A und § 2 II. D. 1.

⁴⁴⁴ Fn. 295.

⁴⁴⁵ Vgl. BGE 130 II 337 E. 7.4 S. 348 f., wonach bei politischem Konnex «erhöhte Anforderungen an die Ausführlichkeit, Widerspruchsfreiheit und Verlässlichkeit des Ersuchens» gestellt werden.

⁴⁴⁶ Siehe auch Art. 2 lit. a EÜR und Art. 18 Ziff. 1 lit. d GwÜ.

⁴⁴⁷ Zum Ganzen siehe FORSTER, in: BSK IStrR, Art. 3 IRSG, N. 1-21.

⁴⁴⁸ Obwohl auch argumentiert werden kann, dass die Behörde bei Staaten mit derartigen Rechtshilfegesuchen keine enge Zusammenarbeit verbindet, vgl. untern Kap. § 3 I. E.

⁴⁴⁹ Vgl. LUDWICZAK, En bref, 72; LUBISHTANI/MONOD/GAUDERON, 31.

⁴⁵⁰ Vgl. LUBISHTANI/MONOD/GAUDERON, 31.

⁴⁵¹ Obwohl dies auch als verbrecherische Bereicherung angesehen werden kann (Art. 305^{bis} Abs. 2 lit. a StGB). Für die beantwortete Konkurrenzfrage siehe Kap. § 2 I. A. 2.

⁴⁵² LUBISHTANI/MONOD/GAUDERON, 31.

⁴⁵³ LUBISHTANI/MONOD/GAUDERON, 31.

⁴⁵⁴ Fn. 432.

dieser Bereich noch weiter eingengt wird⁴⁵⁵. Vor Änderung wurde bereits erwähnt, dass auch Terrorismusfinanzierung und Cyberattacken erfasst sind, dagegen gab es keine mehrheitsgestützten Einsprachen⁴⁵⁶. Irrelevante Strafbestimmungen mittels Verweises (Art. 80d^{bis} Abs. 2 IRSG) werden mangels praktischer Relevanz ausgeschlossen.

Mit dem Kompromiss im Parlament ist durch lit. a der Fall BGE 143 IV 186 mit Insiderhandel nicht mehr erfasst. Grundlegend ist der Verbrechenszweig der internationalen Wirtschaftskriminalität ausgenommen⁴⁵⁷. Dieser grosse Verbrechenszweig bedarf ebenfalls weiterer gesetzlicher Erleichterung in der internationalen Kooperation. So wurde zuletzt angedeutet, dass im Rahmen einer anderen Vorlage die dynamische Rechtshilfe dafür ergänzt wird⁴⁵⁸.

3. Schwere und unmittelbare Gefahr

a. Wortlaut und Botschaft

Unabhängig davon, ob Terrorismus oder organisierte Kriminalität vorliegt, kann nach Art. 80d^{bis} Abs. 1 lit. a IRSG die vorzeitige Übermittlung erfolgen, *«um eine schwere und unmittelbare Gefahr, insbesondere die Begehung einer terroristischen Straftat, abzuwehren»*. Dieser Anwendungsbereich knüpft somit an die Prävention von Straftaten an⁴⁵⁹.

Bei der schweren und unmittelbaren Gefahr handelt es sich um einen unbestimmten Rechtsbegriff. Der Botschaft können folgende relevante Abschnitte dazu entnommen werden⁴⁶⁰: *«dringenden und begründeten Fällen (z. B. bei Geiselnahmen oder einem terroristischen Anschlag)», «dass bei der Verfolgung geplanter schwerer Verbrechen zu spät reagiert wird», «Bestimmung trägt dazu bei, dass Leben gerettet sowie die Gesundheit von potenziellen Opfern bewahrt werden können» und «terroristischen Anschlag oder ein anderes Verbrechen zu verhindern (aktiver Charakter)»*. Der Wortlaut der Bestimmung deutet auf ein zu schützendes Rechtsgut, für welches es die Gefahr abzuwehren gilt. Die Ausführungen in der Botschaft nennen hingegen Verbrechen und konkrete Beispiele. Dabei besteht ein Widerspruch zu Abs. 2, wonach alle auslieferungsfähigen Straftaten erfasst sind.

Unklar ist zudem, welche Gefahr erfasst sein soll. Der Bundesrat nennt in der Botschaft Gefahr für Leib und Leben. Ständerat Rieder hat mit seinem Antrag die ausdrückliche Nennung dieses Rechtsguts gefordert, welches aber durch die Variante aus dem Nationalrat verdrängt wurde⁴⁶¹. Damit scheidet eine

⁴⁵⁵ Vgl. AB 2020 N 1727 ff.; a.M LUBISHTANI/MONOD/GAUDERON, 31.

⁴⁵⁶ Votum Keller-Sutter (Bundsrätin), AB 2020 S 674.

⁴⁵⁷ Vgl. Fn. 424, Geldwäschereiringe und internationale Finanzstraftaten.

⁴⁵⁸ Votum Jositsch (Ständerat, für die sicherheitspolitische Kommission), AB 2020 S 992, der wohl mit «spontane Rechtshilfe» die dynamische gemeint hat.

⁴⁵⁹ Botschaft strafrechtliches Instrumentarium, 6493; vgl. Art. 3 Abs. 2 ÜEVT.

⁴⁶⁰ Botschaft strafrechtliches Instrumentarium, 6493 f.

⁴⁶¹ Fn. 425; Kap. § 3 I. D. 1; Zu Recht abgelehnt, da die kumulative Voraussetzung in Abs. 1 einen zu engen Anwendungsbereich zur Folge hätte.

Begrenzung auf dieses geschützte Gut aus. Sind somit als zu schützende Güter auch Eigentum, der öffentliche Frieden, der Markt und die Funktionsfähigkeit und Chancengleichheit des Kapitalmarkts⁴⁶² gemeint⁴⁶³? Falls ja, dann wäre bei genügend schwerwiegendem und unmittelbarem Insiderhandel⁴⁶⁴ auch dieser von der dynamischen Rechtshilfe erfasst. Andere Güter verdienen wie schon im Rahmen der eigentlichen Strafnormen ebenfalls die Gefahrenabwendung. Die Ausführungen in der Botschaft zusammen mit den Ratsdebatten können so gewertet werden, dass nur die klassischen Rechtsgüter von lit. b erfasst sind. Eine Bestimmung, die den öffentlichen Frieden schützt, wie beispielsweise Art. 260^{ter} StGB, ist ein abstraktes Gefährdungsdelikt und schützt die Rechtsgüter nur mittelbar⁴⁶⁵. Somit kann argumentiert werden, dass Gefährdungsdelikte dahinfallen, weil sie dem Wortlaut fordernd, keine unmittelbare Gefahr darstellen. Zuletzt erscheint der Schutz von Leib und Leben neben gesetzlichen geschützten Gütern im Zusammenhang mit Vermögensdelikten unpassend. Während bei letzterem ein Ausgleich mit finanziellen Mitteln gut bewerkstelligt werden kann, ist das bei der schweren Schädigung von Leib und Leben nicht möglich. Die Präventionsabsicht liegt dort schwerer, wo die Wiedergutmachung unmöglich ist.

b. Was heisst «schwer» und «unmittelbar»?

Die Schwere der Straftat steht in einem Verhältnis zur potenziellen Rechtsgutschädigung⁴⁶⁶. Wenn man also an den genannten Straftaten der Botschaft (Geiselnahmen, terroristischen Anschlag und schwerer Verbrechen) und dem Wortlaut (*«insbesondere die Begehung einer terroristischen Straftat»*) anknüpft, zeichnet sich ein klareres Bild ab, welche Straftaten eigentlich gemeint sind bzw. welche Gefahr es abzuwenden gilt⁴⁶⁷. Wenn Abs. 2 bereits eine erste grobe Eingrenzung darstellen soll, dann wäre die Eingrenzung nach Abs. 1 lit. b die speziellere. Zechprellerei ist somit nach Abs. 2 erfasst, jedoch fällt es nicht unter Abs. 1 lit. b, da es sich dabei nicht um eine Straftat handelt, die typischerweise eine schwere und unmittelbare Gefährdung im Sinne des Buchstabens hervorruft (lit. b)⁴⁶⁸. Hierbei entsteht noch die Frage, was genau mit *«terroristischen Straftaten»* im Sinne des Wortlauts gemeint ist. Wie oben ausgeführt, schützen terroristische Straftaten wie Art. 260^{ter} und 260^{sexies} StGB nur mittelbar eigentliche Rechtsgüter. Unmittelbarkeit kann aber auch im zeitlichen Sinne verstanden werden⁴⁶⁹. So sind auch Informationen betreffend einer unmittelbar bevorstehenden Terrorreise zu übermitteln, die Intensität lässt sich dabei mit der Terrorabsicht begründen, welche für die Terrorreise an sich bereits

⁴⁶² WOHLERS/PFLAUM, in: BSK FF, Art. 154 FinfraG, N. 9 m.H.a. BGE 118 Ib 448 E. 6c S. 456 f., wobei es sich nicht um *«ein Rechtsgut im herkömmlichen Sinne handelt»*.

⁴⁶³ LUBISHTANI/MONOD/GAUDERON, 31; Vgl. DONATSCH/TAG, 5 f.

⁴⁶⁴ Vgl. BGE 143 IV 186.

⁴⁶⁵ Fn. 346.

⁴⁶⁶ JOSITSCH/EGE/SCHWARZENEGGER, 80 f.

⁴⁶⁷ Vgl. auch Fn. 424.

⁴⁶⁸ Siehe dazu Kap. § 3 I. D. 2.

⁴⁶⁹ Botschaft strafrechtliches Instrumentarium, 6493, 6495; LUBISHTANI/MONOD/GAUDERON, 31, die unter Unmittelbarkeit nur die zeitliche Komponente verstehen.

gefordert wird. «*Terroristische Straftaten*» gilt es wie in lit. a weit auszulegen⁴⁷⁰. Bei Terrorismus sind ohnehin in den meisten Fällen zugleich auch Verfahrensinteressen (lit. a) gefährdet. Terroristische Straftaten sind mit «*insbesondere*» nur als Beispiel genannt, geben jedoch eine Orientierungsrichtung für die geforderte Intensität vor.

In die Abwägung sollten gemäss Abs. 1 auch die Rechtsschutzinteressen des Betroffenen miteinfließen, sofern der Geheimbereich betroffen ist. Ist das nicht der Fall, so wird ohnehin keine aufschiebende Wirkung gewährt (Art. 80I Abs. 1 IRSG). Bei der vorzeitigen Übermittlung handelt es sich um eine Ausnahmeregelung. Besteht unmittelbare Gefahr für ein Rechtsgut oder die Verübung einer Straftat, dann muss diese genügend intensiv sein, dass die vorzeitige Missachtung der Rechtsschutzinteressen verhältnismässig erscheint. Die Strafverfolgungsbehörden haben diese Abwägung durchzuführen. Im Falle von schwachen Auslieferungsstraftaten, wie der Zechprellerei, stünde es in einem Missverhältnis, wenn die Vorabübermittlung erfolgt. Damit sind schwache Auslieferungsstraftaten nicht nur aufgrund ihrer mangelnden Intensität, sondern auch aufgrund der entgegenstehenden Rechtsschutzinteressen nicht von Abs. 1 erfasst, obwohl Abs. 2 theoretisch darauf verweist. Statt einen umfangreichen Katalog aufzustellen, verweist Abs. 2 auf einen grossen Bereich. So ein Bereich kann durch entsprechende Kriterien in den zu bestimmenden Artikeln durchaus erneut abgegrenzt werden, jedoch wäre bereits bei der Erarbeitung des Entwurfs eine klarere Lösung angebracht gewesen.

Der Anwendungsbereich im Falle einer schweren und unmittelbaren Gefahr ist mit vielen Unklarheiten behaftet, zu dem sich wenig in den Materialien findet. Diejenigen Abschnitte die sich dazu äussern, deuten auf eine restriktivere Auslegung von lit. b hin. Betreffend der Schwere zeigt sich sowohl aus dem Blickwinkel des Rechtsguts als auch dem der Straftat, dass eine Beschränkung des Auslieferungsstraftatenverweises (Abs. 2) sinnvoll erscheint. Diese Beschränkung ist positiv, da die Betroffenen so nicht schonungslos der blossen Einschätzung der Strafverfolgungsbehörden ausgeliefert sind⁴⁷¹. Ebenso ist auch hier im Sinne der Rechtssicherheit eine einheitliche Rechtsanwendung anzusteuern, welche sich mit der zukünftigen Rechtsanwendung herauskristallisieren wird⁴⁷².

E. Garantien

a. Verwendungsbeschränkung

Eine vorzeitige Übermittlung schränkt die Verfahrensrechte des Betroffenen ein. Diese sollen mithilfe von Garantien (Art. 80d^{bis} Abs. 4 lit. a-c IRSG) kompensiert werden⁴⁷³. Neben den Interessen des Betroffenen geht es auch um eine Garantie der Informationsherrschaft des ersuchten Staates über die

⁴⁷⁰ Siehe dazu Kap. § 3 I. D. 2.

⁴⁷¹ Vgl. LUBISHTANI/MONOD/GAUDERON, 31.

⁴⁷² Fn. 435.

⁴⁷³ Botschaft strafrechtliches Instrumentarium, 6495.

Staatsgrenzen hinaus (insb. lit. c). Vor der Gesetzesänderung wurden bereits in der Praxis⁴⁷⁴ solche Garantien verlangt⁴⁷⁵.

Die erste Garantie beschränkt den Verwendungszweck der übermittelten Informationen und Beweismittel auf die Ermittlung und schliesst eine Verwendung als Beweismittel im engeren Sinne aus. Darunter wird im Wortlaut jegliche Verwendung zur Beantragung, Begründung oder Aussprache eines Endentscheids verstanden (Art. 80d^{bis} Abs. 4 lit. a IRSG)⁴⁷⁶. Gemäss Botschaft ist darunter auch ein Vergleich zu verstehen. Die Verwendung zu Beweis Zwecken, sowie der Abschluss eines Vergleichs, darf erst mit dem Abschluss des Rechtsmittelverfahrens und mit Eintritt der Rechtskraft der Schlussverfügung erfolgen. Der Ausschluss eines Vergleichs soll die beschuldigte Person dahingehend schützen, dass sie nicht zu einem Vergleich abgenötigt wird⁴⁷⁷. Der Rechtsschutz wird mit dieser Vorgehensweise bis kurz vor dem Erlass der Schlussverfügung aufgeschoben⁴⁷⁸.

b. Informationspflicht

Die zweite Garantie knüpft direkt an die Erste an. Damit die schweizerische Rechtshilfebehörde die betroffene Person benachrichtigen und im Anschluss die Schlussverfügung erlassen kann, muss sie wissen, wann die ausländischen Ermittlungen abgeschlossen sind und damit keine Gefährdung der Verfahrensinteressen (Abs. 1 lit. a) vorliegt oder die schwere und unmittelbare Gefahr gebannt ist (Abs. 1 lit. b)⁴⁷⁹. Für die ausländische Behörde ist das der einzige Weg, um eine die dem Ermittlungszweck hinausgehende zulässige Verwendung zu erlangen. In der Praxis hat die ersuchende Behörde diese Informationspflicht «*strikt zu handhaben*», damit der Betroffene so früh wie möglich über die Rechtshilfe und die vorzeitige Übermittlung informiert wird⁴⁸⁰. Daraus ist insbesondere zu entnehmen, dass es Fälle gibt, wo das Rechtshilfeverfahren noch nicht abgeschlossen ist – und damit noch keine Schlussverfügung erlassen wird – aber keine Gründe zur vorzeitigen Übermittlung mehr bestehen (insb. Abs. 1 lit. a) und eine Information an den Betroffenen erfolgen kann. Der Verweis auf Art. 80m IRSG dient der Klarstellung wer diese Zwischenverfügung⁴⁸¹ erhält, nämlich der Berechtigte im Sinne von Art. 80m Abs. lit. a-b IRSG⁴⁸². Mit dem Informationserfordernis hängt die Fortführung des Rechtshilfeverfahrens gänzlich von der ersuchenden Behörde ab. Um lange Perioden der Unkenntnis

⁴⁷⁴ Fn. 405 und 406.

⁴⁷⁵ Wegleitung, 75; BGE 143 IV 186 S. 187; TPF 2015 35 S. 36; vgl. auch Art. 80p IRSG.

⁴⁷⁶ Siehe auch BGE 143 IV 186 S. 187.

⁴⁷⁷ Botschaft strafrechtliches Instrumentarium, 6496.

⁴⁷⁸ Art. 80d^{bis} Abs. 4 lit. b und Abs. 5 IRSG; Botschaft strafrechtliches Instrumentarium, 6496.

⁴⁷⁹ Ausser die Einzeltat gibt dazu Anlass, weitere Untersuchungen im Rahmen der organisierten Kriminalität oder Terrorismus vorzunehmen, wo es die Verfahrensinteressen rechtfertigen (Art. 80d^{bis} Abs. 1 lit. a IRSG).

⁴⁸⁰ Botschaft strafrechtliches Instrumentarium, 6496, wobei die Behörde mit dem Erlass der Schlussverfügung bis zur vorzeitigen Stellungnahme zuwarten könnte, sofern das überhaupt noch einen Unterschied macht, denn nur die Schlussverfügung ist Anfechtungsobjekt.

⁴⁸¹ Nach vorliegender Auffassung ist eine Zustellung der Zwischenverfügung i.S.v. Abs. 1 ausreichend, um der Informationspflicht nachzukommen.

⁴⁸² Botschaft strafrechtliches Instrumentarium, 6496

zu vermeiden und das Verfahren im Sinne des Beschleunigungsgebots⁴⁸³ zu führen, ist ein fortlaufender Kontakt mit der ausländischen Behörde angebracht. Der schweizerischen Behörde soll es somit auch bei unverhältnismässig schleppendem Verfahren möglich sein, eine Neubewertung hinsichtlich einer fortlaufenden Übermittlung vorzunehmen⁴⁸⁴.

Ebenfalls anknüpfend an lit. b kann bei geheimen Überwachungsmaßnahmen nach Art. 269 ff. StPO die vorgesehene Benachrichtigung erst dann erfolgen (Art. 279 Abs. 1 StPO), wenn das Vorverfahren bzw. die Ermittlungen abgeschlossen sind. Nach HANSJAKOB/PAJAROLA hat die Benachrichtigung durch die ausländische Behörde zu erfolgen⁴⁸⁵. Da der Betroffene nach Wegfall der Gründe zur vorzeitigen Ermittlung über das Rechtshilfeverfahren und die Massnahmen informiert wird (lit. b), erfolgt eine Benachrichtigung bereits im schweizerischen Rechtshilfeverfahren. Die Anforderungen an die Mitteilung sind im Rechtshilfeverfahren strenger. Eine Angleichung beider Bestimmungen wurde nicht vorgesehen, insbesondere wenn man davon ausgeht, dass eine Benachrichtigung gar nicht durch die schweizerischen Behörden zu erfolgen hat⁴⁸⁶.

Sind im Rahmen grösserer internationaler Sachverhalte auch Ermittlungen in der Schweiz im Gange, dann kann die Mitteilung nach lit. b im Sinne der StPO weiter aufgeschoben werden⁴⁸⁷. Eine internationale Koordination wird zuletzt damit gerechtfertigt, dass sie zugunsten der erfolgreichen Bekämpfung von Terrorismus und organisierter Kriminalität erfolgt.

c. Spezialitätsvorbehalt?

Die Garantien nennen den Grundsatz der Spezialität nicht, womit eine Verwendung ausserhalb des Rahmens von Art. 80d^{bis} Abs. 1 IRSG befürchtet wird⁴⁸⁸. Die vorzeitige Übermittlung kann nur im Rahmen eines Gesuchs erfolgen, welches durch die Vorgaben des Antrags bereits erstmals eingeschränkt wird⁴⁸⁹. Art. 67 IRSG regelt die Spezialität bei der kleinen Rechtshilfe und sieht grundsätzlich keine Spezialitätsbindung vor, wenn die anderen zu verfolgenden Straftaten nicht ausgeschlossen sind (Art. 3 IRSG). Bei diesen nicht rechtshilfefähigen Delikten gilt das auch für die damit verbundene weitere Ermittlung oder die Begründung eines Anfangsverdachts⁴⁹⁰. Spezialität gilt auch ausserhalb des eigentlichen Rechtshilfeverfahrens zum Beispiel bei der spontanen Rechtshilfe⁴⁹¹. Bei der spontanen Übermittlung von Informationen aus dem Geheimbereich zwecks Begründung eines Rechtshilfesuchs (Art. 67a Abs. 5 IRSG) hat das Bundesgericht entschieden, dass es sich dabei um eine Sonderregelung der Spezialität nach Art. 67 IRSG handelt und die Verwendung nur auf die Begründung eines

⁴⁸³ POPP, N. 473.

⁴⁸⁴ LUBISHTANI/MONOD/GAUDERON, 32.

⁴⁸⁵ HANSJAKOB/PAJAROLA, ZK StPO, Art. 272, N. 37.

⁴⁸⁶ Fn. 485.

⁴⁸⁷ Ausführlich dazu HANSJAKOB/PAJAROLA, in: ZK StPO, Art. 279, N. 44 ff.

⁴⁸⁸ ZIMMERMANN, Rapports, 22; LUDWICZAK, Transmission, N. 30; LUBISHTANI/MONOD/GAUDERON, 33.

⁴⁸⁹ Art. 28 Abs. 2 lit. b IRSG; Art. 14 Ziff. 1 lit. b und Art. 14 Abs. 2 EÜR; POPP, N. 302.

⁴⁹⁰ DONATSCH et al., 120 f.

⁴⁹¹ POPP, N. 300, 310.

Rechtshilfesuchs limitiert ist⁴⁹². Diese Regelung ist als analogiam für die vorzeitige Übermittlung zu übernehmen. Genau wie die spontane Rechtshilfe grenzt die dynamische ihren Zweck und Anwendungsbereich ab⁴⁹³. Wenn es um die «zur Lagebeurteilung notwendigen nicht personenbezogenen Daten»⁴⁹⁴ geht, dann braucht es keinen Spezialitätsvorbehalt, wenn die Strafverfolgungsbehörden tatsächlich jegliche personenbezogene Daten auslassen. Beim Anwendungsbereich muss hingegen ein Spezialitätsvorbehalt angebracht werden, dass die Verwendung sich nur auf die Fälle beschränkt, wo die Schweiz überhaupt vorzeitige Übermittlung leisten darf. Neben den aufgeschobenen Teilnahme- und Rechtsschutzmöglichkeiten des Betroffenen geht es auch um die übliche Strafhoheitsbeschränkung⁴⁹⁵. Die Informationen und Beweismittel aus dem Geheimbereich wären nicht vor Eintritt der Rechtskraft übermittelt worden, wenn sie nicht in den Anwendungsbereich der dynamischen Rechtshilfe fielen. Mit Eintritt der formellen Rechtskraft entsteht eine nachträgliche Genehmigung, womit frühestens ab diesem Zeitpunkt wieder die gewöhnliche Spezialitätsregel der kleinen Rechtshilfe eintritt (Art. 67 IRSG). Der Spezialitätsvorbehalt wäre bis Erteilung nur temporär. Dieser Ansicht kann entgegengehalten werden, dass die ausländische Behörde praktisch kaum ein Interesse haben wird, andere Verfahren ins Rollen zu bringen, welche die zu schützenden Verfahrensinteressen gefährden könnten. Die ausländischen Geheimhaltungsinteressen begründen eine temporäre Spezialität⁴⁹⁶. Jedoch ist davon auszugehen, dass die ausländische Behörde ihre Verfahrensinteressen durch nationale Koordination und Vertraulichkeit zwischen den Behörden wahren kann.

Statt die Spezialität bei der vorzeitigen Übermittlung mitzuteilen⁴⁹⁷, kann der Spezialitätsvorbehalt mit den Garantien von Abs. 4 kombiniert und gleichzeitig als Verpflichtungserklärung zur beschränkten Verwendung eingeholt werden.

F. Kombination der spontanen Rechtshilfe und vorzeitigen Übermittlung

Wie bereits oben erwähnt ist eine spontane vorzeitige Übermittlung in einem Schritt ausserhalb des Ersuchsverfahrens ausgeschlossen⁴⁹⁸. Einer Kombination von der spontanen und vorzeitigen Übermittlung steht nichts entgegen. Die schweizerischen Behörden erlangen im Rahmen der inländischen Strafverfolgung Beweismittel und Informationen aus dem Geheimbereich, welche für die ausländische Behörde von Nutzen sein können und welcher gleichzeitig ein Anwendungsbereich der vorzeitigen Übermittlung darstellt. Die ausländische Behörde erhält die beschränkten Informationen, die ausschliesslich dem Rechtshilfesuch gelten. Gleichzeitig kann mit dieser spontanen Übermittlung die Information

⁴⁹² BGE 139 IV 137 E. 5.2.3 S. 155 f.; FIOKA, in: BSK IStrR, Art. 67 IRSG, N. 6; GLUTZ, 136 f., wonach es sich um «Amtshilfe-Spezialität» handelt.

⁴⁹³ Kap. § 3 I. D.

⁴⁹⁴ Art. 80d^{bis} Abs. 3 IRSG.

⁴⁹⁵ POPP, 287.

⁴⁹⁶ Vgl. zur wechselseitigen Beziehung von Spezialität und Geheimhaltung, GLUTZ, 140.

⁴⁹⁷ BGE 139 IV 137 E. 5.2.3 S. 156.

⁴⁹⁸ Kap. § 3 I. B.

verbunden werden, dass ein Anwendungsfall der vorzeitigen Übermittlung vorliegt und dazu eine Garantie notwendig ist. Der ersuchende Staat kann mit dem Rechtshilfesuch gleichzeitig die Garantie abgeben und schnellstmöglich Informationen und Beweismittel erlangen. Diese Vorgehensweise ist besonders bei Fällen mit zeitlicher Dringlichkeit angebracht⁴⁹⁹.

II. Gemeinsame Ermittlungsgruppe – Art. 80d^{ter} ff. IRSG

A. Grundsatz

Mit Art. 80d^{ter}–80d^{duodecies} IRSG besteht im Rechtshilfegesetz die Möglichkeit zur Bildung von gemeinsamen Ermittlungsgruppen (GEG). Dadurch wird eine multilaterale Strafverfolgung ermöglicht, um insbesondere den Terrorismus zu bekämpfen und zu verhindern⁵⁰⁰. Zwar existiert die Möglichkeit zur Bildung von GEG schon im Rahmen von internationalen Verträgen, jedoch musste sich die Schweiz für den Austausch von Daten an die Bestimmungen des IRSG oder bilateraler Verträge orientieren⁵⁰¹. Als Blaupause werden bisherige internationale Vereinbarungen genutzt⁵⁰². Die Bildung einer GEG ist ein Rechtshilfeinstrument, welche ebenfalls die Dynamisierung⁵⁰³ des Rechtshilfeverfahrens vorsieht⁵⁰⁴. Es handelt sich damit nicht um polizeiliche Zusammenarbeit im Rahmen der internationalen Amtshilfe⁵⁰⁵.

Der internationale Konnex muss nicht auf «*Verbindungen zur betreffenden Straftat*» basieren. Die Bildung einer GEG kann auch aus «*anderen Gründen*» erfolgen, wenn es die Koordination erfordert⁵⁰⁶. Ersteres bzw. die Alternation ist dahingehend widersprüchlich, dass nach Art. 80d^{ter} Abs. 3 IRSG ein Rechtshilfeersuchen erforderlich ist und Art. 28 Abs. 2 lit. c IRSG dazu die Bezeichnung der Straftat fordert. Der Einsetzungsakt, welcher das Statut der GEG ist, sieht ebenfalls die Bezeichnung der zu verfolgten Straftaten vor (Art. 80d^{duodecies} Abs. 1 lit. d IRSG)⁵⁰⁷.

Obwohl die Möglichkeit der GEG im Rahmen einer Terrorismusvorlage erlassen wird und die Botschaft hauptsächlich auf den Anwendungsbereich von Terrorismus und organisierter Kriminalität hinweist, war der (dynamische) Anwendungsbereich der GEG im Entwurf für alle Bereiche anwendbar⁵⁰⁸. Der Anwendungsbereich liegt zwar in der definitiven Fassung theoretisch weiterhin auf allen Strafbereichen, jedoch ist die Dynamik dieser Rechtshilfemassnahme im Bereich der Übermittlung nur für diejenigen

⁴⁹⁹ Obwohl auch eine Konzentration von Verfahrensschritten die grundlegende Optimierung der Verfahrenseffizienz als Vorteil hätte.

⁵⁰⁰ Botschaft strafrechtliches Instrumentarium, 6497.

⁵⁰¹ HANSJAKOB, Überwachungsrecht, Art. 1 BÜPF, N. 1353; BGE 143 IV 186 E. 2.1 S. 188 f.

⁵⁰² Botschaft strafrechtliches Instrumentarium, 6497 m.H.a. Art. 20 ZPII-EÜR; Art. 1 ff. VGEG.

⁵⁰³ Kap. § 3 I. C. 2.

⁵⁰⁴ Botschaft strafrechtliches Instrumentarium, 6497; Art. 80d^{octies} i.V.m. Art. 80d^{bis} IRSG.

⁵⁰⁵ DE PREUX/TRAJLOVIC, 91 m.H.a. BGE 133 IV 271 E. 2.4 S. 275.

⁵⁰⁶ Botschaft strafrechtliches Instrumentarium, 6497.

⁵⁰⁷ Was bei einer unechten GEG (zum Begriff Fn. 545) nicht fehlen darf, da m.E. keine Strafrechtshilfe mehr vorliegt.

⁵⁰⁸ Botschaft strafrechtliches Instrumentarium, 6497; Art. 80d^{ter} Abs. 2 E IRSG; 80d^{octies} i.V.m. 80d^{bis} Abs. 1 E IRSG, siehe dazu Kap. § 3 I. D. 1.

Fälle von Art. 80d^{bis} Abs. 1 IRSG vorgesehen⁵⁰⁹. Dynamische Rechtshilfe in Form von GEG kennt man bereits aus internationalen Vereinbarungen. Die Telefonüberwachung in Echtzeit ist aber keine Massnahme, die ausdrücklich vorgesehen wird⁵¹⁰.

B. Vorzeitige Übermittlung Art. 80d^{octies} IRSG

Für die Dynamik der GEG wird auf die Bestimmung der vorzeitigen Übermittlung verwiesen (Art. 80d^{octies} i.V.m. 80d^{bis} IRSG). Im Unterschied zum verwiesenen Artikel ist bei der GEG auch die vorzeitige Übermittlung von Unterlagen möglich. Dieser Zusatz ist hingegen nicht als erweiterte Übermittlungsmaterie zu werten, sondern im Kontext der GEG zu betrachten, wonach Unterlagen der (in der Schweiz operierenden) GEG auch den beteiligten ausländischen Straf- oder Rechtshilfebehörde ausgehändigt werden können⁵¹¹. Da die Verfügungsherrschaft nur bei den eigenen inländischen Akten besteht, wird die Übermittlungsmaterie auf diejenigen beschränkt, *«die sich im Hoheitsgebiet der Schweiz befinden»*.

Die vorzeitige Übermittlung der GEG richtet sich grundsätzlich auf Beweismittel und Informationen des Geheimbereichs, weil die übrigen Beweismittel über die spontane Rechtshilfe erfolgen kann⁵¹². Handelt es sich nicht um einen Sachverhalt nach Art. 80d^{bis} Abs. 1 IRSG, dann ist die vorzeitige Übermittlung für Unterlagen, Beweismittel und Informationen betreffend den Geheimbereich ausgeschlossen. Für die Fälle der vorzeitigen Übermittlung obliegt der Entscheid weiterhin der zuständigen kantonalen oder eidgenössischen Behörde (Art. 80d^{bis} Abs. 1). Die Übermittlung im Rahmen des GEG muss ebenfalls von der Abgabe der geforderten Garantien abhängig sein⁵¹³.

C. Zugang zu Unterlagen, Informationen und Beweismitteln Art. 80d^{septies} IRSG

1. Bedeutung

Die Regelung zum Zugang von Untersuchungsmaterie ist besonders wichtig. Bedauerlicherweise äussert sich die Botschaft nur im geringen Masse dazu. Die Regelung richtet sich auf die ausländischen Verantwortlichen und Mitglieder, denn ihnen wird im Rahmen dieser Rechtshilfemassnahme «dynamisch» Zugang zu Unterlagen, Informationen und Beweismitteln verschafft⁵¹⁴. In Abs. 1 wird bereits eine strikte Trennung von Unterlagen und Informationen (lit. a) zu Beweismitteln (lit. b) vorgenommen.

Mit Abs. 1 lit. a wird eine erste Eingrenzung des Zugangs für Unterlagen und Informationen vorgenommen, gestützt auf die zusammenhängende Strafuntersuchung⁵¹⁵. Ob ein ausreichender Zusammenhang

⁵⁰⁹ Art. 80d^{octies} i.V.m. 80d^{bis} Abs. 1 IRSG; Kap. § 3 I. D; vgl. Votum Jositsch (Ständerat, für die sicherheitspolitische Kommission), AB 2020 S 82.

⁵¹⁰ BGE 143 IV 186 E. 2.3 S. 189 f. m.H.a. ZPII-EÜR.

⁵¹¹ Vgl. Art. 80d^{duodecies} Abs. 1 lit. b IRSG.

⁵¹² Art. 67a Abs. 1 und Abs. 4 IRSG; vgl. Kap. § 3 I. C.

⁵¹³ Art. 80d^{octies} i.V.m. 80d^{bis} Abs. 4 IRSG; Kap. § 3 I. E.

⁵¹⁴ Botschaft strafrechtliches Instrumentarium, 6500.

⁵¹⁵ Art. 80d^{duodecies} Abs. 1 lit. d IRSG.

besteht, ist dabei der verantwortlichen schweizerischen Behörde überlassen, was vor dem Einsatz der GEG zu prüfen ist. Das gilt auch für die Eingrenzung im zweiten Schritt nach Abs. 2⁵¹⁶.

Der darauffolgende Buchstabe (lit. b) bezieht sich nur auf Beweismittel. Der Zugang zu Beweismittel ist nur auf diejenigen Beweismittel beschränkt, die zur betreffenden Strafuntersuchung erhoben wurden. An dieser Stelle wird nochmals deutlich, wie zentral der Anknüpfungspunkt der Strafuntersuchung ist und daher der internationale Konnex der GEG auf konkreten Straftaten zu basieren hat⁵¹⁷. Der Zugang zu Beweismitteln ist somit schmaler und unterliegt theoretisch keinem Entscheidungsspielraum der verantwortlichen Behörde.

In Abs. 2 wird die Möglichkeit vorgesehen, die erste Eingrenzung (Abs. 1) in einem zweiten Schritt weiter einzuschränken. Im Unterschied zur Entscheidung was zusammenhängt, werden hier konkrete Unterlagen, Informationen und Beweismittel vom Zugang ausgenommen, wenn ein entsprechender Entscheid vorliegt. In der Praxis werden die beiden Abgrenzungsstufen wohl in einem Schritt vor Einsetzung erledigt, jedoch können auch während des Einsatzes Einschränkungen per Entscheid vorgenommen werden. Zwar kann das auch für den abstrakten Zusammenhang (Abs. 1 lit. a) erfolgen, jedoch ist davon auszugehen, dass in der Praxis hauptsächlich punktuelle Einschränkungen gemacht werden und nicht ganze Bereiche, die bereits vor Einsatz hätten ausgenommen werden können, durch (neu) fehlenden Zusammenhang wegfallen⁵¹⁸. Der zweite Satz von Abs. 2 impliziert für Abs. 1 zugleich, dass grundsätzlich auch Zugang zu älteren Akten und Beweismitteln besteht und nicht nur Materie aus der GEG-Untersuchung zugänglich gemacht wird⁵¹⁹. Die zweite Begrenzung soll gemäss Botschaft insbesondere dort zur Anwendung kommen, wo *«die innere Sicherheit tangiert ist oder eine andere laufende Strafuntersuchung es gebietet»*. Darüber hinaus sind grundlegend Unterlagen mit möglichen Staatsgeheimnissen und schweizerische Verfahrensakten interner Natur⁵²⁰ gänzlich von dieser Rechtshilfemassnahme ausgenommen⁵²¹.

Die Dynamik der Übermittlung ist mit der Änderung von Art. 80d^{bis} Abs. 1 IRSG eingeschränkt worden. Der Zugang zu Unterlagen, Informationen und Beweismittel knüpft nicht an die Bestimmung der vorzeitigen Übermittlung, womit der Anwendungsbereich, wie im Entwurf, weit erscheint. Es gilt zu prüfen, ob ausländische Verantwortliche und Mitglieder der GEG Zugang zur Materie aus dem Geheimbereich haben, insbesondere wenn kein Fall von Terrorismus, organisierter Kriminalität oder der unmittelbaren schweren Gefahr vorliegt⁵²².

⁵¹⁶ Botschaft strafrechtliches Instrumentarium, 6500; Art. 80d^{septies} Abs. 2 IRSG.

⁵¹⁷ Siehe dazu oben Kap. § 3 II. A.

⁵¹⁸ Als Verfahrensleitenden und verantwortliche Behörde, kann die analog über Abs. 2 erfolgen oder über Art. 80d^{duodecies} Abs. 2 i.V.m. Abs. 1 lit. d IRSG.

⁵¹⁹ Vgl. Botschaft strafrechtliches Instrumentarium, 6500.

⁵²⁰ Dazu zählen *«interne Berichte, Stellungnahmen, Beschwerdeschriften, Eintretens- und Schlussverfügungen, Briefwechsel, Aktennotizen»*, Botschaft strafrechtliches Instrumentarium, 6500.

⁵²¹ Botschaft strafrechtliches Instrumentarium, 6500 m.H.a. BStGer RR.2011.143, E. 5.

⁵²² Kap. § 3 I. D. 2 und § 3 I. D. 3.

2. Vergleich mit Art. 65a IRSG

Neben der offensichtlichen Verbesserung der gemeinsamen Zusammenarbeit liegt ein Aspekt der Dynamik darin, zu verhindern, dass der Prozess des Informationsaustausches – im Gesetz der Zugang – mit den damit verbundenen Teilnahme- und Rechtsschutzrechten die Existenz der verdeckten Ermittlung und die der GEG offenbart⁵²³.

Besonderer Ähnlichkeit zur Zugangsbestimmung weist Art. 65a IRSG auf, welche die Anwesenheit und Akteneinsicht von ausländischen Verfahrensbeteiligten am Rechtshilfeprozess regelt. Der Zugang im Sinne der GEG kann als fortlaufende Akteneinsicht angesehen werden⁵²⁴. Sobald der Geheimbereich betroffen ist, darf nach Wortlaut von Art. 65a Abs. 3 IRSG kein Zugang bestehen, bis «über Gewährung und Umfang der Rechtshilfe entschieden» entschieden wurde⁵²⁵. In der Praxis wird dennoch ein Zugang gewährt, wenn die ausländischen Verfahrensbeteiligten sich vorgängig verpflichtet, die erlangten Informationen nicht vor rechtskräftiger Gewährung der Rechtshilfe zu verwenden⁵²⁶. Die Gewährung dieser Akteneinsicht hat, obwohl dem Betroffenen mit einer Garantie gemäss Rechtsprechung kein Nachteil droht und damit das Rechtsmittel grundsätzlich abgelehnt wird, als Zwischenverfügung zu erfolgen und der Betroffene wird benachrichtigt⁵²⁷. An dieser Stelle ist zu erkennen, dass die Bestimmung von Art. 65a IRSG ungeeignet ist, um eine geheime Untersuchung durchzuführen. Diese Anwesenheitsregelung ist auch mehr für die Beweisabnahme vorgesehen⁵²⁸ und bezweckt nicht den «Abfluss von Informationen zu Ermittlungszwecken»⁵²⁹.

Mit Art. 80d^{septies} IRSG wird eine gesonderte Bestimmung vorgesehen, welche die Zugangsrechte für die GEG regelt⁵³⁰. Sie geht viel weiter und gewährt nicht nur Akteneinsicht, sondern umfangreichen Zugang. Sinn und Zweck einer GEG ist abgesehen von der Namensbedeutung die wirksame und effiziente Zusammenarbeit⁵³¹. Eine Regelung über Art. 65a IRSG würde die ausländischen Beteiligten auf Anwesende oder Einsichtsnehmer reduzieren und keine echte Zusammenarbeit begründen⁵³².

⁵²³ ZIMMERMANN, Communication, 67; KUSTER ZÜRCHER/MAURO, 57; vgl. Botschaft strafrechtliches Instrumentarium, 6493.

⁵²⁴ Auch als Bearbeitung, was Sinn der Zusammenarbeit darstellt.

⁵²⁵ Vgl. auch Art. 2 ZPII-EÜR; Botschaft ZPII-EÜR, 3274.

⁵²⁶ BGE 128 II 211 E. 2.1 S. 215 f.; BStrG RR.2010.24, RP.2010.7; Wegleitung, 62; ZIMMERMANN, Coopération, N. 409; krit. POPP, N. 422 («niemand kann vergessen geheissen werden, was ihn interessiert»); DONATSCH et al., 53 («Etwas gutgläubig») mit Bezug auf die Notizanfertigung.

⁵²⁷ Art. 80e Abs. 2 lit. b IRSG; Wegleitung, 62; vgl. BGE 143 IV 186.

⁵²⁸ POPP, N. 422.

⁵²⁹ BEGLINGER, 917.

⁵³⁰ Ansonsten hätte man darauf verzichten können und auf die Bestimmungen der kleinen Rechtshilfe verwiesen (vgl. 80d^{octies} IRSG).

⁵³¹ Botschaft strafrechtliches Instrumentarium, 6497.

⁵³² ZIMMERMANN, Coopération, N. 437; DE PREUX/TRAJILOVIC, 105.

3. Kritische Diskussion

Die mit der GEG verbundenen Zugangsrechte von ausländischen Verfahrensbeteiligten während des Rechtshilfeverfahrens bringen es allerdings mit sich, dass dem ersuchenden Staat indirekt Informationen über seine entsandten Mitglieder zufließen, noch bevor in der Schweiz ein Entscheid darüber gefällt wurde⁵³³. Während die europäische Regelung zur GEG den Verwendungszweck von Informationen genau umschreibt⁵³⁴, fehlen bei der GEG nach IRSG solche Verwendungsregeln. Auch wird nicht im Errichtungsakt vorgesehen, dass eine Regelung zur Informationsverwendung festgehalten wird⁵³⁵. Die Botschaft nennt die GEG der ZPII-EÜR als Blaupause, jedoch kann insbesondere durch den Verzicht der Verwendungsregelung nicht darauf geschlossen werden, wie diese GEG nach IRSG genau aussehen soll. Der Aufbau des Informationsaustausches der GEG ist zudem in Zugang und vorzeitiger Übermittlung geteilt⁵³⁶. Eine Verwendungsregelung besteht für die vorzeitige Übermittlung (Art. 80d^{bis} Abs. 4 lit. a IRSG), jedoch entfällt diese, wenn kein Anwendungsbereich der vorzeitigen Übermittlung vorliegt.

Zur Frage, ob Zugang zu Geheiminformationen bestehen soll, wurde in den Kammern nichts behandelt. Es ging nur indirekt um die GEG, indem der Anwendungsbereich der vorzeitigen Übermittlung eingeschränkt wurde⁵³⁷. Dem gesetzgeberischen Willen ist damit keine direkte Einschränkung in Bezug auf den Zugang von Informationen innerhalb einer GEG zu entnehmen. Verglichen mit der vorzeitigen Übermittlung werden für den Zugang keine Garantien gefordert⁵³⁸. Nach DE PREUX/TRAJILOVIC soll der Zugang wie bei den Experten und Hilfspersonen (Art. 80d^{septies} Abs. 3 IRSG) auf die Aufgabenerledigung beschränkt sein⁵³⁹. Eine solche Einschränkung wäre nicht praktikabel. Man müsste innerhalb dieser GEG neben den bereits vorzeitig bestimmten Einschränkungen, weitere Unterabgrenzungen für jedes Mitglied laufend aktualisieren. Im Sinne einer effizienten gemeinsamen Arbeit⁵⁴⁰ ist unter dem Zugang auch der Zugang zu Informationen aus dem Geheimbereich zu verstehen⁵⁴¹. Der «*Abfluss von Informationen zu Ermittlungszwecken*» ist unter anderem Zweck der ausländischen Beteiligung⁵⁴². In einer umfangreichen Ermittlung bauen Informationen aufeinander auf, womit (indirekte) Kenntnisse aus dem Geheimbereich für die Weiterarbeit unabdinglich sind. Zudem muss bedacht werden, dass es sich,

⁵³³ Vgl. Art. 20 Abs. 10 ZPII-EÜR; POPP, N. 422 («*niemand kann vergessen geheissen werden, was ihn interessiert*»).

⁵³⁴ Art. 20 Abs. 10 ZPII-EÜR; Botschaft ZPII-EÜR, 3292.

⁵³⁵ Art. 80d^{duodecies} IRSG; DE PREUX/TRAJILOVIC, 115.

⁵³⁶ Art. 80d^{septies}-80d^{octies} IRSG; vgl. LUDWICZAK, En bref, 74, wonach ein Informationsaustausch im Sinne einer GEG offenbar nur mit diesen beiden Mechanismen funktionieren kann.

⁵³⁷ Fn. 425, 426; vgl. Art. 80dbis Abs. 4 lit. a IRSG.

⁵³⁸ Auch nicht in der oben beschriebenen Form i.S.v. Art. 65a IRSG.

⁵³⁹ DE PREUX/TRAJILOVIC, 116, widersprüchlich wird im Anschluss erwähnt, dass eine Beschränkung (zweite Eingrenzung, Abs. 2) restriktiv zu handhaben ist, da der Zweck des Informationszugangs die Förderung der GEG ist.

⁵⁴⁰ DE PREUX/TRAJILOVIC, 116.

⁵⁴¹ Vgl. ZURKINDEN, 176; HANSJAKOB/PAJAROLA, in: ZK StPO, Art. 272, N. 45 m.H.a. BGE 143 IV 186 E. 2.3 S. 188 f., wobei m.E. aus der Erwägung dieser Schluss nicht eindeutig zu entnehmen ist.

⁵⁴² BEGLINGER, 917.

obwohl die Dynamik der vorzeitigen Übermittlung wegfällt, weiterhin um eine dynamische Rechtshilfemassnahme handelt, die eine «dynamische» Zusammenarbeit in Form der GEG ermöglicht. Im Sinne einer Zusammenarbeit kann es erforderlich sein, dass weitere Informationen oder Untersuchungen im ersuchenden Land benötigt werden und dazu die Mitglieder Informationen anfordern müssen, die für eine Zusammenarbeit notwendig sind⁵⁴³. Da es sich bei der GEG um eine Rechtshilfemassnahme handelt, ist jegliche Verwendung von Informationen für den ausgenommenen Bereich (Art. 3 IRSG) ausgeschlossen⁵⁴⁴.

Eine Unterscheidung zwischen echten und unechten GEG⁵⁴⁵ wurde nicht vorgesehen, womit beide Typen gleich zu behandeln sind⁵⁴⁶. Die vorzeitige Übertragung von Materie aus dem Geheimbereich ist ausgeschlossen, jedoch muss in Kauf genommen werden, dass Informationen aus dem Geheimbereich abfliessen. Um eine GEG-fremde Nutzung zu verhindern, wäre eine Verwendungsbeschränkung in Anlehnung an Art. 20 Abs. 10 ZPII-EÜR denkbar, welche von den Behörden analog zur grosszügigen Rechtsprechung⁵⁴⁷ von Art. 65a IRSG als Bedingung auferlegt wird⁵⁴⁸.

Zuletzt kann man sich die Frage stellen, ob eine GEG überhaupt Sinn macht, wenn nicht in Echtzeit Informationen und Beweismittel für das ausländische Verfahren zur Verfügung gestellt werden können und die Mitglieder schlussendlich nur Wissen mitnehmen bzw. die ausländische Behörde ohne etwas «Handfestes» die GEG mit inländischen Massnahmen unterstützt⁵⁴⁹. Immerhin ist es der Schweiz möglich, bei einer drohenden unmittelbaren schweren Gefahr im Ausland⁵⁵⁰ eine vorzeitige Übermittlung von Informationen und erhobenen Beweismitteln durchzuführen, welche den Geheimbereich betreffen. Die eingeschränkten Übertragungsmöglichkeiten der GEG verbunden mit dem weiten Zugang zu Beweismitteln und Informationen stellen somit eine unvollständige Dynamisierung dar, welche ihre volle Wirkung nur in Fällen von Terrorismus, organisierter Kriminalität und schweren Gefahren entfalten kann. Man kann also Zugang gewähren, jedoch ist die Übertragung und Verwendbarkeit von

⁵⁴³ Art. 20 Abs. 2 lit. a ZPII-EÜV; ähnlich wie oben zu Art. 65a IRSG.

⁵⁴⁴ Vgl. Art. 20 Abs. 2 lit. b ZPII-EÜV; DE PREUX/TRAJILOVIC, 116.

⁵⁴⁵ BEGLINGER unterscheidet im Zusammenhang mit der GEG des ZPII-EÜR zwischen zwei Typen von GEG. Bei einer unechten GEG führt die Schweiz keine eigene Strafuntersuchung ausserhalb der GEG. Sie handelt damit hauptsächlich auf Ersuchen der ausländischen Behörde in Form einer eigentlichen Rechtshilfemassnahme. Eine echte GEG liegt vor, wenn «eine eigene Strafuntersuchung in derselben Sache» geführt wird und somit – neben internationalen Verbrechensbekämpfungsinteressen – die gemeinsame Ermittlung in beidseitigem Interesse erfolgt, BEGLINGER, 924 f.

⁵⁴⁶ Vgl. ZIMMERMANN, Communication, 64 ff.

⁵⁴⁷ Fn. 526.

⁵⁴⁸ Die Gewährung einer Rechtshilfemassnahme obliegt ohnehin allein der zuständigen Rechtshilfebehörde (Art. 80^{ter} Abs. 1 IRSG); Vgl. BEGLINGER, 917 («nicht einmal aus der Erinnerung zu Ermittlungszwecken zu verwenden»).

⁵⁴⁹ Vgl. KUSTER ZÜRCHER/MAURO, 57; LUDWICZAK, En bref, 74, wonach wohl die Möglichkeit für eine GEG für Wirtschaftskriminalität wegfällt. Es muss hingegen beachtet werden, dass nur Informationen und Beweismittel aus dem Geheimbereich von der vorzeitigen Übermittlung ausgenommen sind.

⁵⁵⁰ Kap. § 3 I. D. 3.

Beweismitteln und Informationen des Geheimbereichs ausgeschlossen, da der Verwendung ein Übertragungsakt vorausgeht⁵⁵¹.

Da bei einer echten GEG⁵⁵² auch die Schweiz ein Strafverfolgungsinteresse hat, ist die Geheimhaltung der Rechtshilfemassnahme dahingehend aufrecht zu erhalten, dass auch in der Schweiz ein Geheimhaltungsinteresse in Bezug auf das inländische Verfahren besteht. Fraglich ist sodann, ob man die nationalen Verfahrensinteressen vorschieben will, um den Zugang zu Informationen und Beweismittel aus dem Geheimbereich zu gewähren, ohne auf die Teilnahmerechte Rücksicht nehmen zu müssen.

§ 4 Schlussbetrachtung

Mit dem Einstieg zur Strafmasserhöhung für beide Organisationsformen von Art. 260^{ter} StGB – welche es zu begrüssen gilt – wurde schnell klar, dass wenn man am Strafmass schraubt, die Konkurrenzfragen neu beantwortet werden müssen. Die Untersuchung hat ergeben, dass Art. 260^{ter} StGB neu in echter Konkurrenz der qualifizierten Geldwäscherei vorzuziehen ist⁵⁵³. Die abstrakte Erfassung des Terrorismus ist in Anlehnung an die bestehende Definition gelungen, jedoch gilt weiterhin die Rechtsprechung als führender Wegweiser für die Definition⁵⁵⁴. Dabei hätte man in Anbetracht dieser Praxis von der Ausnahmeregelung für humanitäre Organisationen absehen können, jedoch schadet die Bestimmung, abgesehen eines «optischen» Gleichmasses, kaum. Wichtig ist, dass man bei den Terrorismusstraftaten von einem einheitlichen Begriff ausgeht⁵⁵⁵. Die vermeintliche Ausweitung des Unterstützungsbegriffs kann in dieser Form hingenommen werden, sofern sie tatsächlich keine nennenswerte Ausdehnung zur Folge hat⁵⁵⁶. Das Geheimhaltungskriterium wurde bereits bei der Entstehung von Art. 260^{ter} StGB kritisiert und wird nun verworfen. Zentrales Abgrenzungskriterium soll der Zweck einer Organisation sein, wobei die Typisierungsmerkmale der Geheimhaltung weiterhin in der eigentlichen Organisationscharakteristik für Abgrenzung sorgen. Die Strafverfolgungsbehörde wird mit Wegfall des Geheimhaltungskriteriums bis zu einem gewissen Grad entlastet, jedoch liegt der eigentliche Gewinn in der Vereinfachung der Rechtshilfe⁵⁵⁷. Zuletzt ist die verstärkte Bestrafung von Führungspositionen zu begrüssen, solange der Rechtsanwender das weite Spektrum für unterschiedliche schwere Fälle respektiert und den Begriff des bestimmenden Einflusses restriktiv handhabt. Damit wird die Beweiserleichterung auf Führungspositionen angehoben und eine einfachere Bestrafung von eindeutigen Strippenziehern ermöglicht⁵⁵⁸.

⁵⁵¹ Art. 80d^{octies} i.V.m. Art. 80d^{bis} Abs. 4 lit. a IRSG.

⁵⁵² Vgl. Fn. 545.

⁵⁵³ Kap. § 2 I. A. 1.

⁵⁵⁴ Kap. § 2 I. A. 3.

⁵⁵⁵ Kap. § 2 I. B und § 2 I. A. 3.

⁵⁵⁶ Kap. § 2 I. A. 4.

⁵⁵⁷ Kap. § 2 I. A. 5.

⁵⁵⁸ Kap. § 2 I. C

Der neue Art. 260^{sexies} StGB erfasst typische Vorfeldhandlungen, die das Potenzial aufweisen, in terroristische Straftaten oder deren Unterstützung zu münden. Diese Straftat entspringt einem internationalen Konsens und hat neben der eigentlichen Bestrafung ihren Zweck in der Vereinfachung der internationalen Strafverfolgung sowie der Legitimation von neuen polizeilichen Kompetenzen bzw. Erweiterung der bisherigen Prävention. Die Botschaft ist dahingehend zu bemängeln, dass sie sich ungenügend mit dem Effektpotenzial und der Absicht befasst, wo doch diese beiden Elemente zentraler Anknüpfungspunkte zum Terrorismus darstellen. Spätestens bei der Vorverlagerung der Strafbarkeit fällt auf, dass dieser Terrorismuskonnex eine wesentliche Begrenzung im Vorfeldbereich darstellt und mehr Beachtung verdient hätte. Zwar werden gewisse Abgrenzungen sich erst aus der Rechtsanwendung herauskristallisieren, jedoch hätte man gewisse Unklarheiten bereits in der Botschaft ausräumen können. Ob dahinter politisches Kalkül steckt, wird offengelassen⁵⁵⁹.

Als Reaktion auf den Leitentscheid des Bundesgerichts und im Sinne der internationalen Terrorismusbekämpfung wurde das IRSG mit modernen dynamischen Rechtshilfeinstrumenten ausgestattet. Die Beschränkung auf Terrorismus und organisierter Kriminalität wird begrüßt und verhinderte eine m.E. unverhältnismässige Ausweitung auf Bürgerstrafaten. Zwar wird diese Zustimmung auch für die unmittelbare und schwere Gefahr geteilt, jedoch wäre auch hier eine präzisere Botschaft wünschenswert gewesen, um Graubereiche einzuengen. Die Auslegung der schweren und unmittelbaren Gefahr ergab, dass sich dieser Anwendungsbereich an der umschriebenen Intensität zu orientieren hat. Bedauerlicherweise hat es die grenzüberschreitende Wirtschaftskriminalität nicht in diese Dynamisierung geschafft. Als Trost bleibt, dass eine Erweiterung in Zukunft weiterhin angestrebt wird. Die Garantien sind in Anlehnung an die bisherige Praxis gut ausgestaltet. Der Aufnahme des ausdrücklichen Spezialitätsvorbehalts kann nichts entgegeng gehalten werden⁵⁶⁰.

Mit den gemeinsamen Ermittlungsgruppen wurde ein bekanntes dynamisches Instrument in das IRSG eingeführt. Da sich die GEG-Regelung an der vorzeitigen Übermittlung orientiert, wurde auch die dynamische Einsatzmöglichkeit der GEG mit dem parlamentarischen Kompromiss eingeschränkt. Wie auch bei der vorzeitigen Übermittlung ist das positiv zu werten, dennoch bleibt im Zusammenhang mit dem dynamischen Informations- und Beweismittelzugang eine unvollständige Dynamisierung ausserhalb des Anwendungsbereichs der vorzeitigen Übermittlung zurück. Ob eine solche unvollständige Dynamisierung genutzt wird, kann aufgrund des beschränkten Informationsaustausches bezweifelt werden.

Je nachdem, mit welcher Einstellung man auf diese Gesetzesänderungen blickt, sieht man darin entweder eine Modernisierung des bisherigen Rechts oder (weitere) Brüche von grundlegenden Rechtsprinzipien. Unabhängig davon, welche Position man einnimmt, besteht ein breiter internationaler Konsens im

⁵⁵⁹ Kap. § 2 II.

⁵⁶⁰ Kap. § 3 I. D. 2-§ 3I.D.3.

Bezug auf den Umgang mit organisierter Kriminalität und Terrorismus. M.E. sind dystopische Vergleiche übertrieben, solange sich diese neuen Bestimmungen und Instrumente am vorgeschriebenen Zweck des Terrorismus und der organisierten Kriminalität orientieren. Das neue Gesetz hat ein klares Bekämpfungsziel, welches auch ausreichend eingegrenzt ist. Demnach liegt es nun an den Strafverfolgungsbehörden, zu zeigen, dass sie mit diesen mächtigen Instrumenten und den neuen Möglichkeiten verantwortungsvoll umgehen können.

Mit den neuen Gesetzen wurde ein Grossteil der schweizerischen Terrorismusbekämpfungsstrategie umgesetzt. Dennoch werden diese Änderungen nicht die Letzten bleiben, insbesondere wenn die internationale Strafrechtspolitik auf einen neuen Konsens einstimmt. Die nächste Änderung wird das neue PCSC-Abkommen mit den USA sein.

Eigenständigkeitserklärung

Ich erkläre hiermit,

- dass ich die vorliegende Arbeit selbstständig, ohne fremde Hilfe und ohne Verwendung anderer als der angegebenen Hilfsmittel verfasst habe;
- dass ich sämtliche verwendeten Quellen erwähnt und gemäss gängigen wissenschaftlichen Zitierregeln korrekt zitiert habe;
- dass ich sämtliche immateriellen Rechte an von mir allfällig verwendeten Materialien wie Bilder oder Grafiken erworben habe oder dass diese Materialien von mir selbst erstellt wurden;
- dass das Thema, die Arbeit oder Teile davon nicht bereits Gegenstand eines Leistungsnachweises einer anderen Veranstaltung oder Kurse waren, sofern dies nicht ausdrücklich mit dem Referenten /der Referentin im Voraus vereinbart wurde und in der Arbeit ausgewiesen wird;
- dass ich ohne schriftliche Zustimmung der Universität keine Kopien dieser Arbeit an Dritte aushändigen oder veröffentlichen werde, wenn ein direkter Bezug zur Universität St.Gallen oder ihrer Dozierenden hergestellt werden kann;
- dass ich mir bewusst bin, dass meine Arbeit elektronisch auf Plagiate überprüft werden kann und ich hiermit der Universität St.Gallen laut Prüfungsordnung das Urheberrecht soweit einräume, wie es für die Verwaltungshandlungen notwendig ist;
- dass ich mir bewusst bin, dass die Universität einen Verstoss gegen diese Eigenständigkeitserklärung sowie insbesondere die Inanspruchnahme eines Ghostwriter-Service verfolgt und dass daraus disziplinarische wie auch strafrechtliche Folgen resultieren können, welche zum Ausschluss von der Universität resp. zur Titelaberkennung führen können.

St.Gallen, 21. November 2021



Ivan Vuckovic

Mit Einreichung der schriftlichen Arbeit stimme ich mit konkludentem Handeln zu, die Eigenständigkeitserklärung abzugeben, diese gelesen sowie verstanden zu haben und, dass sie der Wahrheit entspricht.