

REGIERUNGSRAT

Regierungsgebäude, 5001 Aarau
Telefon 062 835 12 40, Fax 062 835 12 50
regierungsrat@ag.ch
www.ag.ch/regierungsrat

A-Post Plus
Bundesamt für Justiz
Direktionsbereich Strafrecht
Bundesrain 20
3003 Bern

1. Mai 2024

Totalrevision des Verwaltungsstrafrechts; Vernehmlassung

Sehr geehrte Damen und Herren

Der Regierungsrat des Kantons Aargau bezieht sich auf Ihr Schreiben vom 31. Januar 2024, mit welchem Sie zur Vernehmlassung zur geplanten Totalrevision des Bundesgesetzes über das Verwaltungsstrafrecht und das Verwaltungsstrafverfahren (VStrR) eingeladen haben. Der Regierungsrat bedankt sich für diese Möglichkeit und nimmt dazu wie folgt Stellung:

Die Stossrichtungen der Totalrevision des VStrR, insbesondere die vorgesehenen Anpassungen der verfahrensrechtlichen Bestimmungen an diejenigen der Schweizerischen Strafprozessordnung (Strafprozessordnung, StPO), werden begrüsst. Die Übernahme von Bundesaufgaben durch die kantonalen Zwangsmassnahmengerichte lehnt der Regierungsrat aber ab. Zudem sind aus Sicht des Regierungsrats verschiedene Bestimmungen des Erlassentwurfs anzupassen.

Übernahme von Bundesaufgaben durch die kantonalen Zwangsmassnahmengerichte

Im Entwurf zum totalrevidierten Bundesgesetz über das Verwaltungsstrafrecht und das Verwaltungsstrafverfahren (VStrR) ist neu vorgesehen, dass die kantonalen Zwangsmassnahmengerichte im Bereich des Verwaltungsstrafrechts Bundesaufgaben übernehmen sollen. Konkret sollen sie künftig im Bereich des Verwaltungsstrafrechts des Bundes über Entsiegelungen (Art. 181 VStrR), Untersuchungshaft, Sicherheitshaft und Ersatzmassnahmen (Art. 201 ff. VStrR) entscheiden, die Überwachung des Post- und Fernmeldeverkehrs (Art. 226 VStrR) und die verdeckte Ermittlung (Art. 242 VStrR) genehmigen sowie die Überwachung von Bankbeziehungen anordnen und durchführen (Art. 236 f. VStrR). Der Regierungsrat lehnt diese Lösung aus den folgenden Gründen entschieden ab:

- Im erläuternden Bericht wird die Beibehaltung der Verwaltungsstrafrechtspflege einerseits mit der erheblichen Anzahl von entsprechenden Fällen begründet. Andererseits wird angeführt, dass die Materie erhöhte Anforderungen an die Fachkenntnisse in ganz verschiedenen Bereichen stelle. Aufgrund dieser beiden Faktoren hätte die Übertragung der erstinstanzlichen Zuständigkeit auf andere Behörden bedeutende Auswirkungen auf die Organisation und den finanziellen sowie personellen Aufwand dieser Behörden, weshalb eine neue Regelung der Zuständigkeit politisch unrealistisch erscheine (Seite 11). Diese organisatorischen und fachlichen Bedenken lassen sich auch auf die vorgesehenen neuen Aufgaben der kantonalen Zwangsmassnahmengerichte übertragen und stellen entsprechend kein Argument für die Übertragung an die kantonalen Zwangsmassnahmengerichte dar.

- Im Kanton Aargau ist die Struktur des kantonalen Zwangsmassnahmengerichts nicht darauf angelegt, Zusatzaufgaben des Bundes übernehmen zu können. Insbesondere müsste die Organisation des Haftpiketts bei einer Übernahme von Bundesaufgaben von Grund auf neu organisiert werden. Die pikettleistenden Gerichtspräsidien im Kanton Aargau sind nicht in der Lage, Zusatzaufgaben zu übernehmen, ohne gleichzeitig ihre Kernaufgaben im Bereich des Zivil- und Strafrechts vernachlässigen zu müssen. Die aktuelle Organisation des kantonalen Zwangsmassnahmengerichts müsste in grundsätzlicher Weise überdacht und angepasst werden. Derartige Veränderungen gehen häufig mit Effizienzverlusten einher. Diese sind für die erstinstanzlichen Gerichte im Kanton Aargau aufgrund ihrer grossen Arbeitslast nicht tragbar.
- Die Zuweisung neuer Aufgaben, deren Umfang sich im heutigen Zeitpunkt nicht zuverlässig abschätzen lässt, erschwert ausserdem die Planbarkeit des Personaleinsatzes. Weitere Effizienzverluste wären zu befürchten, weil sich das im Kanton Aargau dezentral organisierte Zwangsmassnahmengericht immer wieder in neue Rechtsbereiche des Verwaltungsstrafrechts einarbeiten müsste, um seine Aufgabe erfüllen zu können. Diese Anforderungen zeigen sich nicht zuletzt darin, dass im Rahmen der Revision des VStrR des Bundes 109 Bundesgesetze Fremdänderungen erfahren sollen. Diese Rechtszersplitterung bedeutet auch für die Zwangsmassnahmengerichte einen grossen Einarbeitungsaufwand, der sich bei einer dezentralen Organisation vervielfacht. Hinzu kommt je nach Konstellation eine Amtssprachenproblematik.
- Unter diesen Umständen ist zu befürchten, dass die Zuweisung von Bundesaufgaben die Überlastung der schweizerischen Strafverfolgungsbehörden weiter verschärft, was nicht im öffentlichen Interesse von Bund und Kantonen liegt. Der Rechtsmittelweg von einem kantonalen Zwangsmassnahmengericht an die Beschwerdekammer des Bundesstrafgerichts erscheint im Übrigen atypisch. Dieser Instanzenzug hat sich im Anwendungsbereich der StPO nicht bewährt und wurde bei der am 1. Januar 2024 in Kraft getretenen Revision beseitigt, sodass das Bundesstrafgericht bei kantonalen Entscheiden nicht mehr als Rechtsmittelinstanz fungiert.

Die im erläuternden Bericht (Seite 58) aufgezeigte Alternative, nämlich die Schaffung eines Zwangsmassnahmengerichts des Bundes beziehungsweise eine durchgehend bundesrechtliche Zuständigkeit, verdient daher den Vorzug, zumal nicht ersichtlich ist, weshalb diese Lösung organisatorisch kompliziert sein sollte. Sinnvollerweise wäre dieses Gericht dem Bundesstrafgericht anzugliedern und sowohl für Zwangsmassnahmen im Bereich der Verwaltungsstrafgerichtsbarkeit des Bundes als auch der Bundesstrafgerichtsbarkeit einzusetzen. Läge die Zuständigkeit bei einer einzigen gerichtlichen Instanz, könnte diese leichter die Fachkenntnisse und Routine erwerben, die für die Wahrnehmung dieser Aufgabe im Bereich des Verwaltungsstrafverfahrens erforderlich sind. Zudem würde eine solche Zuständigkeit der Homogenität der Rechtsprechung dienen.

Bemerkungen zu einzelnen Bestimmungen

Zu Art. 4 VStrR

Die Begründung für die vom Strafrecht abweichende Regelung der Strafmündigkeit von Jugendlichen (15 anstatt zehn Jahre) überzeugt nicht. Diese ist zu vereinheitlichen, indem auch im VStrR eine Strafmündigkeit von zehn Jahren statuiert wird.

Zu Art. 5 VStrR

Die Beibehaltung der Abweichung betreffend Gehilfenschaft und Anstiftung zu Übertretungen gegenüber der Regelung im Strafrecht ist nicht plausibel. Die im erläuternden Bericht angeführte praxisorientierte Begründung geht nach Erachten des Regierungsrats fehl. Vielmehr wäre dort, wo die Teilnahme strafbar sein soll, eine Aufstufung der Strafnorm zum Vergehen vorzusehen.

Zu Art. 9 VStrR

Auch die vorgeschlagene Abweichung betreffend Zusammentreffen von mehreren strafbaren Handlungen (Konkurrenz) gegenüber der Regelung im Strafrecht überzeugt im Grundsatz zwar nicht, kann aber im Massengeschäft des Übertretungsstrafrechts hingenommen werden. Nicht angezeigt ist jedoch der Verzicht im Bereich der Vergehen gemäss Litera b, stellt diese Regelung doch eine klare Verschlechterung der Stellung der beschuldigten Person dar.

Zu Art. 11 VStrR

Es ist nicht nachvollziehbar, weshalb Übertretungen im Verwaltungsstrafrecht nach vier und solche im Strafrecht bereits nach drei Jahren verjähren sollen. Ebenso sind die unterschiedlichen Fristen für die Vollstreckungsverjährung von fünf beziehungsweise drei Jahren nicht nachvollziehbar. Eine Vereinheitlichung ist angezeigt.

Der vorgesehene Absatz 3 hält entgegen der Regelung im Strafrecht daran fest, dass die Verjährungsfrist während des Verwaltungsstrafverfahrens ruht. Eine ausreichende Berechtigung dafür ist nicht ersichtlich. Auch im Strafrecht bestehen Konstellationen, in denen ein anderes Verfahren abgewartet werden muss, ohne dass aber die Verjährungsfrist ruht. Die hier vorgenommene Privilegierung des Verwaltungsstrafrechts ist nicht nachvollziehbar.

Zu Art. 13 VStrR

Es bleibt unklar, wer die Strafflosigkeit gemäss Art. 13 VStrR feststellen soll. Dies ist zu klären. Zudem ist das entsprechende Verfahren zu regeln.

Zu Art. 31 VStrR

Es ist nicht nachvollziehbar, weshalb betreffend Unschuldsvermutung nicht der Wortlaut von Art. 10 Abs. 3 StPO übernommen wird. Durch die davon abweichende Formulierung von Art. 31 VStrR wird für das gerichtliche Verfahren eine Unklarheit geschaffen.

Zu Art. 46 VStrR

Der Regierungsrat erachtet es als rechtlich fragwürdig, in einem Verfahren relevante Beweismittel zu verwenden, diese aber den Verfahrensparteien vorzuenthalten. Absatz 3 dieser Bestimmung ist deshalb ersatzlos zu streichen.

Zu Art. 48 ff. VStrR

Der Regierungsrat empfiehlt die Übernahme der Art. 393 ff. StPO betreffend das strafprozessuale Beschwerdeverfahren.

Zu Art. 50 ff. VStrR

Auch hinsichtlich der Regelung des Ausstands empfiehlt der Regierungsrat die Übernahme der Regelungen der Strafprozessordnung (Art. 56 ff. StPO).

Zu Art. 57 VStrR

Absatz 4 soll es den Verwaltungsstrafbehörden neu erlauben, die kantonale Polizei direkt mit Untersuchungshandlungen zu beauftragen. Diese Bestimmung wird mit Nachdruck abgelehnt. Im allgemeinen Strafrecht ist es unzulässig, dass eine ausserkantonale Staatsanwaltschaft die innerkantonale Polizei direkt mit Ermittlungshandlungen beauftragt. Vielmehr ist die ausserkantonale Staatsanwaltschaft gehalten, bei der Staatsanwaltschaft des betroffenen Kantons ein entsprechendes Gesuch zu stellen. Der Regierungsrat verweist auf die strafprozessuale Regelung in den Art. 49 ff. StPO. Weshalb in Verwaltungsstrafverfahren etwas anderes gelten soll, ist nicht nachvollziehbar.

Zu Art. 102 VStrR

Ergänzend ist als Grund für eine Nichtanhandnahme des Verfahrens auch die straflose Selbstanzeige gemäss Art. 13 VStrR aufzuführen.

Zu Art. 268 VStrR

Das aus dem geltenden Recht übernommene abgekürzte Verfahren sollte grundsätzlich überdacht werden. Zudem sollte es umbenannt werden, da das abgekürzte Verfahren der StPO ein Verfahren ist, bei welchem sich Ankläger und beschuldigte Person auf Sachverhalt und Strafe einigen, während das hier zur Diskussion stehende Verfahren eher dem Strafbefehlsverfahren der StPO entspricht. Das gemäss dem erläuternden Bericht verworfene abgekürzte Verfahren gemäss der StPO hingegen sollte unseres Erachtens Eingang ins VStrR finden.

Zu Art. 290 und 300 VStrR

Der Regierungsrat erachtet die in Art. 290 VStrR geregelte Vollzugsordnung gegenüber den Kantonen als stossend, da nur die Verwaltungseinheit des Bundes, nicht aber das kantonale Gericht die eigenen Forderungen mit Entschädigungsansprüchen und beschlagnahmten Vermögenswerten verrechnen kann. Daran ändert auch Art. 300 VStrR nichts Wesentliches, weil diese Bestimmung als Kann-Vorschrift ausgestaltet ist und ein Vorgehen vorsieht, welches angesichts der Kosten unverhältnismässig erscheint.

Zu Art. 303 VStrR

In Absatz 3 dieser Bestimmung wird die gemeinnützige Arbeit erwähnt. Dies ist zu streichen, sie stellt lediglich eine Vollzugsform und keine Strafe dar.

Zu Art. 304 VStrR

Es ist nicht sachgerecht, dass eine geschädigte Drittperson bis zur Endentscheid, der möglicherweise erst nach Jahren vorliegt, auf eine ihr zustehende Entschädigung warten muss. Über die Entschädigung der Drittperson ist daher so bald als möglich zu entscheiden, zumal der Ausgang des Verwaltungsstrafverfahrens für den Entschädigungsentscheid kaum je relevant sein dürfte.

Zu Art. 282 StPO

Der neu vorgesehene Absatz 3 erlaubt den Einsatz von technischen Geräten zur Standortbestimmung, was sinnvoll und notwendig ist. Es ist jedoch nicht einzusehen, weshalb nicht die dadurch generierten Daten, sondern einzig die gestützt darauf erstellten Observationsberichte im Strafverfahren verwendet werden dürfen. Da die technischen Daten und die Observationsberichte inhaltlich gleichlautend sind, stellt die Datenverwendung für die observierte Person keinen Nachteil dar. Das Verbot, diese Daten zu verwenden, macht die Verfahrensführung hingegen deutlich aufwendiger, muss doch anstelle eines einfachen Kartenausdrucks ein möglicherweise aufwendiger Bericht erstellt werden.

Finanzielle und personelle Auswirkungen auf den Kanton Aargau

Die Totalrevision des VStrR könnte bedeutende finanzielle und personelle Auswirkungen auf den Kanton Aargau zur Folge haben, insbesondere betreffend die dem kantonalen Zwangsmassnahmengericht zugeordneten neuen Aufgaben.

Im erläuternden Bericht vom 31. Januar 2024 finden sich keine Hinweise darauf, mit wie vielen zusätzlichen Fällen bei den kantonalen Zwangsmassnahmengerichten zu rechnen ist. Insbesondere im Anwendungsbereich des Zollgesetzes (ZG) sind viele Fälle zu erwarten, welche die kantonalen Zwangsmassnahmengerichte auch in zeitlicher Hinsicht stark fordern dürften. Ohne eine Angabe zum mutmasslichen Mengengerüst kann nicht zuverlässig abgeschätzt werden, mit welchen finanziellen und personellen Auswirkungen zu rechnen ist. Angesichts der hohen Arbeitslast der erstinstanzlichen Gerichtspräsidien, welche die Aufgaben des kantonalen Zwangsmassnahmengerichts

wahrnehmen, müsste selbst bei einer Neukonzeption des Zwangsmassnahmengerichts ein genügend grosser Personalpuffer eingeplant werden, um eine effektive Mehrbelastung der Gerichtspräsidien zu verhindern. Andernfalls wären die kantonalen Zwangsmassnahmengerichte insbesondere nicht in der Lage, die zeitlichen Vorgaben zu erfüllen, die an das Entsiegelungsverfahren gestellt werden. Auch die Höhe der Entschädigung, die der Bundesrat den Kantonen für die Erledigung der Bundesaufgaben in Aussicht stellt, müsste bekannt sein, um die Auswirkungen auf den Kanton konkret beziffern zu können.

Finanzielle und personelle Auswirkungen müssen zudem bei der Kantonspolizei erwartet werden, wenn die für das Verwaltungsstrafverfahren zuständigen Bundesbehörden die Kantonspolizei in Zukunft direkt mit Untersuchungshandlungen beauftragen könnten. Auch hier kann aufgrund der vorliegenden Unterlagen nicht abgeschätzt werden, wie viele solcher Aufträge zu erwarten sind und welche Auswirkungen in diesem Zusammenhang anfallen.

Zusammengefasst ist eine konkrete Bezifferung der zusätzlichen Aufwände, welche im Kanton Aargau anfallen, gegenwärtig nicht möglich.

Wir danken Ihnen für die Berücksichtigung unserer Vernehmlassung.

Für Rückfragen steht Ihnen Herr Rudolf Moos, Stabsmitarbeiter des Departements Volkswirtschaft und Inneres (rudolf.moos@ag.ch, 062 835 14 14), gerne zur Verfügung.

Freundliche Grüsse

Im Namen des Regierungsrats

Dr. Markus Dieth
Landammann

Joana Filippi
Staatsschreiberin

Kopie

- info.strafrecht@bj.admin.ch



KANTON
APPENZELL INNERRHODEN

Landammann und Standeskommission

Sekretariat Ratskanzlei
Marktgasse 2
9050 Appenzell
Telefon +41 71 788 93 11
info@rk.ai.ch
www.ai.ch

Ratskanzlei, Marktgasse 2, 9050 Appenzell

Per E-Mail an
info.strafrecht@bj.admin.ch

Appenzell, 8. Mai 2024

Totalrevision des Verwaltungsstrafrechts Stellungnahme Kanton Appenzell I.Rh.

Sehr geehrte Damen und Herren

Mit Schreiben vom 31. Januar 2024 haben Sie uns die Vernehmlassungsunterlagen zur Totalrevision des Verwaltungsstrafrechts zukommen lassen.

Die Standeskommission hat die Unterlagen geprüft. Sie begrüsst grundsätzlich die Modernisierung und Angleichung an die Regeln des ordentlichen Strafprozesses. Sie lehnt es aber ab, dass die kantonalen Zwangsmassnahmengerichte alle Befugnisse übernehmen, die sie auch im ordentlichen Strafverfahren haben, einschliesslich derjenigen, die heute die Beschwerdekammer des Bundesstrafgerichts im Zusammenhang mit der Entsiegelung wahrnimmt. Die Verwaltungsstrafverfolgungsbehörden, die das Verwaltungsstrafverfahren des Bundes anwenden, sind Bundesbehörden. Insofern soll auch die gerichtliche Beurteilung von Zwangsmassnahmen, wie Untersuchungshaft oder Entsiegelung von einem Gericht des Bundes beurteilt werden. Bereits heute ist die Beschwerdekammer des Bundesstrafgerichts für Entsiegelungsgesuche zuständig (Art. 50 Abs. 3 VStrR). Die stringente Trennung von Bundesverwaltungssachen und kantonalen Aufgaben ist auch im Zwangsmassnahmenbereich aufrechtzuerhalten. Die räumliche Nähe zwischen dem Gericht und der beschuldigten Person ist nicht vorrangig, zumal auch die Strafverfolgung nicht am Wohnort der beschuldigten Person geführt wird. Anders, als dies im erläuternden Bericht ausgeführt wird (S. 58), sind im heute etablierten System der Gefangenentransporte auch kurzfristige Zuführungen über grössere Strecken kein Problem. Entsprechend ist Art. 43 Abs. 1 VE-VStrR wie folgt anzupassen:

«¹Ein Zwangsmassnahmengericht des Bundes übt alle Befugnisse aus, die dieses Gesetz dem Zwangsmassnahmengericht überträgt. Soweit dieses Gesetz nichts anderes bestimmt, richtet sich das Verfahren vor dem Zwangsmassnahmengericht nach den einschlägigen Bestimmungen der StPO.»

In diesem Zusammenhang ist Art. 48 VE-VStrR wegzulassen und Art. 47 VE-VStrR wie folgt anzupassen:

«¹Gegen Entscheide, Amtshandlungen und Säumnis der mit der Untersuchung betrauten Personen oder im Bereich der Zwangsmassnahmen (Art. 153 bis Art. 255) kann bei der Beschwerdekammer des Bundesstrafgerichts Beschwerde geführt werden.

²Die Beschwerde nach Abs. 1 ist nicht zulässig, wenn sie einen Entscheid zur Ablehnung eines Beweisantrags betrifft, der ohne Rechtsnachteil in einem Einspracheverfahren gegen einen Strafbescheid wiederholt werden kann.

³ Für Beschwerden wegen Untersuchungshandlungen und Säumnis von Organen der mit öffentlich-rechtlichen Aufgaben des Bundes betrauten Organisationen gelten die Abs. 1 und Abs. 2 sinngemäss.»

Der Gesetzesentwurf enthält die Möglichkeit für Verwaltungseinheiten, rechtshilfeweise direkt auf die Unterstützung der Kantonspolizeien zurückzugreifen. Allerdings enthält der Entwurf keine klaren Bestimmungen darüber, wann auf die Bundeskriminalpolizei und wann auf die kantonalen Polizeikräfte zurückgegriffen wird. Um allfällige Zuständigkeitskonflikte zu vermeiden, ist Art. 57 Abs. 4 VE-VStrR wie folgt anzupassen:

«⁴Die Verwaltungseinheit kann subsidiär zu Art. 39 die Polizeibehörden der Kantone ausnahmsweise damit beauftragen, Untersuchungshandlungen in ihrem Zuständigkeitsbereich vorzunehmen. Die beauftragten Polizeibehörden der Kantone unterstehen dabei der Aufsicht und den Weisungen der Verwaltungseinheit. Diese erteilt ihnen dazu schriftliche, in dringenden Fällen mündliche Anweisungen; die Anweisungen müssen sich auf konkret umschriebene Abklärungen beschränken. Bei Einvernahmen, welche die Polizei im Auftrag der Verwaltungseinheit durchführt, haben die Verfahrensbeteiligten die Verfahrensrechte, die ihnen bei Einvernahmen durch die Verwaltungseinheit zukommen.»

Art. 41 VE-VStrR legt unter anderem fest, dass für die Beurteilung einer Verwaltungsstrafsache das Gericht eines Kantons zuständig sei, wenn die Voraussetzungen einer Freiheitsstrafe, einer freiheitsentziehenden Massnahme oder einer Landesverweisung gegeben sind. Dies ist nicht stringent, zumal die Verwaltungsstrafverfolgungsbehörden, die das Verwaltungsstrafrecht des Bundes anwenden, Bundesbehörden sind. Ferner besteht eine vollständige Bundesgerichtsbarkeit, deren Ressourcen in den letzten Jahren ausgebaut wurden. Damit ist eine konsequente Bundeslösung beim Verwaltungsstrafrecht möglich und zu bevorzugen, zumal die Vorteile einer einzigen gerichtlichen Instanz des Bundes für alle Bundesstrafsachen evident sind. Die notwendigen verwaltungsrechtlichen Fachkenntnisse könnten so auch auf Gerichtsebene konzentriert werden. Bei der weiteren Aufteilung der Bundesverwaltungsstraffälle auf 26 Kantone wäre somit eine seltene Gelegenheit zur Konzentration dieses spezialisierten Fachwissens verpasst. Entsprechend ist Art. 41 VE-VStrR wie folgt anzupassen:

«¹Für die Beurteilung ist die beteiligte Verwaltungseinheit zuständig; hält sie jedoch die Voraussetzungen einer Freiheitsstrafe, einer freiheitsentziehenden Massnahme oder einer Landesverweisung nach Art. 66a oder Art. 66a^{bis} StGB für gegeben, so ist das Bundesstrafgericht zuständig.

²Die von der Straf- oder Einziehungsverfügung der Verwaltungseinheit betroffene Person kann die Beurteilung durch das Bundesstrafgericht verlangen.

³Die zur Ausfällung der Hauptstrafe zuständige Behörde erkennt auch über Nebenstrafen, Massnahmen und Kosten.»

Der Logik folgend, dass für gerichtliche Beurteilung der Straf- und Einziehungsverfügung sowie die Anklage der Verwaltungseinheit stets das Bundesstrafgericht zuständig sein soll, ist Art. 42 VE-VStrR wie folgt anzupassen und zu vereinfachen:

«Die örtliche Zuständigkeit der Verwaltungseinheit und des Bundesstrafgerichts erstreckt sich auf das ganze Gebiet der Schweiz.»

Wir danken Ihnen für die Möglichkeit zur Stellungnahme und grüssen Sie freundlich.

Im Auftrage von Landammann und Standeskommission

Der Ratschreiber:


Markus Dörig

Zur Kenntnis an:

- Justiz-, Polizei- und Militärdepartement Appenzell I.Rh., Marktgasse 10d, 9050 Appenzell
- Ständerat Daniel Fässler, Weissbadstrasse 3a, 9050 Appenzell
- Nationalrat Thomas Rechsteiner (thomas.rechsteiner@parl.ch)



Regierungsrat, 9102 Herisau

Eidg. Justiz- und Polizeidepartement EJPD
3003 Bern

Dr. iur. Roger Nobs
Ratschreiber
Tel. +41 71 353 63 51
roger.nobs@ar.ch

Herisau, 2. Mai 2024

Eidg. Vernehmlassung; Totalrevision des Verwaltungsstrafrechts (VStrR); Stellungnahme des Regierungsrates von Appenzell Ausserrhoden

Sehr geehrte Damen und Herren

Mit Schreiben vom 31. Januar 2024 wurden die Kantonsregierungen vom Eidgenössischen Justiz- und Polizeidepartement EJPD eingeladen, sich zur Totalrevision des Bundesgesetzes über das Verwaltungsstrafrecht (VStrR) bis 10. Mai 2024 Stellung vernehmen zu lassen.

Der Regierungsrat von Appenzell Ausserrhoden nimmt dazu wie folgt Stellung:

Er begrüsst die Modernisierung des Verwaltungsstrafrechts, um den Entwicklungen im Strafverfahren seit dem Erlass des geltenden Rechts im Jahr 1974 Rechnung tragen zu können. Der Regierungsrat begrüsst sodann die grundsätzliche Angleichung an die Strafprozessordnung. Auf Bemerkungen zur Vorlage im Einzelnen wird verzichtet.

Es liegt eine Stellungnahme der Schweizerischen Staatsanwaltschaftskonferenz SSK vom 27. März 2024 vor. Der Regierungsrat schliesst sich dieser Stellungnahme an.

Wir danken Ihnen für die Möglichkeit zur Stellungnahme.

Freundliche Grüsse

Im Auftrag des Regierungsrates

Dr. iur. Roger Nobs, Ratschreiber



Regierungsrat

Postgasse 68
Postfach
3000 Bern 8
info.regierungsrat@be.ch
www.be.ch/rr

Staatskanzlei, Postfach, 3000 Bern 8

Eidgenössisches Justiz- und Polizeidepartement (EJPD)
Bundesamt für Justiz
Bundesrain 20
3003 Bern

Per E-Mail (info.strafrecht@bj.admin.ch)

RRB Nr.: 450/2024
Direktion: Direktion für Inneres und Justiz
Klassifizierung: Nicht klassifiziert

8. Mai 2024

**Vernehmlassung des Bundes: Totalrevision des Bundesgesetzes über das Verwaltungs-
strafrecht (VStrR)
Stellungnahme des Kantons Bern**

Sehr geehrter Herr Bundesrat
Sehr geehrte Damen und Herren

Wir danken Ihnen für die Gelegenheit, zur erwähnten Vorlage Stellung nehmen zu können. Der Regierungsrat möchte dazu die nachfolgenden Bemerkungen anbringen.

1. Grundsätzliches

Wir begrüssen die allgemeine Ausrichtung des Vorentwurfs. Unsere grundsätzlichen Bemerkungen und Anträge zu einzelnen Bestimmungen finden Sie nachstehend.

2. Anträge

2.1

Antrag

Der Begriff der Polizei sei zu präzisieren.

Begründung

Im VE-VStrR fällt auf, dass der Begriff der Polizei nicht einheitlich verwendet wird. Während teilweise von der Polizei der Kantone und der Gemeinden bzw. von der Bundeskriminalpolizei die

Rede ist, wird an anderen Stellen nur von der «Polizei» gesprochen. Welche Behörde nun gemeint ist, geht nicht immer klar aus dem VE-VStrR hervor und sollte dementsprechend präzisiert werden.

2.2

Antrag

Der VE-VStrR sei mit den folgenden Bestimmungen aus der StPO¹ (betreffend geheime Überwachungsmassnahmen durch die Polizei vgl. unten) zu ergänzen:

- *Artikel 15 StPO:* Definition der Polizei als Strafverfolgungsbehörde. Artikel 15 Absatz 1 StPO hält fest, dass sich die Tätigkeit der Polizei von Bund, Kantonen und Gemeinden im Rahmen der Strafverfolgung nach der StPO richtet. Entweder ist im VE-VStrR klarzustellen, dass dies auch für noch nicht eröffnete Verwaltungsstrafverfahren gilt, oder es ist sicherzustellen, dass der Polizei in diesem Verfahrensstadium nach VStrR die gleichen Kompetenzen zukommen wie nach der StPO. Ausserdem sollte unbedingt klargestellt werden, dass es sich auch im Anwendungsbereich des VStrR um die Polizei von Bund, Kanton und Gemeinde handelt;
- *Artikel 147 StPO:* Im selbstständigen polizeilichen Ermittlungsverfahren besteht kein Anrecht der beschuldigten Person auf Teilnahme oder Konfrontation;
- *Artikel 159 StPO:* Polizeiliche Einvernahmen im Ermittlungsverfahren;
- *Artikel 179 StPO:* Auskunftspersonen bei polizeilichen Einvernahmen, sogenannte Auskunftsperson «sui generis»;
- *Artikel 193 StPO:* Augenschein durch die Polizei in einfachen Fällen. Artikel 149 VE-VStrR sieht den Augenschein zwar vor, aber nur auf Anordnung der mit der Untersuchung beauftragten Person;
- *Artikel 195 StPO:* Einholen von Berichten und Auskünften;
- *Artikel 206 StPO:* Vorladung im polizeilichen Ermittlungsverfahren;
- *Artikel 255 Absatz 2 StPO:* Anordnung von nicht invasiven Probenahmen bei der beschuldigten Person für DNA-Analysen sowie der Erstellung eines DNA-Profiles von tatrelevantem biologischem Material;
- *Artikel 260 Absatz 2 StPO:* Anordnung der erkennungsdienstlichen Erfassung durch die Polizei;
- *Artikel 306 f. StPO:* Polizeiliches Ermittlungsverfahren.

Zum hiavor aufgeführten Antrag, Art. 186 bis 188 VE-VStrR sei mit einer Bestimmung zu DNA-Analysen und DNA-Profilen zu ergänzen, welche Artikel 255 Absatz 2 StPO entspricht, ist folgendes zu ergänzen: Der erläuternde Bericht zu Art. 186 bis 188 beantwortet die Fragen, weshalb ein Bedarf für diese Zwangsmassnahme bestehen soll und wann DNA-Analysen und DNA-Profile im Verwaltungsstrafrecht *angemessen* sind, nur ungenügend und sollte entsprechend ergänzt werden.

Begründung

Die Polizei sieht sich insbesondere im Zusammenhang mit der Verfolgung von Widerhandlungen gegen das Bundesgesetz vom 29. September 2017 über Geldspiele (Geldspielgesetz, BGS; SR

¹ Vgl. BSK StPO-RHYN, Art. 306, Rz 34

935.51) mit dem Verwaltungsstrafrecht und den damit verbundenen Schwierigkeiten konfrontiert. Diverse Widerhandlungen gemäss Artikel 130 f. BGS sehen eine geteilte Verfolgungszuständigkeit (Art. 134 f. BGS) vor.

Die Frage, ob die kantonalen oder die Bundesbehörden (Eidgenössische Spielbankenkommission ESBK) für die Verfolgung der konkreten Straftat zuständig sind, entscheidet sich einzig und allein aufgrund der Spielart. Während das illegale Anbieten von Grossspielen von kantonalen Strafverfolgungsbehörden unter Anwendung der StPO verfolgt wird, ist die ESBK für Widerhandlungen im Zusammenhang mit Spielbankenspielen zuständig.

Die Anwendung der verschiedenen Verfahrensrechte führt zu einer Ungleichbehandlung der jeweiligen, in der gleichen Strafbestimmung genannten Spielarten. Mit dem VE-VStrR werden zwar diverse ungerechtfertigte Unterschiede behoben; trotzdem besteht nach wie vor eine Ungleichbehandlung im Zusammenhang mit der Verfolgung von Geldspielen.

Im VE-VStrR werden der Polizei im Vergleich zur StPO weniger Kompetenzen zugesprochen. Insbesondere wird auf die Einführung eines polizeilichen Ermittlungsverfahrens nach dem Beispiel von Artikel 306 f. StPO verzichtet. Und dies obwohl Artikel 33 VE-VStrR sinngemäss Artikel 12 StPO übernimmt und die verschiedenen Verwaltungsstrafverfolgungsbehörden aufführt. Wie in Artikel 12 StPO wird auch in Artikel 33 VE-VStrR an erster Stelle die Polizei genannt. Im materiellen Verständnis der StPO ist unter Polizei *«jene staatliche Tätigkeit zu verstehen, die sich damit befasst, vorab in einer ersten Phase des Strafverfahrens von Amtes wegen oder auf Anzeige hin begangene Straftaten zu ermitteln und den Untersuchungsbehörden, im Hauptfall der Staatsanwaltschaft, zur weiteren Verfolgung zu melden.»*²

Es gibt keine Anzeichen dafür, dass im Verwaltungsstrafrecht eine abweichende Definition gelten sollte. Daraus geht folglich hervor, dass die Polizei nicht nur auf Auftrag der Verwaltungseinheit arbeitet, sondern auch selbstständig Ermittlungshandlungen vornehmen kann. In den Grundzügen wird diesem Umstand in Artikel 35 VE-VStrR Rechnung getragen. Diese Bestimmung geht jedoch zu wenig weit. Während die Polizei gestützt auf Artikel 35 Absatz 3 VE-VStrR bei Gefahr in Verzug nur

- tatverdächtige Personen nötigenfalls anhalten und vorläufig festnehmen oder nach ihnen fahnden,
- die mit der Straftat im Zusammenhang stehenden Gegenstände und Vermögenswerte vorläufig sicherstellen,
- Spuren und Beweise sicherstellen, und
- zu diesem Zweck die Person oder den Inhaber der Gegenstände oder Vermögenswerte in Wohnungen und andere Räume sowie unmittelbar zu einem Haus gehörende umfriedete Liegenschaften hinein verfolgen

darf, sieht die StPO im Zusammenhang mit dem polizeilichen Ermittlungsverfahren gemäss Artikel 306 f. StPO viel mehr Handlungsspielraum für die Polizei vor. Schon nur Artikel 306 Absatz 2 StPO hält fest, dass die Polizei zusätzlich zu den in Artikel 35 Absatz 3 VE-VStrR genannten Massnahmen

- Spuren und Beweise auch auszuwerten, und
- tatverdächtige Personen zu befragen

hat.

Diese Aufzählung ist nicht abschliessend. Aus der ganzen StPO geht eine grosse Anzahl von weiteren Kompetenzen für die Polizei hervor, damit diese effizient den objektiven Tatbestand feststellen kann (vgl. hierzu auch die Aufzählung weiter unten).

² SCHMID NIKLAUS / JOSITSCH DANIEL, Schweizerische Strafprozessordnung Praxiskommentar, 3. Auflage, 2018, S. 33, Rz 3

Es ist nicht ersichtlich, weshalb der Polizei im Verwaltungsstrafverfahren nicht die gleichen Ermittlungsmöglichkeiten zugestanden werden, wie im ordentlichen Strafrecht, legt doch der Bundesrat fest, dass das Verwaltungsstrafrecht vollumfänglich zum Strafrecht gehöre. Diese nicht gerechtfertigte Ungleichbehandlung ist gerade auch im Anwendungsbereich des Geldspielgesetzes evident und kann nicht abschätzbare negative Folgen mit sich bringen.

Im Zusammenhang mit der kantonalen Zuständigkeit betreffend Grossspiele ist die Polizei bei ihren Ermittlungen, zu welchen sie gestützt auf Artikel 306 f. StPO befugt ist, regelmässig auch mit Spielbankenspielen konfrontiert. Die entsprechenden Angebote stammen oft von den gleichen Tätern, werden in den gleichen Lokalen vorgefunden und finden häufig sogar auf den gleichen Plattformen statt. Gerade in solchen Fällen ist es deshalb von besonderer Wichtigkeit, dass der Polizei dieselben umfangreichen Kompetenzen zugesprochen werden, wie bei der Feststellung von Spielarten, die in den Zuständigkeitsbereich der Kantone fallen.

In der Praxis ist die Abgrenzung der verschiedenen Spielarten nicht immer offensichtlich bzw. sind die Angebote teilweise so eng miteinander verbunden, dass eine Trennung bei den Ermittlungen gar nicht möglich ist. Die Polizei ist deshalb immer dazu gehalten, sämtliche Beweise zu sichern und die ihr gestützt auf die Bestimmungen zum polizeilichen Ermittlungsverfahren zugestandenen Kompetenzen umfassend wahrzunehmen.

Wird nun aber nach wie vor einzig für Widerhandlungen im Zusammenhang mit den von den Kantonen verfolgten Spielarten das polizeiliche Ermittlungsverfahren vorgesehen, kann dies unter Umständen zur Unverwertbarkeit von Beweisen im anderen Verfahren führen. Diese Problematik zeigt sich insbesondere, aber nicht nur, bei Befragungen und bei geheimen Überwachungs-massnahmen durch die Polizei.

Beim Zusammentreffen von Gross- und Spielbankenspielen soll es der Polizei zwar möglich sein, Personen im Hinblick auf die Grossspiele zu befragen oder auch namentlich entsprechende Observationen vorzunehmen; stellt sie in diesem Zusammenhang aber auch Verstösse betreffend Spielbankenspiele fest bzw. tätigen die befragten Personen entsprechende Aussagen, sind diese Erkenntnisse bei Anwendbarkeit des VE-VStrR allenfalls nicht verwertbar. Gerade betreffend die Aussagen wäre eine allfällige Unverwertbarkeit für den Fortgang des Verfahrens verheerend, ist doch bekannt, dass Aussagen, die umgehend nach der Feststellung einer mutmasslichen Straftat getätigt wurden, am ehesten der Wahrheit entsprechen.

Eine unterschiedliche Handhabung von diesen beiden Spielarten mit den entsprechenden Konsequenzen ist nicht sachgerecht, bringt doch eine Spielart nicht ein grösseres oder kleineres Gefahrenpotenzial mit sich, als die andere.

Bei den gemäss Artikel 130 BGS zu verfolgenden strafbaren Handlungen handelt es sich um «Alltagsdelikte», die in der Öffentlichkeit geschehen, namentlich in Bars und Restaurants. Diese werden deshalb grundsätzlich zuerst von der Polizei und nicht von der ESBK entdeckt, weshalb sämtlichen Strafverfahren im Bereich des illegalen Geldspiels in der Regel polizeiliche Ermittlungen vorausgehen. Das hierfür vorgesehene selbstständige Ermittlungsverfahren der Polizei ist wichtig, damit diese auch ohne Einflussnahme durch die ESBK handeln und eine spontane, rasche und effiziente Strafverfolgung einleiten kann³.

Das gleiche Problem stellt sich bei den geheimen Überwachungs-massnahmen durch die Polizei:

Die Einführung eines polizeilichen Ermittlungsverfahrens im Verwaltungsstrafverfahren hat zur Folge, dass der Polizei im gesetzlich vorgesehenen Rahmen die Befugnis eingeräumt wird, auch gewisse geheime Überwachungs-massnahmen anzuordnen. Gerade im Anwendungsbereich des Geldspielgesetzes ist eine solche Kompetenz für die Polizei unabdingbar. Besteht der Verdacht, dass namentlich in einem Lokal illegal Grossspiele angeboten werden, ist die Polizei gestützt auf

³ Vgl. BSK StPO-RHYN, Art. 306, Rz 11 f. und Rz 16

Artikel 135 Absatz 1 BGS i.V.m. Artikel 282 StPO sowie gestützt auf Artikel 135 Absatz 1 BGS i.V.m. Artikel 298b Absatz 1 StPO sowohl zur Anordnung der Observation als auch der verdeckten Fahndung ermächtigt. Häufig erhält die Polizei jedoch lediglich Hinweise, wonach in einem Lokal illegal Geldspiele angeboten würden. Ob es sich schlussendlich um Gross- oder um Spielbankenspiele handelt, stellt sich in der Regel erst im Rahmen der weiterführenden Ermittlungen heraus. Ordnet die Polizei daraufhin selbstständig eine Überwachung in ihrem Zuständigkeitsbereich an, werden nun aber im Rahmen dieser Ermittlungen auch Widerhandlungen gegen das BGS im Zuständigkeitsbereich der ESBK entdeckt, sind diese für die Strafuntersuchung unter Umständen sehr wichtigen Beweismittel nicht verwertbar. Die ungleiche Gewichtung der verschiedenen Spielarten ist wie dargelegt nicht sachgerecht und sollte mit einer entsprechenden Anpassung des VE-VStrR aufgelöst werden.

2.3

Antrag

Artikel 195 f. VE-VStrR sei an die geltende StPO anzugleichen.

Begründung

Im Zusammenhang mit der vorläufigen Festnahme durch die Polizei übernimmt der VE-VStrR in den Artikeln 195 und 196 VE-VStrR einzelne Regelungen aus Artikel 217 und 219 StPO. Auch hier ist jedoch ersichtlich, dass der Polizei im VE-VStrR weniger Kompetenzen zugestanden werden, als dies in der StPO der Fall ist. Insbesondere fehlt die in Artikel 219 Absatz 3 StPO vorgesehene Verpflichtung der Polizei, die angetroffene Person in Anwendung von Artikel 159 StPO zu befragen und unverzüglich geeignete Abklärungen zu treffen, um den Tatverdacht und weitere Haftgründe zu erhärten oder zu entkräften.

In der aktuell vorgeschlagenen Regelung betreffend die vorläufige Festnahme durch die Polizei in Artikel 35 Absatz 3 Buchstabe a VE-VStrR und Artikel 195 f. VE-VStrR ist vorgesehen, dass die vorläufig festgenommene Person der Verwaltungseinheit sofort zuzuführen ist. Gemäss der Kommentierung zum aktuell geltenden und gleichlautenden Artikel 19 Absatz 4 VStrR hat diese Zuführung innert weniger Stunden, jedenfalls aber innert 24 Stunden zu geschehen. Aus dem erläuternden Bericht geht keine weitere Präzisierung hervor, weshalb davon auszugehen ist, dass die entsprechende Kommentierung nach wie vor Geltung beanspruchen kann. Ist die Polizei also nicht befugt, die verhaftete Person zu befragen und weitere wichtige Abklärungen zu treffen, behindert das den sauberen und korrekten Fortgang des Verfahrens massiv.

Eine schnellere Zuführung und Befragung durch die Verwaltungseinheit ist in der Praxis oft nicht möglich, da die Verwaltungsstrafverfolgungsbehörden teilweise über keinen Pikett-Dienst verfügen.

Vor dem Hintergrund, dass die Polizei auch im Verwaltungsstrafverfahren eine sehr wichtige Stellung hat, sollten die Artikel 195 f. VE-VStrR an die geltende StPO angeglichen werden.

2.4

Antrag

Es ist zu prüfen, ob in den Fällen, in denen gemäss unseren Anträgen von Ziff. 2.2 und 2.3 der Polizei zusätzliche Befugnisse im polizeilichen Ermittlungsverfahren zukommen sollen, nicht die Polizeiorgane des Bundes (Bundesamt für Polizei fedpol) diese Aufgaben übernehmen könnten.

Begründung

In Ziff. 2.2 und 2.3 beantragen wir, der Polizei seien in Angleichung des Verwaltungsstrafverfahrens an die StPO zusätzliche Befugnisse im polizeilichen Ermittlungsverfahren zu geben. Es ist davon auszugehen, dass dadurch insbesondere bei der Kantonspolizei Bern erheblicher Zusatzaufwand anfallen und die knappen Ressourcen weiter strapazieren würde. Wir regen deshalb an zu prüfen, ob nicht die Polizeiorgane des Bundes (Bundesamt für Polizei fedpol) diese Aufgaben vollständig oder zumindest weitgehend übernehmen könnten. Dabei betonen wir, dass auch für den Fall der Übernahme der Aufgaben durch das fedpol die Rechte der Polizeibehörde gestärkt und ihr die gleichen Mittel wie in der StPO zur Verfügung gestellt werden müssten, wie in Ziff. 2.2 und 2.3 beantragt.

2.5

Antrag

Es sei eine Bestimmung in das VStrR aufzunehmen, die regelt, wann die Verwaltungsbehörden auf die Bundeskriminalpolizei (BKP) zurückgreifen sollen und wann auf die kantonalen Polizeikräfte.

Begründung

Der Verwaltung wird die Möglichkeit belassen, rechtshilfewise auf die Unterstützung der Kantonspolizei zurückzugreifen. Zukünftig wird die Bundeskriminalpolizei der Verwaltung ebenfalls zur Verfügung stehen. Der Gesetzesentwurf enthält jedoch noch keine Bestimmung, die besagt, wann die Verwaltungsbehörden auf die BKP zurückgreifen sollen und wann auf die kantonalen Polizeikräfte; eine solche Kriteriendefinition ist unseres Erachtens nötig.

2.6

Antrag

Will der Gesetzgeber am vorgeschlagenen Gesetzestext zur Siegelung nach Artikel 180 und 181 VE-VStrR festhalten, dann sollte aus diesem hervorgehen, dass eine Datenspiegelung während dieser dreitägigen Frist ausnahmsweise durch die Untersuchungsbehörde oder in deren Auftrag möglich sein muss. Entsprechend wird beantragt, den Gesetzestext so anzupassen, dass diese neue Regelung nicht bedeutet, dass die Untersuchungsbehörden mit der Durchsuchung von Amtes wegen bis nach Ablauf der dreitägigen Frist zuwarten müssen. Es ist vielmehr davon auszugehen, dass ab Eingang eines rechtzeitigen Siegelungsantrages auch die durch eine bereits begonnene Durchsuchung erlangten Erkenntnisse bis zum rechtskräftigen Entscheid über die Entsiegelung einem suspensiv bedingten Verwertungsverbot unterliegen⁴. Und schliesslich sollte sich der erläuternde Bericht zu Situationen äussern, die aufgrund der Gefahr des Datenverlustes eine umgehende Datensicherung vor Ort erfordern.

Begründung

Die bereits heute beobachtete verschleppende Wirkung der Siegelung und die für die Praxis der Strafverfolgung unbefriedigende Rechtsprechung wird mit der vorgeschlagenen Änderung in Artikel 180 Absatz 1 VE-VStrR und in Artikel 248 Absatz 1 StPO nun sogar noch verschärft. Während aus der aktuell geltenden Formulierung hervorgeht, dass das einstweilige Durchsuchungs- und das suspensiv bedingte Verwertungsverbot erst ab Eingang eines Siegelungsantrages gilt,

⁴ Vgl. Graf Damian K. StPO-Revision: Neues zur Siegelung, in: Jusletter vom 16. August 2021, Rz 16

scheint es so zu sein, dass dies nun unabhängig von einem tatsächlichen Siegelungsantrag bereits ab Sicherstellung und während mindestens drei Tagen gelten soll. Mit der neuen Regelung entsteht also der Eindruck, dass die Untersuchungsbehörden bei sämtlichen Sicherstellungen standardmässig drei Tage warten müssen, bis sie, bei einem Verzicht auf die Siegelung, die Daten durchsuchen und insbesondere auch die Spiegelung von Daten vornehmen kann.

Auf diversen Datenträgern, insbesondere auf Mobiltelefonen, befindet sich regelmässig eine grosse Anzahl an flüchtigen, temporären und fragilen Daten, die für die Strafuntersuchung unverzichtbar sind. Je länger mit der Datenspiegelung zugewartet werden muss, desto akuter wird die Gefahr, dass diese verloren gehen.

In der Praxis begegnen viele Untersuchungsbehörden zudem Situationen, die zwingend eine sofortige Datenspiegelung vor Ort erfordern. Gerade bei Delikten mit Online-Bezug sind namentlich auf Computern, Tablets, Mobiltelefonen u.ä. Daten mit einer extremen Flüchtigkeit vorhanden, die bei nicht sofortiger Sicherung vor Ort unwiderruflich verloren gehen. Hierbei handelt es sich namentlich um folgende Daten:

- Daten ab einem Hauptspeicher;
- Informationen über aktive Netzwerkverbindungen;
- Daten, welche verschlüsselt sind und deren Zugang bei Stromverlust verloren gehen;
- Kiosk-Systeme, wie z.B. DeepFreeze, welche die Datenänderungen gar nicht erst auf dem Massenspeicher speichern.

Eine sofortige Datenspiegelung vor Ort ist auch dann erforderlich, wenn Daten auf einem externen Server oder einer Cloud verwaltet werden, worauf die Untersuchungsbehörde keinen Zugriff hat.

Und schliesslich kann sich die sofortige Erstellung einer Datenkopie auch aus Verhältnismässigkeitsgründen aufdrängen, z.B. wenn auf der ganzen IT-Infrastruktur relevante, aber auch eine grosse Anzahl irrelevanter Daten vermutet werden. Wird in solchen Fällen die ganze Infrastruktur mitgenommen, wird gerade bei Unternehmen die mutmasslich legale Weiterarbeit verhindert, was unter Umständen grosse, nicht verhältnismässige finanzielle Verluste nach sich ziehen kann.

Mit Bezugnahme auf die bundesgerichtliche Rechtsprechung führt der erläuternde Bericht auf S. 119 zu Artikel 180 VE-VStrR aus, dass die Untersuchungsbehörde nach Eingang eines Siegelungsantrages beim Zwangsmassnahmengericht die Spiegelung verlangen kann. Diese Anmerkung beantwortet jedoch einerseits die Frage nicht, was in den längstens drei Tagen bis zum allfälligen Siegelungsantrag mit den sichergestellten Gegenständen und Aufzeichnungen zu geschehen hat. Dies betrifft nicht nur Datenträger wie Mobiltelefone und Computer und Daten aus der Sicherung vor Ort, sondern beispielsweise auch vorgefundene Dokumente. So stellt sich hier die Frage, ob diese standardmässig auch während dieser dreitägigen Frist zu siegeln sind. Andererseits kann auch bei der umgehenden Stellung eines Siegelungsantrages die Gefahr eines Datenverlustes nicht vollständig umgangen werden. Zwischen Siegelungsantrag und dem Auftrag des Zwangsmassnahmengerichts zur Erstellung einer Datenkopie können mehrere Tage vergehen, was mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit, wie oben ausgeführt, auch einen gewissen Datenverlust mit sich bringt. Und schliesslich berücksichtigen die Ausführungen im erläuternden Bericht die voranstehend erläuternden Situationen nicht, bei welchen eine umgehende Datenspiegelung vor Ort unabdingbar ist.

Muss nun neu standardmässig die dreitägige Frist für die Stellung eines Siegelungsantrages und allenfalls anschliessend ein entsprechender Siegelungsantrag und dann noch ein -auftrag durch das Zwangsmassnahmengericht abgewartet werden, droht ein signifikanter Beweisverlust und die Siegelung könnte rechtsmissbräuchlich eingesetzt werden, um die Beweiserhebung als solche zu vereiteln.

3. Weiteres

3.1

Zur neuen Stellung des *Zwangsmassnahmengerichts* (ZMG), das alle Befugnisse übernehmen soll, die es auch im ordentlichen Strafverfahren hat, und zu den finanziellen und personellen Auswirkungen der vorgeschlagenen Bestimmungen auf den Kanton halten wir folgendes fest:

- Die Generalstaatsanwaltschaft geht davon aus, dass diese Änderung *beträchtlichen Mehraufwand* mit ressourcenmässiger Reflexwirkung auf die Staatsanwaltschaften bringt: Die bereits heute stark beanspruchten und teilweise überlasteten ZMG der Kantone müssten zusätzlich z.B. Grossverfahren im Bereich des Steuerrechts und Grossverfahren der Bundesstrafverfolgungsbehörden sowie grosse Entsiegelungsverfahren übernehmen, was die kantonalen Ermittlungen verlangsamen würde.
- Das *Obergericht* rechnet ebenfalls mit einem *gewichtigen Mehraufwand*, kann diesen aber nicht genau abschätzen. Die Beantwortung der im Begleitschreiben aufgeworfenen Frage nach den finanziellen und personellen Auswirkungen (auch wenn der Bund die Kantone für diese Dienstleistung entschädigen will) bedürfte *zusätzlicher Informationen*. Ohne das Mengengerüst der Verfahren nach Verwaltungsstrafrecht zu kennen, geht auch das Obergericht davon aus, dass insbesondere die Zuweisung von Entsiegelungsverfahren an die kantonalen Zwangsmassnahmengerichte für diese einen sehr grossen Mehraufwand bedeuten würde. Weil viele Behörden des Bundes ihren Sitz im Kanton Bern haben, muss davon ausgegangen werden, dass das Berner KZMG von der Revision des VStrR überdurchschnittlich betroffen wäre.
- Für den Kanton Bern ist stattdessen die Schaffung eines *Zwangsmassnahmengerichts des Bundes* (BZMG) bzw. das Belassen der Zuständigkeit des *Bundesstrafgerichtes* prüfenswert. Ein BZMG würde die kantonalen Zwangsmassnahmengerichte von den Verfahren der Bundesstrafbehörden nach StPO und zusätzlich von denen der Bundesverwaltungsbehörden im Verwaltungsstrafverfahren entlasten. Sachlich bedeutet dies die Trennung von Bundessachen von kantonalen Aufgaben auch im Zwangsmassnahmenbereich, was nur stringent wäre. In Fällen, in denen Haftentscheide, so wie die Anordnung der Untersuchungshaft, innert kürzester gesetzlicher Fristen zu fällen sind, müssten weiterhin die kantonalen ZMG zum Zuge kommen, sollte das BZMG seinen Sitz in Bellinzona oder nur an einem Standort haben. Die kantonale Zuständigkeit bliebe diesfalls nur bei der Anordnung von Sicherheitshaft bzw. Ersatzmassnahmen, wenn vorgängig *noch keine* Untersuchungshaft angeordnet worden war, bestehen. Entscheide über Sicherheitshaft oder Ersatzmassnahmen sind i.d.R. jedoch nach Untersuchungshaft zu treffen und könnten somit i.d.R. dem BZMG zugewiesen werden, weil hier gemäss Artikel 229 Absatz 3 Buchstabe b StPO bzw. Artikel 237 Absatz 4 StPO die längeren Entscheidungsfristen von Artikel 227 StPO gelten. Darunter würden namentlich auch alle Gesuche um Entsiegelung von Aufzeichnungen und Gegenständen fallen (Artikel 248 Absatz 3 Buchstabe a StPO). Als Referenz kann die Lösung des Kantons Bern in den Artikel 37 ff. des Einführungsgesetzes vom 11. Juni 2009 zur Zivilprozessordnung, zur Strafprozessordnung und zur Jugendstrafprozessordnung (EG ZSJ; BSG 271.1) herbeigezogen werden, die mutatis mutandis eine entsprechende Abgrenzung zwischen den regionalen Zwangsmassnahmengerichten und dem kantonalen Zwangsmassnahmengericht festlegen.

Bei Geschäften auf Bundesebene mit Stundenfristen wären insbesondere aus Gründen der räumlichen Distanz zwischen dem Haftort des/der Beschuldigten / Sitz der Verteidigung und dem Gerichtsort weiterhin die kantonalen ZMG zuständig, während das Bundes-ZMG alle übrigen Verfahren übernehmen würde. Darunter fallen könnten auch Verfahren

betreffend Gesuche des fedpol (z.B. Notsuche, Genehmigung Vorlegendierung verdeckter Ermittlung) bzw. des BJ (z.B. Genehmigung Fernmeldeüberwachung nach IRSG). Eine Regelung in diesem Sinn würde zudem den ganzen Aufwand für die Abrechnungen zwischen dem Bund und den Kantonen in diesem Bereich weitgehend obsolet machen.

3.2

Neu soll im gerichtlichen Verfahren auf jegliche Zuständigkeit der Bundesanwaltschaft sowie der kantonalen Staatsanwaltschaften verzichtet werden. Die Verwaltungseinheiten sollen die Anklage künftig allein vor Gericht vertreten. Diese Änderung bringt eine *geringfügige Entlastung* (justizinterne Weiterleitungen bzw. Antworten an die Verwaltung).

3.3

Wir weisen darauf hin, dass der Verweis auf Artikel 220 Absatz 1 in Artikel 220 Absatz 1 Buchstabe a VE-VStrR nicht stimmen kann.

Der Regierungsrat dankt Ihnen für die Berücksichtigung seiner Anliegen.

Als Kontaktperson steht Ihnen Bernhard Salm von der Direktion für Inneres und Justiz zur Verfügung (bernhard.salm@be.ch, 031 633 76 06).

Freundliche Grüsse

Im Namen des Regierungsrates

Philippe Müller
Regierungspräsident

Christoph Auer
Staatsschreiber

Verteiler

- Justizverwaltungsleitung
- Datenschutzaufsichtsstelle

Regierungsrat, Kasernenstrasse 31, 4410 Liestal

Eidgenössisches Justiz- und Polizeidepartement EJPD, Bundesamt für Justiz, Bern

info.strafrecht@bj.admin.ch

Liestal, 30. April 2024

Vernehmlassung betreffend Totalrevision des Bundesgesetzes über das Verwaltungsstrafrecht (VStrR); Vernehmlassungsantwort

Sehr geehrte Frau Bundesrätin

Besten Dank für die Gelegenheit zur Meinungsäusserung. Wir lehnen den Entwurf einer Totalrevision des Verwaltungsstrafrechts in der vorliegenden Form ab. Grundgedanke der Totalrevision ist die Modernisierung des Verwaltungsstrafrechts, wie dem erläuternden Bericht mehrfach zu entnehmen ist. Weil das Verwaltungsstrafverfahren jenem der Schweizerischen Strafprozessordnung (StPO) angeglichen wird, liegt es nahe, die Auswirkungen von dessen Einführung im Jahr 2011 heranzuziehen, um Schlüsse auf die Folgen der Totalrevision des Verwaltungsstrafrechts zu ziehen. Dieser Gedanke findet sich im erläuternden Bericht nicht, obwohl es inzwischen als unbestritten gilt, dass die Einführung der Schweizerischen Strafprozessordnung zu einer signifikanten Verkomplizierung der Verfahren und damit zu einem spürbaren Mehraufwand der Strafverfolgungsbehörden führte. Zu nennen sind in diesem Zusammenhang exemplarisch die ausgebauten Verteidigungs-, Mitwirkungs- und Teilnahmerechte. Abgesehen von den Parteirechten der Privatklägerschaft, die dem Verwaltungsstrafrecht unbekannt ist, wurden die erwähnten Rechte allesamt auch ins Verwaltungsstrafprozessrecht übernommen. Eine Erhebung der Schweizerischen Staatsanwältkonferenz SSK bezifferte den Mehraufwand, respektive den zusätzlichen Personalbedarf bei den Behörden infolge der Einführung der Schweizerischen Strafprozessordnung mit rund 10%. Dazu kommen wohl auf Seiten der am Strafverfahren beteiligten Privaten weitere Regulierungskosten hinzu. Eine Wiederholung einer solchen Entwicklung im Verwaltungsstrafverfahren muss unseres Erachtens vermieden werden. Wird trotzdem an der in Diskussion stehenden Vorlage festgehalten, ist ihr ein Preisschild anzuheften und zu begründen, weshalb die Schweiz ein sehr schlankes Prozessrecht aufgeben und die Prioritäten in der gegenwärtigen Finanzlage auf den Ausbau der Beschuldigtenrechte im Verwaltungsstrafrecht legen will.

Für den Fall, dass an der Vorlage festgehalten wird, haben wir folgende Bemerkungen zu den einzelnen Bestimmungen:

Direkter Geschäftsverkehr (Art. 58 VE-VStR)

Gemäss dem erläuternden Bericht zum Vorentwurf zum Verwaltungsstrafrecht bildet Art. 58 E-VStR den Art. 46 StPO nach¹ und sieht die oberste Staatsanwaltschaft eines Kantons als Adressatin vor, wenn Unklarheiten über die zuständige Behörde bestehen. In ordentlichen Strafverfahren ist diese Bestimmung sinnvoll, weil diese von den kantonalen Staatsanwaltschaften geführt werden. Weil den kantonalen Staatsanwaltschaften aber nach neuem Verwaltungsstrafprozessrecht keine Zuständigkeiten mehr zukommen soll, kann sich die Zuständigkeitsfrage nur noch auf die örtlichen Polizeieinheiten beziehen und es böte sich an, Fragen zur genauen Zuständigkeit an eine polizeiliche Stelle im jeweiligen Kanton zu richten.

Fahndung (Art. 166 VE-VStR)

Die Verwaltungsbehörde kann eine verdächtige Person zur Verhaftung ausschreiben lassen². Diese Möglichkeit besteht in abgewandelter Form heute schon³, führt aber in der Praxis zu grossen Problemen, weil die Polizei bei einer Anhaltung den Pikettdienst der zuständigen Staatsanwaltschaft aufbietet, um das Haftverfahren einzuleiten und die ausschreibenden Behörden ausserhalb der Bürozeiten nicht erreichbar sind.

Neu kommen den kantonalen Staatsanwaltschaften aber überhaupt keine Kompetenzen im Verwaltungsstrafprozess mehr zu und sie haben – wie schon heute – auch keine sachlichen Kenntnisse der einzelnen Straftatbestände, die den ausgeschriebenen Personen vorgeworfen werden. Es ist deshalb unabdingbar, dass die Verwaltungsstrafbehörden einen eigenen Pikettdienst organisieren, um das Haftverfahren einzuleiten, zumal ihnen hierzu auch als einzige die Kompetenz zukommt⁴. Der Vorentwurf zum neuen Verwaltungsstrafverfahren sieht dieselben Fristen vor wie die StPO⁵, was veranschaulicht, dass die Verwaltungseinheiten über eine eigene Alarmorganisation verfügen müssen, wenn eine Person etwa an einem Freitagabend angehalten wird.

Observation mit technischen Geräten zur Standortermittlung (Art. 234 Abs. 3 VE-VStR, Art. 282 Abs. 3 nStPO)

Im Verwaltungsstrafprozess wird neu eine Frage gelöst, die im ordentlichen Strafverfahren oft zu Unsicherheiten führt. Die Polizei nutzt bei Observationen regelmässig GPS-Geräte an den Fahrzeugen der observierten Personen, die es ihnen erlaubt, Distanz zur beobachteten Person zu halten und die Observation als solche nicht zu gefährden. Gegenwärtig ist unklar, ob derlei Überwachungsgeräte als technische Überwachung im Sinne von Art. 280 StPO zu qualifizieren sind. Art. 234 Abs. 3 VE-VStR regelt diese Frage für den Verwaltungsstrafprozess und passt im Rahmen der Fremdänderungen auch die Schweizerische Strafprozessordnung entsprechend an⁶. Neu werden

¹ Erläuternder Bericht, S. 69.

² Art. 166 Abs. 2 VE-VStR.

³ Art. 54 Abs. 3 [VStR](#).

⁴ Vgl. Art. 35 Abs. 4 und Art. 196 VE-VStR.

⁵ Art. 201 Abs. 2 VE-VStR.

⁶ Art. 282 Abs. 3 nStPO.

GPS-Geräte, die lediglich zur Lokalisierung einer Person dienen und kein Bewegungsprofil erstellen, als Teil der Observation betrachtet. Diese Präzisierung schafft Klarheit und ist deshalb zu begrüßen.

Hochachtungsvoll



Monica Gschwind
Regierungspräsidentin



Elisabeth Heer Dietrich
Landschreiberin



Rathaus, Marktplatz 9
CH-4001 Basel

Tel: +41 61 267 85 62
E-Mail: staatskanzlei@bs.ch
www.regierungsrat.bs.ch

Eidgenössisches Justiz- und Polizeidepartement EJPD

Per E-Mail an:
info.strafrecht@bj.admin.ch

Basel, 23. April 2024

Regierungsratsbeschluss vom 23. April 2024
Totalrevision des Verwaltungsstrafrechts; Vernehmlassung
Stellungnahme des Kantons Basel-Stadt

Sehr geehrte Damen und Herren

Mit Schreiben vom 31. Januar 2024 haben Sie uns den Vorentwurf des Bundesgesetzes über das Verwaltungsstrafrecht und das Verwaltungsstrafverfahren (VE-VStrR) zugestellt. Wir bedanken uns für die Möglichkeit zur Stellungnahme.

Der Kanton Basel-Stadt begrüsst im Grundsatz die Stossrichtung der Revision. Nicht einverstanden ist der Kanton Basel-Stadt jedoch damit, dass die Zuständigkeit für das Urteil bei den kantonalen Justizbehörden bleiben soll. Diese wären beim Bundesstrafgericht besser aufgehoben, zumal es sich ausnahmslos um Strafverfahren des Bundes handelt.

Sehr kritisch erachtet der Kanton Basel-Stadt den Revisionsvorschlag, wonach die kantonalen Zwangsmassnahmengerichte alle Befugnisse übernehmen, welche sie bereits im ordentlichen Strafverfahren haben. Dies bedeutet für die kantonalen Zwangsmassnahmengerichte (insbesondere bei Entsiegelungsverfahren in verwaltungsstrafrechtlichen Fällen des Bundes) einen erheblichen Mehraufwand, welcher sich sodann auf die Verfahren der kantonalen Staatsanwaltschaften bzw. insbesondere auf die Dauer derselben negativ auswirken wird, zumal nicht nur die Staatsanwaltschaften, sondern auch die kantonalen Gerichte überlastet sind. Die Folge wäre eine Verlangsamung der Verfahren, die jedoch dem in der Strafprozessordnung statuierten Beschleunigungsgebot unterliegen, womit eine Verlangsamung aus rechtsstaatlicher Sicht sehr problematisch wäre.

Bezüglich Entsiegelungsverfahren erwähnt das EJPD im Begleitschreiben, dass der Bund die Kantone für diese Dienstleistung entschädigen werde. Im erläuternden Bericht wird dazu auf S. 58 (zu Art. 43 Abs. 1 VE) ausgeführt, der Kanton, dem das mit einer Verwaltungsstrafsache befasste Gericht angehört, könne vom Bund die Erstattung der Kosten im Sinne von Artikel 300 VE-VStrR fordern. Art. 300 Abs. 1 des VE nimmt jedoch im letzten Satz «Besoldungen und Taggelder von Kantonsangestellten» von der Kostenentschädigung ausdrücklich aus. Die entsprechenden Personalressourcen für diese neue Aufgabe der Zwangsmassnahmengerichte werden daher von den Kantonen zu tragen sein.

Die Annäherung des Verwaltungsverfahrens an die Strafprozessordnung mag wegen den dort enthaltenen Regeln grundsätzlich begrüßenswert sein, diese indes die Strafverfolgung komplexer und teurer machen.

Der Kanton Basel-Stadt hält die Zuständigkeitsänderung, wonach strafbare Handlungen Jugendlicher im Bereich des Verwaltungsstrafrechts, die heute durch die Verwaltung und nicht durch die für Jugendliche zuständigen Strafbehörden (Jugendanwaltschaft und Jugendgericht) untersucht und beurteilt werden, künftig durch die Jugendstrafbehörden zu beurteilen sind, für sinnvoll.

Die vorgesehene Änderung, wonach künftig die Verwaltungseinheit das zuständige Gericht direkt anruft und die Anklage im gerichtlichen Verfahren allein vertritt, begrüsst der Kanton Basel-Stadt. Die Tatbestände sind jeweils sehr spezifisch und benötigen zur Bearbeitung Spezialwissen.

Wir danken Ihnen für die Berücksichtigung unserer Stellungnahme.

Mit freundlichen Grüßen
Im Namen des Regierungsrates des Kantons Basel-Stadt



Lukas Engelberger
Vizepräsident



Barbara Schüpbach-Guggenbühl
Staatsschreiberin



ETAT DE FRIBOURG
STAAT FREIBURG

Conseil d'Etat CE
Staatsrat SR

Route des Arsenaux 41, 1700 Fribourg

T +41 26 305 10 40
www.fr.ch/ce

Conseil d'Etat
Route des Arsenaux 41, 1700 Fribourg

PAR COURRIEL

Département fédéral de justice et police DFJP
Monsieur Beat Jans
Conseiller fédéral
Palais fédéral ouest
3003 Berne

Courriel : info.strafrecht@bj.admin.ch

Fribourg, le 30 avril 2024

2024-358

Révision totale de la loi sur le droit pénal administratif (DPA) - Procédure de consultation

Monsieur le Conseiller fédéral,

Par courrier du 31 janvier 2024, vous nous avez consultés sur l'objet cité en titre, et nous vous en remercions. Le projet de révision appelle de notre part les remarques suivantes.

De manière générale, nous saluons le toilettage du DPA et son alignement sur le CPP. Toutefois, nous sommes très préoccupés, à l'instar des autorités judiciaires cantonales que nous avons consultées, concernant les compétences qui leur sont déléguées conformément aux dispositions de l'avant-projet. Ces critiques et craintes, telles que vous les retrouverez dans les lignes qui suivent, mettent en lumière l'importance d'une réflexion approfondie sur les implications pratiques de ces compétences données aux autorités cantonales de statuer sur une matière relevant entièrement du droit fédéral, au moyen de leurs propres ressources.

- > Tout d'abord, le choix de maintenir à l'art. 41 al. 1 DPA la compétence des tribunaux pénaux pour se prononcer sur les affaires plus graves est déploré. A cet égard, il est rappelé que les infractions commises en DPA requièrent des connaissances pointues en droit administratif fédéral, raison qui justifie précisément la compétence de l'administration fédérale et non pas des procureurs ordinaires, fédéraux ou cantonaux. Cet argument vaut tout autant pour le jugement des infractions au fond. En effet, en cas d'affaire compliquée, en l'absence de connaissances approfondies et en l'absence de routine et d'expérience dans le domaine administratif en question, les autorités pénales cantonales pourraient être dépassées ou lourdement mises à contribution.

Il semble ainsi que la solution proposée ne tienne pas compte du fait que lors de l'entrée en vigueur du DPA actuel, la Confédération ne disposait pas d'une juridiction pénale complète avec tribunal de première instance et Cour d'appel, ce qui est maintenant le cas. S'agissant d'un domaine purement fédéral, il serait logique que la compétence fédérale soit instaurée de bout en bout. Il apparaît à tout le moins regrettable qu'il soit renoncé, pour de simples raisons financières ou organisationnelles, à l'instauration d'une juridiction fédérale centralisée au TPF, ce qui aurait au demeurant l'avantage de permettre à celle-ci d'acquérir l'expérience spécialisée nécessaire dans les domaines concernés.

- > A l'instar des autres tribunaux des mesures de contrainte romands, le Tribunal des mesures de contrainte fribourgeois fait part des sérieuses craintes qu'il nourrit quant à un surcroît de travail que les dispositions proposées de cet avant-projet (AP) pourraient générer pour les TMC cantonaux, déjà très chargés. Le TMC fribourgeois, peine à comprendre à ce stade pour quel motif la création d'un TMC fédéral n'est pas envisagée.

En premier lieu, selon l'AP, les TMC cantonaux seront désormais seuls compétents pour ordonner ou approuver toutes les mesures de contrainte prévues par le DPA (art. 43 AP-DPA). La charge de travail des TMC cantonaux sera dès lors fortement impactée, puisque le DPA actuel prévoit que les demandes de levée des scellés sont traitées par la Cour des plaintes du Tribunal pénal fédéral (art. 50 al. 3 DPA). Déjà très chargés du fait de leur activité découlant de la procédure pénale, respectivement de la procédure administrative, il faut relever que depuis l'entrée en vigueur du CPP en 2011, les dossiers de levée de scellés n'ont cessé d'augmenter et de se complexifier, occasionnant d'importantes difficultés aux TMC. Le juge du TMC doit notamment examiner des quantités souvent astronomiques de documents mis sous scellés, pièce par pièce, ce qui est très chronophage et s'étend dans la durée.

Nous relevons ainsi que les cantons n'ont pas à renforcer avec leurs seuls moyens financiers les effectifs de leurs juridictions qui seraient compétentes en matière de DPA pour faire face à l'augmentation des compétences induites par l'AP (art. 292 al. 1 AP-DPA), alors que cette matière relève du droit fédéral exclusivement.

Il se justifie ainsi entièrement de créer un TMC fédéral en matière de DPA, selon ce qui avait été discuté comme alternative. Il convient de ne pas reporter sur les TMC cantonaux la charge de traiter les procédures de levée de scellés en matière de DPA. Aucun élément objectif sérieux ne permet de justifier la nécessité d'un tel transfert de compétence.

Deuxièmement, la proximité du TMC avec les participants à la procédure est relevée par le rapport explicatif comme un élément en défaveur de la création d'un TMC fédéral. Cette proximité serait particulièrement importante pour les mesures de contrainte en relation avec lesquelles « il faut entendre les prévenus et le responsable d'enquête à brève échéance ». Or, l'autorité administrative, tout comme le Ministère public, choisit librement le lieu de détention. Cet objectif peut tout à fait être atteint avec la création d'un TMC fédéral.

Troisièmement, nous relevons que, s'agissant du for de la poursuite et du jugement, le principe est le for de commission de l'infraction (art. 31 CPP), celui du domicile n'étant retenu qu'à titre exceptionnel (art. 32 al. 1 CPP). Le for alternatif que prévoit l'AP (art. 42 al. 2 AP-DPA par renvoi de l'art. 44 AP-DPA) ne semble dès lors pas judicieux.

De plus, s'agissant de l'investigation secrète (art. 238 ss AP-DPA), il serait opportun de prévoir la possibilité pour l'unité administrative de demander au TMC de créer une légende préalable (ou pré-légende) pour les policiers qui sont destinés à agir en qualité d'agents infiltrés, et ce sans relation avec une procédure pénale administrative déterminée. L'art. 242 al. 4 AP-DPA prévoit implicitement que la création d'une légende ne peut être autorisée qu'en relation avec une procédure déjà pendante. Or, une légende doit pouvoir exister depuis un certain temps déjà, pour être crédible, par ex. par la conclusion d'un contrat de bail, de téléphonie, etc. La doctrine soutient qu'il est indispensable et admissible d'autoriser la création d'une légende préalable. Cette révision totale du DPA est l'occasion de combler la lacune dans le DPA et de modifier le CPP en même temps sur ce point.

Quatrièmement, en matière de mesures de contrainte, l'AP-DPA reprend les dispositions équivalentes contenues dans le CPP. Le législateur fédéral a ici la possibilité de modifier les dispositions qui, dans le CPP, ne donnent pas satisfaction, notamment concernant la procédure en matière de scellés, soit les art. 248 et 248a CPP repris tel quel aux art. 180 et 181 AP-DPA. Ces dispositions, en vigueur depuis le 1^{er} janvier 2024, posent de sérieux problèmes. L'art. 248a CPP (qui règlemente en détail la procédure devant le TMC) a été établi par la Commission des affaires juridiques du Conseil national qui a repris le texte préparé par une commission de spécialistes et du milieu académique mandatés par elle. Or parmi ces experts, il n'y avait pas de représentant de juges TMC.

Il serait dès lors judicieux que les art. 180 et 181 AP-DPA soient revus sérieusement et en profondeur avec notamment le concours de représentants des juges TMC, afin de trouver une procédure qui tienne compte de l'expérience fondée de l'instance qui a la position de direction de la procédure dans ces procédures de levée de scellés. La solution qui sera ainsi trouvée devra aussi être introduite dans le CPP par le biais d'une adaptation du chiffre 15 du point II de l'annexe à l'AP-DPA.

Si cette solution de la refonte complète des art. 180 et 181 AP-DPA ne devait pas être retenue, il conviendrait à tout le moins de modifier l'art. 180 al. 6 AP-DPA en prévoyant la possibilité pour le TMC d'engager des membres du corps de la police judiciaire fédérale comme experts (voire comme experts permanents [art. 141 al. 2 AP-DPA]) aussi afin d'examiner le contenu des documents et enregistrements sous forme informatique. Les experts externes sont en effet rares et surchargés. Les art. 50 let. b, 70 al. 1 et 142 al. 1 let. e AP-DPA garantissent que le policier n'intervienne ensuite plus dans l'enquête et ne communique rien de ce dont il a pu prendre connaissance à l'unité administrative, ce qui évite tout problème d'apparence de prévention.

- > S'agissant de la demande de se positionner par rapport aux conséquences financières et en personnel pour le canton en raison des modifications proposées, cette analyse ne peut à ce stade pas être effectuée. En effet, ne connaissant pas le volume d'affaires qui pourraient faire l'objet des nouvelles mesures proposées, il ne nous est pas possible de répondre à cette question.
- > Il convient toutefois de constater que de nombreuses nouvelles mesures ont été inscrites dans le DPA, notamment au niveau des mesures de contrainte et des mesures de surveillance, pour lesquelles les unités administratives ne disposent ni des connaissances, ni des compétences techniques, matérielles et en personnel pour les mettre en œuvre. Il reviendra alors aux polices cantonales d'effectuer ces mesures extrêmement gourmandes en temps et en ressources. Le DPA permet également quasi systématiquement de déléguer les tâches aux polices cantonales mais sous la direction de l'unité administrative. Ces nouvelles mesures représentent donc un report de charges sur les cantons. En cas d'investigations de ce type, il y aura lieu de se coordonner avec le canton pour définir s'il dispose des ressources nécessaires à ce moment. En effet, dans ce genre d'enquête c'est en principe la police qui propose les mesures au Ministère public et non l'inverse.
- > Au vu des nouvelles tâches déléguées au TMC et du soutien que la Police cantonale lui accorde actuellement dans ce domaine (scellés), cette dernière ne dispose pas de ressources nécessaires au niveau IT pour prendre en charge ces nouvelles affaires. L'engagement d'un spécialiste IT devra donc certainement avoir lieu. Là aussi, la reprise de ces procédures par un Tribunal des mesures de contrainte fédéral nous semble plus appropriée.
- > En cas d'arrestation provisoire par la police, les art. 195 et 196 ne prévoient pas de délai, contrairement au CPP. Le message indique que la personne arrêtée provisoirement doit être amenée immédiatement devant l'unité administrative (art. 196) et que dès lors les autres alinéas de l'art. 217 CPP ne sont pas repris. Nous nous posons la question du sort des interpellations effectuées le week-end en l'absence de services de permanences des unités administratives.

En vous remerciant de nous avoir consultés, nous vous prions de croire, Monsieur le Conseiller fédéral, à l'assurance de nos sentiments les meilleurs.

Au nom du Conseil d'Etat :

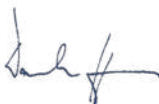
Jean-Pierre Siggen, Président



Jean-Pierre Siggen

Signature électronique qualifiée - Droit suisse

Danielle Gagnaux-Morel, Chancelière d'Etat



Danielle Gagnaux-Morel

Signature électronique qualifiée - Droit suisse

L'original de ce document est établi en version électronique

Copie

—

à la Direction de la sécurité, de la justice et du sport pour elle et le Service de la justice ;
à la Chancellerie d'Etat.



Le Conseil d'Etat

1978-2024

Département fédéral de justice et police
Monsieur Beat Jans
Conseiller fédéral
Palais fédéral ouest
3003 Berne

Concerne : révision totale de la loi sur le droit pénal administratif

Monsieur le Conseiller fédéral,

La République et canton de Genève vous remercie de l'avoir consultée concernant la révision totale de la loi sur le droit pénal administratif.

Il est relevé que la révision proposée, si elle supprime à bon escient la saisine du tribunal compétent par le truchement du Ministère public cantonal, attribue de nouvelles compétences aux cantons pour des procédures instruites par les autorités administratives fédérales avec l'introduction d'une compétence des tribunaux cantonaux des mesures de contrainte en matière de droit pénal administratif. Consulté sur cette révision, le Pouvoir judiciaire s'oppose fermement à cette délégation soulignant que les tribunaux des mesures de contrainte cantonaux, dont celui de Genève, sont déjà surchargés par la masse des procédures de levée de scellés fondées sur le Code de procédure pénale (CPP). Ils ne pourront pas absorber des procédures fondées sur le droit pénal administratif, parfois d'une extrême complexité comme en droit pénal administratif fiscal ou en matière de droit douanier.

Notre Conseil considère que cette nouvelle délégation des tâches au niveau cantonal ne se justifie ni sous l'angle procédural, ni en termes de charge.

En effet, les autorités judiciaires fédérales, qui se sont largement développées en cinquante ans, peuvent continuer à le faire en créant un tribunal des mesures de contrainte fédéral dimensionné pour répondre aux besoins des autorités fédérales. La création de ce tribunal au niveau fédéral permettrait de répondre également aux besoins du Ministère public de la Confédération qui, obligé aujourd'hui de s'adresser aux tribunaux des mesures de contrainte des cantons (art. 65 LOAP), se plaint de la lenteur de ces tribunaux cantonaux surchargés. Cette option a, du reste, été envisagée par l'administration (rapport explicatif, p. 57) mais rejetée considérant que la situation actuelle serait satisfaisante, ce qui n'est de loin pas le cas et que la création d'un tribunal des mesures de contrainte fédéral serait une variante « susceptible d'être compliquée à organiser », ce qui ne convainc pas.

Sous l'angle de la charge de travail pour les autorités pénales cantonales, cette délégation de compétence n'est pas acceptable pour Genève sachant que la situation des tribunaux des mesures de contrainte cantonaux est actuellement critique. Leur confier en sus la surveillance des mesures de contrainte souhaitées par l'administration fédérale en matière de droit pénal administratif impliquerait nécessairement leur renforcement et, partant, la création de postes de magistrats et magistrats titulaires et de collaboratrices ou collaborateurs scientifiques et administratifs, pour gérer un contentieux fédéral. Même si la charge financière sera entièrement du ressort de la Confédération, cette augmentation nécessitera pour le Canton de trouver, d'une part, des personnes compétentes, de les former, de les encadrer et, d'autre part, des locaux adaptés ce dont les tribunaux manquent déjà aujourd'hui.

Pour le surplus, bien que vous souligniez que les particularités du droit pénal administratif et de la juridiction pénale administrative requièrent de nombreuses et importantes dérogations au CPP, un grand nombre de dispositions du code de procédure pénale sont reprises dans l'avant-projet. Certaines lourdeurs du CPP, qui ne facilitent pas la poursuite pénale des crimes et délits, pourraient s'avérer inappropriées en matière d'infractions aux lois administratives fédérales.

En vous remerciant de l'attention que vous avez bien voulu porter à la présente, nous vous prions d'agréer, Monsieur le Conseiller fédéral, l'expression de notre considération distinguée.

AU NOM DU CONSEIL D'ÉTAT

La chancelière :



Michèle Righetti-El Zayadi

Le président :



Antonio Hodgers

Glarus, 7. Mai 2024
Unsere Ref: 2024-34

Vernehmlassung zur Totalrevision des Verwaltungsstrafrechts

Sehr geehrte Damen und Herren

Das Eidgenössische Justiz- und Polizeidepartement gab uns in eingangs genannter Angelegenheit die Möglichkeit zur Stellungnahme. Dafür danken wir und lassen uns gerne wie folgt vernehmen:

Der Kanton Glarus begrüsst grundsätzlich die mit der Revision angestrebte Stossrichtung, nämlich die Modernisierung und Angleichung an die Regeln des ordentlichen Strafprozesses. Im ordentlichen Strafprozess besteht heute neben der kantonalen Gerichtsbarkeit zusätzlich eine vollständige Bundesgerichtsbarkeit für Strafsachen des Bundes. Die Verwaltungsstrafverfolgungsbehörden, die das Verwaltungsstrafrecht des Bundes anwenden, sind Bundesbehörden. Als logische Konsequenz daraus setzt sich der Kanton Glarus für eine konsequente Trennung der Bundesverwaltungsstrafsachen von kantonalen Aufgaben im Vor- und Hauptverfahren ein. Die geplante Beibehaltung der komplizierten und nicht nachvollziehbaren Verflechtung von Zuständigkeiten des Bundes und der Kantone bei der Verfolgung von Verwaltungsstrafsachen des Bundes ist daher abzulehnen.

Weitergehend verweisen wir auf die Ausführungen in der Stellungnahme der Schweizerischen Staatsanwaltschaftskonferenz SSK vom 27. März 2024.

Genehmigen Sie, hochgeachteter Herr Bundesrat, sehr geehrte Damen und Herren, den Ausdruck unserer vorzüglichen Hochachtung.

Freundliche Grüsse

Für den Regierungsrat


Kaspar Becker
Landammann


Arpad Baranyi
Ratsschreiber

Beilage:

- Stellungnahme SSK vom 27. März 2024

E-Mail an (PDF- und Word-Version): info.strafrecht@bj.admin.ch

Bundesamt für Justiz
Herr Bundesrat Beat Jans
3003 Bern

Per E-Mail
Info.strafrecht@bj.admin.ch

Bern, 27. März 2024

Totalrevision des Verwaltungsstrafrechts (VStrR) - Vernehmlassung SSK

Sehr geehrter Herr Bundesrat
Sehr geehrte Damen und Herren

Mit Schreiben vom 31. Januar 2024 haben Sie unsere Konferenz eingeladen, zur erwähnten Revisionsvorlage Stellung zu nehmen. Hierfür danken wir Ihnen bestens.

A. Vorbemerkungen

Mit dieser Revision will der Bundesrat das Verwaltungsstrafrecht und das Verwaltungsstrafverfahren, das in seiner heutigen Fassung von den eidgenössischen Räten 1974 verabschiedet wurde, den bisherigen Entwicklungen anpassen. Dies soll in erster Linie mit einer grundsätzlichen Angleichung an die geltende Strafprozessordnung geschehen. Im Verwaltungsstrafrecht sollen die gleichen Verteidigungsrechte gewährt werden wie im ordentlichen Strafrecht. Gleichzeitig sollen den Verwaltungsstrafverfolgungsbehörden moderne und effiziente Verfahrensinstrumente an die Hand gegeben werden.

Die SSK begrüsst die Modernisierung und Angleichung an die Regeln des ordentlichen Strafprozesses. Die in der Vernehmlassungsvorlage vorgeschlagenen Neuerungen werden weitreichende Auswirkungen auf die zukünftige Tätigkeit und Prozesse der Verwaltungsstrafverfolgungsbehörden haben. Angesichts der Tatsache, dass die Verfolgung von Widerhandlungen gegen die Verwaltungsgesetze des Bundes deren genaue Kenntnisse voraussetzt, überträgt das VStrR diese Aufgabe der Bundesverwaltung, was mit Blick auf das materielle Recht sachgerecht ist.

1. Kernanliegen der SSK

Heute besteht im ordentlichen Strafprozess neben der kantonalen Gerichtsbarkeit zusätzlich eine vollständige Bundesgerichtsbarkeit für Strafsachen des Bundes. Die Verwaltungsstrafverfolgungsbehörden, die das Verwaltungsstrafrecht des Bundes anwenden, sind Bundesbehörden. Die SSK setzt sich als logische Konsequenz daraus für eine **stringente Trennung** der Bundesverwaltungsstrafsachen von kantonalen Aufgaben sowohl im Vor- als auch im Hauptverfahren ein. Die im VE-VStrR geplante Beibehaltung der komplizierten Verflechtung von Zuständigkeiten des Bundes und der Kantone bei der Verfolgung von Verwaltungsstrafsachen des Bundes ist angesichts der auf dem Tisch liegenden Argumente nicht nachvollziehbar und lehnen wir konsequent ab (vgl. nachfolgend 4. sowie B.2. – 4.).

2. Belassen der Zuständigkeit bei den Verwaltungseinheiten

Es ist grundsätzlich zu begrüßen, dass die Zuständigkeit für die Verfolgung und Beurteilung von Straftaten gänzlich bei den Verwaltungseinheiten belassen wird, solange es nicht zu einer Anklage mit Freiheitsstrafen, freiheitsentziehende Massnahmen und Landesverweisung kommt.

3. Kantonale Zwangsmassnahmengerichte

Was die Zuständigkeiten der Strafbehörden betrifft, schlägt der Vorentwurf vor, die geltende Ordnung grösstenteils beizubehalten. Allerdings sollen künftig die kantonalen Zwangsmassnahmengerichte alle Befugnisse übernehmen, die sie auch im ordentlichen Strafverfahren haben, einschliesslich derjenigen, die heute die Beschwerdekammer des Bundesstrafgerichts im Zusammenhang mit der Entsiegelung wahrnimmt (EB, S. 3).

Mit dieser Regelung wäre der Mehraufwand für die kantonalen Zwangsmassnahmengerichte beträchtlich. Dies hätte auch eine Reflexwirkung auf die Ressourcen vor allem der kantonalen Staatsanwaltschaften zur Folge. Es ist nämlich ernsthaft zu befürchten, dass diese Mehrbelastung der kantonalen ZMG wieder zu einer markanten Verlängerung von Verfahren vor den kantonalen ZMG führen würde, so insbesondere bei den erst gerade revidierten Entsiegelungsverfahren (Art. 248a StPO), die nach dem Willen des Gesetzgebers verkürzt werden sollten, weil sie in der Vergangenheit regelmässig grössere, komplexe Vorverfahren über Gebühr verzögert haben. Entsiegelungsverfahren in Verwaltungsstrafsachen sollten daher auch zukünftig vom Bundesstrafgericht bzw. einem dort neu angegliederten Bundes-ZMG behandelt werden.

Angesichts der laufenden Überprüfung der Kompetenzen der Strafverfolgungsbehörden des Bundes, welche eine Bereinigung gestützt auf sinnvolle, sachlich begründete Prozessabläufe vorsieht, die auch in einer sauberen Abgrenzung der verfügbaren Ressourcen mündet, muss die ganze Revision der Zuständigkeiten zwingend in eine andere Richtung gehen:

Bleibt es beim Revisionsvorschlag, würde das bedeuten, dass die bereits heute überlasteten kantonalen Zwangsmassnahmengerichte zusätzlich äusserst umfangreiche Verwaltungsstrafrechts- bzw. Steuerrechtsverfahren übernehmen, was die Untersuchungen der kantonalen Staatsanwaltschaften und der Bundesanwaltschaft noch weiter verlangsamen würde. Gerade eine weitere Verlangsamung der dem Beschleunigungsgebot unterliegenden Strafverfahren kann nicht hingenommen werden. Der einzige taugliche Ansatz im Sinn einer Anregung an den Gesetzgeber ist der, dass ganz grundsätzlich **ein Zwangsmassnahmengericht des Bundes (BZMG) zu schaffen ist**, welches einerseits die kantonalen Zwangsmassnahmengerichte von den Verfahren der Bundesstrafbehörden nach StPO und zusätzlich von denen der Bundesverwaltungsbehörden im Verwaltungsstrafverfahren befreit. Sachlich bedeutet dies **die stringente Trennung von Bundesverwaltungssachen und kantonalen Aufgaben auch im Zwangsmassnahmenbereich**.

4. Kantonale Staatsanwaltschaften

Der Entwurf schlägt weiter vor, im gerichtlichen Verfahren auf jegliche Zuständigkeit der Bundesanwaltschaft und der kantonalen Staatsanwaltschaften zu verzichten. Künftig sollen die Verwaltungseinheiten allein die Anklage vor Gericht vertreten. Das dürfte bei den kantonalen Staatsanwaltschaften zu einer kleinen Entlastung führen. Die justizinterne Weiterleitung durch die kantonalen Staatsanwaltschaften an die zuständigen Gerichte bzw. die Antworten an die Verwaltung wurden bislang als unnötig empfunden, weil sie in der Praxis mit keiner echten Qualitätssicherung verbunden waren. Ein Mehrwert war aus dem bisherigen Durchlauf tatsächlich nicht erkennbar.

5. Beizug der Polizeibehörden

Die Möglichkeit für die Verwaltungseinheiten, rechtshilfweise direkt auf die Unterstützung der Kantonspolizei zurückzugreifen wird im Entwurf belassen. Zukünftig wird jedoch die Bundeskriminalpolizei der Verwaltung neu ebenfalls zur Verfügung stehen. Der Gesetzesentwurf enthält keine klare Bestimmung, die besagt, wann die Verwaltungsbehörden auf die BKP zurückgreifen sollen und wann auf die kantonalen Polizeikräfte. Hier fehlt es an einer Definition der Kriterien und Reihenfolge. Diese Regelung muss in dieser Hinsicht noch geschärft werden.

B. Bemerkungen zu einzelnen Bestimmungen des VStrR

1. Art. 39 Aufträge an die Polizei

«1 Die Verwaltungseinheit kann die Bundeskriminalpolizei auch mit Ermittlungen beauftragen. Sie erteilt ihr dazu schriftliche, in dringenden Fällen mündliche Anweisungen, die sich auf konkret umschriebene Abklärungen beschränken.

2 Bei Einvernahmen, welche die Bundeskriminalpolizei im Auftrag der Verwaltungseinheit durchführt, haben die Verfahrensbeteiligten die Verfahrensrechte, die ihnen bei Einvernahmen durch die Verwaltungseinheit zukommen.»

Diese neue Bestimmung, die sinngemäss Art. 312 StPO übernimmt, ist zu begrüßen. Die Bundeskriminalpolizei ist auf Stufe Bundesgerichtsbarkeit bereits die Polizei i.S. von Art. 312 StPO (EB, S. 54). Es ist daher folgerichtig, dass Art. 39 VE-VStrR nun die gleiche Regelung für das Verwaltungsstrafrecht übernimmt und dabei die Bundeskriminalpolizei für die beauftragten Ermittlungen ausdrücklich einsetzt. Für fedpol eine neue Aufgabe, die folgerichtig und in der Praxis zukünftig konsequent umzusetzen ist.

Die **subsidiäre** Inanspruchnahme der Polizei der Kantone und Gemeinden wird daher in den Bestimmungen über die nationale Rechtshilfe gemäss Art. 55 ff. VE-VStrR geregelt.

Die **subsidiäre** Unterstützung der Verwaltungsstrafverfolgungsbehörden des Bundes durch die Polizei der Kantone soll als nationale Rechtshilfe nach der von uns vertretenen Meinung lediglich dort zum Zug kommen, wo die für delegierte Ermittlungen primär zuständige Bundeskriminalpolizei diese **ausnahmsweise** nicht selbst leisten kann. Dabei ist in der Praxis ein strenger Massstab anzulegen.

Um negative Zuständigkeitskonflikte zu vermeiden und die Zuständigkeit von fedpol klarzustellen, ist VE-Art. 57 Abs. 4 wie folgt anzupassen:

Art. 57 Unterstützung

1 ...

2 ...

3 ...

*«4 Die Verwaltungseinheit kann **subsidiär zu Art. 39** die Polizeibehörden der Kantone **ausnahmsweise** damit beauftragen, Untersuchungshandlungen in ihrem Zuständigkeitsbereich vorzunehmen. Die beauftragten Polizeibehörden der Kantone unterstehen dabei der Aufsicht und den Weisungen der Verwaltungseinheit. Diese erteilt ihnen dazu schriftliche, in dringenden Fällen mündliche Anweisungen; die Anweisungen müssen sich auf konkret umschriebene Abklärungen beschränken. Bei Einvernahmen, welche die Polizei im Auftrag der Verwaltungseinheit durchführt, haben die Verfahrensbeteiligten die Verfahrensrechte, die ihnen bei Einvernahmen durch die Verwaltungseinheit zukommen.»*

Im EB (S. 69) wird dazu ausgeführt, die Verwaltungseinheit werde «häufig die Unterstützung der örtlichen Polizei – statt von fedpol – in Anspruch nehmen müssen». Als Beispiel wird eine «kurze Einvernahme» genannt, die mit einer Person durchzuführen ist, die sich fern der Bundesbehörde aufhält. Das ist aus der kantonalen Perspektive der falsche Ansatz. Hier nimmt der EB nämlich bereits

vorweg, was in der polizeilichen Praxis voraussehbar zu Konflikten führen wird, wenn die Zuständigkeitsordnung zwischen fedpol und kantonalen Polizeikörpern nicht bereits im Gesetz geschärft wird. Der Gesetzgeber des VStrR muss hier klarstellen, dass die Delegation an die Bundeskriminalpolizei gemäss Art. 39 die Regel und die nationale Rechtshilfe gemäss Art. 57 Abs. 4 VStrR die Ausnahme ist. Das sollte später auch aus der Botschaft des Bundesrates deutlich hervorgehen.

2. Art. 41 Sachliche Zuständigkeit der beurteilenden Behörde

«1 Für die Beurteilung ist die beteiligte Verwaltungseinheit zuständig; hält sie jedoch die Voraussetzungen einer Freiheitsstrafe, einer freiheitsentziehenden Massnahme oder einer Landesverweisung nach Artikel 66a oder 66bis StGB für gegeben, so sind die kantonalen Gerichte zuständig.

2 Die von der Straf- oder Einziehungsverfügung der Verwaltungseinheit betroffene Person kann die Beurteilung durch das kantonale Gericht verlangen.

3 Die zur Ausfüllung der Hauptstrafe zuständige Behörde erkennt auch über Nebenstrafen, Massnahmen und Kosten.»

Abs. 1 präzisiert gegenüber dem geltenden Art. 21 Abs. 1 VStrR, dass für die Beurteilung einer Verwaltungsstrafsache das Gericht eines Kantons zuständig sei, wenn die Voraussetzungen einer Freiheitsstrafe, einer freiheitsentziehenden Massnahme oder einer Landesverweisung gegeben sind. Diese Präzisierung sei gemäss dem EB (S. 56) angebracht, weil nun neben der kantonalen Gerichtsbarkeit eine vollständige Bundesgerichtsbarkeit besteht, was zum Zeitpunkt der Einführung des geltenden VStrR noch nicht der Fall war. Und genau das ist des Pudels Kern. Seit dem Inkrafttreten des VStrR hat sich im ordentlichen Strafverfahren viel Entscheidendes geändert, das bei der vorliegenden Revision mit einer deklarierten Angleichung an den ordentlichen Strafprozess nicht übergangen werden darf: Die Ressourcen der Bundesgerichtsbarkeit wurden in den letzten Jahren massiv ausgebaut. Die Bundesanwaltschaft wurde als ordentliche, mit allen notwendigen Kompetenzen ausgestattete Staatsanwaltschaft des Bundes installiert, ihr Bestand wurde massiv ausgebaut und es wurde ein vollkommenes Bundesstrafergericht geschaffen. Darum führt der EB (S. 56) als Alternative zur vorgesehenen Urteilskompetenz der kantonalen Gerichte selbst die Zuweisung dieser Kompetenz der Bundesgerichtsbarkeit und damit dem Bundesstrafergericht ins Feld. Dies mit gutem Grund, denn die entscheidenden Argumente, die für die Favorisierung dieser alternativen Lösung sprechen, liegen eigentlich auf der Hand und werden im EB - wenn auch nur alternativ - offengelegt.

Die Verwaltungsstrafverfolgungsbehörden, die das Verwaltungsstrafrecht des Bundes anwenden, sind Bundesbehörden. Dass in der Zwischenzeit eine vollständige Bundesgerichtsbarkeit besteht, fällt ebenfalls stark für eine konsequente Bundeslösung beim Verwaltungsstrafrecht des Bundes ins Gewicht. Die Vorteile einer einzigen gerichtlichen Instanz des Bundes für alle Bundesstrafsachen sind evident. Die notwendigen verwaltungsrechtlichen Fachkenntnisse könnten so auch auf Gerichtsebene konzentriert werden. Bei der weiteren Aufteilung der Bundesverwaltungsstraffälle auf 26 Kantone wäre somit eine seltene Gelegenheit zur Konzentration dieses spezialisierten Fachwissens verpasst. Die grössere Nähe der Kantone zu den Parteien ist in der heutigen hochmobilen und digitalisierten Welt ein schwaches Argument zur weitgehenden Beibehaltung der alten kantonalen Lösung aus analogen Zeiten geworden. Dass die alternative Übertragung der Zuständigkeit an das bestehende Bundesstrafergericht einige Anpassungen auf organisatorischer und finanzieller Ebene erfordern würde (EB, S. 56), ist kein schlagendes Argument, auf eine im Interesse der Sache indizierte Lösung, die mehr Qualität und Effizienz verspricht, zu verzichten.

Wir schlagen daher folgende Anpassung von Art. 41 vor:

«1 Für die Beurteilung ist die beteiligte Verwaltungseinheit zuständig; hält sie jedoch die Voraussetzungen einer Freiheitsstrafe, einer freiheitsentziehenden Massnahme oder einer

*Landesverweisung nach Artikel 66a oder 66abis StGB für gegeben, **so ist das Bundesstrafgericht zuständig.***

*2 Die von der Straf- oder Einziehungsverfügung der Verwaltungseinheit betroffene Person kann die Beurteilung durch das **Bundesstrafgericht** verlangen.*

3 Die zur Ausfällung der Hauptstrafe zuständige Behörde erkennt auch über Nebenstrafen, Massnahmen und Kosten.»

3. Art. 42 Örtliche Zuständigkeit der beurteilenden Behörde

«1 Die örtliche Zuständigkeit der Verwaltungseinheit erstreckt sich auf das ganze Gebiet der Schweiz.

2 Der Gerichtsstand ist bei dem kantonalen Gericht begründet, das nach den Artikeln 31–37 StPO zuständig ist oder in dessen Bezirk die beschuldigte Person wohnt. Die Verwaltungseinheit wählt zwischen den beiden Gerichtsständen.

3 Ficht das von der Verwaltungseinheit bezeichnete kantonale Gericht seine Zuständigkeit gemäss Absatz 1 an, so unterbreitet es die Frage unverzüglich der Beschwerdekammer des Bundesstrafgerichts zum Entscheid. Diese ist in seinem Entscheid nicht an die von der Verwaltungseinheit getroffene Wahl gebunden.»

Es ist konsequent und folgerichtig, dass die beurteilende Verwaltungseinheit des Bundes im gesamten Gebiet der Schweiz zuständig ist.

Wenn für die gerichtliche Beurteilung der Straf- und Einziehungsverfügung sowie die Anklage der Verwaltungseinheit stets das Bundesstrafgericht zuständig ist, wie die SSK das vorschlägt, so entfällt auch die komplizierte Bestimmung des Gerichtsstandes gemäss den Abs. 2 und 3 und es entstehen gar keine Gerichtsstandskonflikte mehr, die heute und nach dem VE zu unnötigen Nebenschauplätzen führen können. Ohne diese könnten hier in Zukunft einige Ressourcen eingespart werden.

Wir schlagen daher folgende Anpassung von Art. 42 vor:

«Die örtliche Zuständigkeit der Verwaltungseinheit und des Bundesstrafgerichts erstreckt sich auf das ganze Gebiet der Schweiz.»

4. Art. 43 Sachliche Zuständigkeit des Zwangsmassnahmengerichts

«1 Die kantonalen Zwangsmassnahmengerichte üben die Befugnisse aus, die dieses Gesetz dem Zwangsmassnahmengericht überträgt. Soweit dieses Gesetz nichts anderes bestimmt, richtet sich das Verfahren vor dem Zwangsmassnahmengericht nach den einschlägigen Bestimmungen der StPO.»

Kantonale Gerichte sollen alle Befugnisse ausüben, die der VE-VStrR dem ZMG zuweist (EB, S. 58). Denn zurzeit gebe es kein ZMG auf Bundesebene. Diese Regelung vermag mit konsequentem Blick in die Zukunft nicht zu überzeugen. Bereits der EB räumt nämlich ein, dass die Schaffung eines Bundeszwangsmassnahmengerichts, das möglicherweise dem Bundesstrafgericht angegliedert wäre, eine Alternative zum oben vorgeschlagenen System sein könnte. Richtig wird bereits im EB darauf hingewiesen, dass die Verwaltungsstrafverfolgungsbehörden, die das Verwaltungsstrafrecht des Bundes anwenden, Bundesbehörden sind. Wenn der EB als angeblichen Vorteil darauf hinweist, dass die kantonalen ZMG eine grössere Nähe zu den am Verfahren Beteiligten haben, wird verkannt, dass viele Verfahren vor dem ZMG schriftlich sind und mit den neuen digitalen Instrumenten der Sitz der Behörden für den Prozess zukünftig nur noch eine relativ untergeordnete Rolle spielen wird. Auch Anhörungen von beschuldigten Personen in Untersuchungs- oder Sicherheitshaft könnten zukünftig immer einfacher, beschleunigt und häufiger per Videokonferenz stattfinden. Die Argumente, die im EB gegen ein alternatives Bundeszwangsmassnahmengericht ins Feld geführt werden, erscheinen gesucht und vermögen nicht zu überzeugen. Eine alternatives Bundeszwangsmassnahmengericht

liesse sich angeblich nicht ohne weiteres bewerkstelligen. Ihre Umsetzung könnte organisatorisch kompliziert sein, so der EB (a.a.O.). Das heutige System wird jedoch selbst dort lediglich als «zufriedenstellend» bezeichnet. Das ist aber nicht genug. Es ist nicht nachvollziehbar, welche echten Vorteile es haben sollte, dass sich 26 kantonale ZMG mit den Zwangsmassnahmen der Verwaltungsstrafverfahren des Bundes befassen sollten, wenn es ohne weiteres möglich wäre, alle ZMG-Entscheide zentral am Bundesstrafgericht anzugliedern. Erübrigen würde sich mit einem BZMG auch die konfliktanfällige vorzeitige Bestimmung der örtlichen Zuständigkeit der beurteilenden kantonalen Behörde gemäss Art. 44 VE-VStrR. Diese Bestimmung würde mit der von uns favorisierten Lösung ganz entfallen.

Wir schlagen daher folgende Anpassung von Art. 43 Abs. 1 vor:

1 «Ein Zwangsmassnahmengericht des Bundes übt alle Befugnisse aus, die dieses Gesetz dem Zwangsmassnahmengericht überträgt. Soweit dieses Gesetz nichts anderes bestimmt, richtet sich das Verfahren vor dem Zwangsmassnahmengericht nach den einschlägigen Bestimmungen der StPO.»

5. Art. 47 Bei Zwangsmassnahmen

«Gegen Entscheide im Bereich der Zwangsmassnahmen (Art. 153–255) und damit zusammenhängende Amtshandlungen und Säumnis kann bei der Beschwerdekammer des Bundesstrafgerichts Beschwerde geführt werden; abweichende Bestimmungen in diesem Gesetz bleiben vorbehalten.»

Diese stringente und effiziente Regelung, stellt bei Entscheiden zu Zwangsmassnahmen eine Vereinfachung des Beschwerdeverfahrens dar, die zu begrüßen ist, insbesondere auch dann, wenn gleichzeitig ein vollkommenes BZMG geschaffen wird.

Hingegen ist nicht nachvollziehbar, warum die Beschwerdekammer des Bundesstrafgerichts nur im Bereich der Zwangsmassnahmen zum Zug kommen soll.

Die separate Regelung «Bei sonstigen Untersuchungshandlungen» gemäss **Art. 48 VE-VStrR** ist unnötig kompliziert, fehleranfällig, überholt, im Resultat überflüssig und somit **wegzulassen**.

Wir schlagen daher folgende Anpassung von Art. 47 vor:

Art. 47 Beschwerdeinstanz

1 Gegen Entscheide, Amtshandlungen und Säumnis der mit der Untersuchung betrauten Personen oder im Bereich der Zwangsmassnahmen (Art. 153–255) kann bei der Beschwerdekammer des Bundesstrafgerichts Beschwerde geführt werden.

2 Die Beschwerde nach Absatz 1 ist nicht zulässig, wenn sie einen Entscheid zur Ablehnung eines Beweisantrags betrifft, der ohne Rechtsnachteil in einem Einspracheverfahren gegen einen Strafbescheid wiederholt werden kann.

3 Für Beschwerden wegen Untersuchungshandlungen und Säumnis von Organen der mit öffentlich-rechtlichen Aufgaben des Bundes betrauten Organisationen gelten die Absätze 1 und 2 sinngemäss.»

6. Art. 280 Verwaltungseinheit

1 Die Verwaltungseinheit kann dem Gericht schriftliche Anträge stellen oder persönlich vor Gericht erscheinen. Im Falle des Erscheinens vor Gericht kann sich die Verwaltungseinheit durch eine oder mehrere Personen vertreten lassen, namentlich durch die mit der Untersuchung betraute Person.

SSK | CMP

Schweizerische Staatsanwaltschaftskonferenz SSK
Conférence suisse des Ministères publics CMP
Conferenza svizzera dei Ministeri pubblici CMP

2 Sie ist weder an die in der Anklageschrift vorgenommene rechtliche Würdigung noch an die darin gestellten Anträge gebunden.

3 Beantragt sie eine Freiheitsstrafe von mehr als einem Jahr oder eine freiheitsentziehende Massnahme, so hat sie die Anklage vor Gericht persönlich zu vertreten.

4 Die Verfahrensleitung im Sinne von Artikel 61 Buchstaben c und d StPO kann die Verwaltungseinheit auch in anderen Fällen zur persönlichen Vertretung der Anklage verpflichten, wenn sie dies für nötig erachtet.

5 Erscheint die Verwaltungseinheit nicht an der Hauptverhandlung, obwohl sie dazu verpflichtet wäre, so wird die Verhandlung verschoben.»

Zusammenfassend sind wir der Ansicht, dass die vorgesehene Kompetenzverteilung zwischen Bundes- und Kantonsbehörden falsch ist. Der Gesetzgeber sollte die Revision des Verwaltungsstrafrechts zum Anlass nehmen, die vermischten Zuständigkeiten vollständig zu entflechten und ein Zwangsmassnahmengericht des Bundes zu schaffen, das sich mit Verfahren nach VStrR und nach StPO befasst. Zwar hat die Bundesverwaltung die Option Bundes-ZMG gemäss EB, S. 57/58 in Betracht gezogen, diese jedoch unter anderem mit der Begründung verworfen, dass «die Umsetzung organisatorisch kompliziert» sein könnte und keine Notwendigkeit bestehe, weil das heutige System «zufriedenstellend» sei.

Unseres Erachtens ist das heutige System aus den ausführlich dargelegten Gründen alles andere als zufriedenstellend, weshalb wir **die Schaffung eines ZMG des Bundes und somit die stringente Trennung von Bundesverwaltungssachen und kantonalen Aufgaben auch im Zwangsmassnahmenbereich anregen.**

Für die Berücksichtigung unserer Anliegen danken wir Ihnen bestens.

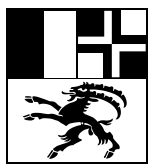
Mit freundlichen Grüssen



Michel-André Fels, Präsident

Kopie geht an:

- Mitglieder SSK-CMP
- Generalsekretariat KKJPD
- Generalsekretariat KKPKS



Sitzung vom

7. Mai 2024

Mitgeteilt den

8. Mai 2024

Protokoll Nr.

404/2024

Eidgenössisches Justiz- und
Polizeidepartement EJPD
Bundeshaus West
3003 Bern

Per E-Mail (PDF- und Word-Version) zustellen an:

info.strafrecht@bj.admin.ch

Vernehmlassung EJPD - Totalrevision des Verwaltungsstrafrechts Stellungnahme

Sehr geehrter Herr Bundesrat

Sehr geehrte Damen und Herren

Mit Schreiben vom 31. Januar 2024 räumen Sie den Kantonen die Gelegenheit ein, sich zur Totalrevision des Verwaltungsstrafrechts (nachfolgend als VE-VStr) zu äussern. Für diese Möglichkeit bedanken wir uns bestens.

Allgemeine Bemerkungen

Mit der Totalrevision des Verwaltungsstrafrechts soll das Verwaltungsstrafrecht und das Verwaltungsstrafverfahren, das in seiner heutigen Fassung von den eidgenössischen Räten im Jahr 1974 verabschiedet wurde, an die aktuellen Gegebenheiten angepasst werden. Dies soll in erster Linie mit einer Angleichung an die geltende Strafprozessordnung (StPO; SR 312.0) geschehen. Im Verwaltungsstrafrecht sollen grundsätzlich die gleichen Verteidigungsrechte gewährt werden wie im ordentlichen Strafrecht. Gleichzeitig sollen den zuständigen Strafverfolgungsbehörden moderne

und effiziente Verfahrensinstrumente an die Hand gegeben werden. Der Kanton Graubünden begrüsst diese Modernisierung und Angleichung.

1. Kernanliegen

Die Strafverfolgungsbehörden, die das Verwaltungsstrafrecht des Bundes durchsetzen, sind Bundesbehörden. Konsequenterweise sind die Bundesverwaltungsstrafsachen von kantonalen Aufgaben sowohl im Vor- als auch im Hauptverfahren grundsätzlich zu trennen. Die im VE-VStrR geplante Beibehaltung der komplizierten Verflechtung von Zuständigkeiten des Bundes und der Kantone bei der Verfolgung von Verwaltungsstrafsachen des Bundes überzeugt deshalb nicht. Zwingend ist darauf zu verzichten, die kantonalen Zwangsmassnahmengerichte in Bundesverwaltungsstrafsachen als Zwangsmassnahmengerichte vorzusehen. Diese Aufgabe ist einem Bundesgericht zu übertragen.

2. Qualitätssicherung

Zur erfolgreichen Umsetzung der grösstmöglichen Angleichung an den ordentlichen Strafprozess sind praktisches Erfahrungswissen und eine angemessene Qualitätssicherung unerlässlich. Der Revisionsentwurf trägt diesem Bedürfnis zu wenig Rechnung, verzichtet er doch auf jegliche Einbindung und Unterstützung der zuständigen Strafverfolgungsbehörden durch die Bundesanwaltschaft (BA). Auf Bundesebene ist die BA die anerkannte Spezialistin für die Durchsetzung des materiellen Strafrechts und die Beachtung der Regeln der StPO. Hingegen fehlen diese Kompetenzen und Prozessenerfahrungen in der Bundesverwaltung weitgehend und müssten zuerst über Jahre hinweg aufgebaut werden. Im modernen Verwaltungsstrafrecht werden nicht nur Bussen ausgefällt. Mit Anklagen an die ordentlichen Gerichte können z.B. im Bereich von Leistungs- und Abgabebetrug (Art. 14 VE-VStrR), Urkundenfälschung (Art. 15 VE-VStrR), Unterdrückung von Urkunden (Art. 16 VE-VStrR) und Begünstigung (Art. 17 VE-VStrR) auch mehrjährige Freiheitsstrafen, freiheitsentziehende Massnahmen und Landesverweisung beantragt werden, die in den Verhandlungen durch die Anklagebehörde nach den angeglichenen Regeln der StPO teilweise auch mündlich zu vertreten sein werden (Art. 280 Abs. 3 und 4 VE-VStrR). Dafür ist mehr denn je auch tiefes Fachwissen in der Beweiserhebung und Erfahrung in der Prozessführung vor Gericht unabdingbar. Die Führung von Strafprozessen, zu denen auch die Verwaltungsstrafverfahren zählen, gehört zu den Kernkompetenzen der in

solchen Fällen mandatierten Strafverteidigerinnen und Strafverteidiger bzw. Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälten. Um zur Durchsetzung des staatlichen Strafanspruchs auf Bundesebene auch im Verwaltungsstrafverfahren die nötige Waffengleichheit und Anklagequalität zu gewährleisten, sollte gesetzlich vorgesehen werden, dass die für die Strafverfolgung zuständige Verwaltungseinheit des Bundes bei Anklagen und Plädoyers die BA beiziehen kann.

Demgegenüber begrüssen wir ausdrücklich und daran **darf nichts geändert** werden, dass die Staatsanwaltschaften der Kantone, die mit der Durchsetzung des ordentlichen Strafrechts schon stark belastet sind, hier zukünftig nicht mehr involviert werden.

3. Belassen der Zuständigkeit bei den Verwaltungseinheiten

Was die Zuständigkeit der Strafbehörden betrifft, schlägt der Vorentwurf vor, die geltende Ordnung grösstenteils beizubehalten. Das erscheint uns sinnvoll. Insbesondere begrüssen wir, dass die Zuständigkeit für die Verfolgung und Beurteilung von Straftaten des Bundesverwaltungsrechts gänzlich bei den Verwaltungseinheiten des Bundes belassen wird, solange es nicht zu einer Anklage mit Freiheitsstrafen, freiheitsentziehenden Massnahmen und Landesverweisung kommt.

4. Kantonale Zwangsmassnahmengerichte

Allerdings sollen zukünftig die kantonalen Zwangsmassnahmengerichte (kantonale ZMG) alle Befugnisse übernehmen, die sie auch im ordentlichen Strafverfahren haben, einschliesslich derjenigen, die heute die Beschwerdekammer des Bundesstrafgerichts im Zusammenhang mit der Entsiegelung wahrnimmt (Erläuternder Bericht [EB], S. 3).

Mit dieser Regelung wäre der Mehraufwand für die kantonalen ZMG beträchtlich. Dies würde sich auch auf die Ressourcen vor allem der kantonalen Staatsanwaltschaften auswirken. Es ist nämlich ernsthaft zu befürchten, dass diese Mehrbelastung der kantonalen ZMG dort wieder zu einer markanten Verlängerung von Verfahren führen würde, so insbesondere bei den erst gerade revidierten Entsiegelungsverfahren (Art. 248a StPO), die nach dem Willen des Gesetzgebers verkürzt werden sollten, weil sie in der Vergangenheit regelmässig grössere, komplexe Vorverfahren über Gebühr verzögert haben.

Entsiegelungsverfahren in Verwaltungsstrafsachen des Bundes sollten daher auch zukünftig vom Bundesstrafgericht behandelt werden. Angesichts der laufenden Überprüfung der Kompetenzen der Strafverfolgungsbehörden des Bundes, welche eine Bereinigung gestützt auf sinnvolle, sachlich begründete Prozessabläufe vorsieht, die auch in einer sauberen Abgrenzung der verfügbaren Ressourcen mündet, muss die Revision im Zwangsmassnahmenbereich in eine andere Richtung gehen. Bleibt es beim Revisionsvorschlag, würde das bedeuten, dass die bereits heute überlasteten kantonalen ZMG zusätzlich noch äusserst umfangreiche Verwaltungsstrafrechts- bzw. Steuerrechtsverfahren des Bundes übernehmen müssten, was die Untersuchungen der kantonalen Staatsanwaltschaften, einschliesslich der BA, noch weiter verlangsamen würde. Eine weitere Verlangsamung der dem Beschleunigungsgebot unterliegenden Strafverfahren kann nicht hingenommen werden. Der einzige taugliche Ansatz im Sinn einer Anregung an den Gesetzgeber ist der, dass ganz grundsätzlich ein **Zwangsmassnahmengericht des Bundes (BZMG) zu schaffen** ist, welches einerseits die kantonalen ZMG von den Verfahren der Bundesstrafbehörden nach StPO und zusätzlich von denen der Bundesverwaltungsbehörden im Verwaltungsstrafverfahren entlastet. Sachlich bedeutet dies die stringente Trennung von Bundesverwaltungssachen von kantonalen Aufgaben auch im Zwangsmassnahmenbereich.

5. Kantonale Staatsanwaltschaften

Der Entwurf schlägt weiter vor, im gerichtlichen Verfahren auf jegliche Zuständigkeit der BA und der kantonalen Staatsanwaltschaften zu verzichten. Künftig sollen die Verwaltungseinheiten des Bundes allein die Anklage vor Gericht vertreten. Das dürfte bei den kantonalen Staatsanwaltschaften zu einer kleinen Entlastung führen. Die justizinternen Weiterleitungen durch die kantonalen Staatsanwaltschaften an die zuständigen Gerichte bzw. die Antworten an die Verwaltung wurden bislang als unnötig empfunden, weil sie in der Praxis mit keiner echten Qualitätssicherung verbunden waren. Diese Stossrichtung der Vorlage ist daher zu begrüessen.

6. Beizug der Polizeibehörden

Die Möglichkeit für die Verwaltungseinheiten des Bundes, rechtshilfeweise direkt auf die Unterstützung der kantonalen Polizeikräfte zurückzugreifen, wird im Entwurf belassen. Zukünftig wird jedoch die Bundeskriminalpolizei (BKP) der zuständigen Strafverfolgungsbehörde ebenfalls zur Verfügung stehen. Der Gesetzesentwurf enthält keine klare Bestimmung, die besagt, wann die Verwaltungsbehörden auf die BKP zurückgreifen sollen und wann auf die kantonalen Polizeikräfte. Hier fehlt es an einer Definition der Kriterien und der Reihenfolge. In dieser Hinsicht muss die vorgeschlagene Regelung noch geschärft werden, um den subsidiären Beizug der kantonalen Polizeikräfte sicherzustellen (vgl. dazu die Ausführungen unter B.1.).

Ihrer Bitte, die finanziellen Folgen zu beziffern, welche mit dem vorgeschlagenen Beizug der kantonalen Polizeikräfte in Bundesverwaltungsstrafsachen verbunden sein werden, können wir leider nicht entsprechen. Hierfür müsste bekannt sein, in wie vielen Fällen und für welche Aufgaben die Kantonspolizei Graubünden beauftragt werden wird. Das entsprechende Mengengerüst ist nicht bekannt. Deshalb können wir die finanziellen Folgen für die Unterstützung der Verwaltungseinheiten des Bundes in Bundesstrafverfahren nicht beziffern. In Anbetracht der knappen personellen Ressourcen wird eine Unterstützung durch die Kantonspolizei aber schwierig sein.

B. Bemerkungen zu einzelnen Bestimmungen des VE-VStrR

1. Art. 39 Aufträge an die Polizei

Diese neue Bestimmung, die sinngemäss Art. 312 StPO übernimmt, ist zu begrüßen. Die BKP ist auf Stufe Bundesgerichtsbarkeit bereits die Polizei im Sinne von Art. 312 StPO (EB, S. 54). Es ist daher folgerichtig, dass Art. 39 die Bundeskriminalpolizei für die beauftragten Ermittlungen einsetzt. Für fedpol handelt es sich um eine neue Aufgabe, die folgerichtig und in der Praxis konsequent umzusetzen sein wird. Die subsidiäre Unterstützung der Verwaltungsstrafverfolgungsbehörden des Bundes durch die Polizei der Kantone soll als nationale Rechtshilfe nach unserer Auffassung ausschliesslich dort zum Tragen kommen, wo die für delegierte Ermittlungen primär zuständige Bundeskriminalpolizei diese Aufgabe ausnahmsweise nicht selbst erfüllen kann. Dabei ist in der Praxis ein strenger Massstab anzulegen. Um dies sicherzustellen, ist Art. 57 Abs. 4 wie folgt anzupassen:

- ⁴ Die Verwaltungseinheit kann **subsidiär zu Art. 39** die Polizeibehörden der Kantone **ausnahmsweise** damit beauftragen, Ermittlungen in ihrem Zuständigkeitsbereich vorzunehmen. Die beauftragten Polizeibehörden der Kantone unterstehen dabei der Aufsicht und den Weisungen der Verwaltungseinheit. Diese erteilt ihnen dazu schriftliche, in dringenden Fällen mündliche Anweisungen; die Anweisungen müssen sich auf konkret umschriebene Abklärungen beschränken. Bei Einvernahmen, welche die Polizei im Auftrag der Verwaltungseinheit durchführt, haben die Verfahrensbeteiligten die Verfahrensrechte, die ihnen bei Einvernahmen durch die Verwaltungseinheit zukommen.

Im EB (S. 69) wird dazu ausgeführt, die Verwaltungseinheit werde "häufig die Unterstützung der örtlichen Polizei – statt von fedpol – in Anspruch nehmen müssen". Als Beispiel wird eine "kurze Einvernahme" genannt, die mit einer Person durchzuführen ist, die sich fern der Bundesbehörde aufhält. Das ist aus der kantonalen Perspektive der falsche Ansatz. Hier nimmt der EB nämlich bereits vorweg, was in der polizeilichen Praxis voraussehbar zu Konflikten führen wird, wenn die Zuständigkeitsordnung zwischen fedpol und kantonalen Polizeikörpern nicht bereits im Gesetz geschärft wird. Der Gesetzgeber des VStrR muss hier klarstellen, dass die Delegation an die Bundeskriminalpolizei gemäss Art. 39 die Regel und die nationale Rechtshilfe gemäss Art. 57 Abs. 4 die Ausnahme ist. Das sollte später auch aus der Botschaft des Bundesrates deutlich hervorgehen.

2. Art. 41 Sachliche Zuständigkeit der beurteilenden Behörde

Art. 41 überzeugt nicht. Seit dem Inkrafttreten des VStrR wurden die Bundesstrafbehörden erheblich gestärkt. So wurden die Ressourcen der Bundesgerichtsbarkeit in den letzten Jahren ausgebaut. Die BA wurde als ordentliche, mit allen notwendigen Kompetenzen ausgestattete Staatsanwaltschaft des Bundes installiert. Ihr Bestand wurde massiv ausgebaut und es wurde ein vollkommenes Bundesstrafgericht geschaffen. Darum führt der EB (S. 56) als Alternative zur vorgesehenen Urteilskompetenz der kantonalen Gerichte selbst die Zuweisung dieser Kompetenz der Bundesgerichtsbarkeit und damit dem Bundesstrafgericht ins Feld. Dies mit gutem Grund, denn die entscheidenden Argumente, die für die Favorisierung dieser alternativen Lösung sprechen, liegen eigentlich auf der Hand und werden im EB – wenn auch nur alternativ – offengelegt. Die Verwaltungsstrafverfolgungsbehörden, die das Verwaltungsstrafrecht des Bundes anwenden, sind Bundesbehörden. Dass in der Zwischenzeit eine vollständige Bundesgerichtsbarkeit besteht, fällt ebenfalls stark für eine konsequente Bundeslösung beim Verwaltungsstrafrecht des Bundes ins Gewicht. Die Vorteile einer einzigen gerichtlichen Instanz des Bundes für alle Bundesstrafsachen sind evident. Die notwendigen verwaltungsrechtlichen Fachkenntnisse könnten so auch

auf Gerichtsebene konzentriert werden. Die grössere Nähe der Kantone zu den Parteien ist in der heutigen hochmobilen und digitalisierten Welt ein schwaches Argument zur weitgehenden Beibehaltung der geltenden Lösung aus analogen Zeiten. Dass die alternative Übertragung der Zuständigkeit an das bestehende Bundesstrafgericht einige Anpassungen auf organisatorischer und finanzieller Ebene erfordern würde (EB, S. 56), ist kein schlagendes Argument, auf eine im Interesse der Sache indizierte Lösung, die mehr Qualität und Effizienz verspricht, zu verzichten.

Wir schlagen daher folgende Anpassung von Art. 41 Abs. 1 und Abs. 2 vor:

- ¹ Für die Beurteilung ist die beteiligte Verwaltungseinheit zuständig; hält sie jedoch die Voraussetzungen einer Freiheitsstrafe, einer freiheitsentziehenden Massnahme oder einer Landesverweisung nach Artikel 66a oder 66a^{bis} StGB für gegeben, so **ist das Bundesstrafgericht** zuständig.
- ² Die von der Straf- oder Einziehungsverfügung der Verwaltungseinheit betroffene Person kann die Beurteilung durch **das Bundesstrafgericht** verlangen.

3. Art. 42 Örtliche Zuständigkeit der beurteilenden Behörde

Es ist konsequent und folgerichtig, dass die beurteilende Verwaltungseinheit des Bundes im gesamten Gebiet der Schweiz zuständig ist. Ist für die gerichtliche Beurteilung der Straf- und Einziehungsverfügung sowie der Anklage – wie vorgeschlagen – stets das Bundesstrafgericht zuständig ist, so entfällt die komplizierte Bestimmung des Gerichtsstandes. In diesem Fall entstehen keine Gerichtsstandskonflikte, die heute und nach dem VE zu unnötigen Nebenschauplätzen führen können. Ohne diese könnten hier in Zukunft einige Ressourcen eingespart werden. Wir schlagen daher folgende Anpassung von Art. 42 Abs. 1 vor:

Die örtliche Zuständigkeit der Verwaltungseinheit **und des Bundesstrafgerichts** erstreckt sich auf das ganze Gebiet der Schweiz.

4. Art. 43 Sachliche Zuständigkeit des Zwangsmassnahmengerichts

Art. 43 sieht vor, dass die kantonalen ZMG alle Befugnisse ausüben, die der VE-VStrR dem ZMG überträgt (EB, S. 58). Diese Regelung vermag nicht zu überzeugen. Bereits der EB räumt nämlich ein, dass die Schaffung eines BZMG, das möglicherweise dem Bundesstrafgericht angegliedert wäre, eine Alternative zum vorgeschlagenen System sein könnte, da die Verwaltungsstrafverfolgungsbehörden, die das Verwaltungsstrafrecht des Bundes anwenden, Bundesbehörden sind. Wenn der EB gegen diese Regelung einwendet, die kantonalen ZMG hätten eine grössere Nähe zu den am Verfahren Beteiligten, wird verkannt, dass viele Verfahren vor dem ZMG schriftlich sind und mit den neuen digitalen Instrumenten der Sitz der Behörden für den Prozess zukünftig nur noch eine relativ untergeordnete Rolle spielen wird. Auch

Anhörungen von beschuldigten Personen in Untersuchungs- bzw. Sicherheitshaft könnten zukünftig immer einfacher, beschleunigt und häufiger per Videokonferenz stattfinden. Die Argumente, die im EB gegen ein alternatives BZMG ins Feld geführt werden, vermögen nicht zu überzeugen.

Nicht erforderlich wäre mit einem BZMG auch die konfliktanfällige vorzeitige Bestimmung der örtlichen Zuständigkeit der beurteilenden kantonalen Behörde gemäss Art. 44. Diese Bestimmung würde mit der vorgeschlagenen Lösung ganz entfallen.

Wir schlagen daher folgende Anpassung von Art. 43 Abs. 1 vor:

Ein Zwangsmassnahmengericht des Bundes übt alle Befugnisse aus, die dieses Gesetz dem Zwangsmassnahmengericht überträgt. Soweit dieses Gesetz nichts anderes bestimmt, richtet sich das Verfahren vor dem Zwangsmassnahmengericht nach den einschlägigen Bestimmungen der StPO.

5. Art. 47 Bei Zwangsmassnahmen

Diese stringente und effiziente Regelung stellt bei Entscheiden zu Zwangsmassnahmen eine Vereinfachung des Beschwerdeverfahrens dar, die zu begrüßen ist, insbesondere auch dann, wenn gleichzeitig ein vollkommenes BZMG geschaffen wird.

Hingegen ist nicht nachvollziehbar, warum die Beschwerdekammer des Bundesstrafgerichts nur im Bereich der Zwangsmassnahmen zum Zug kommen soll. Die separate Regelung "Bei sonstigen Untersuchungshandlungen" gemäss Art. 48 ist unnötig kompliziert. Wir schlagen daher folgende Anpassung von Art. 47 vor:

Art. 47 Beschwerdeinstanz

- ¹ Gegen Entscheide, **Amtshandlungen und Säumnis der mit der Untersuchung betrauten Personen oder** im Bereich der Zwangsmassnahmen (Art. 153–255) kann bei der Beschwerdekammer des Bundesstrafgerichts Beschwerde geführt werden.
- ² **Die Beschwerde nach Absatz 1 ist nicht zulässig, wenn sie einen Entscheid zur Ablehnung eines Beweisantrags betrifft, der ohne Rechtsnachteil in einem Einspracheverfahren gegen einen Strafbescheid wiederholt werden kann.**
- ³ **Für Beschwerden wegen Untersuchungshandlungen und Säumnis von Organen der mit öffentlich-rechtlichen Aufgaben des Bundes betrauten Organisationen gelten die Absätze 1 und 2 sinngemäss.**

6. Geheime Überwachungsmassnahmen (Art. 218-231)

In den Erläuterungen wird ausgeführt, dass diese Massnahmen in den von der Bundesanwaltschaft geführten Verfahren von Fachpersonen der Polizei zusammen mit Technikerinnen und Technikern umgesetzt werden und dass die Verwaltungsstrafbehörden zur Unterstützung grundsätzlich die Gemeinde- und Kantonspolizei (Art. 57 Abs. 3) sowie die Bundeskriminalpolizei (Art. 39) beiziehen können. Im Zusammen-

hang mit der praktischen Umsetzung der geheimen Zwangsmassnahmen ist zu überlegen, wer die Unterstützung der Verwaltungsstrafverfolgungsbehörden am besten gewährleisten kann.

Diesbezüglich ist zu bedenken, dass diese geheimen Überwachungsmassnahmen, gestützt auf Art. 218 Abs. 2, Art. 219, Art. 220 und Art. 232, einzig vom Bundesamt für Zoll- und Grenzsicherheit (BAZG), vom Bundesamt für Polizei (fedpol), von Swissmedic und von der eidgenössischen Spielbankenkommission (ESBK) beantragt werden können und nur bei grossen Verfahren (Gewerbsmässigkeit / Bandenmässigkeit) zur Anwendung kommen. Die Anzahl derjenigen Fälle, in welchen die Kantone von den vorgenannten Verwaltungseinheiten des Bundes um Unterstützung ersucht werden, wird daher mutmasslich relativ gering sein. Hingegen können die Observation und die verdeckte Fahndung auch von weiteren Verwaltungseinheiten des Bundes beansprucht werden, wenn aufgrund konkreter Anhaltspunkte anzunehmen ist, dass Verbrechen oder Vergehen begangen worden sind und die Ermittlungen sonst aussichtslos wären oder unverhältnismässig erschwert würden. So beispielsweise vom Bundesamt für Verkehr (BAV), der Wettbewerbskommission (WEKO), der eidgenössischen Steuerverwaltung (ESTV), vom Staatssekretariat für Wirtschaft (SECO) oder der Finanzmarktaufsicht (FINMA). Die Anzahl der Unterstützungsersuchen wird sich wahrscheinlich auch hier in Grenzen halten. Aufgrund einer fehlenden Bedarfsanalyse ist eine Einschätzung jedoch schwierig.

Dennoch ist zu bemerken, dass es auch bei einer geringen Anzahl an Unterstützungsersuchen – in Anbetracht der knappen personellen Ressourcen – für die Kantonspolizei schwierig sein wird, solche, meist aufwändigen, Zusatzaufgaben zu erfüllen. Schlussendlich geht es hier nämlich nicht um die Frage, wer die Unterstützung am besten gewährleisten kann, sondern wer die Massnahme überhaupt umsetzen kann bzw. kapazitätsmässig dazu in der Lage ist. Eine abschliessende Beurteilung bezüglich des zusätzlichen Aufwands für den Kanton Graubünden ist jedoch nur bei Vorliegen eines etwaigen Mengengerüsts möglich. Ein solches liegt zum aktuellen Zeitpunkt leider nicht vor. Deshalb muss es beim Hinweis bleiben, dass die Kantonspolizei mit ihren derzeitigen personellen Ressourcen solche Aufgaben nur beschränkt übernehmen kann und den Aufwand als erheblich erachtet.

Schliesslich stellt sich die Frage, weshalb im Katalog für die geheimen Zwangsmassnahmen die Zollhinterziehung und die Tabaksteuerhinterziehung fehlt. Gerade im Be-

reich des Fleisch- und des Tabaksmuggels existieren sehr gut organisierte Gruppierungen, denen mit den üblichen Untersuchungsmitteln nicht mehr beizukommen ist. Der Kanton Graubünden schlägt daher vor, zu prüfen, den Deliktskatalog entsprechend zu erweitern.

7. Art. 280 Verwaltungseinheit

Auch wenn der Bundesanwaltschaft im neuen VStrR (auf ihr Ersuchen) keine Parteistellung mehr zukommt (EB, S. 12), kann unseres Erachtens im Verwaltungsstrafverfahren des Bundes nicht gänzlich auf deren Unterstützung verzichtet werden, wenn es zur Anklage und deren Vertretung durch die Verwaltungseinheit analog einer Staatsanwaltschaft kommt. Die Verwaltungseinheit des Bundes soll zukünftig bei Bedarf und zur Qualitätssicherung transparent die Unterstützung der Bundesanwaltschaft als anerkannte Spezialistin der Strafverfolgung des Bundes und Trägerin von viel Knowhow in strafprozessualen Fragen einholen können, ohne sich dem Vorwurf der Amtsgeheimnisverletzung auszusetzen. Die Erfahrung wird zeigen, wie von dieser offenen Kann-Bestimmung praktisch Gebrauch gemacht werden kann, um auch vor Gericht die Waffengleichheit mit der professionellen Strafverteidigung sicherzustellen. Wir schlagen daher folgende Ergänzung von Art. 280 um einen Abs. 6 vor:

- ⁶ Die Verwaltungseinheit kann bei Anklage und deren Vertretung vor Gericht um fachliche Unterstützung durch die Bundesanwaltschaft ersuchen, der dazu Akteneinsicht zu gewähren ist.

C. Fazit

Zusammenfassend sind wir der Ansicht, dass die vorgesehene Kompetenzverteilung zwischen Bundes- und Kantonsbehörden falsch ist. Der Gesetzgeber sollte die Revision des Verwaltungsstrafrechts zum Anlass nehmen, die Zuständigkeiten der Bundes- und Kantonsbehörden zu entflechten und ein BZMG zu schaffen, das sich mit Verfahren nach VStrR und nach StPO befasst. Zwar hat der Bund in Betracht gezogen, ein BZMG zu schaffen, sich jedoch gegen diese Variante entschieden, weil "die Umsetzung organisatorisch kompliziert" sein könnte und keine Notwendigkeit bestehe, weil das heutige System "zufriedenstellend" sei. Unseres Erachtens vermag das heutige System aus den dargelegten Gründen nicht zu befriedigen. Deshalb regen wir an, BZMG zu schaffen.

Im Übrigen verweisen wir auf die Stellungnahme der Konferenz der Kantonalen Justiz- und Polizeidirektorinnen und –direktoren (KKJPD), die wir vollumfänglich mittragen.

Abschliessend möchten wir uns nochmals für die Möglichkeit zur Stellungnahme bedanken. Für Rückfragen steht Ihnen Christa Baumann (Tel. 081 257 25 09) zur Verfügung.



Namens der Regierung

Der Präsident:

A handwritten signature in black ink, appearing to be 'J. Parolini', written over a faint circular stamp.

Dr. Jon Domenic Parolini

Der Kanzleidirektor:

A handwritten signature in black ink, appearing to be 'D. Spadin', written over a faint circular stamp.

Daniel Spadin

Hôtel du Gouvernement – 2, rue de l'Hôpital, 2800 Delémont

Département fédéral de justice et police DFJP
Monsieur le Conseiller fédéral
Beat Jans
Palais fédéral ouest
3003 Berne

Hôtel du Gouvernement
2, rue de l'Hôpital
CH-2800 Delémont

t +41 32 420 51 11
f +41 32 420 72 01
chancellerie@jura.ch

par courriel : info.strafrecht@bj.admin.ch

Delémont, le 16 avril 2024

Révision totale de la loi sur le droit pénal administratif : procédure de consultation

Monsieur le Conseiller fédéral,

Le Gouvernement de la République et Canton du Jura vous transmet sa réponse relative à la consultation citée en titre.

Il se déclare, dans les grandes lignes, favorable à l'avant-projet de loi sur le droit pénal administratif. Celui-ci maintient le système connu actuellement, qui est éprouvé et qui fonctionne à satisfaction, en apportant cependant de nombreuses clarifications sur le droit de fond et sur la procédure, qui se rapproche ainsi du Code de procédure pénale suisse.

Le retrait des compétences conférées par le droit actuel aux ministères publics cantonaux, dorénavant confiées aux unités de l'administration fédérale, est pertinent.

Le Gouvernement jurassien regrette cependant que la création d'un tribunal fédéral des mesures de contrainte, telle qu'évoquée dans le rapport explicatif au sujet de l'article 43 de l'avant-projet, n'ait pas été retenue. Il invite le Conseil fédéral à privilégier cette option.

En ce qui concerne la poursuite pénale en matière de subventions (point 3.2.2 du rapport explicatif), le Gouvernement rejoint l'avis du Conseil fédéral et ne souhaite en particulier pas que la compétence des autorités judiciaires cantonales puisse entrer en ligne de compte dans ce domaine. Le statu quo paraît être la meilleure solution.

S'agissant des conséquences financières du nouveau droit à l'égard de notre canton, il est à prévoir que celui-ci n'emportera pas de modification sensible, dès lors que les tâches dévolues aux autorités judiciaires des cantons ainsi qu'à la police cantonale ne subissent pas de changements notables, et que les règles sur l'indemnisation des cantons restent inchangées.

En cas de question, il vous est loisible de vous adresser à Madame Sandrine Crevoisier, cheffe a. i. du Service juridique (2, rue du 24-Septembre, 2800 Delémont ; 032.420.56.30, sandrine.crevoisier@jura.ch).

Le Gouvernement vous remercie de l'avoir consulté à ce propos et vous prie de croire, Monsieur le Conseiller fédéral, à sa haute considération.

AU NOM DU GOUVERNEMENT DE LA
RÉPUBLIQUE ET CANTON DU JURA



Rosalie Beuret Siess
Présidente



Jean-Baptiste Maître
Chancelier d'État

Justiz- und Sicherheitsdepartement

Bahnhofstrasse 15
Postfach 3768
6002 Luzern
Telefon 041 228 59 17
jsdds@lu.ch
www.lu.ch

Bundesamt für Justiz

per E-Mail

info.strafrecht@bj.admin.ch

Luzern, 23. April 2024

Protokoll-Nr.: 426

Totalrevision des Verwaltungsstrafrechts; Vernehmlassung

Sehr geehrte Damen und Herren

Für die Gelegenheit, im Rahmen des oben genannten Vernehmlassungsverfahrens Stellung nehmen zu können, danken wir Ihnen. Im Namen und Auftrag des Regierungsrates erlauben wir uns die folgenden Bemerkungen.

1. Allgemeine Bemerkungen

Wir sind nicht einverstanden mit den vorgesehenen Zuteilungen der Aufgaben im Zwangsmassnahmenbereich an die Zwangsmassnahmengerichte der Kantone. Die Aufgabenzuteilungen hätten grosse Auswirkungen auf das Zwangsmassnahmengericht. Dies gilt insbesondere hinsichtlich der langwierigen und aufwändigen Entsiegelungsverfahren, die heute von der Beschwerdekammer des Bundesstrafgerichts geleitet werden. Die Mehrkosten für den Kanton Luzern würden schätzungsweise 500'000 Franken pro Jahr betragen. Diese Mehrkosten ergeben sich insbesondere daraus, dass die Kantone die Besoldungskosten der Staatsangestellten selber zu tragen hätten. Dabei handelt es sich um den mit Abstand grössten und regelmässig anfallenden Teil der Kosten.

Generell sind wir der Meinung, dass entgegen dem Revisionsvorschlag die Strafbehörden für die Verwaltungsstrafverfahren der Bundesbehörden konsequent von den bestehenden kantonalen Strafbehörden zu entflechten und für die Verwaltungsstrafverfahren der Bundesbehörden eigene Strafbehörden des Bundes vorzusehen sind. Dies betrifft namentlich auch ein Zwangsmassnahmengericht des Bundes, das zudem auch für die Verfahren der Bundesstrafbehörden nach StPO zuständig sein soll. Lediglich die Möglichkeit, subsidiär die Polizeibehörden der Kantone zu beauftragen, soll vorbehalten bleiben. Die Modernisierung des Verfahrens durch eine Angleichung an die Regeln der StPO begrüssen wir.

2. Verwaltungsstrafergerichtsbarkeit

Wir begrüssen die Übertragung der Verfolgung von Widerhandlungen gegen die Verwaltungsgesetze des Bundes auf die Bundesverwaltung. Dort sind die Fachkenntnisse in den unterschiedlichen Bereichen am grössten.

3. Straftaten in Geschäftsbetrieben

Der Regelung zur subsidiären Strafbarkeit von Geschäftsbetrieben stimmen wir zu (Art. 7 Entwurf VStrR), wenn sich eine im Rahmen der Geschäftstätigkeit begangene Straftat keiner natürlichen Person zuordnen lässt (Art. 6 Abs. 1 Entwurf VStrR) und auch die strafrechtliche Geschäftsherrenhaftung nach Artikel 6 Absätze 2 und 3 des Entwurfs VStrR ausfällt. Eine grosse Zahl von nebenstrafrechtlichen Spezialgesetzen, bei denen die Verfolgung der spezialgesetzlichen Strafbestimmungen den Kantonen obliegt, verweisen auf diese Bestimmungen. Insbesondere ist dies im zunehmend an Bedeutung gewinnenden Umweltstrafrecht der Fall. Die Revision von Artikel 7 VStrR beinhaltet insbesondere die Erhöhung des Strafrahmens auf Busen von heute 5'000 auf neu bis 50'000 Franken. Dies wird es zukünftig erlauben, Geschäftsbetriebe angemessener zu bestrafen, wenn sich eine Straftat im Rahmen der Geschäftstätigkeit nicht oder nur mit unverhältnismässigem Aufwand einer bestimmten natürlichen Person zuordnen lässt.

4. Entsiegelungsverfahren

Das kantonale Zwangsmassnahmengericht soll künftig alle Befugnisse übernehmen, die es auch im ordentlichen Strafverfahren hat, einschliesslich derjenigen, die heute die Beschwerdekammer des Bundesstrafgerichts im Zusammenhang mit der Entsiegelung wahrnimmt (Bericht, Seite 3).

Leider liegen keine Zahlen vor, in wie vielen Verfahren und in welchem Umfang in der Vergangenheit Verfahren geführt wurden, die nach vorgeschlagenem neuem Recht den Kanton Luzern betroffen hätten.

Aus den [Geschäftsberichten](#) des Bundesstrafgerichtes lässt sich indes entnehmen, dass in den Jahren 2011–2022 durchschnittlich 15 Entsiegelungsverfahren durchgeführt wurden. Im Geschäftsbericht [2022](#) ist die folgende, aufschlussreiche Passage zu finden:

Die Erledigungsquote der Fälle in der deutschen und französischen Sprache wurde stark durch den erheblichen Zeitaufwand für die Bearbeitung einiger weniger, aber grosser Entsiegelungsverfahren im Bereich des Verwaltungsstrafrechts beeinflusst.

Demselben Geschäftsbericht ist zu entnehmen, dass in einem Verfahren vor Bundesstrafgericht mehr als 100'000 Dateien zu triagieren waren, und dass dieses Verfahren über zwei Jahre dauerte.

Diese Belastungssituation, insbesondere auch angesichts der sehr kurzen gesetzlichen Erledigungsfristen in Artikel 181 des Entwurfs VStrR, wird, wenn die kantonalen Zwangsmassnahmengerichte diese Verfahren übernehmen müssen, nicht anders sein. Vor den kantonalen Zwangsmassnahmengerichten werden die Fristverletzungen wohl noch krasser ausfallen. Die Verfahrensdauer der Entsiegelungsverfahren wird sich auch zusätzlich verlängern, weil die Zwangsmassnahmengerichte die Priorität immer auf die Haftverfahren setzen müssen. Hinzu

kommt, dass nach neuem Siegelungsrecht unter gewissen Voraussetzungen Triageverhandlungen durchzuführen sind, die sich bei grossen Datenmengen über mehrere Tage, wenn nicht gar Wochen erstrecken dürften. Bei grossen Datenmengen (man spricht bereits von Terabytes an Daten, welche es zu triagieren gilt), sind nicht nur kleine und mittelgrosse Zwangsmassnahmengerichte schlicht nicht in der Lage, solche Entsiegelungsverfahren durchzuführen.

Aus der Vorlage geht überdies hervor, dass das Zwangsmassnahmengericht Angehörige der Polizei als sachverständige Personen bezeichnen kann, um den Zugang zum Inhalt der Aufzeichnungen und Gegenstände zu erhalten oder deren Integrität zu gewährleisten (Art. 181 Abs. 6 lit. b Entwurf VStrR). Es ist völlig unrealistisch, dass bei grossen Datenmengen die kantonale Polizei solche dringlichen Datensicherungen innert nützlicher Frist und zweckgemäss vornehmen kann.

Die Verwaltungsstraferichtbarkeit betrifft typischerweise Straftaten, die beim Erledigen von betrieblichen Angelegenheiten vorgenommen werden (z.B. Geldwäscherei, betrügerisches Vorgehen in Zusammenhang mit Finanzhilfen des Bundes, Widerhandlungen im Finanzmarkt- und Heilmittelbereich). In prozessualer Hinsicht bedeutet dies, dass sich das Verwaltungsstrafverfahren i.d.R. zunächst gegen eine Unternehmung richtet, was besonders anspruchsvolle Entsiegelungsverfahren erwarten lässt. Wird etwa bei einem sichergestellten und versiegelten Datenträger einer Bank, einer Arztpraxis oder eines Verkehrsbetriebes die Entsiegelung verlangt, ist zu erwarten, dass sich darauf zahlreiche Daten befinden werden, für welche durchaus glaubhaft ein entgegenstehendes Interesse (Bankkundengeheimnis, Arztgeheimnis, Geschäftsgeheimnis) gegen die Durchsuchung geltend gemacht werden kann. Die Interessenabwägung wird sich daher für die neu kantonal befassten ZMG angesichts der zu erwartenden Quantität, der im Raum stehenden Interessen und aufgrund des Fachwissens, das für die Beurteilung der Verwaltungsstraferichtbarkeit vonnöten ist, voraussichtlich sehr herausforderungsreich bis nicht zu bewältigen erweisen.

Angesichts dieser Ausführungen halten wir es nicht für eine gute Lösung, wenn die kantonalen Zwangsmassnahmengerichte künftig alle Befugnisse übernehmen sollen, die sie auch im ordentlichen Strafverfahren haben. Die Schaffung eines Bundeszwangsmassnahmengerichts böte die Gelegenheit, ein eigentliches Kompetenzzentrum für diese Verfahren einzurichten. Gerade bei den Entsiegelungen sind die kantonalen Zwangsmassnahmengerichte in den meisten Fällen auf externe IT-Sachverständige angewiesen. Diese verschiedenen Sachverständigen arbeiten mit unterschiedlichen Tools, unterschiedlicher Erfahrung, innert unterschiedlichen Zeiten, mit unterschiedlichen Kosten und auch mit unterschiedlichen Qualitäten. Es ist weder zweckmässig noch sinnvoll, wenn zahlreiche Kantone ihre Infrastruktur anpassen müssen, obwohl man alles an einem Ort massiv optimieren könnte.

5. Finanzielle und personelle Auswirkungen

Kostenabgeltungen für die dem kantonalen Zwangsmassnahmengericht übertragenen Aufgaben sind grundsätzlich begrüssenswert. Die vorgeschlagenen Kostenabgeltungen sind aber ungenügend und führen faktisch im Kanton zu einem deutlichen administrativen Mehraufwand.

Die Kantone müssen die Besoldungskosten bei der Verlegung der Zuständigkeiten an die kantonalen Zwangsmassnahmengerichte tragen. Damit fällt der mit Abstand grösste und regelmässig anfallende Teil der Kosten beim Kanton an, was abzulehnen ist.

Im Kanton Luzern wären strukturelle Anpassungen und zusätzliche personelle Ressourcen erforderlich, was zumindest die Stelle einer Richterin oder eines Richters, einer Gerichtsschreiberin oder eines Gerichtsschreibers sowie weitere Ressourcen für IT und Administration umfassen würde. Namentlich wäre – wie bereits erwähnt – mit zusätzlichen Besoldungskosten von mindestens 500'000 Franken pro Jahr zu rechnen. Demgegenüber dürfte der begrüssenswerte Verzicht auf jegliche Zuständigkeiten der kantonalen Staatsanwaltschaften im Verwaltungsstrafverfahren nur zu einer kleinen Entlastung führen.

Im Bereich IT (Entsiegelungen) müsste der Kanton allenfalls sicherstellen, dass für die dringliche Datensicherung von grossen Datenmengen die personellen Ressourcen und Fachkräfte verfügbar sind. Folglich müssten die IT-Abteilungen der Polizei aufgestockt werden, und externe Sachverständige müssten ebenfalls die nötigen Ressourcen zur Verfügung stellen können, dies auch an Wochenenden und Feiertagen. Mit situativ beigezogenen Beauftragten liesse sich die Situation nicht entschärfen, weil die Ressourcen schnell und mit der verlangten Kompetenz verfügbar sein müssen.

Wir bitten Sie, unsere Anliegen zu berücksichtigen.

Freundliche Grüsse



Ylfete Fanaj
Regierungsrätin



LE CONSEIL D'ÉTAT

DE LA RÉPUBLIQUE ET
CANTON DE NEUCHÂTEL

Département fédéral de justice et police
Palais fédéral ouest
3003 Berne

Révision totale de la loi sur le droit pénal administratif

Monsieur le conseiller fédéral,

Votre communication du 31 janvier 2024 nous est bien parvenue et nous vous en remercions.

De manière générale, le Canton de Neuchâtel salue la révision proposée en tant qu'elle a pour objectif un alignement de principe sur les dispositions du CPP, ce qui facilitera notamment le travail d'enquête de la police pour les autorités fédérales.

Il émet toutefois les quelques remarques suivantes :

Ad Compétences de la police en matière d'enquête

Par rapport au CPP, l'avant-projet de révision du droit pénal administratif (ci-après : AP-DPA) attribue moins de compétences à la police. Il renonce notamment à introduire une procédure d'enquête policière à l'instar des articles 306ss CPP. Or, la police doit pouvoir avoir les mêmes possibilités d'investigation dans la procédure pénale administrative que dans la procédure pénale ordinaire, et doit notamment pouvoir effectuer des actes d'enquête de manière autonome. L'article 35 AP-DPA ne va ainsi pas assez loin. Cette inégalité de traitement prétérite l'administration de la justice dans les enquêtes menées sous l'égide du droit pénal administratif.

Ad Mesures de surveillance secrètes

Dans le cadre des enquêtes pour la CFMJ, la police reçoit souvent des informations selon lesquelles des jeux d'argent seraient proposés illégalement dans un établissement. Ce n'est généralement que dans le cadre de l'enquête plus approfondie que l'on découvre s'il s'agit finalement de jeux de grande envergure (compétence du Ministère public sous l'égide du CPP) ou de jeux de casino (compétence de la CFMJ en application du droit pénal administratif). Si la police ordonne une surveillance secrète dans son domaine de compétence mais que des infractions à la LJAr, relevant de la compétence de la CFMJ, sont découvertes, ces moyens de preuve, qui peuvent être très importants pour l'enquête pénale, ne sont pas utilisables, ce qui prétérite gravement les enquêtes. Il est donc nécessaire que la police puisse ordonner des mesures de surveillance secrètes comme c'est le cas en procédure pénale ordinaire.

Ad Arrestation provisoire

À cet égard, l'AP-DPA reprend, à ses articles 195 et 196, certaines dispositions des articles 217 et 219 CPP. Ici aussi, il apparaît toutefois que l'AP-DPA accorde moins de compétences à la police que le CPP. Il manque notamment l'obligation de la police prévue à l'article 219, alinéa 2 CPP. Or, si la police n'est pas autorisée à interroger la personne arrêtée et à procéder à d'autres clarifications importantes, cela entrave lourdement le déroulement de la procédure. Dans la pratique, il n'est souvent pas possible d'amener la personne et de l'interroger plus rapidement par l'unité administrative, car les autorités de poursuite pénale administrative ne disposent pas toujours d'un service de piquet. Aussi, la procédure décrite aux articles 35, alinéa 3, lettre a et 195ss AP-DPA est peu adaptée à la réalité des enquêtes. Il convient ainsi d'aligner les articles 195ss AP-DPA sur les dispositions du CPP.

Ad Mise sous scellés

Les articles 180 et 181 AP-DPA correspondent aux articles 248ss CPP entrés en vigueur le 1^{er} janvier 2024. Cette nouvelle réglementation pose cependant des problèmes massifs à l'ensemble des autorités de poursuite pénale, compte tenu notamment de l'évolution rapide de l'informatique, ce qui entrave considérablement les poursuites pénales. L'effet retardateur des scellés déjà observé aujourd'hui est encore renforcé par le projet d'article 180, alinéa 1 AP-DPA et par l'article 248, alinéa 1 CPP. La nouvelle réglementation impose en effet aux autorités d'instruction d'attendre par défaut trois jours pour toutes les saisies avant de pouvoir le cas échéant fouiller les données et notamment procéder à la copie-miroir des données. Cela ne tient pas compte des problématiques technologiques. En effet, de nombreux supports de données, notamment les téléphones portables, contiennent un grand nombre de données volatiles, temporaires et fragiles, qui sont indispensables à l'enquête pénale (par ex. les corbeilles à papier électroniques, les objets marqués comme supprimés sur les iPhones, les données de localisation ou même certains chats). Toutes ces données s'effacent rapidement et automatiquement de leurs supports. Sans compter toutes les données qui sont enregistrées dans des clouds et donc effaçables à distance via un quelconque appareil. Plus il faut attendre avant de copier ces données, plus le risque de les perdre est élevé. La procédure des scellés proposée met ainsi en péril l'enquête. Si le législateur veut s'en tenir au principe du texte de loi proposé, il doit au moins prévoir que la copie-miroir des données pendant ce délai de trois jours est possible par l'autorité d'instruction ou sur son mandat.

Ad Augmentation de l'activité du Tribunal des mesures de contrainte

L'AP-DPA pourrait engendrer une augmentation des affaires confiées au Tribunal des mesures de contrainte, notamment en lien avec les demandes de levée des scellés.

Mme Marika Raimondo (marika.raimondo@ne.ch) pour la police et Mme Nele Hubaut (nele.hubaut@ne.ch) pour les autorités judiciaires se tiennent à votre disposition pour toute question ou information complémentaire.

En vous remerciant de nous avoir consultés, nous vous prions de recevoir, Monsieur le conseiller fédéral, l'assurance de notre haute considération.

Neuchâtel, le 8 mai 2024

Au nom du Conseil d'État :

Le président,
A. RIBAUX

La chancelière,
S. DESPLAND





KANTON
NIDWALDEN

LANDAMMANN UND
REGIERUNGSRAT

Dorfplatz 2, Postfach 1246, 6371 Stans
Telefon 041 618 79 02, www.nw.ch

CH-6371 Stans, Dorfplatz 2, Postfach 1246, STK

PER E-MAIL

Eidgenössische Justiz- und
Polizeidepartement EJPD
Herr Bundesrat Beat Jans
Bundeshaus West
3003 Bern

Telefon 041 618 79 02
staatskanzlei@nw.ch
Stans, 30. April 2024

Entwurf über die Totalrevision des Verwaltungsstrafrechts. Stellungnahme

Sehr geehrter Herr Bundesrat

Mit Schreiben vom 31. Januar 2024 eröffnete das Eidgenössische Justiz- und Polizeidepartement (EJPD) unter anderem bei den Kantonen das Vernehmlassungsverfahren in Sachen Entwurf über die Totalrevision des Verwaltungsstrafrechts. Für die Möglichkeit zur Stellungnahme bedanken wir uns.

1 Kantonale Staatsanwaltschaften

1.1 Parteistellung der kantonalen Staatsanwaltschaft

Der Entwurf schlägt vor, im gerichtlichen Verfahren auf jegliche Zuständigkeit der Bundesanwaltschaft und der kantonalen Staatsanwaltschaften zu verzichten. Wir begrüssen die im Rahmen dieser Revision beabsichtigten Anpassungen von Art. 276 Abs. 1 VE-VStrR mit dem Verzicht auf die Beibehaltung der Parteistellung der kantonalen Staatsanwaltschaft gemäss geltendem Art. 73 Absatz 1 erster Satz VStrR, so dass künftig die Verwaltung die verwaltungsstrafrechtliche Anklage im gerichtlichen Verfahren direkt einreichen und allein vertreten kann ("Erläuternder Bericht", Ziff. 3.1.2. S. 12; Art. 276 S. 153).

1.2 Anpassungen der Strafprozessordnung

Wir begrüssen die (im "Erläuternden Bericht" ab S. 170 ff. aufgeführten) Anpassungen der Strafprozessordnung (vor allem von Art. 282 Abs. 3 [neu] StPO betreffend den Einsatz technischer Geräte zur Standortbestimmung im Rahmen von Observationen, wobei die Standortdaten ausschliesslich für die Bestimmung des aktuellen Standortes während der laufenden Observation verwendet und weder gespeichert noch als Beweise in einem Strafverfahren verwendet werden dürfen), sowie die Anpassungen des Strafgesetzbuches, des Ordnungsbussengesetzes und des Strafregistergesetzes (blosse Anpassung der Verweise auf die neue VE-VStrR).

1.3 Systemwechsel JStPO

Schliesslich akzeptieren wir auch den Systemwechsel, wonach die jeweils zuständige Verwaltungseinheit ihre Akten bei den ab dem 15. Altersjahr dem Verwaltungsstrafrecht unterstehenden jugendlichen Täterinnen und Tätern (Art. 4 VE-VStrR) neu der Jugendanwaltschaft überweist, welche damit neu auch bei Verwaltungsstraftaten zuständig sein und das Verfahren nach der JStPO führen wird (Art. 45 VE-VStrR; "Erläuternder Bericht" S. 20 und S. 58 f.). Abgesehen davon, dass solche Fälle eher selten auftreten dürften, erscheint uns die Zuständigkeit der Jugendanwaltschaft hierfür durchaus sinnvoll. Sie kann mit der JStPO und dem JStGB zweifellos spezifischer auf die Jugendlichen eingehen.

2 Zwangsmassnahmengerichte ZMG

2.1 Einleitung

Die Verfolgung und Beurteilung von Widerhandlungen gegen die Verwaltungsgesetze des Bundes setzen genaue Kenntnisse des Verwaltungsrechts im betroffenen Bereich voraus. Es geht um eine Materie, die fundiertes Wissen in ganz unterschiedlichen Bereichen erfordert. Das Verwaltungsstrafrecht hat zudem mit sehr hohen Fallzahlen zu tun. Die Übertragung an die ordentlichen Strafverfolgungsbehörden hätte bedeutende Konsequenzen für die Organisation und den Aufwand dieser Behörden, unabhängig davon, ob die Zuständigkeit der Bundesanwaltschaft oder den kantonalen Strafbehörden zugewiesen würde. Sie erscheint dem Bundesrat daher zu Recht politisch unrealistisch. Die Verwaltungsstrafbestimmungen sollen daher nicht ins Strafgesetzbuch (StGB) oder in die Strafprozessordnung (StPO) überführt werden. Der Vorentwurf schlägt vielmehr vor, die bestehende Verwaltungsstrafgerichtsbarkeit beizubehalten.

Der Bundesrat möchte mit der Totalrevision des Verwaltungsstrafrechtsgesetzes zudem eine Modernisierung des Verwaltungsstrafrechts herbeiführen. Hierzu schlägt er insbesondere vor, das Verwaltungsstrafverfahren effizienter zu gestalten und den Normen der StPO anzugleichen. Das ist uneingeschränkt zu begrüssen.

2.2 Zuständigkeiten der Strafbehörden

Was die Zuständigkeiten der Strafbehörden betrifft, schlägt der Vorentwurf vor, die geltende Ordnung grösstenteils beizubehalten. Allerdings soll künftig das Zwangsmassnahmengericht alle Befugnisse übernehmen, die es auch im ordentlichen Strafverfahren hat, einschliesslich derjenigen, die heute die Beschwerdekammer des Bundesstrafgerichts im Zusammenhang mit der Entsiegelung wahrnimmt.

Künftig sollen die kantonalen Zwangsmassnahmengerichte — im Kanton Nidwalden also das Kantonsgericht — alle Befugnisse übernehmen, die es auch im ordentlichen Strafverfahren hat, einschliesslich und insbesondere derjenigen, die heute die Beschwerdekammer des Bundesstrafgerichts im Zusammenhang mit der Entsiegelung wahrnimmt (Art. 181 E-VStrR).

Leider liefert der erläuternde Bericht zur Eröffnung des Vernehmlassungsverfahrens keine Zahlen, in wie vielen Verfahren und in welchem Umfang in der Vergangenheit Verfahren geführt wurden, die nach vorgeschlagenem neuen Recht die Kantone betroffen hätten und insbesondere auch den Kanton Nidwalden. Auch über die möglichen Kostenfolgen für die Kantone schweigt sich der Bericht aus.

Aus den Geschäftsberichten des Bundesstrafgerichts lassen sich indes die folgenden Zahlen entnehmen betreffend die Anzahl der Entsiegelungsverfahren: 16 Entsiegelungsverfahren im Jahr 2022, 23 im Jahr 2021, 17 im Jahr 2020, 21 im Jahr 2019, 17 im Jahr 2018, 17 im Jahr 2017, 11 im Jahr 2016, 9 im Jahr 2015, 22 im Jahr 2014, 12 im Jahr 2013, 18 im Jahr 2012 und 2 im Jahr 2011 (<https://www.bstger.ch/de/media/rapporti-di-gestione.html>).

Die Belastung der kantonalen Zwangsmassnahmengerichte, insbesondere auch angesichts der sehr kurzen gesetzlichen Erledigungsfristen nach VE-181 VStrR, dürfte zukünftig sehr gross sein.

Obwohl Art. 248 Abs. 3 StPO eine einmonatige Ordnungsfrist für den Entsiegelungsentscheid vorschreibt, dauert ein Entsiegelungsverfahren schon heute unendlich viel länger. Schon in den Jahren 2014 - 2018 dauerten die Entsiegelungsverfahren durchschnittlich 120,1 bzw. 196,9 Tage in Wirtschaftsstraffällen und bei Ausschöpfung aller Instanzen sogar 328,3 bzw. 396,9 Tage (Monika Simmler, Die Dauer von Entsiegelungsverfahren, AJP 2020, S. 340). Diese Dauer dürfte aufgrund der bundesgerichtlichen Rechtsprechung und Anforderungen in diesen Verfahren eher noch zugenommen haben. Hinzu kommt, dass nach neuem Siegelungsrecht unter gewissen Voraussetzungen Triageverhandlungen durchzuführen sind, die sich bei grossen Datenmengen über mehrere Tage, wenn nicht gar Wochen erstrecken können. Bei grossen Datenmengen, man spricht bereits von Terabytes an Daten, welche es zu triagieren gilt, wären kleine und mittelgrosse Zwangsmassnahmengerichte schlicht nicht in der Lage, solche Entsiegelungsverfahren durchzuführen.

Es ist völlig unrealistisch, dass das Kantonsgericht Nidwalden mit den vorhandenen Ressourcen diese Aufgaben erfüllen kann.

2.3 Beizug der Polizeibehörden bei Entsiegelung

Aus der Vorlage ist überdies zu entnehmen, dass das Zwangsmassnahmengericht neu Angehörige der Polizei als sachverständige Personen bezeichnen kann, um den Zugang zum Inhalt der Aufzeichnungen und Gegenstände zu erhalten oder deren Integrität zu gewährleisten (Art. 181 Abs. 6 lit. b VE-VStrR). Es geht also um die dringliche Sicherung von Daten und letztlich auch Beweisen. Es ist völlig unrealistisch, dass kleine Kantone, solche Datensicherungen mit grossen Datenmengen innerhalb nützlicher Frist und zweckgemäss vornehmen könnte. Schon heute ist das Zwangsmassnahmengericht bei IT-Aufträgen bereits auf die Hilfe von ausserkantonalen privaten IT-Sachverständigen angewiesen. Müssen solche Sicherungsmassnahmen an Wochenenden oder Feiertagen vorgenommen werden, müssten diese privaten IT-Sachverständigen wohl ihre eigene Infrastruktur – letztlich auf Kosten der Auftraggeber – ausbauen.

Die Verwaltungsstraferichtbarkeit betrifft typischerweise Straftaten, die beim Erledigen von betrieblichen Angelegenheiten vorgenommen werden (vgl. z.B. Art. 37 GwG [Verletzung der Meldepflicht bei Geldwäscheverdacht], Art. 37 ff. SuG [betrügerisches Vorgehen in Zusammenhang mit Finanzhilfen, Subventionen des Bundes], Art. 50 [Widerhandlungen gegen die Vorschriften der Finanzmarktgesetze], Art. 90 HMG [Widerhandlungen im Heilmittelbereich]), was sich auch daran zeigt, dass die aktuelle Fassung des VStr für betriebliche Widerhandlungen Sondervorschriften in Art. 6 f. aufstellt, welche gemäss dem Entwurf erheblich weiter ausgebaut werden sollen. In prozessualer Hinsicht bedeutet dies, dass sich das Verwaltungsstrafverfahren in der Regel zunächst gegen eine Unternehmung richtet, was besonders anspruchsvolle Entsiegelungsverfahren erwarten lässt. Wird etwa bei einem sichergestellten und versiegelten Datenträger einer Bank, einer Arztpraxis oder eines Verkehrsbetriebes die Entsiegelung verlangt, ist zu erwarten, dass sich darauf zahlreiche Daten befinden werden, für welche durchaus glaubhaft ein entgegenstehendes Interesse (Bankkunden-, Arzt-, Patienten-, Geschäftsgeheimnis etc.) gegen die Durchsuchung geltend gemacht werden kann. Wenn man sich vergegenwärtigt, dass auch die Verfolgung und Beurteilung von strafbaren Handlungen im Bereich der Bundessteuern (Art. 103 MwStG, Art. 67 VStG, Art. 191 DBG) sowie bei Widerhandlungen gegen das Zollgesetz (Art. 128 ZG) der Verwaltungsstraferichtbarkeit unterliegen, wird noch deutlicher, dass in Zukunft immense Aufwendungen auf die Kantone zukommen würden. Die neue Aufgabe wird für die kantonalen Zwangsmassnahmengerichte angesichts der zu erwartenden Quantität, der im Raum stehenden Interessen und aufgrund des Fachwissens, welches für die Beurteilung der Verwaltungsstraferichtbarkeit erforderlich ist,

voraussichtlich für Zwangsmassnahmengerichte grösserer Kantone bereits sehr herausforderungsreich sein. Für kleine bis mittlere Zwangsmassnahmengerichte – wie das Zwangsmassnahmengericht des Kantons Nidwalden – wird dies schlicht nicht zu bewältigen sein.

Gemäss Damian K. Graf können bereits die neuen gesetzlichen Vorgaben der revidierten Strafprozessordnung, also ohne die im Bericht angedachte Übernahme der heutigen Entsiegelungsverfahren vom Bundesverwaltungsgericht durch die Kantone, nur durch zwingend erforderliche Ressourcenweiterungen bei den Entsiegelungsgerichten erfüllt werden (Damian K. Graf, Praxishandbuch zur Siegelung, 2022, Rz. 436). Noch weiter geht Dr. iur. Martin Reimann, wissenschaftlicher Assistent und Postdoktorand an den Universitäten Bern und Basel: Alternativ zur Ausstattung der Entsiegelungsgerichte mit eigenen Forensikexperten könnte die Schaffung eines spezialisierten gesamtschweizerischen Entsiegelungsgerichts mit eigener IT-Forensikabteilung in Betracht gezogen werden, dies, weil gerade die Entsperrung von passwortgeschützten Endgeräten nicht selten erhebliche Dauer in Anspruch nehmen, und insbesondere auch im Hinblick auf die Etablierung eines unmittelbar an die Sicherstellung anknüpfenden Spiegelungsverfahrens (Martin Reimann, Die Entsperrung und Spiegelung von passwortgeschützten Datenträgern im Siegelungsverfahren, *sui generis* 2022, S. 217 ff.).

Es muss nach dem Gesagten klar abgelehnt werden, dass die kantonalen Zwangsmassnahmengerichte künftig alle Befugnisse übernehmen sollen, die es auch im ordentlichen Strafverfahren hat, einschliesslich derjenigen, die heute die Beschwerdekammer des Bundesstrafgerichts im Zusammenhang mit der Entsiegelung wahrnimmt (Erläuternder Bericht, Seite 3; VE-181VStr).

2.4 Schaffung Bundeszwangsmassnahmengericht

Dagegen wäre die Schaffung eines Bundeszwangsmassnahmengerichts – wie von Dr. iur. Martin Reimann empfohlen – ein eigentliches gesamtschweizerisches Kompetenzzentrum für diese zeit- und ressourcenaufwendigen Verfahren durchaus sinnvoll. Gerade bei den Entsiegelungen sind die kantonalen Zwangsmassnahmengerichte in den meisten Fällen auf externe IT-Sachverständige angewiesen. Diese verschiedenen Sachverständigen arbeiten mit unterschiedlichen Tools, unterschiedlicher Erfahrung, innerhalb unterschiedlicher Zeiten, mit unterschiedlichen Kosten und auch mit unterschiedlichen Qualitäten. Es ist weder zweckmässig noch sinnvoll, wenn zahlreiche Kantone ihre Infrastruktur anpassen müssen, wenn man alles an einem Ort massiv optimieren kann.

Gemäss Art. 300 Abs. 1 VE-VStrR kann der Kanton vom Bund die Erstattung der Kosten für die von seinem Zwangsmassnahmengericht wahrgenommenen Aufgaben sowie der Prozess- und Vollzugskosten fordern, zu denen die beschuldigte Person nicht verurteilt worden ist oder die die verurteilte Person nicht bezahlen kann. Besoldungen und Taggelder von Kantonsangestellten sowie Gebühren und Stempel sind ausgenommen. Diese Kostenabgeltungen wären grundsätzlich begrüssenswert, führen faktisch aber im Kanton zu einem deutlichen administrativen Mehraufwand. Die Besoldungs- und Infrastrukturkosten muss bei der Verlegung der Zuständigkeiten der Kanton tragen. Damit fällt mit der mit Abstand grösste und regelmässig anfallende Teil der Kosten (Besoldungen, Infrastrukturkosten) an den Kanton, was abzulehnen ist.

Die Übernahme aller Befugnisse aus den Verwaltungsstrafverfahren, so wie das Zwangsmassnahmengericht sie auch im ordentlichen Strafverfahren hat, einschliesslich derjenigen, die heute die Beschwerdekammer des Bundesstrafgerichts im Zusammenhang mit der Entsiegelung wahrnimmt, wird aus den obigen Überlegungen entschieden abgelehnt.

3 Zusammenfassung

Zusammenfassend sind wir der Ansicht, dass die vorgesehene Kompetenzverteilung zwischen Bundes- und Kantonsbehörden falsch ist. Der Gesetzgeber sollte die Revision des Verwaltungsstrafrechts zum Anlass nehmen, die vermischten Zuständigkeiten vollständig zu entflechten und ein Zwangsmassnahmengericht des Bundes zu schaffen, das sich mit Verfahren nach VStrR und nach StPO befasst. Zwar hat die Bundesverwaltung die Option Bundes-ZMG gemäss EB, S. 57/58 in Betracht gezogen, diese jedoch unter anderem mit der Begründung verworfen, dass «die Umsetzung organisatorisch kompliziert» sein könnte und keine Notwendigkeit bestehe, weil das heutige System «zufriedenstellend» sei.

Der Regierungsrat Nidwalden erachtet das heutige System aus den ausführlich dargelegten Gründen als nicht zufriedenstellend, weshalb wir die Schaffung eines ZMG des Bundes und somit die stringente Trennung von Bundesverwaltungssachen und kantonalen Aufgaben auch im Zwangsmassnahmenbereich anregen.

4 Fazit

Der Regierungsrat Nidwalden bedankt sich für die Möglichkeit zur Stellungnahme und die Berücksichtigung der Stellungnahme.

Freundliche Grüsse

NAMENS DES REGIERUNGSRATES


Michèle Blöchliger
Landammann





lic. iur. Armin Eberli
Landschreiber

Geht an:

- info.strafrecht@bj.admin.ch



CH-6060 Sarnen, Enetriederstrasse 1, SSD

Eidgenössische Justiz- und Polizeidepartement EJPD

per Mail an:

info.strafrecht@bj.admin.ch

Referenz/Aktenzeichen: OWSTK.4875
Unser Zeichen: ks

Sarnen, 8. Mai 2024

**Totalrevision des Verwaltungsstrafrechts;
Stellungnahme.**

Sehr geehrter Herr Bundesrat

gestärkter Beizug

Für die Einladung zur Vernehmlassung zur Totalrevision des Verwaltungsstrafrechts danken wir Ihnen.

Der Kanton Obwalden erachtet eine Totalrevision des Bundesgesetzes über das Verwaltungsstrafrecht und das Verwaltungsstrafverfahren (VStrR) grundsätzlich für sinnvoll. Wir begrüssen den Vorschlag, die bestehende Verwaltungsstrafgerichtsbarkeit beizubehalten, ausdrücklich. Eine Übertragung an die kantonalen Strafbehörden hätte aufgrund der sehr hohen Fallzahlen sowie der zum Teil sehr spezifischen Materie eine tiefgreifende Reorganisation der Staatsanwaltschaften bedingt.

Auch die neuen Instrumente und Zwangsmassnahmen, welche im Verwaltungsstrafverfahren nun zur Verfügung stehen sollen und insgesamt die Grundrechtsgarantien der StPO übernommen haben, werden begrüsst. Hingegen sehen wir die neue Möglichkeit der Verwaltungsbehörden, fedpol und die kantonalen Polizeibehörden zur Durchführung von Untersuchungshandlungen beizuziehen, kritisch. Insbesondere der Beizug zur Unterstützung, wenn im Zusammenhang mit einer Untersuchungshandlung spezifische Kenntnisse oder technische Einrichtungen benötigt werden ist gemäss aktuellem Stand für die betroffenen Behörden nur schwer umsetzbar. So verfügen sowohl fedpol wie auch die meisten kantonalen Polizeikörper bereits heute über zu wenig spezialisierte Ressourcen um selbst ihre bisherigen Aufgaben angemessen zu können. Diese Problematik wird auch durch eine festgeschriebene Entschädigungspflicht des Bundes für diese Unterstützungsleistungen nicht gelöst. Wir beantragen deshalb, dass die Unterstützungspflicht der kantonalen Polizeibehörden in Art. 57 Abs. 3

und 4 gestrichen und fedpol als einzige Polizeibehörde im Verwaltungsstrafverfahren festgelegt wird. Im erläuternden Bericht wird die Möglichkeit eines Ausbaus von fedpol und der Schaffung eines Kompetenzzentrums für IT-Forensik skizziert. Sollte dieser Aufbau tatsächlich stattfinden, dann müsste fedpol in der Lage sein, die geforderten Leistungen zu Gunsten der betroffenen Verwaltungseinheiten zukünftig zu erbringen. Mit einer Streichung der Unterstützungspflicht der kantonalen Polizeibehörden würde der entsprechende Druck erzeugt, um diese Stelle tatsächlich zu schaffen und auch genügend zu alimentieren. Ohne diesen Druck ist zu erwarten, dass ein Grossteil der Unterstützung letztlich trotzdem durch die Kantone zu leisten sein wird.

Zusätzlich zur oben beschriebenen Unterstützungspflicht, soll das kantonale Zwangsmassnahmengericht künftig alle Befugnisse übernehmen, die es auch im ordentlichen Strafverfahren hat, einschliesslich derjenigen, die heute die Beschwerdekammer des Bundesstrafgerichts im Zusammenhang mit der Entsiegelung wahrnimmt. Eine wesentliche neue Aufgabe wird die Übernahme der Entsiegelungsverfahren sein, in denen die Zwangsmassnahmengerichte zur forensischen Aufbereitung und Triage der entsprechenden Daten auf die lokalen Polizeibehörden zurückgreifen können sollen. Diese neue Aufgabe übersteigt die derzeitigen Ressourcen der meisten Kantonspolizeibehörden bei weitem. Es ist völlig unrealistisch, dass bei grossen Datenmengen die kantonale Polizei solche Datensicherungen innert nützlicher Frist und zweckgemäss vornehmen kann. Entsprechend lehnen wir die neue Verantwortlichkeit der kantonalen Zwangsmassnahmengerichte ab. Stattdessen regen wir an, die Schaffung eines Bundeszwangsmassnahmengerichts für Entsiegelungsverfahren zu prüfen. Dieses böte die Gelegenheit, ein eigentliches Kompetenzzentrum für diese Verfahren einzurichten. Gerade bei den Entsiegelungen sind die kantonalen Zwangsmassnahmengerichte in den meisten Fällen auf externe IT-Sachverständige angewiesen. Diese verschiedenen Sachverständigen arbeiten mit unterschiedlichen Anwendungen, Erfahrungen, Fristen, Kosten und auch mit unterschiedlichen Qualitäten. Es ist weder zweckmässig noch sinnvoll, wenn zahlreiche Kantone ihre Infrastruktur anpassen müssen, wenn man alles an einem Ort massiv optimieren kann.

Wir danken Ihnen für die Gelegenheit zur Stellungnahme und die Berücksichtigung unserer Anliegen.

Freundliche Grüsse



Christoph Amstad
Regierungsrat

Kopie an:

- Kantonale Mitglieder der Bundesversammlung
- Amt für Justiz
- Kantonspolizei
- Staatsanwaltschaft
- Gerichte
- Staatskanzlei



Regierung des Kantons St.Gallen, Regierungsgebäude, 9001 St.Gallen

Eidgenössisches Justiz- und
Polizeidepartement
Bundeshaus West
3003 Bern

Regierung des Kantons St.Gallen
Regierungsgebäude
9001 St.Gallen
T +41 58 229 89 42
info.sk@sg.ch

St.Gallen, 29. April 2024

Totalrevision des Verwaltungsstrafrechts; Vernehmlassungsantwort

Sehr geehrter Herr Bundesrat

Mit Schreiben vom 31. Januar 2024 laden Sie uns zur Vernehmlassung zur Totalrevision des Verwaltungsstrafrechts ein. Wir danken für diese Gelegenheit und nehmen gern wie folgt Stellung:

Die unterbreitete Totalrevision des Verwaltungsstrafrechts wird grundsätzlich begrüsst. Die Aufgabenverlagerung vom Bund auf die Kantone im Bereich der Zwangsmassnahmen oder etwa der Verfahren gegen Jugendliche bedeutet einen namhaften Mehraufwand für die Kantone. Dieser ist zu entschädigen. Im Hinblick auf die Zwangsmassnahmengerichte ist die Schaffung eines Bundeszwangsmassnahmengerichtes zu prüfen. Die modernen Verfahrensinstrumente können mit erheblichem Aufwand für die kantonalen Polizeibehörden verbunden sein, was hierorts die herrschenden Ressourcenprobleme akzentuieren könnte, was nicht sein darf. Ein Abschätzen der personellen und finanziellen Auswirkungen der Vorlage ist schwierig, weil die Mehrbelastung aufgrund der per 1. Januar 2024 in Kraft getretenen Änderungen der Schweizerischen Strafprozessordnung (SR 312.0) noch nicht absehbar ist. Für weitere Bemerkungen verweisen wir auf den Anhang.

Wir danken Ihnen für die Berücksichtigung unserer Anliegen.

Im Namen der Regierung

Stefan Kölliker
Präsident

Dr. Benedikt van Spyk
Staatssekretär



Beilage:
Anhang

Zustellung per E-Mail (pdf- und Word-Version) an:
info.strafrecht@bj.admin.ch



Anhang zur Vernehmlassungsantwort «Totalrevision des Verwaltungsstrafrechts»

Im Zusammenhang mit der genannten Vorlage weist die Regierung des Kantons St.Gallen im Einzelnen auf folgende Punkte hin:

Nach Art. 10 Abs. 1 des Vorentwurfs des Bundesgesetzes über das Verwaltungsstrafrecht und das Verwaltungsstrafverfahren (VE-VStrR) entscheidet das Gericht über die Ersatzfreiheitsstrafe an Stelle einer Geldstrafe oder Busse. Nach Art. 51 Abs. 2 2. Satz des st.gallischen Einführungsgesetzes zur Schweizerischen Straf- und Jugendstrafprozessordnung (sGS 962.1; abgekürzt EG-StPO) entscheidet die Staatsanwaltschaft über die Ersatzfreiheitsstrafe, wenn eine Verwaltungsbehörde eine Geldstrafe oder Busse ausgesprochen hat. Es würde sich anbieten, Art. 10 Abs. 1 VE-VStrR dahingehend zu modifizieren, dass anstelle des Gerichtes die *Strafbehörden bzw. das Gericht oder die Staatsanwaltschaft* angeführt werden. Angesichts von Art. 291 VE-VStrR stellt sich allerdings die Frage, ob eine Umwandlung durch die Staatsanwaltschaft weiterhin zulässig ist bzw. die Aufgabe der Umwandlung nicht zwingend dem Gericht zufällt. Es bestehen keine Hinweise darauf, dass mit «Gericht» im VE-VStrR die Staatsanwaltschaft (mit-)gemeint wäre (vgl. insbesondere Art. 34 Bst. b und d), was gesetzgeberischen Handlungsbedarf im EG-StPO mit sich bringen könnte.

Art. 28 Abs. 2 VE-VStrR würde bedeuten, dass in der kantonalen Gesetzgebung Zuständigkeitsregelungen analog Art. 17 Abs. 2 Bst. b und Art. 23 Abs. 2 EG-StPO erforderlich wären, zumal das EG-StPO betreffend VStrR nicht einschlägig erscheint (vgl. Art. 1 Abs. 1 EG-StPO; Art. 1 Abs. 3 EG-StPO ist nicht zielführend). Alternativ könnte in Abs. 2 festgehalten werden, dass eine allfällige kantonale Ausführungsgesetzgebung zu Art. 7 Abs. 2 Bst. b der Schweizerischen Strafprozessordnung (SR 312.0; abgekürzt StPO) analoge Anwendung findet in Verwaltungsstrafverfahren, sofern dies im kantonalen Recht nicht ausgeschlossen wird.

Art. 40 VE-VStrR regelt die Vereinigung von Verfahren. Nach der Vereinigung stellt sich die Frage, welches Verfahrensrecht (StPO oder VStrR) zur Anwendung gelangt. Es wäre hilfreich, wenn im Gesetz angeführt würde, dass nach der Vereinigung die jeweilige Behörde ihr eigenes Verfahrensrecht (inkl. Abschlussverfügungen) zur Anwendung bringt (StPO und kantonale Einführungsgesetzgebung oder VStrR). Betreffend materielles Recht wird davon ausgegangen, dass die jeweiligen Spezialstrafbestimmungen des VStrR (und der verwaltungsrechtlichen Spezialgesetze) den allgemeinen Strafbestimmungen des besonderen Teils des Schweizerischen Strafgesetzbuches (SR 311.0) vorgehen. Für den Fall der Uneinigkeit der beteiligten Behörden besteht keine formalisierte Konfliktbereinigung (Anrufung einer entscheidenden Instanz); es ist davon auszugehen, dass bei Uneinigkeit keine Vereinigung stattfindet, dass die Vereinigung ein Können und kein Müssen darstellt.

Art. 43 VE-VStrR überträgt den kantonalen Zwangsmassnahmengerichten die Befugnisse, die dieses Gesetz dem Zwangsmassnahmengericht überträgt. Wir erachten die Schaffung eines Bundeszwangsmassnahmengerichtes als zweckmässiger, weil die Auslastung der kantonalen Zwangsmassnahmengerichte (zu) hoch ist und entsprechende Verfahren (zu) lange dauern. In diesem Zusammenhang ist zu berücksichtigen, dass die Belastung des Zwangsmassnahmengerichtes durch die am 1. Januar 2024 in Kraft getretenen StPO-Änderungen (Art. 248 StPO) noch nicht abgeschätzt werden kann. Eine beschränkte Kostenvergütung an die Kantone (Art. 300 VE-VStrR) ändert an der grundsätzlichen Problematik nichts. Soweit Besoldungen und Taggelder von Kantonsangestellten sowie Gebühren und Stempel (Art. 300 Abs. 1 VE-VStrR)



ausgenommen sind, ist eine personelle Aufstockung über zusätzliche Stellenprozente – wodurch der Mehraufwand aufgefangen werden könnte – nicht möglich. Faktisch verlagert der Bund eine Bundesaufgabe an die Kantone.

Art. 45 VE-VStrR regelt das Verfahren gegen Jugendliche. Die hier erfolgende Übertragung der Zuständigkeit an die Jugendstrafbehörde bedeutet eine Aufgabenverlagerung vom Bund auf die Kantone, welche für die Kantone mit nicht abgegoltenen Mehraufwendungen einhergeht. Der im Bericht genannten Möglichkeit, bei Zweifeln hinsichtlich der Besonderheiten des geltenden Verwaltungsstrafrechts mit der jeweiligen Verwaltungsstrafbehörde «Rücksprache» zu nehmen, steht grundsätzlich das Amtsgeheimnis entgegen.

Nach Art. 57 Abs. 3 und 4 VE-VStrR unterstützen die Polizeibehörden der Kantone die Verwaltungsstrafverfolgungsbehörden in ihrer Untersuchung bzw. kann die Verwaltungseinheit die Polizeibehörden der Kantone mit Untersuchungshandlungen beauftragen. Diese Unterstützung bindet Ressourcen der Kantone. Wie im Bericht (S. 69) ausgeführt, wird die Verwaltungseinheit «häufig die Unterstützung der örtlichen Polizei – statt von fedpol – in Anspruch nehmen müssen, wenn zum Beispiel eine kurze Einvernahme einer Person durchzuführen ist, die sich fern vom Sitz der Bundesbehörde aufhält.» Der damit verbundenen Ressourcenbindung ist Augenmerk zu schenken; die Kantonspolizeien kämpfen mit Ressourcen- und Rekrutierungsproblemen; es darf – unbesehen der Kosten (vgl. Art. 59 VE-VStrR) – nicht sein, dass gerichtspolizeiliche Ermittlungen nach der StPO deswegen zurückstehen müssen. Insbesondere die Unterstützung bei geheimen Überwachungsmaßnahmen durch die Kantonspolizei dürfte beträchtliche Ressourcen binden. Das administrativ-technische und juristische «Handling» bei der Überwachung des Fernmeldeverkehrs sowie von Zufallsfunden (Art. 230 VE-VStrR) ist anspruchsvoll (praktisch wie juristisch). Es fragt sich, ob alle Verwaltungseinheiten in praktischer Hinsicht fähig sind, entsprechende Überwachungen durchzuführen. Die Erfahrungen bei der Staatsanwaltschaft zeigen, dass – mit Ausnahme der Erhebung von Randdaten – Fernmeldeüberwachungen in der Regel von spezialisierten, in der Schaltung von Fernmeldeüberwachungen bzw. technischen Überwachungen routinierten Staatsanwältinnen und -anwälten durchgeführt werden. Gleiches gilt für Einsätze verdeckter Ermittler (Art. 238 ff. VE-VStrR). Entsprechende geheime Überwachungsmaßnahmen binden regelmässig beträchtliche Ressourcen, insbesondere auch bei den (polizeilichen) Auswertungen der Ermittlungsergebnisse sowie betreffend Rapportierung. Es ist zu prüfen, ob dafür nicht spezialisierte Verwaltungseinheiten des Bundes zu schaffen und entsprechende Polizeibeamtinnen und –beamte des Bundes mit der Durchführung/Auswertung zu mandatieren sind.

Gemäss Bericht (S. 159) sind die *Kosten* der Urteile, die nicht auf Freiheitsentzug lauten, vom urteilenden Gericht zu vollstrecken. Die Einschränkung des Berichts auf gerichtliche Urteile, die nicht auf Freiheitsstrafen oder freiheitsentziehende Massnahmen lauten, ist vom Gesetzestext (Art. 290 Abs. 1 VE-VStrR) nicht abgedeckt. Es wäre vielmehr angezeigt, dass die Gerichte bei *sämtlichen ihrer Urteile* ihre Kosten selbst vollstrecken. Falls die Staatsanwaltschaft, die im Kanton St.Gallen die Geldstrafen, Bussen und Kosten betreffend StPO-Verfahren für die Gerichte einzieht (vgl. Art. 20 Abs. 1 Bst. a in Verbindung mit Art. 1 EG-StPO; vgl. auch Art. 20 Abs. 1 Bst. b und Art. 52 EG-StPO), dies auch für die *Kosten* der Gerichte (nach VStrR) tun müsste, wäre eine entsprechende gesetzliche Grundlage zu schaffen. Weiter ist fraglich, ob sich eine solche Regelung als effizient darstellen würde.

Zusammenfassend werden die mit der Totalrevision des VStrR vorgesehenen Aufgabenverlagerungen vom Bund auf die Kantone kritisch betrachtet. Insbesondere die Übertragung von Aufgaben an die kantonalen Zwangsmassnahmengerichte wäre für die Kantone mit merklichen Mehraufwendungen verbunden. Die Schaffung eines Bundeszwangsmassnahmengerichtes ist



deshalb alternativ zu prüfen. Begrüsst wird die Zuständigkeit der Verwaltungseinheit für die Klageerhebung und –vertretung vor Gericht. Soweit die kantonalen Polizeibehörden die Verwaltungseinheiten des Bundes zu unterstützen haben, ist darauf hinzuweisen, dass es nicht angehen kann, dass sich durch die Unterstützungshandlungen zu Gunsten der Verwaltungsbehörden des Bundes die Ressourcenprobleme der kantonalen Polizeibehörden akzentuieren.



Anhang zur Vernehmlassungsantwort «Totalrevision des Verwaltungsstrafrechts»

Im Zusammenhang mit der genannten Vorlage weist die Regierung des Kantons St.Gallen im Einzelnen auf folgende Punkte hin:

Nach Art. 10 Abs. 1 des Vorentwurfs des Bundesgesetzes über das Verwaltungsstrafrecht und das Verwaltungsstrafverfahren (VE-VStrR) entscheidet das Gericht über die Ersatzfreiheitsstrafe an Stelle einer Geldstrafe oder Busse. Nach Art. 51 Abs. 2 2. Satz des st.gallischen Einführungsgesetzes zur Schweizerischen Straf- und Jugendstrafprozessordnung (sGS 962.1; abgekürzt EG-StPO) entscheidet die Staatsanwaltschaft über die Ersatzfreiheitsstrafe, wenn eine Verwaltungsbehörde eine Geldstrafe oder Busse ausgesprochen hat. Es würde sich anbieten, Art. 10 Abs. 1 VE-VStrR dahingehend zu modifizieren, dass anstelle des Gerichtes die *Strafbehörden* bzw. *das Gericht oder die Staatsanwaltschaft* angeführt werden. Angesichts von Art. 291 VE-VStrR stellt sich allerdings die Frage, ob eine Umwandlung durch die Staatsanwaltschaft weiterhin zulässig ist bzw. die Aufgabe der Umwandlung nicht zwingend dem Gericht zufällt. Es bestehen keine Hinweise darauf, dass mit «Gericht» im VE-VStrR die Staatsanwaltschaft (mit-)gemeint wäre (vgl. insbesondere Art. 34 Bst. b und d), was gesetzgeberischen Handlungsbedarf im EG-StPO mit sich bringen könnte.

Art. 28 Abs. 2 VE-VStrR würde bedeuten, dass in der kantonalen Gesetzgebung Zuständigkeitsregelungen analog Art. 17 Abs. 2 Bst. b und Art. 23 Abs. 2 EG-StPO erforderlich wären, zumal das EG-StPO betreffend VStrR nicht einschlägig erscheint (vgl. Art. 1 Abs. 1 EG-StPO; Art. 1 Abs. 3 EG-StPO ist nicht zielführend). Alternativ könnte in Abs. 2 festgehalten werden, dass eine allfällige kantonale Ausführungsgesetzgebung zu Art. 7 Abs. 2 Bst. b der Schweizerischen Strafprozessordnung (SR 312.0; abgekürzt StPO) analoge Anwendung findet in Verwaltungsstrafverfahren, sofern dies im kantonalen Recht nicht ausgeschlossen wird.

Art. 40 VE-VStrR regelt die Vereinigung von Verfahren. Nach der Vereinigung stellt sich die Frage, welches Verfahrensrecht (StPO oder VStrR) zur Anwendung gelangt. Es wäre hilfreich, wenn im Gesetz angeführt würde, dass nach der Vereinigung die jeweilige Behörde ihr eigenes Verfahrensrecht (inkl. Abschlussverfügungen) zur Anwendung bringt (StPO und kantonale Einführungsgesetzgebung oder VStrR). Betreffend materielles Recht wird davon ausgegangen, dass die jeweiligen Spezialstrafbestimmungen des VStrR (und der verwaltungsrechtlichen Spezialgesetze) den allgemeinen Strafbestimmungen des besonderen Teils des Schweizerischen Strafgesetzbuches (SR 311.0) vorgehen. Für den Fall der Uneinigkeit der beteiligten Behörden besteht keine formalisierte Konfliktbereinigung (Anrufung einer entscheidenden Instanz); es ist davon auszugehen, dass bei Uneinigkeit keine Vereinigung stattfindet, dass die Vereinigung ein Können und kein Müssen darstellt.

Art. 43 VE-VStrR überträgt den kantonalen Zwangsmassnahmengerichten die Befugnisse, die dieses Gesetz dem Zwangsmassnahmengericht überträgt. Wir erachten die Schaffung eines Bundeszwangsmassnahmengerichtes als zweckmässiger, weil die Auslastung der kantonalen Zwangsmassnahmengerichte (zu) hoch ist und entsprechende Verfahren (zu) lange dauern. In diesem Zusammenhang ist zu berücksichtigen, dass die Belastung des Zwangsmassnahmengerichtes durch die am 1. Januar 2024 in Kraft getretenen StPO-Änderungen (Art. 248 StPO) noch nicht abgeschätzt werden kann. Eine beschränkte Kostenvergütung an die Kantone (Art. 300 VE-VStrR) ändert an der grundsätzlichen Problematik nichts. Soweit Besoldungen und Taggelder von Kantonsangestellten sowie Gebühren und Stempel (Art. 300 Abs. 1 VE-VStrR)



ausgenommen sind, ist eine personelle Aufstockung über zusätzliche Stellenprozente – wodurch der Mehraufwand aufgefangen werden könnte – nicht möglich. Faktisch verlagert der Bund eine Bundesaufgabe an die Kantone.

Art. 45 VE-VStrR regelt das Verfahren gegen Jugendliche. Die hier erfolgende Übertragung der Zuständigkeit an die Jugendstrafbehörde bedeutet eine Aufgabenverlagerung vom Bund auf die Kantone, welche für die Kantone mit nicht abgegoltenen Mehraufwendungen einhergeht. Der im Bericht genannten Möglichkeit, bei Zweifeln hinsichtlich der Besonderheiten des geltenden Verwaltungsstrafrechts mit der jeweiligen Verwaltungsstrafbehörde «Rücksprache» zu nehmen, steht grundsätzlich das Amtsgeheimnis entgegen.

Nach Art. 57 Abs. 3 und 4 VE-VStrR unterstützen die Polizeibehörden der Kantone die Verwaltungsstrafverfolgungsbehörden in ihrer Untersuchung bzw. kann die Verwaltungseinheit die Polizeibehörden der Kantone mit Untersuchungshandlungen beauftragen. Diese Unterstützung bindet Ressourcen der Kantone. Wie im Bericht (S. 69) ausgeführt, wird die Verwaltungseinheit «häufig die Unterstützung der örtlichen Polizei – statt von fedpol – in Anspruch nehmen müssen, wenn zum Beispiel eine kurze Einvernahme einer Person durchzuführen ist, die sich fern vom Sitz der Bundesbehörde aufhält.» Der damit verbundenen Ressourcenbindung ist Augenmerk zu schenken; die Kantonspolizeien kämpfen mit Ressourcen- und Rekrutierungsproblemen; es darf – unbesehen der Kosten (vgl. Art. 59 VE-VStrR) – nicht sein, dass gerichtspolizeiliche Ermittlungen nach der StPO deswegen zurückstehen müssen. Insbesondere die Unterstützung bei geheimen Überwachungsmaßnahmen durch die Kantonspolizei dürfte beträchtliche Ressourcen binden. Das administrativ-technische und juristische «Handling» bei der Überwachung des Fernmeldeverkehrs sowie von Zufallsfunden (Art. 230 VE-VStrR) ist anspruchsvoll (praktisch wie juristisch). Es fragt sich, ob alle Verwaltungseinheiten in praktischer Hinsicht fähig sind, entsprechende Überwachungen durchzuführen. Die Erfahrungen bei der Staatsanwaltschaft zeigen, dass – mit Ausnahme der Erhebung von Randdaten – Fernmeldeüberwachungen in der Regel von spezialisierten, in der Schaltung von Fernmeldeüberwachungen bzw. technischen Überwachungen routinierten Staatsanwältinnen und -anwälten durchgeführt werden. Gleiches gilt für Einsätze verdeckter Ermittler (Art. 238 ff. VE-VStrR). Entsprechende geheime Überwachungsmaßnahmen binden regelmässig beträchtliche Ressourcen, insbesondere auch bei den (polizeilichen) Auswertungen der Ermittlungsergebnisse sowie betreffend Rapportierung. Es ist zu prüfen, ob dafür nicht spezialisierte Verwaltungseinheiten des Bundes zu schaffen und entsprechende Polizeibeamtinnen und –beamte des Bundes mit der Durchführung/Auswertung zu mandatieren sind.

Gemäss Bericht (S. 159) sind die *Kosten* der Urteile, die nicht auf Freiheitsentzug lauten, vom urteilenden Gericht zu vollstrecken. Die Einschränkung des Berichts auf gerichtliche Urteile, die nicht auf Freiheitsstrafen oder freiheitsentziehende Massnahmen lauten, ist vom Gesetzestext (Art. 290 Abs. 1 VE-VStrR) nicht abgedeckt. Es wäre vielmehr angezeigt, dass die Gerichte bei *sämtlichen ihrer Urteile* ihre Kosten selbst vollstrecken. Falls die Staatsanwaltschaft, die im Kanton St.Gallen die Geldstrafen, Bussen und Kosten betreffend StPO-Verfahren für die Gerichte einzieht (vgl. Art. 20 Abs. 1 Bst. a in Verbindung mit Art. 1 EG-StPO; vgl. auch Art. 20 Abs. 1 Bst. b und Art. 52 EG-StPO), dies auch für die *Kosten* der Gerichte (nach VStrR) tun müsste, wäre eine entsprechende gesetzliche Grundlage zu schaffen. Weiter ist fraglich, ob sich eine solche Regelung als effizient darstellen würde.

Zusammenfassend werden die mit der Totalrevision des VStrR vorgesehenen Aufgabenverlagerungen vom Bund auf die Kantone kritisch betrachtet. Insbesondere die Übertragung von Aufgaben an die kantonalen Zwangsmassnahmengerichte wäre für die Kantone mit merklichen Mehraufwendungen verbunden. Die Schaffung eines Bundeszwangsmassnahmengerichtes ist



deshalb alternativ zu prüfen. Begrüsst wird die Zuständigkeit der Verwaltungseinheit für die Klageerhebung und –vertretung vor Gericht. Soweit die kantonalen Polizeibehörden die Verwaltungseinheiten des Bundes zu unterstützen haben, ist darauf hinzuweisen, dass es nicht angehen kann, dass sich durch die Unterstützungshandlungen zu Gunsten der Verwaltungsbehörden des Bundes die Ressourcenprobleme der kantonalen Polizeibehörden akzentuieren.

Telefon +41 (0)52 632 71 11
Fax +41 (0)52 632 72 00
staatskanzlei@sh.ch

Regierungsrat

Eidgenössisches Justiz- und Polizei-
departement EJPD

per E-Mail an
info.strafrecht@bj.admin.ch

Schaffhausen, 30. April 2024

Totalrevision des Verwaltungsstrafrechts; Vernehmlassung

Sehr geehrter Herr Bundesrat
Sehr geehrte Damen und Herren

Mit Schreiben vom 31. Januar 2024 haben Sie uns den Entwurf in obgenannter Angelegenheit zur Vernehmlassung unterbreitet. Wir bedanken uns für diese Möglichkeit und nehmen dazu gerne Stellung.

Grundsätzlich begrüssen wir die Revision des Verwaltungsstrafrechts. Allerdings lehnen wir die im VE vorgesehene Beibehaltung der komplizierten Verflechtung von Zuständigkeiten des Bundes und der Kantone bei der Verfolgung von Verwaltungsstrafsachen ab. Diese widerspricht dem Hauptziel der Revision, nämlich einer Modernisierung des Verwaltungsstrafrechts. Vielmehr sind die Bundesverwaltungsstrafsachen klar von den kantonalen Aufgaben sowohl im Vor- als auch im Hauptverfahren zu trennen. Insbesondere abgelehnt wird die Verschiebung der Zuständigkeit zu den Kantonen im Bereich des Zwangsmassnahmengerichts. Die finanziellen und personellen Auswirkungen der Revision können derzeit nicht verlässlich abgeschätzt werden, zumal im erläuternden Bericht keine Angaben etwa zu Anzahl und Umfang der bisher vom Bundesstrafgericht behandelten verwaltungsstrafrechtlichen Fälle (inkl. Entsiegelungsfälle) vorhanden sind.

Im Einzelnen haben wir folgende Bemerkungen:

1. Beibehaltung der Verwaltungsstrafrechtspflege

Es ist grundsätzlich richtig, die Zuständigkeit für die Verfolgung und Beurteilung von Straftaten im Bereich des Verwaltungsstrafverfahrens bei den Verwaltungseinheiten des Bundes zu belassen.

2. Beizug der Polizeibehörden

Die Möglichkeit für die Bundesverwaltung, rechtshilfeweise direkt auf die Unterstützung der Kantonspolizei zurückzugreifen, wird im Entwurf belassen. Wir begrüssen, dass künftig auch die Bundeskriminalpolizei (BKP) der Bundesverwaltung für Ermittlungen zur Verfügung stehen wird. Allerdings regen wir an, im Gesetzesentwurf klar festzuhalten, wann die Verwaltungsbehörden auf die BKP und wann auf die kantonalen Polizeikräfte zurückgreifen können. Unseres Erachtens sollte in erster Linie die BKP für die Ermittlungen zuständig sein. Die Polizei der Kantone und Gemeinden sollte lediglich subsidiär zur Unterstützung der BKP herangezogen werden, wenn Erstere die Ermittlungen nicht selbst führen kann. Um Kompetenzkonflikte zu vermeiden, ist die subsidiäre Zuständigkeit der kantonalen Polizeikräfte in Art. 57 Abs. 4 VE-VStrR bzw. im erläuternden Bericht festzuhalten.

3. Kantonale Zwangsmassnahmengerichte

Was die Zuständigkeiten der Strafbehörden betrifft, schlägt der Vorentwurf vor, die geltende Ordnung grösstenteils beizubehalten. Künftig sollen jedoch die kantonalen Zwangsmassnahmengerichte alle Befugnisse übernehmen, die sie auch im ordentlichen Strafverfahren haben, einschliesslich der Entsiegelungsfälle, welche derzeit vom Bundesstraegericht behandelt werden (Art. 43 VE-VStrR). Dies würde zu einem erhöhten – namentlich personellen – Ressourcenbedarf der Kantone führen.

Die im VE vorgesehene Zuständigkeit der kantonalen Zwangsmassnahmengerichte lehnen wir ab. Aufgrund der verwaltungsstrafrechtlichen Delikte im Zusammenhang mit der Einreise in die Schweiz ist gerade für Grenzkantone mit einem erheblichen Mehraufwand zu rechnen, welcher mit den bestehenden personellen Ressourcen nicht aufgefangen werden könnte. Der konkrete Aufwand für die kantonalen Gerichte sowie allenfalls auch für die kantonalen Staatsanwaltschaften kann derzeit nicht abgeschätzt werden. Im erläuternden Bericht fehlen Angaben über die Anzahl und den Umfang der bisher vom Bundesstraegericht behandelten Fälle. Entsiegelungsverfahren nahmen in den letzten Jahren jedoch generell stark zu und können im Falle der Notwendigkeit von Triage(-verhandlungen) sehr aufwändig sein. Es ist daher damit zu rechnen, dass die Mehrbelastung der kantonalen Zwangsmassnahmengerichte zu einer markanten Verlängerung von Verfahren führen würde. Zwar ist vorgesehen, dass der Bund diese Dienstleistungen den Kantonen entschädigt. Die Höhe der finanziellen Abgeltung dürfte allerdings zu Dis-

kussionen zwischen dem Bund und einzelnen, stark betroffenen Kantonen führen. Eine Kantonalisierung widerspricht im Übrigen dem Ziel einer effizienteren Gestaltung des Verwaltungsstrafverfahrens.

Vielmehr ist ein Zwangsmassnahmengericht des Bundes (BZMG) zu schaffen, welches die kantonalen Zwangsmassnahmengerichte von den Verfahren der Bundesstraßbehörden nach StPO sowie von den Verfahren der Bundesverwaltungsbehörden im Verwaltungsstrafverfahren befreit. Sachlich bedeutet dies die stringente Trennung von Bundesverwaltungssachen und kantonalen Aufgaben auch im Zwangsmassnahmenbereich, womit auch dem Ziel der Schaffung eines modernen und effizienten Verwaltungsstrafverfahrens besser Rechnung getragen werden kann. Wird wider Erwarten von der Schaffung eines BZMG abgesehen, ist aus unserer Sicht auf den im VE vorgesehenen Zuständigkeitswechsel zu verzichten, d.h. die Beschwerdekammer des Bundesstrafgerichts ist weiterhin für das Siegelungsrecht zuständig und behält wie bisher die Entsiegelungskompetenz.

4. Kantonale Staatsanwaltschaften

Der Entwurf schlägt vor, im gerichtlichen Verfahren auf jegliche Zuständigkeit der Bundesanwaltschaft und der kantonalen Staatsanwaltschaften zu verzichten. Künftig sollen die Bundesverwaltungseinheiten allein die Anklage vor Gericht vertreten. Dies wird ausdrücklich begrüßt. Die jetzige Lösung mit der Weiterleitung der Anklagen durch die kantonalen Staatsanwaltschaften bringt weder eine Qualitätssicherung noch einen anderweitigen Mehrwert.

5. Angleichung an die Regelung der StPO und Geltung des StGB AT

Die möglichst weitgehende Angleichung an die materiellen und verfahrensrechtlichen Grundsätze des ordentlichen Strafrechts, insbesondere an die StPO, wird begrüßt. Die Unterschiede zwischen dem aktuellen Verwaltungsstrafrecht und der StPO führten in der Praxis zu unnötigem Mehraufwand. Begrüßt wird ausserdem die Beibehaltung des Grundsatzes, dass der Allgemeine Teil des StGB für das Verwaltungsstrafrecht gilt, unter Vorbehalt der Ausnahmen aufgrund der Besonderheiten des Verwaltungsstrafrechts. Prüfwert erscheint, ob für die Strafzumessung allenfalls eine einfachere Vorgehensweise als diejenige des StGB zu wählen ist.

6. Zuständigkeit zur Verfolgung von Straftaten nach SuG

Die Zuständigkeit zur Verfolgung und Beurteilung von Straftaten des Bundesgesetzes über Finanzhilfen und Abgeltungen vom 5. Oktober 1990 (SR 616.1; SuG) soll beim Bund verbleiben (vgl. erläuternder Bericht, S. 16, 18 ff.). Wir begrüßen, dass der Bundesrat die Option der Übertragung der Gerichtsbarkeit an die ordentliche Strafjustiz ablehnt. Sollte diese Zuständigkeit

letztlich doch auf die kantonale Strafgerichtsbarkeit übertragen werden, wäre dies mit einem zusätzlichen Ressourcenbedarf bei den Gerichten verbunden.

Für die Kenntnisnahme und Berücksichtigung unserer Stellungnahme danken wir Ihnen.



Freundliche Grüsse

Im Namen des Regierungsrates

Der Präsident:

A handwritten signature in blue ink, appearing to read "P. Strasser".

Patrick Strasser

Der Staatsschreiber:

A handwritten signature in blue ink, appearing to read "Bilger".

Dr. Stefan Bilger

Regierungsratsbeschluss

vom 30. April 2024

Nr. 2024/679

Vernehmlassungsverfahren zur Totalrevision des Bundesgesetzes über das Verwaltungsstrafrecht (VStrR) Schreiben an das Bundesamt für Justiz

1. Erwägungen

Die Staatskanzlei unterbreitet dem Regierungsrat das Schreiben an das Bundesamt für Justiz betreffend Vernehmlassung zur Totalrevision des Bundesgesetzes über das Verwaltungsstrafrecht (VStrR) zur Beratung und Beschlussfassung.

2. Beschluss

Auf Antrag der Staatskanzlei wird das Schreiben an das Bundesamt für Justiz betreffend Vernehmlassung zur Totalrevision des Bundesgesetzes über das Verwaltungsstrafrecht (VStrR) beschlossen.



Andreas Eng
Staatsschreiber

Beilage

Schreiben an das Bundesamt für Justiz vom 30. April 2024

Verteiler

Staatskanzlei
Staatskanzlei, Legistik und Justiz (3)
Departement des Innern
Finanzdepartement
Volkswirtschaftsdepartement
Obergericht
Gerichtskonferenz, p. Adr. Guido Walser, Amtsgerichtspräsident Thal-Gäu, Schmelzihof
Staatsanwaltschaft
Jugendanwaltschaft
Medien (elektronischer Versand durch STK Kommunikation)

Regierungsrat

Rathaus
Barfüssergasse 24
4509 Solothurn
so.ch

Per E-Mail

Bundesamt für Justiz
3003 Bern

info.strafrecht@bj.admin.ch

30. April 2024

Vernehmlassungsverfahren zur Totalrevision des Bundesgesetzes über das Verwaltungsstrafrecht (VStrR)

Sehr geehrter Herr Bundesrat,
sehr geehrte Damen und Herren

Wir nehmen Bezug auf Ihr Schreiben vom 31. Januar 2024 in oben genannter Angelegenheit, danken für die Gelegenheit zur Stellungnahme und äussern uns dazu gerne wie folgt:

A. Grundsätzliches

Die Notwendigkeit der Modernisierung respektive der Totalrevision des Bundesgesetzes über das Verwaltungsstrafrecht (inkl. Angleichung an die jüngere Schweizerische Strafprozessordnung [StPO; SR 312.0]) ist unbestritten.

Wir unterstützen die Entscheidung des Bundesrates, die Bestimmungen des Verwaltungsstrafrechts nicht in das Schweizerische Strafgesetzbuch (StGB; 311.0) bzw. die StPO zu überführen. Auch die beim Bund verbleibende Zuständigkeit zur Verfolgung und Beurteilung von Straftaten gemäss Bundesgesetz über Finanzhilfen und Abgeltungen (Subventionsgesetz, SuG; SR 616.1) begrüssen wir. Das Verwaltungsstrafrecht hat sich in den letzten Jahrzehnten bewährt. Die spezifischen Verfahrensregeln und der Vollzug durch Verwaltungseinheiten mit dem nötigen Fachwissen sind geeignet, den Besonderheiten der Lebenssachverhalte gebührend Rechnung zu tragen. Die Komplexität der vom Verwaltungsstrafrecht geregelten Tatbestände und damit der Spezialisierungsdruck auf die Vollzugsbehörden haben in den letzten Jahren zugenommen. Daran dürfte sich in Zukunft nichts ändern. Dies spricht klar gegen eine Integration des Verwaltungsstrafrechts in das ordentliche Straf- und Strafprozessrecht sowie gegen den Vollzug und die Ahndung durch die ordentlichen Strafverfolgungsbehörden.

Die Anklage vor Gericht soll neu von der eidgenössischen Verwaltungseinheit vertreten werden, nicht mehr von der Bundesanwaltschaft bzw. den kantonalen Staatsanwaltschaften, was wir als sachgerecht erachten. Die Verwaltungseinheit kann im Rahmen der Rechtshilfe die örtlich zuständige Kantonspolizei sowie im Rahmen der Bundesgerichtsbarkeit neu die Bundeskriminalpolizei (BKP) um Unterstützung ersuchen. Diesen werden neu im Wesentlichen dieselben verfahren-

rensrechtlichen Instrumente zur Verfügung gestellt, wie sie die StPO für ordentliche Strafverfahren kennt. Als Ausgleich zur vorgeschlagenen Stärkung der Beschuldigtenrechte sind diese Instrumente unerlässlich.

Aus den nachfolgend dargelegten Gründen regen wir jedoch an, die beabsichtigten Aufgabenzuweisungen an die Kantonspolizeien massgeblich zu reduzieren.

B. Bemerkungen zu einzelnen Bestimmungen

Artikel 56 und 57 VE-VStrR

Die Verpflichtung zur Rechtshilfe der Behörden des Bundes und der Kantone gegenüber den Verwaltungsstrafbehörden umfasst insbesondere die Auskunftserteilung und Akteneinsicht (Art. 56). Weder gegen diese noch gegen die verschiedenen Unterstützungsleistungen nach Artikel 57 Absätze 1, 2 und 3, erster Teil, sind Vorbehalte anzubringen. Mit dem zweiten Teilsatz von Absatz 3 und mit Absatz 4 hingegen wird der Umfang der von den Kantonspolizeien zugunsten der Verwaltungseinheiten im Rahmen der Rechtshilfe neu vorzunehmenden Untersuchungshandlungen erheblich und gleichsam unbegrenzt erweitert: Aufträge an die Polizei sollen zulässig sein, wenn spezifische Kenntnisse oder technische Einrichtungen eingesetzt werden müssen. Auch Einvernahmen sollen die Kantonspolizeien im Auftrag der Verwaltungseinheit durchführen (siehe auch Art. 111 VE-VStrR).

Im Unterschied zum Vorentwurf weisen die geltenden Artikel 19 f. VStrR der Kantonspolizei erheblich bescheidenere Aufgaben zu. Heute kommt der Polizei der Kantone und Gemeinden lediglich die Aufgabe der Vollzugsunterstützung zu, vor allem wenn Widerstand gegen die Verwaltungseinheit geleistet wird (Art. 20 Abs. 2 VStrR). Entsprechend dieser Aufgabenzuweisung obliegen nach geltendem Recht alle zulässigen Untersuchungshandlungen, Zwangsmassnahmen und damit verbundenen Vollzugstätigkeiten (Art. 37-61 VStrR) grundsätzlich der Verwaltungseinheit.

Die Polizei Kanton Solothurn (nachfolgend: KAPO) ist vorab für die Verhinderung und Aufklärung ordentlicher Straftaten im eigenen Kanton zuständig. Primär zu diesem Zweck stellt ihr der kantonale Gesetzgeber Ressourcen zur Verfügung. Diese genügen (knapp), um die öffentliche Sicherheit im Kanton angemessen zu gewährleisten. Bereits heute führt die gestiegene Anzahl von nationalen und internationalen Rechtshilfegesuchen sowie von Ermittlungen, welche die KAPO im Auftrag der Bundesanwaltschaft (BA) gestützt auf das Bundesgesetz über die Organisation der Strafbehörden des Bundes (StBOG; SR 173.71) vorzunehmen hat, zu Verzögerungen bei den Ermittlungstätigkeiten in Straffällen mit ausschliesslichem Solothurner Bezug. Bei einer weitergehenden Beanspruchung unseres Polizeikorps durch die Vornahme von Untersuchungshandlungen zu Gunsten der eidgenössischen Verwaltungsbehörden könnte die öffentliche Sicherheit im Kanton nicht mehr im gewohnten Mass gewährleistet werden. Dies gilt umso mehr, als dass das Verwaltungsstrafrecht «mit sehr hohen Fallzahlen zu tun» hat (vgl. Erläuternder Bericht, S. 2). Aufgrund der spezifischen Rechtsgebiete (namentlich die Gesetzgebung zum geistigen Eigentum oder zum Kulturgütertransfer) erachten wir die Durchführung der Untersuchungshandlungen durch ein mittelgrosses Korps zudem als ineffizient. Die KAPO wäre quantitativ und qualitativ überfordert. Der Verwaltungseinheit ist nicht gedient, wenn sie die erteilten Aufträge nicht sach- und fristgerecht erfüllen könnte. Dieser Umstand ist offensichtlich auch dem Bund bewusst (vgl. Erläuternder Bericht, S. 69). Es ist mitunter fraglich, ob sich eines der beabsichtigten Ziele der Vorlage, die Effizienzsteigerung, so wirklich erreichen lässt.

Unseres Erachtens sind die Untersuchungshandlungen primär von der Verwaltungseinheit selbst vorzunehmen. Im Rahmen von Artikel 39 VE-VStrR kann sie bei Bedarf an polizeilichem Know-how die BKP beiziehen. Im Rahmen der nationalen Rechtshilfe indessen darf ihr der Beizug der Kantonspolizeien nicht mit derselben Selbstverständlichkeit möglich sein, zumal einzelne Aufträge weit über die bis anhin zu leistende Vollzugsunterstützung hinausgehen dürften. Auf die faktische Begrenztheit der Möglichkeiten der KAPO müssen wir umso deutlicher hinweisen, als

das Bundesamt für Polizei (fedpol) seine Unterstützungsleistungen zu Gunsten der Kantonspolizeien bei den verdeckten Massnahmen immer mehr zurückfährt bzw. bereits in Aussicht gestellt hat, sie mittelfristig gar nicht mehr erbringen zu wollen.

Artikel 59 VE-VStrR

Rechtshilfe ist unentgeltlich zu leisten (Abs. 1). Der Bund vergütet den Kantonen die von ihm verursachten Kosten für erbrachte Unterstützungsleistungen i.S. von Artikel 57 Absatz 2 VE-VStrR. Dies ist löblich, dennoch lassen sich dadurch die für Unterstützungsleistungen eingesetzten personellen Ressourcen nicht 1:1 ersetzen. Diese benötigen wir für die präventive und repressive Kriminalitätsbekämpfung auf Kantonsgebiet. Für Untersuchungstätigkeiten, welche die BKP neu für die Verwaltungseinheiten zu erbringen hat, sieht der Bund ausdrücklich einen zusätzlichen Personalbedarf vor (vgl. Erläuternder Bericht, S. 192). Dies wäre wohl auch für die Kantonspolizeien nötig. Die Vorlage hat demnach (finanz-)politische Bedeutung.

Artikel 90 Absatz 2 VE-VStrR

Bei diesem Absatz ist der Text etwas durcheinandergeraten.

Artikel 153 ff. VE-VStrR

Wenn die Kantonspolizeien (vermehrt) und mit weitergehenden Untersuchungshandlungen als bislang beauftragt werden sollen, müssen sie auch über die Befugnis verfügen, bei Bedarf geeignete Zwangsmassnahmen angemessen einzusetzen. Die Bestimmungen sind dementsprechend zu begrüssen. Andererseits zeigt der eindrückliche Katalog an Zwangsmassnahmen, mit welchen die Verwaltungseinheit die KAPO allenfalls beauftragt, die zusätzlich zu erwartende Inanspruchnahme ihrer Mittel. Insbesondere der gesetzeskonforme Vollzug von Beschlagnahmeverfahren (Dokumentationspflicht, Aufbewahrung, Herausgabe) ist erfahrungsgemäss mit einem grossen Aufwand verbunden und bedarf sowohl der nötigen Personalressourcen als auch der entsprechenden Räumlichkeiten. Ausserdem sieht der Vorentwurf neu DNA-Analysen vor (Art. 186 ff. VE-VStrR). Die Probenahme, die weiteren erforderlichen Abläufe zur Sicherstellung beweisverwertbarer Analysen, die Kontrolle und das Löschmanagement sind ebenfalls mit erheblichem Aufwand verbunden. Dasselbe gilt für die erkennungsdienstliche Erfassung (Art. 189 ff. VE-VStrR).

Artikel 162 Absatz 4 VE-VStrR

Der zweite und der dritte Satz sind unnötig, da die Rechtsmittelmöglichkeit gegen die Ordnungsbussen bereits in Artikel 152 Absatz 2 VE-VStrR entsprechend geregelt ist.

Artikel 218 ff. VE-VStrR

Noch weit grösser als bei den Zwangsmassnahmen ist der Aufwand im Zusammenhang mit geheimen Überwachungsmaßnahmen. Es ist unbestritten sachgerecht, zur Aufklärung von Widerhandlungen gegen das Verwaltungsstrafrecht, sofern im Einzelfall nötig, neu auch die gängigen geheimen Überwachungsmaßnahmen anwenden zu dürfen. Allerdings sollten diese grundsätzlich durch die BKP und nicht durch die Kantonspolizeien durchgeführt werden. Auch bloss eine einzelne verdeckte Ermittlung, verdeckte Fahndung oder Observation ist derart personalintensiv, dass die KAPO aktuell kaum genügend Ressourcen hat, um diese Massnahmen in all denjenigen ordentlichen Strafverfahren durchzuführen, in denen sie eigentlich angezeigt wären. Für die Durchführung dieser Massnahmen gestützt auf das Gesetz über die Kantonspolizei (KapoG; BGS 511.11) fehlen die Ressourcen gänzlich. Wir erachten es nicht als opportun, den für solch spezifische Massnahmen zur Verfügung stehenden, unterdotierten Personalbestand für Untersuchungen von Verwaltungseinheiten des Bundes einzusetzen.

Artikel 290 Absatz 5 VE-VStrR

Dieser Artikel entspricht wortwörtlich dem bisherigen Artikel 90 Absatz 2 VStrR. Nicht weiter spezifiziert werden selbständige Nachverfahren. Dort muss von der Anwendbarkeit von Artikel 363 ff. StPO ausgegangen werden.

Artikel 300 Absatz 1 VE-VStrR

Diese Bestimmung zur Kostenvergütung des Bundes an den Kanton übernimmt die geltende Regelung von Artikel 98 Absatz 1 VStrR. Eine solche Entschädigung durch den Bund ist namentlich auch für die vorgesehene Änderung, wonach die kantonalen Zwangsmassnahmengerichte für verwaltungsstrafrechtliche Fälle (inkl. Entsiegelungsfälle, die im Moment vom Bundestrafgericht behandelt werden) als Zwangsmassnahmengerichte des Bundes fungieren sollen, vorgesehen. Dies wird begrüsst.

Gerne hoffen wir auf eine Berücksichtigung unserer Anliegen im weiteren Gesetzgebungsverfahren.

Mit freundlichen Grüssen

IM NAMEN DES REGIERUNGSRATES

sig.
Peter Hodel
Landammann

sig.
Andreas Eng
Staatsschreiber



6431 Schwyz, Postfach 1260

per E-Mail

Eidgenössisches Justiz- und
Polizeidepartement (EJPD)
info.strafrecht@bj.admin.ch

Schwyz, 9. April 2024

Totalrevision des Verwaltungsstrafrechts

Vernehmlassung des Kantons Schwyz

Sehr geehrter Herr Bundesrat

Mit Schreiben vom 9. Januar 2024 haben Sie die Kantonsregierungen eingeladen, zur oben erwähnten Vernehmlassungsvorlage bis 16. April 2024 Stellung zu nehmen.

Das Bundesgesetz vom 22. März 1974 über das Verwaltungsstrafrecht (VStrR, SR 313.0) trat am 1. Januar 1975 in Kraft. Es kommt zur Anwendung, wenn eine Verwaltungseinheit Straftaten verfolgen und beurteilen muss. Seit Inkraftsetzung gab es 21 punktuelle Änderungen, wurde aber nie totalrevidiert. Es wurde insbesondere auch von der im Jahr 2007 verabschiedeten Vereinheitlichung des Strafprozessrechts ausgenommen, weil sein Einbezug zu viel Zeit in Anspruch genommen hätte.

Der Kanton Schwyz unterstützt die vorliegende Totalrevision des Verwaltungsstrafrechts. Die im ordentlichen Strafrecht anwendbaren Grundsätze wurden richtigerweise übernommen und nur jene Bereiche abweichend geregelt, welche spezifisch verwaltungsstrafrechtlicher Natur sind.

Wir danken Ihnen für die Gelegenheit zur Stellungnahme und versichern Sie, Herr Bundesrat, unserer vorzüglichen Hochachtung.

Im Namen des Regierungsrates:

André Rüeggsegger
Landammann



Dr. Mathias E. Brun
Staatsschreiber

Kopie an:

- die Schwyzer Mitglieder der Bundesversammlung.

Staatskanzlei, Regierungskanzlei, 8510 Frauenfeld

Eidgenössisches Justiz- und
Polizeidepartement (EJPD)
Herr Beat Jans
Bundesrat
Bundeshaus West
3003 Bern

Frauenfeld, 30. April 2024
329

Totalrevision des Verwaltungsstrafrechts

Vernehmlassung

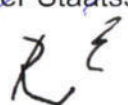
Sehr geehrter Herr Bundesrat

Wir danken Ihnen für die Möglichkeit der Stellungnahme zum Entwurf für eine Totalrevision des Bundesgesetzes über das Verwaltungsstrafrecht und das Verwaltungsstrafverfahren (VStrR; SR 313.0) und teilen Ihnen mit, dass wir mit der Vorlage einverstanden sind. Da die Verwaltungsbehörden aufgrund des Entwurfs mehr Kompetenzen erhalten, wird auch eine zweckmässige Ausbildung, vergleichbar mit der staatsanwaltlichen Ausbildung, notwendig werden. Bezüglich der von Ihnen gestellten Frage nach den Kostenfolgen können hierzu keine genauen Angaben gemacht werden. Eine gewisse Kostensteigerung dürfte mit der Vorlage verbunden sein. Dies gilt insbesondere für das Zwangsmassnahmengericht, das mit neuen Aufgaben befasst sein wird. Auf der anderen Seite können die Kantone nach Art. 300 des Entwurfs vom Bund die Erstattung der Kosten für die von ihrem Zwangsmassnahmengericht wahrgenommenen Aufgaben verlangen, was sich kompensierend auswirken dürfte.

Mit freundlichen Grüssen

Der Präsident des Regierungsrates

Der Staatsschreiber

Numero
2305

sl

0

Bellinzona
8 maggio 2024

Consiglio di Stato
Piazza Governo 6
Casella postale 2170
6501 Bellinzona
telefono +41 91 814 41 11
fax +41 91 814 44 35
e-mail can@ti.ch
web www.ti.ch

Repubblica e Cantone
Ticino

Il Consiglio di Stato

Signor
Beat Jans
Consigliere federale
Dipartimento federale di giustizia e polizia
Palazzo federale Ovest
3003 Berna

infostrafrecht@bj.admin.ch (Word e PDF)

Procedura di consultazione concernente la revisione totale della legge sul diritto penale amministrativo (DPA)

Signor Consigliere federale,
gentili Signore ed egregi Signori,

vi ringraziamo per l'opportunità di esprimerci sul progetto della nuova Legge federale sul diritto penale amministrativo e la procedura penale amministrativa (DPA) posto in consultazione presso i Cantoni e gli altri soggetti interessati. L'avamprogetto, unitamente al rapporto esplicativo, è stato da noi esaminato in collaborazione con il Ministero pubblico cantonale e l'Ufficio dei Giudici dei provvedimenti coercitivi cantonale.

Ringraziando per l'opportunità che ci viene offerta di esprimere il nostro parere, formuliamo le seguenti osservazioni.

1. Considerazioni generali

Il Consiglio di Stato prende atto che l'avamprogetto della nuova legge federale sul diritto penale amministrativo (in seguito: AP-DPA) persegue il duplice obiettivo di aggiornare l'attuale procedura di diritto penale amministrativo, risalente al 1974 e da allora mai revisionata (salvo alcune modifiche puntuali), al contesto attuale del perseguimento penale, e di conformarlo ai principi iscritti nel ben più recente Codice di procedura penale ordinario (CPP; RS 312.0), entrato in vigore il 1° gennaio 2011 e nel frattempo già oggetto di numerosi emendamenti. Dal momento che le autorità di perseguimento e giudizio sono sovente, tanto a livello federale che a quello cantonale, chiamate a mettere in pratica simultaneamente le due procedure, questa armonizzazione è valutata in linea generale positivamente.

L'infrascritto Consiglio non intende in questa sede rimettere in discussione la mancata integrazione della procedura penale amministrativa all'occasione dell'elaborazione del nuovo CPP negli anni 2000, a suo tempo decisa per evitare ulteriori ritardi nella messa in vigore di quest'ultimo codice, trattandosi oramai di un fatto acquisito.

La presente presa di posizione si concentrerà invece sui temi di rilevanza pratica per le autorità cantonali di polizia, di perseguimento penale e di giudizio.

2. Conseguenze a livello cantonale

2.1. Polizia cantonale

L'AP-DPA mantiene la possibilità per le autorità amministrative federali di far capo al sostegno delle polizie cantonali, mediante l'istituto dell'assistenza giudiziaria fra autorità federali e cantonali (v. art. 55 cpv. 3 che rimanda all'art. 57 cpv. 3 AP-DPA, corrispondente nel suo significato al vigente art. 20 cpv. 2 DPA). La nuova legge introduce però la possibilità di conferire sin dall'inizio la conduzione delle indagini anche alla polizia giudiziaria federale (art. 39 AP-DPA). Dal momento che l'avamprogetto in esame non indica un criterio preciso per l'attribuzione delle indagini fra le polizie cantonali e la Polizia giudiziaria federale - il rapporto esplicativo limitandosi a commentare che "*si deciderà di fare ricorso alle prime o alla seconda sulla base di considerazioni di efficacia*" (v. punto 3.1.2, pag. 11) - non è ancora ben dato di sapere in che misura questa normativa porterà a un effettivo sgravio dei compiti delle polizie cantonali.

All'occasione dell'introduzione nella legge del nuovo art. 39 AP-DPA, ritenuta comunque positiva, a mente di questo Esecutivo avrebbe tuttavia avuto senso indicare una competenza primaria per la Polizia giudiziaria federale, che può operare nelle tre lingue nazionali e dispone di sedi distaccate in tutte le regioni linguistiche, relegando quella delle polizie cantonali a competenze secondarie o d'emergenza. In questo contesto l'Esecutivo cantonale monitorerà l'impatto delle richieste sulle risorse della Polizia cantonale per rapporto sia alle richieste di supporto (segnatamente nell'ambito tecnico) sia all'attribuzione delle indagini. Considerato come le risorse in parola non siano oggi strutturate per supportare in maniera sistematica le attività delle varie unità amministrative inquirenti federali, lo scrivente Consiglio si riserva la facoltà di procedere a una fatturazione che possa compensare eventuali aggravii significativi sulle risorse della Polizia cantonale.

2.2. Ministero pubblico cantonale

Il Consiglio di Stato accoglie favorevolmente la soppressione delle competenze dei pubblici ministeri cantonali nella procedura penale amministrativa federale; secondo l'AP-DPA, se il merito della causa dovrà essere giudicato da un tribunale, sarà la stessa unità amministrativa federale inquirente ad adire direttamente il tribunale competente e a promuovere l'accusa nel procedimento giudiziario (art. 276 e segg. AP-DPA). L'unità amministrativa medesima potrà disporre anche dell'abbandono totale o parziale del procedimento (art. 261 AP-DPA).

2.3. Tribunali penali cantonali

L'avamprogetto della nuova legge mantiene, come l'attuale DPA, la competenza di principio dei tribunali penali cantonali per il giudizio di merito quando l'unità amministrativa prevede che possa entrare in conto per l'indagato la comminazione di pena detentiva o una di misura privativa della libertà o ancora un'espulsione ai sensi degli art. 66a e 66a^{bis} del Codice penale (art. 41 AP-DPA).

Il Consiglio di Stato reputa che il mantenimento di questa ripartizione dicotomica delle competenze (unità amministrativa federale per il perseguimento e la promozione dell'accusa e tribunale cantonale per il giudizio di merito) sia anacronistica e illogica. Al momento in cui l'originaria DPA era stata messa in vigore (1974) non esisteva una giustizia penale federale di primo e secondo grado, oggi invece ben rappresentata dal Tribunale penale federale, che dispone di una Corte penale, di una Corte dei reclami penali e di una Corte d'appello. Se l'intervento dei tribunali penali cantonali si poteva giustificare nel periodo in cui non esisteva una giustizia penale federale (salvo i rarissimi casi giudicati in istanza unica dal Tribunale federale), al giorno d'oggi questo intervento non ha più ragione d'essere.

Per i suesposti motivi, si invitano pertanto le autorità federali a considerare la possibilità di una modifica degli artt. 41 e 42 dell'AP-DPA che contempra l'abolizione di ogni residua competenza di merito dei giudici cantonali a favore di quella esclusiva del Tribunale penale federale.

2.4. Ufficio cantonale del giudice dei provvedimenti coercitivi

L'avamprogetto in esame prevede di attribuire ai giudici dei provvedimenti coercitivi dei Cantoni tutti i provvedimenti coercitivi previsti nella legge, ivi comprese le procedure di levate dei sigilli nelle cause di diritto penale amministrativo, attualmente svolte dalla Corte dei reclami penali del Tribunale penale federale (v. art. 181 AP-DPA).

Questa proposta non può essere condivisa dal Consiglio di Stato che postula, al contrario, la creazione di un Ufficio federale dei giudici dei provvedimenti coercitivi, che si occuperebbe non solo degli incarti fondati sulla DPA ma anche quelli fondati sul CPP.

Oggi la Corte dei reclami penali del Tribunale penale federale funge da autorità unica di verifica e di reclamo nell'ambito delle inchieste penali amministrative federali, ciò che consente di mantenere un'unità di prassi. Ribaltando tali compiti sui Giudici dei provvedimenti coercitivi cantonali, i quali sono già sufficientemente sollecitati, v'è il rischio di creare almeno 26 prassi, senza un reale vantaggio né per le inchieste né per la ricerca della verità materiale.

Il rapporto esplicativo (p. 112) motiva quindi la scelta legislativa di gravare ulteriormente le Autorità cantonali con l'opportunità di armonizzare la procedura prevista nella nuova DPA con quella del CPP anche nell'ambito della levata dei sigilli, senza spingersi tuttavia oltre nel ragionamento. A temperare l'assunzione di questi nuovi oneri da parte dei Giudici dei provvedimenti coercitivi cantonali non vi è nel rapporto esplicativo (v. pag. 55) che un generico rimando al nuovo art. 300 AP-DPA, che prevede il rimborso ai Cantoni delle spese per queste prestazioni da parte della Confederazione; frase questa acriticamente

ripresa dall'attuale art. 98 DPA ma non adattata alla nuova situazione di maggior carico di lavoro che ne deriverebbe per le autorità cantonali. Reputiamo dunque che la compensazione degli oneri della Confederazione verso i Cantoni dovrà essere maggiormente approfondita qualora effettivamente dovesse entrare in gioco il Giudice dei provvedimenti coercitivi per il DPA (ciò che, come detto, lo scrivente Consiglio propone comunque di respingere). Attualmente, nel momento in cui viene coinvolto un Giudice dei provvedimenti coercitivi, ossia durante l'inchiesta preliminare, non è ancora prevedibile l'esito della procedura (la quale potrebbe concludersi anche con un abbandono). Riteniamo pertanto che occorra, come detto, adattare la normativa attuale alla nuova situazione e che debba perciò essere adottata una normativa analoga all'art. 65 LOAP, che è di facile applicazione: il rimborso della Confederazione dovrà avvenire a prescindere dal possibile esito e dalla solvibilità dell'eventuale condannato, come per i procedimenti penali federali. Un rimborso che deve tenere conto, qualora non fosse creato il nuovo Ufficio federale, anche della mancata assunzione di costi afferenti la creazione e il funzionamento della nuova autorità giudiziaria (personale, infrastruttura).

Ribadiamo quindi come a mente di questo Esecutivo, l'adozione della nuova procedura di diritto penale amministrativo dovrebbe essere l'occasione per creare un Ufficio federale dei giudici dei provvedimenti coercitivi, che si occuperebbe non solo degli incarti fondati sulla DPA ma anche quelli fondati sul CPP. La creazione di una simile autorità era stata discussa all'occasione dell'elaborazione del nuovo CPP nei primi anni 2000, ma poi scartata per motivi di opportunità finanziaria, preferendo semplicisticamente delegare tale compito alle preposte autorità cantonali anche per le procedure condotte dal Ministero pubblico della Confederazione. Su questo specifico tema, la scrivente Autorità non può che allinearsi all'opinione della Conferenza delle direttrici e dei direttori dei dipartimenti cantonali di giustizia e polizia secondo le quali l'istituzione di un Ufficio dei giudici dei provvedimenti coercitivi a livello federale porterebbe, oltre che a un notevole sgravio dei corrispondenti uffici cantonali di incarti gravosi, a eliminare l'attuale, insoddisfacente commistione di autorità cantonali e federali in una medesima procedura, sia essa di diritto penale ordinario che di diritto penale amministrativo. Teniamo in questo contesto a far notare come per esempio le procedure di dissigillamento possono essere molto impattanti sull'attività abituale di un Ufficio del Giudice dei provvedimenti coercitivi. La stessa Corte dei reclami penali del Tribunale penale federale nel Rapporto di gestione 2021 afferma *“Sul tasso di evasione dei casi (...) ha fortemente pesato l'ingente dispendio di tempo lavorativo rivelatosi necessario per la trattazione di pochi ma grossi casi di levata dei sigilli nell'ambito del diritto penale amministrativo (...) La soglia di due anni è stata oltrepassata soltanto per l'evasione di una delle sopraccitate procedure di levata dei sigilli, comprendente lo spoglio di più di 100'000 file”* (v. p. 40). La creazione di un Ufficio unico federale permetterebbe quindi di garantire l'unità di prassi, un'efficienza ed efficacia nella gestione celere di questa tipologia specialistica di incarti, con un evidente vantaggio per le inchieste e la ricerca della verità materiale, a beneficio della Giustizia.

Al contrario, si ribadisce che l'eventuale attribuzione dell'attività ai Cantoni imporrà con tutta evidenza alla Confederazione di indennizzare totalmente l'effettivo importante onere che queste procedure ingenerano ai Cantoni.

RG n. 2305 del 8 maggio 2024

Vogliate gradire, Stimato Consigliere federale, gentili signore, egregi signori, i sensi della nostra massima stima.

PER IL CONSIGLIO DI STATO

Il Presidente

Christian Vitta

Il Cancelliere

Arnoldo Coduri

Copia a:

- Direzione del Dipartimento delle istituzioni (di-dir@ti.ch)
- Segreteria generale del Dipartimento delle istituzioni (di-sg.ap@ti.ch)
- Divisione della giustizia (di-dg@ti.ch)
- Polizia cantonale (polizia-segr@polca.ti.ch)
- Deputazione ticinese alle Camere federali (can-relazioniesterne@ti.ch)
- Pubblicazione in Internet



Landammann und Regierungsrat des Kantons Uri

Bundesamt für Justiz BJ
Bundesrain 20
3003 Bern

Totalrevision des Verwaltungsstrafrechts (VStrR)

Sehr geehrter Herr Direktor
Sehr geehrte Damen und Herren

Mit Schreiben vom 31. Januar 2024 hat das Eidgenössische Justiz- und Polizeidepartement EJPD den Regierungsrat im Rahmen eines Vernehmlassungsverfahrens eingeladen, zur Totalrevision des Bundesgesetzes über das Verwaltungsstrafrecht (VStrR) Stellung zu nehmen.

Der Regierungsrat begrüsst die Vorlage, die bezweckt, das Verwaltungsstrafverfahren zu modernisieren. Einerseits werden die geltenden Grundsätze des allgemeinen Teils des Strafgesetzbuchs (StGB) - mit einigen notwendigen Ausnahmen - übernommen, andererseits wird das Verwaltungsstrafrecht, unter Berücksichtigung gewisser Eigenheiten der Verwaltungsrechtspflege und des materiellen Verwaltungsstrafrechts in den Spezialgesetzen, den geltenden Bestimmungen der mittlerweile bereits revidierten Schweizerischen Strafprozessordnung (StPO) angepasst.

Insbesondere begrüssen wir, dass die bestehende Verwaltungsstrafgerichtsbarkeit beibehalten werden soll. Damit werden die kantonalen Staatsanwaltschaften auch künftig von der Bearbeitung einer Vielzahl von Fällen, die fundiertes Wissen in unterschiedlichen Bereichen erfordert, entlastet. Auch erachten wir die neue Regelung in Artikel 276 Absatz 1 VStrR, wonach die Verwaltung das zuständige Gericht direkt anruft, als zweckmässig. Zudem halten wir die neue Regelung in Artikel 45 VStrR, wonach strafbare Handlungen von Jugendlichen nicht mehr durch die Verwaltung, sondern durch die zuständige Behörde der Jugendrechtspflege untersucht und beurteilt werden, als angezeigt.

Weiter sehen die neuen Bestimmungen weder eine Änderung des bestehenden Systems noch die

Schaffung von neuen Behörden vor. Zudem können die Kantone vom Bund die Erstattung der Prozess- und Vollzugskosten, welche die verurteilte Person nicht bezahlen kann, der Kosten für die von ihren Zwangsmassnahmengerichten wahrgenommenen Aufgaben sowie anderer ausserordentlicher Kosten einfordern. Die personellen und finanziellen Auswirkungen auf den Kanton Uri dürften deshalb marginal sein.

Sehr geehrter Herr Direktor, sehr geehrte Damen und Herren, wir danken Ihnen für die Gelegenheit zur Stellungnahme und grüssen Sie freundlich.

Altdorf, 26. April 2024



Im Namen des Regierungsrats

Der Landammann

Urs Janett

Der Kanzleidirektor

Roman Balli



CONSEIL D'ETAT

Château cantonal
1014 Lausanne

Monsieur le Conseiller fédéral
Beat Jans
Chef du Département fédéral de justice et
police
Palais fédéral ouest
3003 Berne

Par courriel à :
info.strafrecht@bj.admin.ch

Réf. : 24_COU_737

Lausanne, le 1^{er} mai 2024

Révision totale de la loi sur le droit pénal administratif : ouverture de la procédure de consultation

Monsieur le Conseiller fédéral,

Le Conseil d'Etat du Canton de Vaud remercie le Département fédéral de justice et police de l'avoir consulté sur l'avant-projet de loi cité en titre.

Après avoir mené une large consultation auprès des organismes et des institutions concernés du canton, il a l'honneur de vous faire part de ses déterminations.

Le Conseil d'Etat est favorable à l'avant-projet de loi sur le droit pénal administratif et la procédure pénale administrative (AP-DPA). Il est néanmoins d'avis que certains points devront être affinés dans la suite du processus législatif.

Dans un premier temps, le Conseil d'Etat salue :

- le maintien de la compétence des unités administratives pour poursuivre et juger les infractions du droit pénal administratif (dès lors que, selon le rapport explicatif, un transfert de ces missions aux autorités de poursuite pénale ordinaires entraînerait des conséquences très importantes sur leur organisation et leurs coûts de fonctionnement) ;
- le maintien de la compétence de principe des autorités judiciaires cantonales pour le jugement au fond lorsqu'une peine privative de liberté ou une mesure privative de liberté ou une expulsion doit être envisagée, et de la compétence de la Cour des plaintes du Tribunal pénal fédéral pour juger des plaintes contre les actes de procédure ;

- le maintien de la possibilité pour les unités administratives de recourir directement au soutien des polices cantonales, par le biais de l'entraide judiciaire, avec une adjonction permettant à ces unités de recourir également à la police judiciaire fédérale ;
- le maintien de l'applicabilité de la partie générale du code pénal au droit pénal administratif, sous réserve des dérogations commandées par les particularités de cette matière ;
- la modernisation de la procédure sous la forme d'un alignement de principe sur le CPP. En effet, le CPP a unifié le droit de procédure pénale en établissant des standards applicables aux procédures cantonales aussi bien que fédérales. Il a en outre fait l'objet d'une révision le 17 juin 2022 (FF 2022 1560). Il doit donc constituer la référence. Le droit pénal administratif ne dérogera ainsi au CPP que dans la mesure nécessaire pour tenir compte de ses spécificités.

Le Conseil d'Etat émet néanmoins les réserves suivantes.

I. Chapitres : Conséquences

D'une manière générale, les chiffres 5.1 (conséquences pour la Confédération) et 5.2 (conséquences pour les Cantons) du chapitre conséquences manquent de données chiffrées. Ainsi, le nombre de dossiers qui seraient concernés par les modifications apportées aux règles de compétences, avec pour conséquence que leur traitement échoirait désormais aux cantons, par l'intermédiaire de leurs autorités pénales de jugement et de leurs tribunaux de mesures de contraintes (TMC), n'est pas estimé. Ces éléments seraient pourtant indispensables pour permettre aux gouvernements cantonaux d'appréhender pleinement les conséquences du projet. En particulier, il semble possible que les TMC subissent une augmentation importante de leur charge de travail. Or, le projet n'assure pas que les coûts supplémentaires pour les cantons soient couverts.

II. Transfert de compétences de la Confédération vers les cantons

a. Article 41 AP-DPA Compétence de l'autorité de jugement

Comme relevé ci-dessus, les compétences actuellement dévolues aux juridictions cantonales demeurent. En revanche, l'article 41 AP-DPA, ne reprend plus l'art. 21 al. 3 DPA en vigueur, permettant au Conseil fédéral de déférer une affaire de droit pénal administratif à la Cour des affaires pénales du Tribunal pénal fédéral (TPF) lorsqu'elle est considérée comme trop complexe/importante pour relever de la juridiction cantonale. Il serait désormais considéré que les autorités judiciaires cantonales sont organisées de manière à pouvoir exercer cette compétence avec la qualité requise. Il en résulterait que certaines affaires jugées conséquentes par le Conseil fédéral et anciennement dévolues à la Cour des affaires pénales du TPF ressortiraient de la compétence des tribunaux cantonaux, conformément à l'article 41, alinéa 1 AP-DPA. Le rapport ne précise en

revanche pas le volume d'affaires concernées. Or, celui-ci doit à tout le moins pouvoir être estimé sur la base du nombre d'affaires qui ont été déléguées à la Cour des affaires pénales du TPF au cours des dernières années.

Le Conseil d'Etat souhaite donc que des précisions soient apportées sur le nombre de dossiers touchés par les nouvelles compétences qui seraient confiées aux autorités de jugement par l'article 41, alinéas 1 et 2 AP-DPA.

b. Transfert de compétences au Tribunal des mesures de contrainte

Bien que l'AP-DPA ait d'emblée exclu un transfert total de compétences des autorités administratives fédérales aux autorités pénales ordinaires de la poursuite et du jugement, le projet propose de confier au TMC l'ensemble des compétences de décision qui lui appartiennent déjà en procédure pénale ordinaire, y compris celles qui sont actuellement exercées par la Cour des plaintes du TPF en matière de levée des scellés. En d'autres termes, toutes les compétences que le CPP confie au TMC seraient également confiées à ce tribunal en procédure pénale administrative, y compris en matière de levée des scellés (art. 181 al. 1 AP-DPA). Le TMC du canton agirait sur délégation de la Confédération, la compétence *ratione loci* se déterminant selon les mêmes règles que celle du tribunal compétent pour juger l'affaire sur le fond (art. 44 AP-DPA).

Les mesures de contrainte seraient ainsi réglées de manière cohérente et uniforme pour tout le domaine du droit pénal administratif. Désormais, les tribunaux des mesures de contrainte des cantons fonctionneraient en tant que tribunaux des mesures de contrainte de la Confédération pour les affaires de droit pénal administratif, y compris pour les procédures de levée des scellés actuellement assumées par le Tribunal pénal fédéral.

Sur le fond, cette volonté d'uniformisation peut être soutenue. Cependant, son impact sur les cantons est étroitement corrélé à la quantité d'affaires concernées. Or, à ce stade de la démarche, aucun chiffre n'a été articulé à ce propos. L'expérience montre pourtant que certaines procédures en matière de mesures de contrainte, particulièrement celles qui concernent la levée de scellés, nécessitent des ressources considérables, en raison de leur complexité technique.

Ces questions sont d'autant plus importantes que l'étendue et les conditions précises du mécanisme de remboursement de frais par la Confédération prévu à l'article 300 AP-DPA restent peu clairs. Par ailleurs, le Canton de Vaud observe que le mécanisme comparable prévu par l'article 65, alinéa 4 de la loi sur l'organisation des autorités pénales de la Confédération (LOAP ; RS 173.71) ne permet pas de couvrir les coûts de fonctionnement du TMC, pour les dossiers relevant de la juridiction fédérale que ce tribunal traite.

Le Conseil d'Etat souhaite donc que des précisions soient apportées sur le nombre estimé de dossiers nouveaux qui devraient être traités par le TMC en cas d'adoption des articles 43 et 44 AP-DPA.

III. Financement des transferts de compétence – article 300 AP-DPA

La question du défraiement des juridictions vaudoises pour le traitement d'affaires de droit pénal administratif, déjà évoquée ci-dessus en lien avec le transfert au TMC de compétences en matière de mesures de contrainte, se pose de façon plus générale. L'article 300, alinéa 1 AP-DPA prévoit que le canton pourrait demander à la Confédération le remboursement des frais liés aux tâches assumées par son tribunal des mesures de contrainte, ainsi que des frais des procès et d'exécution auxquels le prévenu n'a pas été condamné ou que le condamné est dans l'impossibilité de payer. Cette disposition potestative reste peu précise et laisse craindre, en l'état, que les cantons ne soient pas entièrement défrayés, par l'intermédiaire d'un processus simple et rapide, pour les coûts supplémentaires que la modification de la DPA va indubitablement engendrer. Par exemple, s'il leur revient d'établir qu'un condamné n'est pas en mesure de payer les frais judiciaires pour que la Confédération entre en matière, ils devront réaliser des procédures de recouvrement fastidieuses, qui occasionneront des coûts significatifs, dont rien n'indique qu'ils seraient aussi pris en charge.

La mise en œuvre du transfert de compétences au TMC en matière de mesures de contrainte et l'élargissement des compétences des autorités pénales en matière de jugement nécessiterait de prévoir des modalités précises et simples de prise en charge, par la Confédération, des frais supplémentaires que cette réforme occasionnerait pour les cantons. De ce point de vue, l'article 300 de l'AP-DPA apparaît encore insatisfaisant.

IV. Remarques complémentaires

a. Article 7 AP-DPA

La révision de la responsabilité pénale de la personne morale, telle qu'envisagée à l'article 7 AP-DPA, soulève certaines questions.

Cette disposition consacre une responsabilité pénale objective de la personne morale, à savoir indépendante de toute faute de sa part. Cette responsabilité causale est déjà prévue dans le système actuel lorsque les mesures d'instruction pour identifier les personnes physiques responsables seraient « hors-proportion ». Toutefois, dans le droit actuellement en vigueur, l'application de cette responsabilité causale est limitée aux configurations dans lesquelles l'amende n'excéderait pas CHF 5'000.-, soit à des configurations que l'on pourrait qualifier de « bagatelle ». L'avant-projet porte désormais ce plafond à un montant de CHF 50'000.-. Il apparaît difficilement défendable que la personne morale puisse être condamnée à des amendes pouvant atteindre de tels montants sans qu'aucune faute ne puisse lui être reprochée, pour des raisons de simplification du travail d'instruction de l'unité administrative. Pour mémoire, la responsabilité causale de l'article 7 DPA a été souvent critiquée, car contraire au principe de culpabilité régissant le droit pénal, étant rappelé que, pour sa part, le principe de la responsabilité pénale de la personne morale introduit dans la partie générale du code

pénal suisse à l'art. 102 CP suppose bien une faute, soit un manque d'organisation. Cela vaut tant pour la responsabilité pénale subsidiaire (art. 102 al. 1 CP) que pour la responsabilité pénale primaire (art. 102 al. 2 CP). Ainsi, dans son arrêt ATF 142 IV 333, le Tribunal fédéral a précisément rappelé que l'art. 102 CP n'instituait pas de responsabilité causale et que tel n'était pas le but poursuivi par le législateur.

Ainsi, le Conseil d'Etat n'est pas convaincu par les motifs invoqués à l'appui de la proposition d'augmenter le montant de l'amende prévu à l'article 7 AP-DPA.

b. Refus de témoigner – Elargissement de la liste

Les médiateurs remplissent de plus en plus le rôle d'auxiliaires de justice. L'on peut à ce titre se poser la question de la pertinence de mettre les personnes qui ont recours à leurs services sous la protection du secret professionnel.

Le Conseil d'Etat profite donc de la présente consultation pour suggérer au DFJP d'examiner la possibilité d'ajouter les médiateurs à la liste des professionnels soumis au secret professionnel par l'article 321 CP et corollairement, de les incorporer à la liste des personnes en mesure de refuser de témoigner dans les normes ad hoc de l'AP-DPA et du CPP.

* * *

En vous remerciant de l'accueil que vous réserverez aux présentes observations du Canton de Vaud, nous vous prions d'agréer, Monsieur le Conseiller fédéral, l'expression de notre considération distinguée.

AU NOM DU CONSEIL D'ETAT

LA PRESIDENTE



Christelle Luisier Brodard

LE CHANCELIER



Michel Staffoni

Copies

- OAE
- DGAIC



2024.01698

P.P. CH-1951
Sion

Poste CH SA

Monsieur Beat Jans
Conseiller fédéral
Chef du Département fédéral de justice et
police
Palais fédéral ouest
3003 Berne



Notre réf. ES

Date **- 1 MAI 2024**

Consultation sur l'avant-projet de révision totale de la loi sur le droit pénal administratif (AP-DPA)

Monsieur le Conseiller fédéral,

Le Conseil d'Etat valaisan vous remercie de l'avoir consulté sur l'avant-projet cité en exergue et vous communique, ci-après, sa détermination.

Le Conseil d'Etat valaisan salue l'avant-projet de révision, en ce qu'il répond aux garanties de procédure pénale et modernise la procédure pénale administrative en l'alignant sur celle prévue par le code de procédure pénale (CPP), notamment s'agissant de la réglementation des mesures de contrainte.

De même, il approuve le plafond fixé à 50'000 fr. au-delà duquel il n'est plus possible de sanctionner une entreprise sans faute de sa part (art. 7 AP-DPA), compte tenu de l'exigence d'un rapport disproportionné entre la gravité de l'infraction et les mesures d'instruction à mener contre les personnes physiques punissables, et du fait que le montant de l'amende doit être fixé au regard de la gravité de l'affaire. En effet, il partage l'avis selon lequel une infraction sanctionnée par une amende de 100'000 fr. ne constitue plus une affaire de peu de gravité et réclame par conséquent que des mesures d'instruction soient menées contre les personnes physiques punissables.

Il déplore néanmoins que les remarques émises par les praticiens s'agissant de la procédure en matière de scellés entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2024 suite à la révision du CPP n'aient pas été prises en compte dans l'avant-projet et que celui-ci reprenne sans modifications les articles 248 et 248a CPP aux articles 180 et 181 AP-DPA.

En outre, le Conseil d'Etat valaisan s'oppose fermement à un transfert de compétences de la Cour des plaintes du Tribunal pénal fédéral (TPF) vers les tribunaux de mesures de contraintes (TMC) cantonaux pour les motifs suivants. En premier lieu, la charge de travail des TMC cantonaux – déjà surchargés par l'exécution des tâches dévolues par le CPP – augmentera de manière significative, compte tenu du fait qu'ils seront seuls compétents en matière de mesures de contrainte du DPA, et ce malgré le nombre restreint de dossiers qui seront à traiter. En effet, les procédures de levées de scellés sont particulièrement chronophages, vu la masse souvent colossale de documents sous forme papier et / ou sous forme électronique à trier. De plus, cette surcharge supplémentaire de travail risque de se répercuter sur le traitement des autres dossiers relevant du CPP, soit en particulier sur la durée des procédures menées par les ministères publics cantonaux.



En second lieu, le remboursement des frais prévu à l'article 300 AP-DPA – qui seront sans doute calculés selon la loi fixant le tarif des frais et dépens devant les autorités judiciaires ou administratives (LTar ; RS/VS 173.8) en vertu de l'article 2 de l'ordonnance du 25 novembre 1974 sur les frais et indemnités en procédure pénale administrative (RS 313.32) – ne suffira pas à couvrir les nouvelles charges liées aux tâches (fédérales) exécutées par les autorités cantonales, notamment leurs frais de fonctionnement supplémentaires (renforcement du personnel, extension des locaux, etc.).

Le Conseil d'Etat sollicite dès lors la solution d'un TMC fédéral, étant précisé que la question de la proximité entre le lieu de détention et l'autorité compétente ne semble pas constituer une véritable entrave au bon déroulement de la procédure et ne l'a d'ailleurs vraisemblablement jamais été depuis l'adoption du DPA en 1974. Subsidiairement, le maintien des compétences entre les mains de la Cour des plaintes du TPF doit être préférée à un transfert en faveur des TMC cantonaux.

D'une manière générale d'ailleurs, le Conseil d'Etat estime que toutes les compétences en matière de DPA devraient appartenir à la Confédération, dans la mesure où il s'agit de procédures qui se fondent sur le droit fédéral et qui doivent être menées par une autorité fédérale. D'ailleurs, selon l'article 1 AP-DPA, la DPA règle notamment « la procédure pénale administrative » et « s'applique lorsqu'une unité administrative fédérale est chargée de poursuivre et de juger des infractions ». En effet, il serait plus cohérent que les jugements (art. 276 ss AP-DPA) et les décisions concernant les objets et valeurs patrimoniales séquestrés (art. 171 AP-DPA) ainsi que les décisions relatives à la détention pour des motifs de sûreté (art. 206 ss AP-DPA) relèvent de la compétence d'une autorité de première instance fédérale et non plus des tribunaux de première instance cantonaux, étant donné qu'il appartient déjà à une autorité fédérale, à savoir la Cour des plaintes du TPF, de statuer sur les recours formés contre ces mêmes jugements et décisions. De même, il devrait revenir en premier lieu à la Police judiciaire fédérale de mener les actes de poursuite et non plus aux polices cantonales, lesquelles interviendraient uniquement à titre subsidiaire ou de renfort. Ainsi, à tous les stades de la procédure interviendraient des autorités fédérales chargées d'exercer des tâches fédérales : actes d'instruction menés par l'unité administrative avec l'assistance de la Police judiciaire fédérale, éventuelle mesures de contraintes ordonnées par un TMC fédéral, prononcé de l'unité administrative ou jugement de l'autorité pénale fédérale de première instance et procédure de recours devant la Cour des plaintes du TPF. A noter encore que la question du remboursement des frais de procédure devant les TMC cantonaux et les tribunaux de première instance ne se poserait alors plus.

Si le projet de révision devait néanmoins maintenir un transfert des compétences vers les TMC cantonaux et ainsi que les autres compétences cantonales (tribunaux de première instance et police), malgré les conséquences négatives précitées pour les cantons, nous invitons le Conseil fédéral à procéder aux ajustements suivants :

- prévoir une couverture totale des frais liés aux tâches exécutées par les TMC et aux compétences déléguées aux tribunaux de première instance, notamment s'agissant des charges de personnel et de locaux ;
- prendre en compte les remarques formulées par les praticiens concernant la procédure de levée des scellés prévue par le CPP ;
- préciser quand la police fédérale judiciaire et quand les polices cantonales sont compétentes, étant stipulé que les polices cantonales ne devraient intervenir qu'en second lieu, à titre d'assistance.

Enfin nous rappelons que le Canton du Valais devra procéder à des modifications législatives de la compétence du Grand Conseil afin d'adapter son droit en vigueur à la nouvelle législation fédérale. En ce sens, nous soulignons l'importance d'associer suffisamment tôt les cantons lors de la détermination de l'entrée en vigueur de cette révision fédérale.

Nous vous remercions par avance de l'attention que vous porterez à notre prise de position et vous prions d'agréer, Monsieur le Conseiller fédéral, l'expression de notre haute considération.

Au nom du Conseil d'Etat

Le président

Franz Ruppen



La chancelière

Monique Albrecht

Regierungsrat, Postfach, 6301 Zug

Nur per E-Mail

Eidgenössisches Justiz- und
Polizeidepartement EJPD
Bundeshaus West
3003 Bern

Zug, 30. April 2024 rv

**Vernehmlassung zur Totalrevision des Verwaltungsstrafrechts
Stellungnahme des Kantons Zug**

Sehr geehrter Herr Bundesrat
Sehr geehrte Damen und Herren

I. Allgemeines

Mit Schreiben vom 31. Januar 2024 haben Sie die Kantonsregierungen eingeladen, sich bis am 10. Mai 2024 vernehmen zu lassen. Nach Rücksprache mit dem Obergericht teilen wir Ihnen gerne mit, dass wir die geplante Totalrevision des Verwaltungsstrafrechts begrüssen und überwiegend positiv beurteilen. Dies insbesondere mit Blick auf die Modernisierung und Angleichung an die Schweizerische Strafprozessordnung vom 5. Oktober 2007 (Strafprozessordnung, StPO; SR 312). Dabei unterstützen wir, dass die Zuständigkeit für die Verwaltungsstrafverfolgung weiterhin bei den Verwaltungseinheiten des Bundes belassen und nicht den ordentlichen Strafverfolgungsbehörden übertragen wird. Weiter begrüssen wir, dass der Bundesanwaltschaft und den kantonalen Staatsanwaltschaften im Gerichtsverfahren künftig keine Parteistellung mehr zukommen soll. Diese nahmen in der Regel auch bis anhin eine reine «Briefträgerfunktion» wahr. Aus unserer Sicht ist es daher sachgerecht und ausreichend, wenn die Verwaltungseinheit, welche sich zuvor bereits intensiv mit der Sache befasst hat, ihren Standpunkt vor Gericht vertritt. Speziell hervorheben möchten wir sodann die vorgesehene Anpassung von Art. 7 des Entwurfs des Bundesgesetzes über das Verwaltungsstrafrecht und das Verwaltungsstrafverfahren (nVStrR), worin der Verzicht auf die Identifizierung des Täters bei verwaltungsrechtlicher Übertretung durch einen Geschäftsbetrieb geregelt wird. Diese Änderung dürfte zu einer Verkürzung der Verfahrensdauer führen, was wir ausdrücklich begrüssen.

Im Einzelnen stellen wir folgende Anträge:

II. Anträge sowie Begründung

- 1. Es sei das nVStrR systematisch neu so aufzubauen, dass entweder eigene Verfahrensbestimmungen geschaffen werden oder aber auf die StPO verwiesen wird.**

Die aktuelle Vernehmlassungsvorlage weist in systematischer Hinsicht keine klare Linie auf. So fällt auf, dass zahlreiche StPO-Bestimmungen mit identischem Wortlaut in das

nVStrR übernommen werden (vgl. dazu auch S. 13 des erläuternden Berichts zur Eröffnung des Vernehmlassungsverfahrens des EJPD vom 31. Januar 2024 [nachfolgend: erläuternder Bericht]), an anderen Stellen dann aber wieder – namentlich auch betreffend das gerichtliche Verfahren (Art. 281 Abs.3 nVStrR) – integral auf die StPO verwiesen wird. Die Handhabung des Gesetzes wird dadurch erschwert.

2. Die sachliche Zuständigkeit (Art. 41 nVStrR) sei neu einem Gericht des Bundes zu übertragen.

Die gerichtliche Beurteilung in Verwaltungsstrafverfahren kann in rechtlicher Hinsicht eine Herausforderung darstellen, so z.B. in den Bereichen des Heilmittelgesetzes, des Zollgesetzes oder der Steuergesetzgebung. Nachdem die Strafverfolgung weiterhin (und zu Recht) auf Stufe Bund belassen werden soll, ist nicht einzusehen, warum sich danach nicht auch ein Gericht des Bundes (z.B. das Bundesverwaltungsgericht, das Bundesstrafgericht oder ein neu zu schaffendes Spezialgericht) mit der gerichtlichen Beurteilung befassen soll. Die im erläuternden Bericht (S. 55 f.) dagegen vorgetragenen Argumente erscheinen etwas vorgeschoben. Insbesondere der erwähnte Vorteil der «grösseren Nähe der beurteilenden Behörde zu den am Verfahren beteiligten Personen» erscheint im Blick auf die heute hochmobile Gesellschaft gesucht. Eine generelle Bundesgerichtsbarkeit erschiene dagegen sachgerechter. Einerseits könnte so das notwendige Fachwissen konzentrierter erworben sowie angewendet werden und würde dadurch andererseits bereits in erster Instanz schweizweit eine einheitliche Rechtsprechung sichergestellt. Zudem würden so für die Verwaltungseinheiten klare Verfahrensabläufe geschaffen.

3. Sofern künftig nicht ohnehin eine Bundeskompetenz für die gerichtliche Beurteilung geschaffen wird (vgl. Antrag 2 oben), sei in Art. 42 Abs.2 nVStrR kein Wahlgerichtsstand am Wohnsitz der beschuldigten Person mehr vorzusehen.

Die vorgesehene Lösung, wonach die Verwaltungseinheit alternativ zum Gerichtsstand gemäss StPO einen solchen am Wohnsitz der beschuldigten Person wählen kann (sog. einseitiges «Forum Shopping»), erscheint problematisch. Es ist kein Grund ersichtlich, weshalb in Verwaltungsstrafverfahren nicht die gleichen örtlichen Zuständigkeiten gelten sollen, wie sie die StPO vorsieht.

4. Es seien die Art. 42 und 43 nVStrR aufzuheben und es sei neu ein Bundeszwangsmassnahmengericht vorzusehen.

Unabhängig davon, ob die gerichtliche Zuständigkeit bei den Kantonen belassen oder neu eine Bundesgerichtsbarkeit geschaffen wird, widerspricht die vorgesehene Lösung den in allen sonstigen Strafverfahren üblichen Grundsätzen, insbesondere betreffend Konzentration der Kräfte und Einheitlichkeit der Vorgehensweise. Auch hier überzeugen die im erläuternden Bericht auf S. 57 vorgetragenen Argumente nicht. Eine Verzettlung der Entscheidungskompetenz auf alle Kantone wird viel mehr eben gerade dazu führen,

dass keine sachgerechte und tragfähige organisatorische Grundstruktur zwischen sämtlichen kantonalen Zwangsmassnahmengerichten (ZMG) und den Verwaltungseinheiten geschaffen werden kann. Eine jederzeit intakte «Pikett-Kommunikation» zwischen Strafverfolgungsbehörden und ZMG erscheint aufgrund der oftmals zu beachtenden kurzen Fristen zwingend notwendig. Dies gilt nicht nur in Fällen, bei denen es zur Anordnung von Untersuchungshaft kommt, sondern z.B. auch bei Verfahren, in denen die neue bundesgerichtliche Rechtsprechung zur superprovisorischen Spiegelung in Siegelungsverfahren (Urteil des Bundesgerichts 7B_59/2023 vom 12. Oktober 2023, E. 2.1) beachtet werden muss. Überdies erschliesst sich uns nicht, weshalb sämtliche kantonalen ZMG für eine Bundesaufgabe eingesetzt werden sollen. Selbst Art.65 Abs.1 des Bundesgesetzes über die Organisation der Strafbehörden des Bundes vom 19. März 2010 (Strafbehördenorganisationsgesetz, StBOG; SR 173.71) sieht keine derart weitreichende Regelung vor. Vielmehr werden dort, soweit ersichtlich, nur die ZMG des Kantons Bern (Sitz der Bundesanwaltschaft) bzw. in Lausanne, Lugano oder Zürich (Zweigstellen der Bundesanwaltschaft) für Bundesaufgaben als zuständig erklärt.

5. Es sei im Rahmen von Art.180 nVStrR neu auch die superprovisorische Spiegelung zu regeln.

Mit Bezug auf die Frage der superprovisorischen Spiegelung (vgl. dazu wiederum das Urteil des Bundesgerichts 7B_59/2023 vom 12. Oktober 2023 E.2.1) bestehen in der Praxis zahlreiche Fragen. Der Bundesgesetzgeber hätte es daher in der Hand, diesbezüglich im Rahmen der vorliegenden Totalrevision jedenfalls im Bereich des nVStrR Klarheit zu schaffen. Wir regen bei einer etwaigen Kodifizierung von der bundesgerichtlichen Rechtsprechung an, davon abzuweichen und es den zuständigen Untersuchungsbehörden künftig zu erlauben, eine Spiegelung selbst vorzunehmen, sofern sie nachweisen können, dass im Zusammenhang mit dem Spiegelungsvorgang keine Einsicht in oder Veränderung von versiegelte/n Daten stattgefunden hat. Bei einer entsprechenden Kodifizierung wäre sinnvollerweise auch die StPO in gleicher Weise anzupassen.

III. Schlussbemerkung

Hinsichtlich Ihrer Frage, mit welchen finanziellen und personellen Auswirkungen aufgrund der vorgeschlagenen Bestimmungen in den Kantonen zu rechnen sei, ist Folgendes zu berücksichtigen: Der Kanton Zug hatte seit Anfang 2013 für die Verwaltungsbehörden des Bunds insgesamt 18 Fälle gerichtlich zu beurteilen. Nur in einem dieser Fälle kam es zur Anordnung von Untersuchungshaft durch das ZMG des Kantons Zug. Folglich dürfte sich der Mehraufwand, sofern die vom EJPD vorgeschlagene Lösung zum Tragen käme, in Grenzen halten. Immerhin ist darauf hinzuweisen, dass sich vor allem die Entsiegelungsfälle in letzter Zeit häuften und der damit verbundene Aufwand des ZMG, vor allem sofern weiterhin die strengen Vorgaben des Bundesgerichts zu beachten sein werden, nicht unterschätzt werden darf. Eine gesicherte Prognose über künftige personelle und finanzielle Auswirkungen erscheint uns zum heutigen Zeitpunkt jedenfalls nicht möglich.

Wir danken Ihnen für die Möglichkeit zur Stellungnahme und die Berücksichtigung unserer Anträge.

Zug, 30. April 2024

Freundliche Grüsse
Regierungsrat des Kantons Zug



Silvia Thalmann-Gut
Frau Landammann



Tobias Moser
Landschreiber

Versand per E-Mail an:

- Eidgenössisches Justiz- und Polizeidepartement EJPD (info.strafrecht@bj.admin.ch; als PDF- und Word-Version)
- Sicherheitsdirektion (info.sd@zg.ch)
- Finanzdirektion (info.fd@zg.ch)
- Direktion des Innern (info.dis@zg.ch)
- Volkswirtschaftsdirektion (info.vds@zg.ch)
- Obergericht des Kantons Zug (Marc.Siegwart@zg.ch)
- Zuger Mitglieder der Bundesversammlung
- Staatskanzlei (info.staatskanzlei@zg.ch zur Aufschaltung der Vernehmlassungsantwort im Internet)



Elektronisch an info.strafrecht@bj.admin.ch



**Kanton Zürich
Regierungsrat**

staatskanzlei@sk.zh.ch
Tel. +41 43 259 20 02
Neumühlequai 10
8090 Zürich
zh.ch

Eidgenössisches Justiz- und
Polizeidepartement
3003 Bern

15. Mai 2024 (RRB Nr. 516/2024)

Totalrevision des Verwaltungsstrafrechts (Vernehmlassung)

Sehr geehrter Herr Bundesrat

Mit Schreiben vom 21. Januar 2024 haben Sie uns eingeladen, zum Vorentwurf der Totalrevision des Verwaltungsstrafrechts Stellung zu nehmen. Wir danken Ihnen für diese Gelegenheit und äussern uns wie folgt:

A. Grundsätzliche Bemerkungen

1. Allgemeines

Wir begrüssen grundsätzlich die mit dem Vorentwurf der Totalrevision angestrebte Modernisierung des Verwaltungsstrafrechts des Bundes. Die Angleichung an die Regelungen der Strafprozessordnung (StPO, SR 312.0) erscheint sinnvoll, ebenso wie der Verweis auf die Geltung des Allgemeinen Teils des Strafgesetzbuchs (StGB, SR 311.0). Die Gesetzesrevision soll aus unserer Sicht zudem dazu genutzt werden, um die Zuständigkeiten zwischen den Behörden des Bundes und der Kantone zu entflechten. Beim Verwaltungsstrafrecht des Bundes geht es um Verfahren, die sich auf Bundesrecht stützen und die von den Bundesbehörden durchgeführt werden. Daher vertreten wir die Meinung, dass die Bundesbehörden für alle Verfahrensschritte zuständig sind. Namentlich lehnen wir eine Zuständigkeit kantonaler Gerichte, insbesondere im Bereich der Zwangsmassnahmen, ab. Bei einer entsprechenden Entflechtung wäre auch die Frage der Entschädigung für Leistungen kantonaler Behörden hinfällig. Ohnehin macht der erläuternde Bericht zu den finanziellen Auswirkungen der Vorlage auf die Kantone keine konkreten Aussagen (vgl. Art. 300 VE-VStrR und erläuternder Bericht, S. 194). Wir laden daher den Bund mit Nachdruck ein, dazu eine Abschätzung vorzunehmen. Was die Kantone anbelangt, ist unter anderem auch aufgrund der Ausdehnung des Anwendungsgebietes geheimer Überwachungsmaßnahmen mit einem erhöhten Personalbedarf und steigenden Kosten zu rechnen.

2. Vorbemerkungen zu Einzelpunkten

Es ist zu begrüßen, dass die Zuständigkeit für die Verfolgung und Beurteilung von Straftaten grundsätzlich bei den Verwaltungseinheiten des Bundes belassen wird. Richtig erscheint, dass die Verwaltungseinheiten allein die Anklage vor Gericht vertreten und auf eine Zuständigkeit der Bundesanwaltschaft und der kantonalen Staatsanwaltschaften verzichtet werden soll. Das dürfte bei den kantonalen Staatsanwaltschaften zumindest zu einer kleinen Entlastung führen; aus dem bisherigen Durchlauf war tatsächlich kein Mehrwert erkennbar.

Wir begrüßen ebenfalls, dass die Verwaltungseinheiten bei der Strafverfolgung künftig (neu) auf die Dienste der Bundeskriminalpolizei zurückgreifen können. Auch dies bedarf aber einer Klärung der Kompetenzen, soweit die Möglichkeit der rechtshilfeweisen Unterstützung durch die Kantonspolizei beibehalten wird. Bei konsequenter Entflechtung der Aufgaben wäre zu fordern, dass grundsätzlich die Bundeskriminalpolizei zuständig ist. Neu sollen die kantonalen Zwangsmassnahmengerichte für verwaltungsstrafrechtliche Fälle, einschliesslich Entsiegelungsfälle, die nach geltendem Recht vom Bundesstrafgericht behandelt werden, als Zwangsmassnahmengerichte des Bundes dienen. Dies würde für die kantonalen Strafbehörden einen beträchtlichen Mehraufwand bedeuten, der in erster Linie bei den bereits überlasteten kantonalen Staatsanwaltschaften anfallen würde. Wir lehnen diese Neuerung daher ab und fordern die Schaffung eines Zwangsmassnahmengerichts auf Bundesebene. Sollte darauf wider Erwarten verzichtet werden, wäre zumindest auf den im VE-VStrR vorgesehenen Zuständigkeitswechsel zu verzichten: die Beschwerdekammer des Bundesstrafgerichts müsste weiterhin für das Siegelungsrecht zuständig bleiben und die Entsiegelungskompetenz beibehalten.

Im Sinne der Entflechtung der Zuständigkeiten lehnen wir ebenfalls ab, dass die kantonalen Strafgerichte bei Verwaltungsstrafverfahren des Bundes zur Beurteilung von Straf- oder Einziehungsentscheide zuständig sein sollen. Wenn bereits das Verwaltungsstrafverfahren von den Bundesbehörden geführt und für Beschwerden gegen die Urteile ohnehin letztinstanzlich das Bundesgericht zuständig ist, ist es nur konsequent, wenn auch hier das Bundesstrafgericht das erstinstanzliche Urteil fällt.

B. Zu einzelnen Bestimmungen der Vernehmlassungsvorlage

1. Verwaltungsstrafrecht

Art. 38 VE-VStrR Einbeziehung einer anderen Verwaltungseinheit, Art. 57 VE-VStrR Unterstützung und Art. 59 Abs. 1 VE-VStrR Kosten

Sollte an der verstärkten Unterstützungspflicht der kantonalen Polizeikorps festgehalten werden, beantragen wir, dass auf Art. 59 Abs. 1 VE-VStrR verzichtet bzw. klargestellt wird, dass die tatsächlichen Kosten der kantonalen Polizeibehörden, die durch sämtliche Unterstützungsleistungen im Sinne von Art. 57 VE-VStrR entstehen, von den zuständigen Verwaltungseinheiten übernommen werden: Gemäss Art. 38 VE-VStrR sollen Verwaltungseinheiten des Bundes Kosten für Untersuchungshandlungen, die besondere technische Mittel voraussetzen und die sie für eine andere Einheit der Bundesverwaltung erbringen, in Rechnung stellen dürfen. Die Inanspruchnahme der kantonalen Polizeikorps durch die Bundesbehörden soll hingegen unentgeltlich erfolgen (vgl. Art. 59 Abs. 1 VE-VStrR und

erläuternder Bericht, S. 54, 3. Absatz). Entgegen dem Anschein von Art. 59 Abs. 2 VE-VStrR liegt nach dem erläuternden Bericht (S. 70, 1. Absatz) nämlich der Schluss nahe, dass den Kantonen nur Leistungen im Sinne von Art. 57 Abs. 1 und 2 VE-VStrR, nicht aber solche im Sinne von Art. 57 Abs. 3 und 4 VE-VStrR vergütet werden sollen. Obwohl im erläuternden Bericht festgehalten wird, dass die Polizeibehörden der Kantone bereits hinlänglich mit eigenen Verfahren ausgelastet seien und die Ressourcen von fedpol allenfalls aufgestockt werden müssten, würde damit unter dem Titel der «nationalen Rechtshilfe» eine Aufwand-überwälzung an die Kantone festgelegt. Als Begründung wird angefügt, dass den Verwaltungsstrafbehörden sowohl die Infrastruktur als auch die Kenntnisse für aufwendige Verfahren im Bereich der Informatik und der Telekommunikation wie auch bei geheimen Überwachungsmassnahmen fehle, weshalb sie auf die Unterstützung der kantonalen Polizeikorps angewiesen seien (vgl. erläuternder Bericht, S. 69). Eine solche Abwälzung des Aufwands, dazu noch unentgeltlich, ist stossend, verkennt die Natur der strafprozessualen Rechtshilfe und wird daher abgelehnt. Sofern an der Unterstützungspflicht festgehalten wird, wäre Art. 59 Abs. 1 VE-VStrR wie folgt zu formulieren: *«Die kantonalen Polizeibehörden stellen der zuständigen Verwaltungseinheit ihre tatsächlichen Kosten für Unterstützungsleistungen im Sinne von Art. 57 in Rechnung.»*

Art. 41 VE-VStrR Sachliche Zuständigkeit der beurteilenden Behörde

Art. 41 Abs. 1 VE-VStrR präzisiert gegenüber dem geltenden Art. 21 Abs. 1 VStrR, dass für die Beurteilung einer Verwaltungsstrafsache das Gericht eines Kantons zuständig sei, wenn die Voraussetzungen einer Freiheitsstrafe, einer freiheitsentziehenden Massnahme oder einer Landesverweisung gegeben sind. Dies lehnen wir ab. Mittlerweile besteht eine vollständige Bundesgerichtsbarkeit. Sinnvoll erscheint daher die Übertragung der Zuständigkeit an das Bundesstrafgericht. Die notwendigen verwaltungsrechtlichen Fachkenntnisse können so auch auf Gerichtsebene konzentriert werden. Dass eine solche Lösung Anpassungen auf organisatorischer und finanzieller Ebene erfordert (erläuternder Bericht, S. 56), ist kein schlagkräftiges Argument dagegen.

Art. 42 VE-VStrR Örtliche Zuständigkeit der beurteilenden Behörde

Wenn für die gerichtliche Beurteilung der Straf- und Einziehungsverfügung sowie die Anklage der Verwaltungseinheit das Bundesstrafgericht zuständig ist, entfallen auch die komplizierten Regelungen zum Gerichtsstand gemäss Abs. 2 und 3 und es entstehen keine Gerichtsstandskonflikte.

Art. 43 Abs. 1 VE-VStrR Sachliche Zuständigkeit des Zwangsmassnahmengerichts

Kantonale Gerichte sollen alle Befugnisse ausüben, die der VE-VStrR dem Zwangsmassnahmengericht zuweist (erläuternder Bericht, S. 58). Dies überzeugt nicht. Der erläuternde Bericht (a. a. O.) räumt denn auch ein, dass eine Alternative sein könnte, ein Bundeszwangsmassnahmengericht zu schaffen, das möglicherweise dem Bundesstrafgericht angegliedert wäre. Wenn dagegen angeführt wird, dass die kantonalen Zwangsmassnahmengerichte eine grössere Nähe zu den am Verfahren Beteiligten haben, wird verkannt, dass viele Verfahren vor dem Zwangsmassnahmengericht schriftlich sind und mit den neuen digitalen Instrumenten der Sitz der Behörden für den Prozess zukünftig nur noch eine relativ untergeordnete Rolle spielen wird. Auch Anhörungen von beschuldigten Personen

in Untersuchungs- oder Sicherheitshaft können zukünftig einfacher und häufiger per Videokonferenz stattfinden. Auch wird das heutige System lediglich als «zufriedenstellend» bezeichnet. Es erscheint daher umso mehr eine Zuständigkeit des Bundesstrafgerichts angebracht. Damit würde sich auch die konfliktanfällige Bestimmung der örtlich zuständigen kantonalen Behörde erübrigen.

Art. 45 VE-VStrR Verfahren gegen Jugendliche

Nach Art. 23 Abs. 1 VStrR werden strafbare Handlungen Jugendlicher heute grundsätzlich durch die Verwaltung und nicht durch die für Jugendliche zuständige Strafbehörde untersucht und beurteilt. Künftig soll bei Straftaten Jugendlicher nur noch Letztere zuständig sein (Art. 45 VE-VStrR). Dieser neue Ansatz wird grundsätzlich begrüsst. Zu bedenken ist allerdings, dass es sich bei den verwaltungsstrafrechtlichen Tatbeständen um eine Materie handelt, die fundiertes Wissen in ganz unterschiedlichen Bereichen erfordert, weshalb die verwaltungsstrafrechtliche Verfolgung von erwachsenen Täterinnen und Tätern bei der Verwaltung belassen wird. Aufgrund der vorgesehenen Änderung bei Straftaten Jugendlicher wird jedenfalls bei den Jugendanwaltschaften ein Mehraufwand entstehen, auch wenn nicht mit einer allzu grossen Anzahl solcher Fälle zu rechnen ist.

Art. 155 VE-VStrR Zuständigkeit

Mit dieser Bestimmung wird vorgesehen, dass die Polizei in den gesetzlich vorgesehenen Fällen Zwangsmassnahmen anordnen kann. Allerdings verpasst es die Vorlage, der Polizei analog Art. 251a StPO eine Kompetenz zuzuweisen, gewisse Untersuchungen zur Feststellung des Blutalkoholgehalts bzw. des Substanzenmissbrauchs selbstständig anordnen und durchführen zu können. Wir beantragen daher die Aufnahme des Wortlauts von bzw. die Verweisung auf Art. 251a StPO im VStrR.

Art. 240 Abs. 3 VE-VStrR Anforderungen an die eingesetzten Personen

Zwar übernimmt Art. 240 Abs. 3 VE-VStrR den Wortlaut der StPO, aber vernachlässigt die inzwischen entwickelte Lehre und Praxis. Ausländische Führungspersonen nehmen im Strafverfahren keine Führungsaufgaben im Sinne der StPO wahr. Vielmehr handeln sie als administrative Betreuungspersonen und Verbindungsbeamtinnen und -beamte zwischen der ausländischen und den hiesigen Polizeistellen. Die Leitung des gesamten Einsatzes und damit auch die Führung ausländischer verdeckter Ermittlerinnen und Ermittler obliegt ausschliesslich den einheimischen Führungspersonen, was beispielsweise auch in Art. 17 Abs. 2 des Schweizerisch-deutschen Polizeivertrages ausdrücklich so vorgesehen ist. Nur eine lokale Führungsperson kann die Einhaltung der Rahmenbedingungen der eigenen StPO und der schweizerischen Standards sicherstellen.

Wir beantragen daher folgende Formulierung für Art. 240 Abs. 3 VE-VStrR:

«Werden Angehörige eines Polizeikorps des Auslands eingesetzt, obliegt die Leitung der Einsätze einer Führungsperson eines schweizerischen Polizeikorps.»

Art. 254 Abs. 1 VE-VStrR Anforderungen an die eingesetzten Personen und Durchführung

Die Verweisung auf Art. 255 VE-VStrR ist falsch, korrekt wäre eine Verweisung auf Art. 240 VE-VStrR. In Art. 254 Abs. 2 VE-VStrR wird betreffend Stellung, Aufgaben und Pflichten der verdeckten Fahnderinnen und Fahnder und von deren Führungspersonen auf die Be-

stimmungen zur verdeckten Ermittlung verwiesen, wenn die verdeckte Fahndung durch Angehörige der Polizei durchgeführt wird. Deshalb müsste die Verweisung auf die Bestimmungen zur verdeckten Ermittlung entsprechend ergänzt werden, sodass sie auch für deren Stellung, Aufgaben und Pflichten gilt.

Wir beantragen daher folgende Formulierung von Art. 254 Abs. 1 VE-VStrR:

«Wird die verdeckte Fahndung durch Angehörige der Polizei ausgeführt, so gilt für die Anforderungen an die eingesetzten Personen gilt ~~Art. 225~~ Art. 240 sinngemäss.»

Art. 283 VE-VStrR Berufung

Gemäss Art. 283 Abs. 1 VE-VStrR können Entscheide der erstinstanzlichen Gerichte mit Berufung gemäss Art. 398–409 StPO angefochten werden. Bei dieser Regelung kann es – wenn auch in eher seltenen Fällen – dazu kommen, dass das Berufungsgericht für Rechtsmittel zuständig wird, für die ein Berufungsverfahren gänzlich ungeeignet und nicht sachgerecht ist sowie auch in keiner Weise der Konzeption der Berufung gemäss StPO entspricht. Zu denken ist dabei etwa an Rechtsmittel gegen eine Einstellung des Verfahrens im Sinne von Art. 282 Abs. 3 VE-VStrR, eine Erledigung des Verfahrens in Anwendung von Art. 281 Abs. 4 VE-VStrR oder eine Rückweisung der Anklage in Anwendung von Art. 329 Abs. 2 StPO, der über Art. 281 Abs. 3 VE-VStrR einschlägig ist. Grundsätzlich geht es um alle Entscheide, die nicht als Urteil in der Sache ergehen.

Wir ersuchen Sie deshalb, zu prüfen, ob das Rechtsmittelsystem nicht analog der StPO etwa in dem Sinne zu regeln ist, als die Beschwerdeinstanz neben den «über die ihr nach diesem Gesetz zugewiesenen Beschwerden» auch für Beschwerden gegen Entscheide zuständig ist, die nicht der Berufung unterliegen. Dazu wäre dann Art. 283 VE-VStrR dahingehend anzupassen, dass nur Urteile der erstinstanzlichen Gerichte mit Berufung angefochten werden können. Hinsichtlich der Beschwerde wäre im Sinne der entsprechenden Regelung in der StPO zu ergänzen, dass eine Beschwerde überdies zulässig ist gegen Verfügungen und Beschlüsse sowie Verfahrenshandlungen der erstinstanzlichen Gerichte, ausgenommen verfahrensleitende Entscheide (Art. 393 Abs. 1 Bst. b StPO).

2. Änderungen anderer Erlasse

Bundesgesetz vom 3. Oktober 1975 über die Binnenschifffahrt (BSG)

Art. 54 Abs. 2 und Art. 55 Abs. 2 BSG sind aufzuheben, da sie sich auf Art. 49 BSG beziehen, der seit 1. Januar 2020 aufgehoben ist.

Strafprozessordnung (StPO)

Wir begrüssen das im neuen Art. 282 Abs. 3 E-StPO vorgesehene bewilligungsfreie taktische Setzen von Ortungsgeräten an Fahrzeugen. Dies erleichtert die polizeiliche Arbeit deutlich und schont die ohnehin knappen personellen Mittel in diesem Bereich.

Heilmittelgesetz vom 15. Dezember 2000 (HMG)

Gemäss dem erläuternden Bericht, S. 185, soll Art. 87 Abs. 6 HMG aufgehoben werden, insbesondere mit der Begründung, dass Art. 29 VE-VStrR allgemein – mithin auch im kantonalen Strafverfahren – anwendbar sei. Dies trifft unseres Erachtens nicht zu, weshalb Art. 87 Abs. 6 HMG zu belassen ist. Wenig durchdacht erscheint uns auch die Aufhebung



von Art. 89 HMG, insbesondere von dessen Abs. 2. Wir schlagen deshalb in Anlehnung an Art. 28 Abs. 2 VE-BetmG und Art. 65 VE-LMG vor, die Verweisung in Art. 89 HMG anzupassen, damit Art. 6 und 7 VE-VStrR auch bei der Strafverfolgung durch die kantonalen Behörden Geltung haben.

Freundliche Grüsse

Im Namen des Regierungsrates

Die Präsidentin:

Die Staatsschreiberin:

Natalie Rickli

Dr. Kathrin Arioli



Per Mail: info.strafrecht@bj.admin.ch

Bern, 8. Mai 2024

Vernehmlassung: Totalrevision des Bundesgesetzes über das Verwaltungsstrafrecht (VStrR)

Sehr geehrte Damen und Herren

Sie haben uns eingeladen, zur obengenannten Vernehmlassungsvorlage Stellung zu nehmen. Für diese Gelegenheit zur Meinungsäusserung danken wir Ihnen bestens.

Das Bundesgesetz über das Verwaltungsstrafrecht trat am 1. Januar 1975 in Kraft und kommt zur Anwendung, wenn eine Verwaltungseinheit Straftaten verfolgen und beurteilen muss. Basierend auf der Motion Caroni 14.4122 «Für ein modernes Verwaltungsrecht» wird mit vorliegender Vorlage eine Totalrevision dieses Bundesgesetzes beantragt. Damit soll den Entwicklungen Rechnung getragen werden, die sich im Strafverfahren seit der Verabschiedung des geltenden Gesetzes vollzogen haben. Der Bundesrat schlägt im Vorentwurf insbesondere vor, das Verwaltungsstrafverfahren effizienter zu gestalten und der Strafprozessordnung anzugleichen.

Die Mitte unterstützt die Totalrevision

Die Mitte unterstützt die vorliegende Totalrevision des Verwaltungsstrafrechts. Vor dem Hintergrund der Rechtsentwicklung und der Einführung der Schweizerischen Strafprozessordnung erachtet sie eine vollständige Überarbeitung des Verwaltungsstrafrechts als angezeigt. Aus Sicht der Mitte wurden in der vorliegenden Vorlage die im ordentlichen Strafrecht anwendbaren Grundsätze richtigerweise übernommen unter gleichzeitiger Berücksichtigung der Besonderheiten des Verwaltungsstrafrechts.

Die Mitte

Sig. Gerhard Pfister
Präsident Die Mitte Schweiz

Sig. Gianna Luzio
Generalsekretärin Die Mitte Schweiz

FDP.Die Liberalen, Postfach, 3001 Bern

Kommission für Rechtsfragen
3003 Bern

Bern, 13. Mai 2024
VStrR_Totalrevision / SO

Elektronischer Versand: info.strafrecht@bj.admin.ch

Totalrevision des Bundesgesetzes über das Verwaltungsstrafrecht (VStrR) Vernehmlassungsantwort der FDP.Die Liberalen

Sehr geehrte Damen und Herren

Für Ihre Einladung zur Vernehmlassung oben genannter Vorlage danken wir Ihnen. Gerne geben wir Ihnen im Folgenden von unserer Position Kenntnis.

Mit der vorliegenden Revision soll das Verwaltungsstrafrecht modernisiert werden. Hauptziel der Revision ist es, die Rechte der Beschuldigten zu garantieren und gleichzeitig den Verwaltungsstrafverfolgungsbehörden moderne und effiziente Verfahrensinstrumente in die Hand zu geben. Im Verwaltungsstrafrecht sollen die gleichen Verteidigungsrechte gewährt werden wie im ordentlichen Strafrecht. Von der StPO abweichende Regelungen sind nur insoweit vorgesehen, als es die Besonderheiten der Verwaltungsstrafrechtspflege erfordern. In diesem Sinne soll erreicht werden, dass das Verwaltungsstrafverfahren effizienter gestaltet wird und die Aufgabenteilung bei der Strafverfolgung sowie die spezifischen Verfahrensregeln im VStrR beibehalten wird, da sich dies bewährt hat.

Die FDP.Die Liberalen begrüsst die Vorlage. Seit seinem Inkrafttreten im Jahre 1975 wurde das VStrR nur sehr punktuell angepasst. Nie wurde es mit Blick auf die grossen Entwicklungen totalrevidiert. Die Zeit ist hierfür – 10 Jahre nach Lancierung der Motion Caroni [14.4122](#) – mehr als reif. Die FDP begrüsst namentlich die Angleichung an die StPO wo immer möglich, die Stärkung der Verteidigungsrechte und die Modernisierung der Instrumente der Strafverfolgungsbehörden. Obwohl zukünftige Kosten schwer abschätzbar sind, liegt es im Interesse der FDP.Die Liberalen, dass zusätzliche Ressourcen für die fedpol nicht als Möglichkeit angesehen wird, um den Staatsapparat unnötig aufzublähen.

Wir danken Ihnen für die Gelegenheit zur Stellungnahme und für die Berücksichtigung unserer Überlegungen.

Freundliche Grüsse

FDP.Die Liberalen

Der Präsident



Thierry Burkart
Ständerat

Der Generalsekretär



Jon Fanzun

Bern, 2. Mai 2024

Eidgenössisches Justiz- und Polizeidepartement EJPD
Bundeshaus West
3003 Bern



info.strafrecht@bj.admin.ch

Vernehmlassung zur Totalrevision des Bundesgesetzes über das Verwaltungsstrafrecht (VStrR)

Sehr geehrter Herr Bundesrat Jans,

Sehr geehrte Damen und Herren,

Wir bedanken uns für die Möglichkeit zur Stellungnahme, die wir gerne wie folgt wahrnehmen: Die SP Schweiz begrüsst die Totalrevision des Verwaltungsstrafrechts vollständig. Es ist unserer Ansicht nach richtig und wichtig, dass der Revisionsbedarf erkannt wurde und das Verwaltungsstrafrecht modernisiert wird. Auch begrüssen wir, dass den Verwaltungsstrafverfolgungsbehörden moderne und effiziente Verfahrensinstrumente in die Hand gegeben werden. Insbesondere von Bedeutung erscheint unserer Ansicht nach, dass mit der vorliegenden Vorlage sichergestellt wird, dass die Verfahrensgarantien nach BV und EMRK gewährleistet werden und somit eine Angleichung an das Strafprozessrecht vorgesehen ist. Gleichzeitig ist es von Bedeutung, dass an den einschlägigen Stellen den Besonderheiten des Verwaltungsstrafrechts Rechnung getragen wird.

Gerne möchten wir nichtsdestotrotz vertiefte Ausführungen zum Einbezug von Whistleblowern in die Vorlage, zur Urkundenfälschung sowie zur Zuständigkeit vornehmen. Wir möchten diese Stellungnahme dementsprechend dazu nutzen, um aufzuzeigen, welche Punkte noch ergänzt werden könnten und wo unserer Ansicht nach Verbesserungsmöglichkeiten bestehen.

1 Kommentare zu den einzelnen Punkten

1.1 Einbezug von Whistleblower in die Vorlage

Laut erläuterndem Bericht wurde geprüft, ob im VStrR in Ergänzung zu Artikel 13 eine Vorschrift über Whistleblower nach dem Muster von Artikel 59 Absatz 7 des Bundesgesetzes vom 15. Dezember 2000 über Arzneimittel und Medizinprodukte (HMG) 104 eingefügt werden könnte. Diese Idee wurde jedoch verworfen, da die Frage den Rahmen des VStrR übersteige und wenn denn auch im StGB geregelt werden sollte. Zudem sei nicht erwiesen, dass sie das gesamte Verwaltungsstrafrecht betrifft. Diesbezügliche Bestimmungen könnten bei Bedarf in die speziellen Verwaltungsgesetze aufgenommen werden, wofür Artikel 59 Absatz 7 HMG als Beispiel dienen könne. Nach Ansicht der SP Schweiz wäre es jedoch zu begrüßen, **wenn im VStrR mindestens die Möglichkeit zum Erlass von Whistleblower-Bestimmungen in den Spezialgesetzen ausdrücklich statuiert wird oder im VStrR selbst eine Bestimmung zum Schutz von Whistleblowern eingeführt wird.** Dies insbesondere deshalb, da mit dem Verwaltungsstrafrecht Tatbestände geregelt werden, welche innerhalb der Verwaltung stattfindet. Der Schutz von Whistleblowern, welche diese Missstände aufdecken, rechtfertigt sich hier umso mehr.

1.2 Urkundenfälschung nach Art. 15 VE-VStrR

Im erläuternden Bericht wird festgehalten, dass mit der Erwähnung des Wortes «erheblich», in Absatz 1 Buchstabe eine Einschränkung im gesetzlichen Tatbestand gegenüber dem von Artikel 253 StGB eingeführt wird, die Arbeitsgruppe jedoch von einer Änderung abgesehen habe und somit die Auslegung der Rechtsprechung zu überlassen sei. Nach Ansicht der SP Schweiz rechtfertigt sich hier **keine Einschränkung des Tatbestandes gegenüber Art. 253 StGB**. Dementsprechend sollte der Zusatz «erheblich» gestrichen werden oder präzisierend im erläuternden Bericht festgehalten werden, dass keine Einschränkung gegenüber Art. 253 StGB damit gemeint ist.

1.3 Zuständigkeit bei der Untersuchung nach Art. 13 VE-VStrR

Nach Art. 13 Abs. 3 VE-VStrR wird den Verwaltungseinheiten erlaubt, insbesondere die Frage zu regeln, wer für die Anordnung von Zwangsmassnahmen zuständig sein soll. Dabei wird erwähnt, dass Zwangsmassnahmen in die Grundrechte der Betroffenen eingreifen und die mit der Untersuchung betrauten Personen in den verschiedenen Verwaltungseinheiten ganz unterschiedlichen Anforderungen in Bezug auf die besondere Ausbildung (vgl. Art. 36 Abs. 2 VE-VStrR) genügen müssen, womit es nicht immer angemessen erscheint, dass von ihnen Massnahmen angeordnet werden. Es solle den jeweiligen Verwaltungseinheiten überlassen werden, die Zuständigkeit und Befugnis zur Anordnung von u.U. schwerwiegenden Eingriffen in Grundrechte selber zu regeln und den sich daraus ergebenden Risiken angemessen Rechnung zu tragen. Nach Ansicht der SP Schweiz ist von Bedeutung, **dass bei einschneidenden Zwangsmassnahmen, welche in die Grundrechte der Betroffenen eingreifen, immer ein Gericht entscheidet**. Da das Zwangsmassnahmengericht im Rahmen der Totalrevision auch andere Zuständigkeiten erhält (siehe Art. 43 ff. VE-VStrR), würde es sich anbieten, auch im Falle von Zwangsmassnahmen, welche in die Grundrechte der Betroffenen eingreifen, die ausschliessliche Zuständigkeit des Zwangsmassnahmengerichts festzulegen.

Zusammenfassend ist somit Folgendes festzuhalten: **Die Totalrevision des VStrR ist nach Ansicht der SP Schweiz richtig und wichtig**. Die Angleichung an die StPO und die damit einhergehende Gewährleistung der Verfahrensrechte nach BV und EMRK werden begrüsst. Jedoch sind unserer Ansicht nach die oben aufgeführten Punkte in der Vorlage anzupassen.

Wir bitten Sie somit um Kenntnisnahme unserer Stellungnahme.

SOZIALDEMOKRATISCHE PARTEI DER SCHWEIZ



Mattea Meyer
Co-Präsidentin



Cédric Wermuth
Co-Präsident



Jessica Gauch
Politische Fachreferentin

Eidgenössisches Justiz- und Poli-
zeidepartement EJPD
3003 Bern

Elektronisch an:
info.strafrecht@bj.admin.ch

Bern, 25. April 2024

Totalrevision des Verwaltungsstrafrechts

Antwort der Schweizerischen Volkspartei (SVP)

Sehr geehrte Damen und Herren

Die vorliegende Revision geht zurück auf die Motion Caroni 14.4122 «Für ein modernes Verwaltungsstrafrecht», welche die SVP-Fraktion unterstützte. Das Bundesgesetz vom 22. März 1974 über das Verwaltungsstrafrecht kommt zur Anwendung, wenn eine Verwaltungseinheit Straftaten verfolgen und beurteilen muss. Es ist am 1. Januar 1975 in Kraft getreten. Seither hat es nur 21 punktuelle Änderungen erfahren, wurde aber nie totalrevidiert. Es wurde insbesondere auch von der 2007 verabschiedeten Vereinheitlichung des Strafprozessrechts ausgenommen, weil sein Einbezug zu viel Zeit in Anspruch genommen hätte. Das Verwaltungsstrafrecht gehört vollumfänglich zum Strafrecht. Die im ordentlichen Strafrecht anwendbaren Grundsätze müssen damit auch im Verwaltungsstrafrecht gelten, was Gegenstand der vorliegenden Revision ist.

Die SVP begrüsst es im Grundsatz, dass die im Verwaltungsstrafrecht und im Verwaltungsstrafverfahren bewährten Grundsätze unangetastet bleiben. Insbesondere unterstützen wir die Bestrebungen, welche auf eine Effizienzsteigerung abzielen, so insb. die kohärente Regelung der Zwangsmassnahmen sowie die nachvollziehbare Annäherung an die Strafprozessordnung.

Wir danken Ihnen für die Berücksichtigung unserer Stellungnahme und grüssen Sie freundlich.

SCHWEIZERISCHE VOLKSPARTEI

Der Parteipräsident

Der Generalsekretär

A handwritten signature in blue ink, reading 'Marcel Dettling'.

Marcel Dettling
Nationalrat

A handwritten signature in blue ink, reading 'Henrique Schneider'.

Henrique Schneider

CH-3003 Bern, BA

Eidgenössisches Justiz- und
Polizeidepartement EJPD
Herr Bundesrat Beat Jans
3003 Bern

Per E-Mail an:

annemarie.gasser@bj.admin.ch
info.strafrecht@bj.admin.ch

Der Bundesanwalt:
Rechtskonsulent der Geschäftsleitung:
Verfahrensnummer:

Stefan Blättler
Alexander Medved
RD.24.0036

Bern, 10. Mai 2024

Totalrevision des Verwaltungsstrafrechts: Vernehmlassungsverfahren

Sehr geehrter Herr Bundesrat
Sehr geehrte Damen und Herren

Wir danken Ihnen für die Einladung, zur Totalrevision des Verwaltungsstrafrechts Stellung zu nehmen.

Generell begrüßen wir, dass das totalrevidierte Verwaltungsstrafrecht (VStrR) so weit wie möglich den mit der Strafprozessordnung (StPO) etablierten Standards für die Durchführung von Strafverfahren angenähert wird. Im Einzelnen lassen wir uns wie folgt vernehmen:

I. Unmittelbar die Bundesanwaltschaft (BA) betreffende Änderungen

1. Der Vorentwurf zum totalrevidierten Verwaltungsstrafrecht (VE-VStrR) sieht vor, auf jegliche Zuständigkeit der BA sowohl im Vor- als auch im gerichtlichen Verfahren zu verzichten. Die BA soll im Verwaltungsstrafverfahren über keine Parteistellung mehr verfügen; entsprechend wird sie im VE-VStrR nicht mehr erwähnt. Wie der erläuternde Bericht betreffend erklärt (Kap. 3.1.2, S. 12), entspricht dies einem seit Jahren geäußerten Anliegen der BA und wird von uns entsprechend begrüßt.
2. Gleiches gilt für die konsequente Streichung der BA in konnexen Bestimmungen anderer Erlasse, d.h. namentlich in Art. 81 Abs. 1 Bst. b Ziff. 7 des Bundesgerichtsgesetzes (BGG), Art. 56g Abs. 2 und 3 des Edelmetallkontrollgesetzes (EMKG) sowie Art. 50 Abs. 2 und 3 des Finanzmarktaufsichtsgesetzes (FINMAG). Begrüßt wird ebenfalls die gänzliche Streichung von Art. 90a des Heilmittelgesetzes (HMG).

3. Fragen wirft indes die Streichung der BA in Art. 56h Abs. 2 EMKG auf. Die Bestimmung von Art. 56h EMKG betrifft die «Vereinigung der Strafverfolgung», d.h. die Vereinigung eines Verwaltungsstrafverfahrens des Eidgenössischen Finanzdepartements (EFD) mit einem ordentlichen, in kantonaler oder in Bundesgerichtsbarkeit geführten Strafverfahren unter den in Abs. 1 definierten Voraussetzungen. Wenn die BA in Abs. 2 dieser Bestimmung, welche die Zuständigkeit bei «Anständen» über eine Verfahrensvereinigung regelt, gestrichen wird (erläuternder Bericht, Kap. 4.3.99, S. 189), müsste dies bedeuten, dass gestützt auf Art. 56h EMKG keine Vereinigung mit einem Strafverfahren der BA erfolgen kann und folglich in Abs. 1 auch der Begriff der Bundesgerichtsbarkeit zu streichen wäre.

Dieselben Streichungen wären in der analogen Bestimmung von Art. 51 FINMAG vorzunehmen. Letztere Bestimmung wird im Vorentwurf jedoch nicht aufgeführt (vgl. Kap. 4.3.109, S. 191 f. des erläuternden Berichts).

Eine solche Streichung in Art. 56h EMKG und Art. 51 FINMAG wäre aus Sicht der BA für die Strafverfolgungspraxis unproblematisch, da eine Verfahrensvereinigung weiterhin nach Art. 40 VE-VStrR möglich wäre.

4. Unter dem Titel «Auswirkungen auf den Bund» erklärt der erläuternde Bericht in Kap. 5.1 (S. 192) zutreffend, dass die «Ressourceneinsparung» dank der Streichung der Parteilstellung und Zuständigkeit der BA im Verwaltungsstrafverfahren begrenzt ist.

Unerwähnt lässt der erläuternde Bericht an dieser Stelle jedoch die vorgeschlagene Begründung einer neuen, ausschliesslichen Bundesgerichtsbarkeit und damit Strafverfolgungszuständigkeit der BA im Embargogesetz (EmbG). Wie der erläuternde Bericht an anderer Stelle (Kap. 4.3.107, S. 191) nämlich erklärt, sei es «aufgrund der politischen Bedeutung, der besonderen Tragweite und der Art der Sanktionen» gerechtfertigt, für Art. 14 EmbG die gleiche Lösung wie in Art. 40 des Kriegsmaterialgesetzes (KMG) und Art. 18 Abs. 1 und 2 des Güterkontrollgesetzes (GKG) zu wählen und auf eine Verwaltungsstrafgerichtsbarkeit zu verzichten (Art. 14 Abs. 1 VE-EmbG). Gleichzeitig wird eine umfassende Anzeigepflicht zuhanden der BA statuiert (Art. 14 Abs. 2 VE-EmbG). Zur Frage des zu erwartenden Fallaufkommens und eines zwingenden Ressourcenmehrbedarfs der BA äussert sich der erläuternde Bericht indes nicht.

Aus Sicht der BA ist die im Rahmen des VE-VStrR vorgeschlagene Änderung des bestehenden Art. 14 EmbG und damit die Einführung einer ausschliesslichen Bundesgerichtsbarkeit zulasten der BA aus folgenden Gründen *abzulehnen*:

- Die bestehende Regelung ist ausgewogen und hat sich bewährt. Die Strafverfolgung durch das Staatssekretariat für Wirtschaft (Seco) trägt der Grundmaxime des Verwaltungsstrafrechts Rechnung, wonach die Verfolgung und Beurteilung der betreffenden Straftaten der in der fraglichen Verwaltungsmaterie spezialisierten Behörde obliegen sollen. Das Seco verfügt als Verwaltungsstrafverfolgungsbehörde – im Gegensatz zur BA – über die erforderlichen Fachkenntnisse im Bereich des Embargogesetzes und dem weiteren, damit zusammenhängenden Regelwerk sowie bezüglich dessen Anwendung und Auslegung.
- Entsprechend plädiert der erläuternde Bericht in Kap. 3.1.1 (S. 11) für die Beibehaltung der Verwaltungsstrafrechtspflege: Mit Blick auf das Beschleunigungsgebot und die mit der Officialmaxime zusammenhängenden Verpflichtungen sei es gerechtfertigt, die Zuständigkeit für die Verfolgung und Beurteilung von Straftaten der Verwaltung zuzuweisen, wenn dafür besondere Kenntnisse des jeweiligen Verwaltungsbereichs nötig sind.

Das Verwaltungsstrafrecht betreffe einerseits eine erhebliche Zahl von Straffällen, andererseits eine Materie, die vertiefte Fachkenntnisse in ganz verschiedenen Bereichen erfordert. Eine Übertragung der Zuständigkeit auf die ordentlichen Strafverfolgungsbehörden, egal ob auf die BA oder die kantonalen Strafbehörden, erscheine politisch unrealistisch, weil sie bedeutende Auswirkungen auf die Organisation und den Kostenaufwand dieser Behörden hätte.

- Letztere Auswirkungen hätte vorliegend die BA zu gewärtigen. Eine neue, ausschliessliche Strafverfolgungszuständigkeit im Bereich des Embargogesetzes würde in der betreffenden Abteilung der BA zu einem erheblichen Ressourcenmehrbedarf führen. Zu diesem Schluss führen die Erfahrungen in den beiden Fällen, welche die BA auf Ersuchen des Seco gemäss (geltendem) Art. 14 Abs. 2 EmbG übernommen hat und welche im Zusammenhang mit den Sanktionen gegen Russland stehen.
- Die Erfahrungen im Kontext des Sanktionenregimes gegen Russland belegen zudem, wie wichtig die Abklärungen des Seco als spezialisierte und den Gesamtüberblick innehabende Verwaltungsstrafverfolgungsbehörde sind. Diese ermöglichen es erst zu bewerten, ob ein Fall bzw. eine Straftat von besonderer Bedeutung vorliegt, welche die Eröffnung eines Strafverfahrens durch die BA überhaupt rechtfertigt. Wenn die BA, nicht zuletzt infolge der vorgeschlagenen Anzeigepflicht (Art. 14 Abs. 2 VE-EmbG), nicht weiter abgeklärte Verdachtslagen zur Anzeige erhält, widerspricht dies dem Grundgedanken der geltenden Kompetenzaufteilung, wonach vor allem Formen schwerer Kriminalität der Bundesgerichtsbarkeit unterstehen sollen.
- Schliesslich gilt es darauf hinzuweisen, dass die BA Fälle, welche zugleich mutmassliche Verstösse gegen das KMG, GKG oder beispielsweise auch Geldwäschereihandlungen (Art. 24 Abs. 1 StPO) aufweisen, in der Regel ohnehin übernimmt.

Aus diesen Gründen ist die vorgeschlagene Anpassung von Art. 14 EmbG weder sinnvoll noch sachlich gerechtfertigt.

II. Inanspruchnahme der Bundeskriminalpolizei (BKP) in Verwaltungsstrafverfahren

5. Wie der erläuternde Bericht erklärt (Kap. 3.1.2, S. 11), behält der Vorentwurf einerseits die Möglichkeit bei, dass die zuständige Verwaltung bzw. Verwaltungsstrafverfolgungsbehörde auf die kantonalen Polizeikräfte zurückgreifen kann (Art. 57 Abs. 3 und 4 VE-VStrR). Gleichzeitig werden der Verwaltung aber auch ausdrücklich die Dienste der BKP zur Verfügung gestellt, d.h. die zuständige Verwaltungseinheit kann die BKP mit Ermittlungen beauftragen (Art. 39 VE-VStrR).
6. Die Möglichkeit, die Dienste der BKP in Anspruch zu nehmen, bringt eine neue Aufgabe für fedpol mit sich. Zu denken sei gemäss erläuterndem Bericht (Kap. 4.1, S. 54 *ad* Art. 39 VE-VStrR) vor allem an «die digitalen Ermittlungen», welche «in sachlicher, personeller und zeitlicher Hinsicht sehr aufwändig und kostenintensiv» seien, weshalb es «unvermeidbar [scheine], fedpol zusätzliche Ressourcen zuzusprechen». Hinsichtlich der «Auswirkungen auf den Bund» erklärt der erläuternde Bericht in Kap. 5.1 (S. 192), dass eine Schätzung der Dienstleistungen zugunsten der Verwaltungsstrafverfolgungsbehörden und des zusätzlichen Personalbedarfs zwar schwierig sei, dass es aber unumgänglich erscheine, dass fedpol zusätzliche Ressourcen gewährt werden müssen.

7. Dieser Einschätzung ist aus Sicht der BA beizupflichten. Die BA hat wiederholt darauf hingewiesen, dies auch zuhanden der Aufsichtsbehörden (vgl. Tätigkeitsbericht 2023 der BA¹, S. 9 und 19), dass die BKP bereits heute nicht mehr über genügend Ressourcen verfügt, um die Verfahren der BA, insbesondere im Bereich der organisierten Kriminalität, zu bewältigen bzw. mit Ermittlern zu unterstützen. Es ist in jedem Fall zu vermeiden, diese Situation weiter zu verschärfen durch die Inanspruchnahme von fedpol bzw. der BKP als «Gerichtspolizei der Verwaltungsstrafverfolgungsbehörden» (erläuternder Bericht, Kap. 4.1, S. 69 *ad* Art. 57 VE-VStrR).
8. Sollte die BKP künftig vermehrt für Verwaltungsstrafverfahren in Anspruch genommen werden, dürfte sich bei der zuvor beschriebenen Ausgangslage zwangsläufig die Frage stellen, für welche Strafverfahren die Ressourcen der BKP prioritär einzusetzen sind. Zu dieser Frage äussert sich der Vorentwurf bzw. der erläuternde Bericht nicht. Letzterer hält an zuvor erwähnter Stelle immerhin fest, dass die Polizeibehörden oft bereits hinlänglich ausgelastet sind mit ihren eigenen Verfahren, d.h. «Verfahren, die in der Zuständigkeit der kantonalen Staatsanwaltschaften oder der Bundesanwaltschaft liegen und denen sie unter Umständen den Vorrang geben müssen».

Die Frage des Vorranges bzw. der Prioritäten sollte im weiteren Verlauf der Gesetzgebungsarbeiten in die Klärung der Ressourcenthematik einbezogen werden. Aus Sicht der BA muss die nationale (und gegebenenfalls auch internationale) Sicherheit ein entscheidendes Kriterium bilden: Der Verfolgung von Straftaten aus dem Bereich der Schwerstkriminalität, namentlich des Terrorismus, der kriminellen Organisationen, des verbotenen Nachrichtendienstes, aber unter Umständen auch von Cyberkriminalität, muss der Vorrang gegeben werden.

III. Zwangsmassnahmengerichte

9. Der Vorentwurf sieht vor, dass die Zwangsmassnahmengerichte der Kantone einheitlich für verwaltungsstrafrechtliche Fälle zuständig sein sollen. Nach Art. 43 VE-VStrR sollen die kantonalen Gerichte die Befugnisse ausüben, welche einem Zwangsmassnahmengericht zugewiesen werden. Demnach entscheiden über alle Zwangsmassnahmen der Verwaltungsgerichtsbarkeit des Bundes kantonale Gerichte, dies gegen Erstattung der Kosten durch den Bund im Sinne von Art. 300 VE-VStrR (erläuternder Bericht, Kap. 4.1, S. 58 *ad* Art. 43 VE-VStrR).
10. Der erläuternde Bericht erörtert an der soeben erwähnten Stelle auch die Frage eines neu zu schaffenden «Bundeszwangsmassnahmengerichts». Es handelt sich dabei um eine alternative *Option*, welche von den kantonalen Partnern der BA unterstützt wird.

Die BA steht einer solchen Option und der Prüfung von deren Vor- und Nachteilen offen gegenüber. Die BA gelangt nach Art. 65 Abs. 1 des Strafbehördenorganisationsgesetzes (StBOG) in den von ihr geführten Verfahren an die kantonalen Zwangsmassnahmengerichte an ihrem Sitz (Kanton Bern) oder an ihren Zweigstellen (Kantone Zürich, Waadt und Tessin). Die mit dieser Regelung gemachten Erfahrungen lassen sich wie folgt zusammenfassen:

¹ <https://www.bundesanwaltschaft.ch/mpc/de/home/taetigkeitsberichte/taetigkeitsberichte-der-ba.html>

- Die Behandlung von Haftverfahren, die eines raschen Entscheides bedürfen, bedingt effektiv eine örtliche Nähe zu den betroffenen beschuldigten Personen, die mitunter aus der Haftanstalt zugeführt werden müssen, und zu ihren jeweiligen Rechtsvertretern bzw. Rechtsvertreterinnen. Es wäre in jedem Fall eine Herausforderung, den oder die Standorte für ein Zwangsmassnahmengericht des Bundes zu bestimmen.
- Die Genehmigung geheimer Überwachungsmassnahmen erweist sich in der Praxis hinsichtlich des Standortes des Zwangsmassnahmengerichts als grundsätzlich unproblematisch bzw. verlangt nicht zwingend nach einer grösseren Nähe zu den Verfahrensbeteiligten.
- Die grösste Herausforderung bilden aufgrund der regelmässig grossen Datenmengen und ihrer teils sehr langen Dauer (mitunter mehrere Jahre) die Entsiegelungsverfahren. Diese stellen für die kantonalen Zwangsmassnahmengerichte ressourcentechnisch das Hauptproblem dar. Die Gespräche mit den für die BA zuständigen kantonalen Zwangsmassnahmengerichten haben ergeben, dass die bestehende finanzielle Abgeltung trotz des Zuschlages von 25% (Art. 65 Abs. 4 StBOG) nicht ausreicht.

Die Diskussion um die Entsiegelungsverfahren hat – zumindest betreffend die kantonalen Zwangsmassnahmengerichte an den Standorten der BA – eine weitere, aus Sicht der BA auch vorliegend prüfenswerte *Option* ergeben. Es wäre zu erwägen, dass sich der Bund (über die Erstattung von Verfahrenskosten hinaus) an der Finanzierung zusätzlicher Stellen für jene kantonalen Zwangsmassnahmengerichte beteiligt, welche Aufgaben in Strafverfahren des Bundes wahrnehmen.

Für eine wohlwollende Berücksichtigung unserer Stellungnahme danken wir Ihnen bestens.

Freundliche Grüsse

Bundesanwaltschaft BA

Blaettler

Stefan BXBJOZ

Digital unterschrieben von
Blaettler Stefan BXBJOZ
Datum: 2024.05.10
16:41:17 +02'00'

Stefan Blättler
Bundesanwalt

Case postale 5056 | CH-1211 Genève 3

BÄR
& KARRER

Par courriel uniquement
(info.strafrecht@bj.admin.ch)

Département fédéral de justice et police
Palais fédéral ouest
CH-3003 Berne

Genève, le 10 mai 2024

Concerne: Procédure de consultation 2022/20
Révision totale de la loi fédérale sur le droit pénal administratif (DPA)

Madame, Monsieur,

Nous avons pris connaissance avec intérêt de l'Avant-projet de Loi fédérale sur le droit pénal administratif et la procédure pénale administrative ("**AP-DPA**" ou "**VE-VStrR**") et de son rapport explicatif du Département fédéral de justice et police ("**Rapport explicatif**" ou "**Erläuternder Bericht**").

Par la présente, dans le délai imparti, nous vous adressons la prise de position suivante, au nom de l'Etude Bär & Karrer SA.

Dans la mesure où plusieurs de nos bureaux ont participé à son élaboration, la présente prise de position comporte des développements tant en français qu'en allemand.

Nous avons choisi de formuler dans un premier temps des remarques d'ordre général (*infra A*) avant de commenter certains aspects spécifiques de l'avant-projet (*infra B*). Notre prise de position n'a ainsi pas vocation à l'exhaustivité.

Bär & Karrer SA
Avocats

baerkarrer.ch

Genève
12, quai de la Poste
CH-1211 Genève 3
Phone: +41 58 261 57 00
geneve@baerkarrer.ch

Zurich
Brandschenkestrasse 90
CH-8002 Zürich
Phone: +41 58 261 50 00
zuerich@baerkarrer.ch

Lugano
Via Vegezzi 6
CH-6901 Lugano
Phone: +41 58 261 58 00
lugano@baerkarrer.ch

Zoug
Baarerstrasse 8
CH-6302 Zug
Phone: +41 58 261 59 00
zug@baerkarrer.ch

Bâle
Lange Gasse 47
CH-4052 Basel
Phone: +41 58 261 59 50
basel@baerkarrer.ch

St. Moritz
Via Maistra 2
CH-7500 St. Moritz
Phone: +41 58 261 50 90
st.moritz@baerkarrer.ch

Table des matières

Table des matières	2
A Remarques générales	3
I Maintien d'une loi spéciale dédiée au droit pénal administratif	3
II Modernisation du droit pénal administratif.....	3
III Incorporation des dispositions du CPP dans la DPA	4
IV Opportunité d'élargir le champ des mesures de contrainte.....	5
B Remarques sur des dispositions spécifiques.....	5
I Responsabilité pénale du chef d'entreprise (art. 6 AP-DPA)	5
II Sonderregelung bei Bussen bis zu 50 000 Franken (Art. 7 VE- VStrR)	7
III Escroquerie en matière de prestations et de contributions (art. 14 AP-DPA)	9
IV Siegelung und Entsiegelung (Art. 180 f. VE-VStrR).....	10
V Prescription de l'action pénale (art. 11 AP-DPA)	12
VI Modifications de certains délais.....	16

A Remarques générales

I Maintien d'une loi spéciale dédiée au droit pénal administratif

- 1 De manière générale, nous approuvons l'approche proposée, qui consiste à conserver la DPA comme une loi spéciale consacrée au droit pénal administratif.
- 2 En effet, il nous semble opportun de pouvoir ponctuellement diverger du régime ordinaire et ce de manière uniforme pour tout le droit pénal administratif. C'est ainsi que la DPA contient des dispositions dérogeant à la partie générale du Code pénal ("**CP**"), des infractions spécifiques telles que l'escroquerie en matière de prestations et de contributions (art. 14 DPA) et des dispositions dérogeant au Code de procédure pénale ("**CPP**").
- 3 Le maintien d'une loi spéciale paraît donc s'imposer tout naturellement, ne serait-ce que pour des considérations d'efficacité législative.
- 4 En d'autres termes, la conservation de la DPA comme une loi spéciale répond à un véritable besoin et cela nous paraît être dans l'intérêt non seulement des autorités administratives, mais aussi des justiciables et de la justice.

II Modernisation du droit pénal administratif

- 5 Nous saluons également l'idée de moderniser le droit pénal administratif. Si la DPA était en son temps particulièrement novatrice, elle accuse désormais le poids des années ainsi que, plus généralement, la comparaison avec le CPP.
- 6 L'aspect quelque peu "poussiéreux" et à certains égards désuet de la DPA – y compris en ce qui concerne l'absence d'une véritable punissabilité de la personne morale – allié à un cheminement procédural à juste titre perçu comme quelque peu sinueux, a hélas pavé la voie aux sanctions administratives parapénales – soit des sanctions ayant un caractère pénal indéniable, mais néanmoins soumises au droit administratif et ne respectant pas les principes cardinaux du droit pénal.¹ Les sanctions administratives de la LFINMA ou de la LCart en sont de bonnes illustrations.² Il s'agit d'un développement particulièrement inquiétant qui peut être observé sur les vingt dernières années et s'inscrit dans un mouvement contraire à celui qui, originairement, avait conduit à l'adoption de la DPA en 1974.³
- 7 L'art. 2 DPA, en déclarant les dispositions de la partie générale du CP applicables sauf disposition contraire, manifestait ainsi clairement l'appartenance du droit

¹ Cf. LOUIS FRÉDÉRIC MUSKENS, Statut de la personne morale en droit pénal - Analyse d'une construction de droit civil en droit pénal matériel et procédural ainsi qu'en droit administratif parapénal, thèse Fribourg, Bâle 2024 ("**MUSKENS, thèse**"), N 2795 ss (réémergence des sanctions administratives), N 2876 (réticences face au régime pénal administratif), N 2901 ss (régime parapénal), N 3061 ss (critique procédurale du régime parapénal), N 3368 ss (critique matérielle du régime parapénal).

² MUSKENS, thèse, N 2811 ss.

³ MUSKENS, thèse, N 2796 ss.

pénal administratif au droit pénal, plutôt qu'au droit administratif.⁴ Aussi faut-il saluer dans ce contexte l'affirmation claire et sans ambiguïté, à l'appui du Rapport explicatif (ch. 2.1.1.2), que le droit pénal administratif "*relève du droit pénal*" ainsi que le fait que la révision s'inscrit dans la continuité de cette idée.

- 8 La modernisation du droit pénal administratif paraît absolument nécessaire pour enrayer le développement des sanctions administratives parapénales et permettre au droit pénal administratif de continuer à assurer tant sa fonction répressive que sa fonction de garant des droits des prévenus.⁵
- 9 Nous doutons toutefois que les modifications envisagées suffisent à rendre la procédure pénale administrative suffisamment attractive, vu notamment la conservation d'une multitude d'étapes procédurales antérieures à la phase judiciaire (procès-verbal final, mandat de répression, prononcé pénal). Nous invitons le législateur à repenser l'architecture de la procédure pénale administrative, pour permettre de lutter plus efficacement contre la multiplication des sanctions administratives parapénales.
- 10 Nous invitons également le législateur à envisager, à l'occasion de la réforme du droit pénal administratif, de mettre fin, une fois pour toutes, aux (trop nombreuses) sanctions administratives parapénales et de les soumettre au régime du droit pénal administratif.

III Incorporation des dispositions du CPP dans la DPA

- 11 Nous constatons à la lecture de l'AP-DPA que la première partie de la DPA, qui traite du droit pénal administratif matériel, n'a pas subi beaucoup de changements. La révision porte donc principalement sur la procédure pénale administrative et le choix fait à cet égard est celui d'une harmonisation, la plus large possible, avec le CPP.
- 12 Cette harmonisation s'est traduite par la reprise, le plus souvent à l'identique, de dispositions du CPP à l'AP-DPA. D'un point de vue purement quantitatif, il en résulte un triplement du volume de la loi, qui paraît toutefois justifié afin de moderniser la procédure pénale administrative, en accroissant à la fois les droits de la défense et en réduisant l'insécurité juridique.
- 13 Cette approche nous paraît bénéfique en ce qu'elle mettra un terme à l'application par analogie des dispositions du CPP aux questions non exhaustivement réglées par la DPA⁶, procédé hautement discutable du point de vue de la sécurité du droit, en particulier en matière procédurale.

⁴ MUSKENS, thèse, N 2800 ss.

⁵ Dans le même sens: MUSKENS, thèse, N 5668 ss.

⁶ ATF 139 IV 246, consid. 1.2; arrêt du TF du 11 juin 2019, 1B_91/2019, consid. 2.1; arrêt du TF du 6 février 2019, 1B_487/2018, consid. 2.1 et références citées.

- 14 Nous relevons cependant que la reprise, souvent à l'identique, de certaines dispositions du CPP permet en théorie une interprétation divergente de celle du CPP, au motif qu'il s'agit de dispositions distinctes malgré leur contenu identique. Ceci ne nous paraît pas souhaitable, si bien qu'un renvoi aux dispositions du CPP ou à tout le moins une précision dans le message selon laquelle l'interprétation de ces dispositions doit être alignée avec celles correspondantes du CPP nous paraissent opportuns si ce n'est nécessaires.
- 15 Nous relevons également que la reprise à l'identique de nombre de dispositions du CPP paraît constituer une opportunité manquée de préciser certaines dispositions peu claires du CPP, comme celles relatives aux scellés⁷, et de procéder à des adaptations utiles à la matière pénale administrative.

IV Opportunité d'élargir le champ des mesures de contrainte

- 16 Aux propos précités s'ajoute que la multiplication des dispositions de procédure et des instruments procéduraux à disposition des unités administratives, notamment en ce qui concerne les mesures de contrainte, entraînera nécessairement un renforcement de la procédure pénale administrative.
- 17 À cet égard, nous doutons de l'opportunité de conférer aux unités administratives des pouvoirs aussi étendus s'agissant des mesures de contrainte, sachant notamment que la très grande majorité des infractions de droit pénal administratif sont des contraventions.
- 18 Dans ce contexte, il nous semble indispensable que les unités administratives appliquent avec la plus grande rigueur le principe de proportionnalité (art. 154 al. 1 et 157 AP-DPA), voire que de nouvelles dispositions soient édictées afin d'éviter un renforcement disproportionné de l'appareil procédural.

B Remarques sur des dispositions spécifiques

I Responsabilité pénale du chef d'entreprise (art. 6 AP-DPA)

- 19 L'art. 6 al. 1 AP-DPA prévoit de reprendre à l'identique l'art. 6 al. 1 DPA actuel. Or, en pratique, se pose fréquemment la question du rapport entre l'art. 6 DPA et l'art. 29 CP. Certains souhaitent voir appliquer la norme la plus récente (art. 29 CP), d'autres la norme spéciale (art. 6 DPA), étant précisé que le débat s'articule surtout autour de l'art. 6 al. 3 DPA, alors qu'il concerne également l'art. 6 al. 1 DPA.⁸
- 20 S'il peut à notre sens se justifier de procéder à une distribution plus large des devoirs spéciaux en matière pénale administrative, comme le prévoit l'art. 6 al. 1

⁷ Cf. *infra* N 42 ss.

⁸ Cf. URSULA CASSANI/KATIA VILLARD, in: Laurent Moreillon/Alain Macaluso/Nicoals Queloz/Nathalie Dongois (édit.), *Commentaire romand – Code pénal I*, 2^e éd., Bâle 2021, art. 29 N 8.

AP-DPA lorsqu'il est conçu comme norme spéciale, encore faudrait-il prévoir une règle pour les cas d'omission qui ne sont pas appréhendés par la formulation active de la disposition. En cas d'omission, nous préconisons une imputation des devoirs spéciaux aux personnes responsables selon les règles internes des entreprises considérées, comme elle se pratique déjà s'agissant de l'application de la violation de l'obligation de communiquer (art. 37 LBA).⁹

- 21 Dans sa teneur actuelle, l'art. 6 al. 2 DPA se réfère à la violation d'une obligation juridique d'agir, sans qu'il ne soit parfaitement clair si cette obligation est ou non créée par l'art. 6 al. 2 DPA. La jurisprudence et la doctrine considèrent à juste titre que l'art. 6 al. 2 DPA ne codifie pas une infraction d'omission proprement dite et suppose donc l'existence d'une position de garant qui doit être positivement fondée, en ce sens qu'elle ne découle pas de la simple qualité de "*chef d'entreprise*" ni de la possibilité d'empêcher le comportement considéré.¹⁰
- 22 Nous saluons ainsi la précision apportée à l'art. 6 al. 2 AP-DPA, selon laquelle le chef d'entreprise n'est responsable que s'il a manqué à une obligation juridique "*spécifique*" d'agir. Cette clarification précise de manière utile que la disposition codifie une forme particulière d'omission improprement dite, plutôt qu'une infraction par omission proprement dite.
- 23 Quoi qu'il en soit, il paraît opportun de clarifier, à tout le moins dans le message, le rapport entre les art. 6 al. 2 et 3 AP-DPA et l'art. 29 CP. En effet, l'art. 29 CP n'existait pas encore lors de l'adoption de la DPA. En pratique, la question de l'articulation entre ces deux normes est controversée et il n'existe à notre connaissance pas de jurisprudence claire à ce sujet. On peut également s'interroger sur l'opportunité d'édicter une norme comparable à l'art. 29 CP dans la DPA ou de retrancher l'art. 6 al. 3 AP-DPA, vu l'applicabilité de l'art. 29 CP au droit pénal administratif en vertu de l'art. 2 DPA et de l'art. 333 al. 1 CP.¹¹
- 24 Dans le même ordre d'idées, il apparaît opportun de clarifier l'articulation entre l'art. 6 al. 2 AP-DPA et l'art. 6 al. 3 AP-DPA. L'art. 6 al. 2 AP-DPA pose toutefois avec davantage d'acuité encore la question de l'imputation, au sein de l'entreprise, des devoirs spéciaux incombant juridiquement à celle-ci. La doctrine considère l'art. 6 al. 3 DPA comme une norme spéciale réglant cette question.¹² On peut toutefois s'interroger sur l'opportunité d'une telle norme spéciale et d'une divergence avec l'actuel art. 29 CP.

⁹ Arrêt du TF du 28 novembre 2019, 6B_1332/2018, consid. 2.3.1; arrêt du TPF du 19 décembre 2017, SK.2017.54, consid. 2.2.4.1; ANDREW GARBARSKI/ALAIN MACALUSO, in: Peter Hsu/Daniel Flühmann (édit.), Basler Kommentar – Geldwäschereigesetz, Bâle 2021, art. 37 N 19; ANDREW GARBARSKI/ALAIN MACALUSO, in: Ursula Cassani/Christian Bovet/Katia Villard (édit.), Commentaire romand – Loi sur le blanchiment d'argent, Bâle 2022, art. 37 N 18.

¹⁰ Cf. p. ex. ATF 142 IV 315, consid. 2.2.2; arrêt du TF du 20 mai 2009, 6B_189/2008, consid. 3.2.3; RENATE SCHWOB, in: Friedrich Frank/Andreas Eicker/Nora Markwalder/Jonas Achermann (édit.), Basler Kommentar – Verwaltungsstrafrecht, Bâle 2020 ("**BSK VStrR-Auteur**"), art. 6 N 13; ANDREAS EICKER/FRIEDRICH FRANK/JONAS ACHERMANN, Verwaltungsstrafrecht und Verwaltungsstrafverfahrensrecht, Berne 2012, p. 53; MUSKENS, thèse, N 1032 ss. A noter que cette position était d'ores et déjà maladroitement exprimée à l'ATF 105 IV 172, consid. 4a concernant un cas de responsabilité pénale du chef d'entreprise (arrêt dit des publications obscènes).

¹¹ Cf. MUSKENS, thèse, N 1040 ss qui critique la formulation de l'art. 6 al. 2 et 3 DPA et souligne certaines différences entre l'art. 6 al. 3 DPA et le résultat de l'application de l'art. 29 CP.

¹² Cf. BSK VStrR-SCHWOB, art. 6 N 1; ANDREW GARBARSKI/ALAIN MACALUSO, La responsabilité de l'entreprise et de ses organes dirigeants à l'épreuve du droit pénal administratif, PJA 7/2008 p. 833 ss, p. 838; MUSKENS, thèse, N 1042.

II Sonderregelung bei Bussen bis zu 50 000 Franken (Art. 7 VE-VStrR)

- 25 Der Erledigungsmechanismus des Art. 7 VStrR dient der Verfahrensökonomie und ist grundsätzlich zu begrüßen. Es entspricht unserer Erfahrung, dass Art. 7 VStrR in der Praxis auf Akzeptanz stösst. Entsprechend stellt der Erläuternde Bericht fest, dass die Annahmequote bei gegenüber Unternehmen erlassenen Strafbefehlen sehr hoch ist (Erläuternder Bericht, S. 25).
- 26 Art. 7 Abs. 1 VE-VStrR übernimmt grundsätzlich den Mechanismus des geltenden Rechts, wobei die Obergrenze des massgeblichen Bussenbetrags auf CHF 50'000.- angehoben und der Massstab der Verhältnismässigkeit der erforderlichen Untersuchungsmassnahmen angepasst wird (Erläuternder Bericht, S. 25).
- 27 Mit Verweis auf den Grundsatz der Verfahrensökonomie rechtfertigt der Erläuternde Bericht alsdann die verschuldensunabhängige Verurteilung des Unternehmens, die in Art. 7 Abs. 1 VE-VStrR beibehalten werden soll (Erläuternder Bericht, S. 25). Dies, obwohl der Erläuternde Bericht zurecht feststellt, dass der strafrechtliche Charakter der Bestimmung *"in Anbetracht der Rechtsprechung zu Art. 6 Abs. 1 EMRK kaum in Zweifel gezogen werden kann"* (Erläuternder Bericht, S. 24). Laut dem Gesetzgeber sei der Grundsatz des Art. 7 VStrR selbst nicht problematisch und die Busse von neu CHF 50'000.- unter dem Gesichtspunkt der verschuldensunabhängigen Verurteilung des Unternehmens zu rechtfertigen. Problematisch seien vielmehr die Bestimmungen der Spezialgesetze, die den Artikel übernehmen, dabei aber den massgeblichen Betrag der Busse so stark anheben, dass sie nicht mehr nur die weniger schweren Fälle erfassen. Diese spezialgesetzlichen Bestimmungen seien nicht mehr gerechtfertigt und daher aufzuheben (Erläuternder Bericht, S. 25 f.).
- 28 Der gewählte Ansatz und die in Art. 7 VE-VStrR vorgeschlagenen Änderungen überzeugen nicht und sind unserer Ansicht nach insbesondere aus den folgenden, praxisrelevanten Gründen in Wiedererwägung zu ziehen.
- 29 Aus dem Erläuternden Bericht ergibt sich, dass der neue Art. 7 Abs. 1 VStrR zur Aufhebung sämtlicher spezialgesetzlichen Bestimmungen führen soll, die den Grundsatz des geltenden Art. 7 VStrR übernehmen und dabei den massgebenden Bussenbetrag erhöhen (Erläuternder Bericht, S. 26). Dies bedeutet eine erhebliche Einschränkung der Haftung der Unternehmen in den zahlreichen Bereichen, in denen die Behörden Unternehmen heute anstelle natürlicher Personen mit einer Busse bis CHF 100'000.- sanktionieren können (vgl. z.B. MWSTG, ZG, TStG). Die Flexibilität und der Handlungsspielraum der in diesen Bereichen involvierten Verwaltungsbehörden werden dadurch in erheblichem Masse eingeschränkt, was unseres Erachtens auch für die betroffenen Unternehmen einen deutlichen Rückschritt gegenüber dem geltenden Recht darstellt.
- 30 Angesichts des Umstandes, dass der Bussenbetrag von CHF 50'000.- nunmehr in Art. 7 Abs. 1 lit. b VE-VStrR vorgesehen ist und insofern nicht mehr von einem

"Bagatellobetrag" gesprochen werden kann, sollte unseres Erachtens mit der vorliegenden Revision Art. 7 VStrR in Einklang mit dem Schuldprinzip gebracht werden. Dazu gibt es verschiedenen Lösungen.

- 31 MACALUSO/GARBARSKI haben diesbezüglich etwa vorgeschlagen, die strafrechtliche Verantwortlichkeit des Unternehmens vom Vorliegen eines Organisationsmangels als eigenem Verschulden des Unternehmens im Sinne von Art. 102 Abs. 1 StGB abhängig zu machen.¹³ Dieser Vorschlag ist mit dem Prinzip der Verfahrensökonomie vereinbar. Soweit ein Unternehmen daran interessiert ist, dass ihm anstelle seiner Organe oder Mitarbeiter eine Busse auferlegt wird, ist aus Sicht der Praxis nicht zu erwarten, dass es sich der Feststellung eines Organisationsmangels widersetzen würde, der die Identifizierung der verantwortlichen natürlichen Personen erschwert hat.
- 32 MUSKENS schlägt vor, eine grundsätzliche Strafbarkeit der juristischen Person einzuführen und diese anstelle des Organisationsmangels auf ein Verschulden nach dem von ihm als "differenziert" bezeichneten Modell zu stützen.¹⁴ Die Idee würde darin bestehen, dass die juristische Person die objektiven und subjektiven Tatbestandsmerkmale der jeweiligen Strafnorm durch bestimmte, unterschiedlich definierte Personenkreise, erfüllen kann.¹⁵
- 33 Eine dritte Lösung könnte darin bestehen, anstelle einer subsidiären Strafbarkeit des Unternehmens aus Art. 7 VE-VStrR eine besondere Wiedergutmachungsregelung (analog zu Art. 53 StGB) zu machen. Eine solche Norm könnte vorsehen, dass bei unverhältnismässigen Untersuchungsmassnahmen die Verfolgungsbehörde dem Unternehmen vorschlagen könnte, eine Wiedergutmachung bis zu CHF 100'000.- zu leisten, damit das Verfahren eingestellt wird.
- 34 Eine solche Regelung würde genauso gut der Verfahrensökonomie dienen. Sie wäre mit dem Schuldprinzip problemlos vereinbar, da die Zahlung des Unternehmens freiwillig wäre und als Wiedergutmachung zu verstehen wäre, nicht als Busse eines Dritten. Darüber hinaus würde sie der aktuellen Praxis entsprechen, welche bereits Art. 53 StGB im Zusammenhang mit Art. 7 VStrR und Art. 49 FINMAG anwendet. Von Vorteil wäre ebenfalls, dass sich die Frage des Verhältnisses zu Art. 102 StGB nicht mehr stellen würde. Es sollte aber jedenfalls klargestellt werden, dass jegliche Äusserung im Hinblick auf eine Wiedergutmachung bei Scheitern derselben unverwertbar ist.
- 35 Als problematisch aus Sicht der Praxis erachten wir des Weiteren die fehlende Klärung des Verhältnisses von Art. 7 VE-VStrR zu Art. 102 StGB, obwohl letztere Bestimmung auch im Verwaltungsstrafrecht durch Art. 2 VStrR und Art. 333 Abs. 1 StGB zur Anwendung gelangen kann und in der Praxis auch zur Anwendung gebracht wird. Zwar soll künftig die Anwendung von Art. 7 VE-VStrR für Geldstrafen ausgeschlossen sein, denn nur eine Busse kann die Anwendbarkeit begründen

¹³ BSK VStrR-MACALUSO/GARBARSKI, Art. 7 N 39. **Crit.** MUSKENS, thèse, N 1558.

¹⁴ MUSKENS, thèse, N 1558 und 5622 ff.

¹⁵ MUSKENS, thèse, N 5682 ff.

(Erläuternder Bericht, S. 25), und ist Art. 102 StGB nicht auf Übertretungen anwendbar (Art. 105 Abs. 1 StGB). Dennoch sind weiterhin unklare Fälle denkbar, etwa beim Vorliegen eines Strafmilderungsgrundes. Da es sich ausserdem um eine seit langem umstrittene Frage handelt, ohne dass die Rechtsprechung jemals Gelegenheit gehabt hatte, sie zu klären, verdient dieser Punkt unserer Meinung nach eine eindeutige Stellungnahme. Jedenfalls ist aus Sicht der Praxis zu bedauern, dass der Anwendungsbereich von Art. 7 VE-VStrR durch die weitestgehende Begrenzung auf Übertretungen eingeschränkt wird im Vergleich zum heutigen Art. 7 VStrR. Dadurch wird letzten Endes der Handlungsspielraum der Behörden reduziert.

- 36 Schliesslich ist in jedem Fall die prozessuale Stellung des Unternehmens zu klären, und zwar unabhängig davon, welche Lösung für Art. 7 VE-VStrR gewählt wird (Ausfallhaftung für die erwirkte Busse, Strafbarkeit des Unternehmens, oder Wiedergutmachungsmöglichkeit mit Einstellungswirkung).¹⁶ Der VE-VStrR beschränkt sich vorerst darauf, die Stellung eines allfälligen Unternehmensvertreters zu regeln (Art. 122 lit. f VE-VStrR), schweigt aber zur Stellung des Unternehmens selbst.¹⁷
- 37 Der Erläuternde Bericht hält fest, dass die Rechtsnatur von Art. 7 VStrR "*in der Lehre zwar umstritten*", und die Rechtsprechung, was die prozessuale Stellung des Unternehmens betrifft, "*widersprüchlich*" ist. Einer Übernahme der Regelung von Art. 112 StPO steht laut dem Erläuternden Bericht aber die "*Notwendigkeit, Verwaltungsstrafverfahren effizient und möglichst kostengünstig zu erledigen*", entgegen (Erläuternder Bericht, S. 26). Vielmehr soll es genügen, dass der Strafbescheid dem Unternehmen rechtsgültig zugestellt wird und dieses gegebenenfalls rechtsgültig Einsprache erhebt. Der Gesetzgeber sieht trotz offensichtlichen Unsicherheiten keinen Handlungsbedarf, was zu bedauern ist. Angesichts des umstrittenen Charakters von Art. 7 VStrR¹⁸ erscheint nämlich eine diesbezügliche Klärung unumgänglich, insbesondere wenn am aktuellen Mechanismus von Art. 7 VStrR festgehalten wird. Ob dies durch eine im Erläuternden Bericht verworfene Übernahme der Regelung von Art. 112 StPO oder durch eine andere Lösung¹⁹ zu gewährleisten ist, kann hier offenbleiben.

III Escroquerie en matière de prestations et de contributions (art. 14 AP-DPA)

- 38 Le texte de l'art. 14 DPA fait référence à plusieurs notions indéterminées ("*montant important*", "[avantage illicite] *particulièrement important*", "*concours de tiers*") qui donnent lieu à des interprétations divergentes aussi bien dans la doctrine que dans la pratique des autorités administratives.²⁰ Nous constatons que ces notions indéterminées sont reprises à l'art. 14 AP-DPA.

¹⁶ Vgl. zur Notwendigkeit einer Regelung im VStrR bereits: MUSKENS, thèse, N 4428 f.

¹⁷ Vgl. zur aktuellen prozessualen Stellung des Unternehmens im Zusammenhang mit Art. 7 VStrR: MUSKENS, thèse, N 4173 ff.

¹⁸ Vgl. dazu MUSKENS, thèse, N 1419 ff.

¹⁹ Vgl. z.B. MUSKENS, thèse, N 4437 ff. welcher für eine offenere Lösung plädiert.

²⁰ BSK VStrR-MAEDER, art. 14 N 117 ss.

- 39 Cette situation n'est pas satisfaisante sous l'angle du principe de légalité et de précision (art. 1 CP) ainsi que, de manière plus générale, sous l'angle de la prévisibilité et de la sécurité du droit. Elle est d'autant plus critiquable que l'escroquerie en matière de prestations et de contributions (art. 14 DPA) continue à gagner en importance pratique si l'on en croit la jurisprudence récente.
- 40 Nous ne nous rallions ainsi pas à l'opinion relevée dans le Rapport explicatif, selon laquelle il "*appartient à la jurisprudence de préciser les notions considérées*" (Rapport explicatif, p. 35). Le principe de légalité et de précision (art. 1 CP) exige un certain niveau de précision du texte de la norme pénale et ne saurait se contenter d'une précision *a posteriori* par la jurisprudence.
- 41 Il est donc indispensable que les éléments constitutifs de cette infraction soient clairement définis. La présente révision devrait ainsi permettre:
- i) de définir des seuils chiffrés dans le texte légal en lieu et place des notions de "*montant important*" et d'"[avantage illicite] *particulièrement important*"; et
 - ii) d'expliciter davantage la notion de "*concours de tiers*" mentionnée à l'art. 14 al. 3 AP-DPA, voire de remplacer la notion de manière que le justiciable sache clairement si cela implique la participation de deux personnes au moins, sous la forme d'une coactivité comme suggéré par le Rapport explicatif (p. 35) ou, au contraire, de trois personnes comme le laisse entendre la formulation du texte légal.²¹

IV Siegelung und Entsiegelung (Art. 180 f. VE-VStrR)

- 42 Im schweizerischen Recht ist die Siegelung von Beweismitteln ein Grundpfeiler der Strafverteidigung, um sowohl den Beschuldigten als auch die Geheimhaltungsinteressen unbeteiligter Dritter zu schützen. Das Siegelungsverfahren stellt sicher, dass Dokumente oder Daten bis zu einer Entsiegelungsentscheid des zuständigen Gerichts vor dem Zugriff der Strafbehörden geschützt sind.
- 43 Art. 180 und 181 VE-VStrR übernehmen wörtlich die revidierten Art. 248 und 248a der am 1. Januar 2024 in Kraft getretenen revidierten StPO. Die im Rahmen der Revision der StPO umfassend revidierten Bestimmungen über die Siegelung und Entsiegelung von Beweismitteln (Art. 248, 248a und 264 Abs. 3 StPO) weisen zahlreiche Unklarheiten auf.²² Durch die direkte Übernahme der Bestimmungen der StPO würden insbesondere auch deren Unklarheiten in das Verwaltungsstrafrecht übernommen.

²¹ BSK VStrR-MAEDER, art. 14 N 143 s.

²² Vgl. OLIVER M. BRUPBACHER/CLAUDIA GÖTZ STAEHELIN/ANDREW GARBARSKI, Revision of the Swiss Criminal Procedure Law on the Sealing of Evidence, <https://www.baerkarrer.ch/en/publications/revision-of-the-swiss-criminal-procedure-law-on-the-sealing-of-evidence>, January 2024.

- 44 Unklarheit besteht zum einen in Bezug auf die geplante Dreitagesfrist zur Stellung des Siegelungsbegehrens. Der VE-VStrR sieht vor, dass Inhaberinnen und Inhaber von Aufzeichnungen oder Gegenständen sowie andere Betroffene mit rechtlich geschützten Geheimhaltungsinteressen ihr Siegelungsbegehren innerhalb einer verkürzten Frist von nur drei Tagen einreichen müssen (Art. 180 Abs. 1 und 2 VE-VStrR). Nach dem Wortlaut von Art. 180 Abs. 1 VE-VStrR beginnt die dreitägige Frist mit "der Sicherstellung". Im Zusammenhang mit dem identischen Art. 248 Abs. 1 StPO wird in der Lehre darüber diskutiert, ob die dreitägige Frist ab dem Zeitpunkt der tatsächlichen Sicherstellung der Aufzeichnungen oder Gegenstände oder ab dem Zeitpunkt der Kenntnisnahme der Sicherstellung durch die betroffene Person zu laufen beginnt.²³ Wenn die Inhaberin oder der Inhaber der Aufzeichnungen oder Gegenstände zum Zeitpunkt der Sicherstellung abwesend ist und vom Recht, die Siegelung zu beantragen, erst nach Ablauf der Dreitagesfrist Kenntnis erlangt, sollte es unserer Ansicht nach immer noch möglich sein, dieses Recht auszuüben, um seine Wirksamkeit zu gewährleisten.
- 45 Des Weiteren ergeben sich die Gründe für das Siegelungsbegehren nach Art. 180 Abs. 1 VE-VStrR ausschliesslich aus den Beschlagnahmeverboten von Art. 168 VE-VStrR. Demnach sollen Beschuldigte künftig die Siegelung beantragen und der Beschlagnahme in Bezug auf diejenigen Unterlagen widersprechen können, die aus ihrer Kommunikation mit Verteidigerinnen oder Verteidigern stammen, sowie in Bezug auf ihre persönlichen Aufzeichnungen und ihre Korrespondenz, wenn das Interesse am Schutz ihrer Privatsphäre das Interesse an der Strafverfolgung überwiegt, und in Bezug auf Gegenstände und Unterlagen, die in ihrer Kommunikation mit Personen verwendet werden, die selbst die Aussage nach den Art. 132-135 VE-VStrR verweigern können und die nicht einer Straftat im gleichen Sachzusammenhang beschuldigt werden (Art. 168 Abs. 1 lit. a-c VE-VStrR).
- 46 Eine Öffnungsklausel, die auf "andere Gründe" verweist, wie sie Art. 264 aStPO vorsah, wurde im Rahmen der StPO-Revision gestrichen und fehlt nun auch im VE-VStrR. Dies hat zur Folge, dass Nichtbeschuldigte – mit Ausnahme des Anwaltsgeheimnisses und sofern es sich um die Kommunikation mit einer/einem Schweizer oder EU/EFTA-Anwältin/Anwalt handelt – die Siegelung nicht mehr unter Berufung auf eigene Privat- oder Geschäftsgeheimnisse, den Quellenschutz von Journalisten oder den Schutz der eigenen Korrespondenz mit zeugnisverweigerungsberechtigten Personen verlangen können sollen. Eine solche Einschränkung kann unseres Erachtens insbesondere im Zusammenhang mit Daten von Unternehmen in Verfahren, in denen nur ihre Angestellten oder andere Dritte beschuldigt werden, nicht als sachgemäss erachtet werden.
- 47 Eine weitere Herausforderung schafft die Frist in Art. 181 Abs. 3 VE-VStrR: Der VE-VStrR sieht vor, dass die berechnete Person innerhalb einer nicht erstreckbaren

²³ OLIVIER THORMANN/BEAT BRECHBÜHL, in: Marcel Alexander Niggli/Marianne Heer/Hans Wiprächtiger (édit.), Basler Kommentar – Schweizerische Strafprozessordnung, Jugendstrafprozessordnung, 3. Aufl., Basel 2023, Art. 248 N 22; DANIEL JOSITSCH/NIKLAUS SCHMID, Schweizerische Strafprozessordnung – Praxiskommentar, 4. Aufl., Zürich/St. Gallen 2023, Art. 248 N 4 mit Verweis auf AB N 2021 618. **Contra:** SEAN HENEGHAN/VALENTINA MELE/YASMINE MÜLLER/WOLFGANG WOHLERS, E-Mails als Beweismittel im Strafverfahren, AJP 2023 S. 1381 ff., S. 1399; DAMIAN K. GRAF, Praxishandbuch zur Siegelung, Bern 2022, N 151.

Frist von zehn Tagen Einwände gegen ein Entsigelungsgesuch erheben muss. Stillschweigen gilt als Rückzug des Siegelungsbegehrens. Diese ausserordentlich kurze Frist wird in der Praxis erhebliche Herausforderungen mit sich bringen.

- 48 Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichts bestehen hohe Anforderungen an die Begründung von Einwendungen im Rahmen des Entsigelungsverfahrens, insbesondere dort wo die gesiegelten Unterlagen oder Dateien umfangreich sind.²⁴ Es wird erwartet, dass die betroffenen Personen konkret darlegen, in Bezug auf welches einzelne Dokument ihrer Ansicht nach Gründe gegen die Entsigelung vorliegen. Es sollte unseres Erachtens im Rahmen der Revision des VStrR geklärt werden, inwiefern diese Begründungsanforderungen während der neuen Zehntagesfrist gelten. Bemerkenswert ist in diesem Zusammenhang, dass der VE-VStrR für nicht sofort entscheidungsreife Fälle eine mündliche Triageverhandlung vorschreibt (Art. 181 Abs. 5 VE-VStrR). Wir sind der Ansicht, dass diese Triageverhandlung das geeignete Forum ist, um die geltend gemachten Einwände zu begründen.
- 49 Problematisch sind zudem die Unklarheiten im Zusammenhang mit dem Beginn der Zehntagesfrist nach Art. 181 Abs. 3 VE-VStrR. Diese Bestimmung sollte unseres Erachtens dahingehen geklärt werden, dass die Frist erst dann in Gang gesetzt wird, wenn die berechtigten Personen über das Entsigelungsgesuch informiert wurden und ihnen das Recht auf Einsicht in die Verfahrensakten sowie gegebenenfalls in die versiegelten Aufzeichnungen oder Gegenstände eingeräumt wurde.
- 50 Schliesslich besteht nach unserer Auffassung angesichts der "Waffengleichheit" zwischen den Strafverfolgungsbehörden und den berechtigten Personen ein Bedarf, die genauen Rechtsfolgen der ausdrücklichen Nichtverlängerbarkeit der Frist in Art. 181 Abs. 3 VE-VStrR zu klären.

V Prescription de l'action pénale (art. 11 AP-DPA)

1 Sur le principe

- 51 L'art. 11 al. 4 AP-DPA dispose que "[l]a prescription ne court plus si un prononcé pénal ou de confiscation ou un jugement de première instance a été rendu avant l'échéance du délai de prescription".
- 52 L'art. 11 al. 4 AP-DPA propose de codifier la jurisprudence désormais constante du Tribunal fédéral²⁵ assimilant le prononcé pénal de l'administration à un jugement de première instance sauvegardant le délai de prescription de l'action pénale aux termes de l'art. 97 al. 3 CP (Rapport explicatif, p. 31 s.).
- 53 Selon nous, cette jurisprudence est hautement critiquable. Nos réserves vont bien au-delà de l'incompatibilité de la solution avec l'art. 97 al. 3 CP, laquelle serait le

²⁴ Vgl. u.a. BGE 145 IV 273, E. 3.2 (zum VStrR) oder BGer vom 17. März 2020, 1B_464/2019, E. 2.1 (zur StPO).

²⁵ Cf. notamment ATF 147 IV 274, consid. 1.5 et 1.10.1; ATF 142 IV 11, consid. 1.2.1; ATF 133 IV 112, consid. 9.4.4. **Crit.** arrêt du TPF du 2 mars 2021, SK.2020.48, consid. 3.3.7.

seul obstacle levé par l'art. 11 al. 4 AP-DPA. Il apparaît en effet contraire aux principes cardinaux du droit pénal que le prononcé pénal puisse interrompre la prescription de l'action pénale au même titre qu'un jugement de première instance.

- 54 En effet, la principale caractéristique du jugement de première instance, laquelle justifie la sauvegarde de la prescription de l'action pénale, est qu'il émane d'un juge indépendant et impartial au sens des art. 6 CEDH et 30 Cst. Or, le prononcé pénal n'émane précisément pas d'un tribunal indépendant et impartial mais d'une autorité administrative fédérale, soit d'une émanation du pouvoir exécutif qui, fût-elle impartiale, ne serait en tous les cas pas indépendante.
- 55 La règle de l'art. 97 al. 3 CP s'explique par une double fonction de la prescription de l'action pénale, laquelle sert non seulement à empêcher la poursuite et la répression d'une infraction après l'échéance d'un certain délai, mais encore à assurer l'accès à un tribunal indépendant et impartial dans ce même délai.
- 56 Or, permettre au prononcé pénal d'interrompre la prescription comme l'envisage l'art. 11 al. 4 AP-DPA et l'admet déjà la jurisprudence actuelle néglige la double fonction de la prescription et l'ampute de son lien très étroit avec le principe de célérité (art. 5 CPP, art. 26 AP-DPA, art. 29 al. 1 Cst.) et la garantie de l'accès au juge (art. 29a Cst.). Dans le champ d'application de l'art. 12 al. 4 DPA, cela devrait valoir *a fortiori* pour les décisions de l'administration d'assujettissement à une prestation, qui, selon un arrêt récent du Tribunal fédéral rendu en matière de TVA, interrompent le délai de prescription de l'assujettissement à une prestation à l'instar des décisions pénales.²⁶
- 57 Cette double fonction explique pourquoi l'ordonnance pénale²⁷, même maintenue sur opposition (art. 355 al. 3 let. a et art. 356 CPP), n'interrompt pas la prescription de l'action pénale, pas plus d'ailleurs que le mandat de répression (art. 64 DPA)²⁸. On ne voit dès lors pas pourquoi il devrait en être autrement du prononcé pénal (art. 70 DPA) lequel équivaut structurellement à une ordonnance pénale maintenue sur opposition et ne se distingue guère du mandat de répression en pratique, que ce soit à la forme ou au fond.
- 58 La solution proposée (art. 11 al. 4 AP-DPA) est d'autant moins justifiée que les délais de prescription de l'action pénale en droit pénal administratif sont d'ores et déjà plus longs qu'en droit pénal commun. C'est ainsi que l'art. 11 al. 1 AP-DPA prévoit un délai de prescription de quatre ans pour les contraventions alors que le régime ordinaire prévoit un délai de prescription de trois ans (art. 109 CP). On rappellera en outre que certaines dispositions spéciales prolongent le délai de la DPA, notamment l'art. 52 LFINMA qui porte celui-ci à sept ans (!), délai de prescription réservé aux délits en droit pénal ordinaire (art. 97 al. 1 let. d CP). A cela s'ajoute que la DPA connaît encore et toujours la suspension du délai de

²⁶ Arrêt du TF du 15 Décembre 2023, 9C_716/2022 (destiné à publication), consid. 5.7.5.

²⁷ ATF 142 IV 11, consid. 1.

²⁸ ATF 133 IV 112, consid. 9.4.4.

prescription de l'action pénale, abolie en droit pénal fondamental avec la révision de la partie générale du CP (cf. art. 11 al. 3 DPA, art. 11 al. 3 AP-DPA).

- 59 Dès lors que les délais de prescription en matière pénale administrative sont plus longs et que des mécanismes existent pour les prolonger, il paraît d'autant moins justifié de permettre leur interruption avant la décision d'un tribunal indépendant et impartial.
- 60 En conclusion, nous préconisons de renoncer à codifier la jurisprudence hautement critiquable du Tribunal fédéral permettant au prononcé pénal de sauvegarder la prescription de l'action pénale et, au contraire, d'édicter une disposition mettant un terme clair à celle-ci. L'art 11 al. 4 AP-DPA devrait donc selon nous prévoir que seul le jugement de première instance, à l'exclusion du prononcé pénal, sauvegarde la prescription de l'action pénale.

2 Quant à la forme

- 61 Indépendamment de notre avis sur le fond, force est de constater que l'art. 11 al. 4 AP-DPA est entaché de certaines imperfections rédactionnelles indéniables.
- 62 Tout d'abord, la règle envisagée repose sur une alternative entre le prononcé pénal et le jugement de première instance ("*un prononcé pénal ou de confiscation ou un jugement de première instance*"). Une telle règle manque de clarté dès lors qu'un jugement de première instance peut intervenir – et interviendra en principe – en cas de demande de jugement postérieure à un prononcé pénal (art. 275 al. 1 AP-DPA). La deuxième hypothèse vise donc sans doute la situation dans laquelle une opposition à un mandat de répression est traitée comme demande de jugement (art. 274 AP-DPA) voire celle où seul un tribunal est compétent à raison de la matière (art. 41 al. 1 AP-DPA).
- 63 Afin d'éviter toute ambiguïté, il conviendrait en tous les cas de préciser la rédaction de l'art. 11 al. 4 AP-DPA en ce sens que la prescription ne court plus sitôt qu'un prononcé pénal ou, lorsque celui-ci fait défaut, un jugement de première instance est rendu.
- 64 Toutefois, il y a plus. Selon le Rapport explicatif, l'art. 11 al. 4 AP-DPA vise à codifier la jurisprudence actuelle (p. 32). Or, l'art. 11 al. 4 AP-DPA omet deux conditions pourtant essentielles pour qu'un prononcé pénal puisse sauvegarder la prescription de l'action pénale selon le Tribunal fédéral. La jurisprudence exige en effet que le prononcé pénal ait été rendu à l'issue d'une "*procédure contradictoire*" et sur une "*base circonstanciée*" pour déployer de tels effets.²⁹
- 65 Dès lors que le but de l'AP est de se calquer sur la jurisprudence du Tribunal fédéral, il faudrait donc préciser, dans le texte de l'art. 11 al. 4 AP-DPA, que la prescription ne court plus si un prononcé pénal ou de confiscation est rendu avant l'échéance

²⁹ Cf. notamment ATF 147 IV 274, consid. 1.5.

du délai de prescription, "*sur une base circonstanciée et à l'issue d'une procédure contradictoire*". A défaut, la prescription ne court plus si un jugement de première instance a été rendu avant l'échéance du délai de prescription.

- 66 Il convient également de souligner que la notion de "*base circonstanciée*" est juridiquement indéterminée et, partant, source d'incertitudes. Il s'agit d'une création du Tribunal fédéral qui, à ce jour, n'a pas été définie plus avant par ce dernier. Les rares auteurs de doctrine qui se sont penchés sur la question considèrent que le prononcé pénal doit avoir été rendu à l'issue d'une instruction complète.³⁰ Cela suppose notamment que les éventuelles auditions de témoins ou de personnes entendues à titre de renseignement soient intervenues en amont du prononcé pénal.³¹
- 67 Autrement dit, il incombe à l'unité administrative d'établir les faits nécessaires pour apprécier la culpabilité du prévenu et la peine, avant d'émettre un prononcé pénal.³² Ceci d'autant plus que (i) l'administration d'office des preuves par le tribunal de première instance devrait rester l'exception³³ et que (ii) la procédure judiciaire de la DPA est marquée par le principe dit de l'immédiateté limitée³⁴, selon lequel les preuves doivent être administrées en priorité par l'autorité d'instruction.
- 68 Il conviendrait dès lors de remplacer la notion de "*base circonstanciée*" par celle, plus claire, d'"*instruction complète*". Subsidiairement, la notion de base circonstanciée devrait à tout le moins être concrétisée dans le Message du Conseil fédéral accompagnant le futur projet de loi, afin d'assurer un certain niveau de sécurité juridique.
- 69 Aussi, nous soumettons ici une proposition de (re)formulation de l'art. 11 al. 4 AP-DPA, qui tient compte de ce qui précède (modifications surlignées ou biffées):

70"La prescription ne court plus si, au terme d'une instruction complète et contradictoire, un prononcé pénal ou de confiscation ou un jugement de première instance a été rendu avant l'échéance du délai de prescription. A défaut d'un prononcé pénal ou de confiscation répondant à ces exigences, la prescription ne court plus si un jugement de première instance a été rendu avant l'échéance du délai de prescription."

³⁰ NADJA CAPUS/ALLISON BERETTA, Droit pénal administratif – Précis de droit suisse, 2021, Bâle 2021, N 227.

³¹ LORENZ GARLAND, Aktuelle Entwicklungen im Verwaltungs- und Finanzmarktsstrafrecht, in: Marc Jean-Richard-dit-Bresel/David Zollinger (Hrsg.), Rechnungswesen und Kapitalschutz im Strafrecht, 12. Schweizerische Tagung zum Wirtschaftsstrafrecht, Tagungsband 2021, Zürich 2022, S. 163 ff., S. 177.

³² Voir en ce sens, BSK VStrR-HEIMGARTNER/KESHELAVA, art. 75 N 8.

³³ PIERRE-HENRI WINZAP, in: Yvan Jeanneret/André Kuhn/Camille Perrier Depeursinge (édit.), Commentaire romand – Code de procédure pénale suisse, 2^e éd., Bâle 2019, art. 331 N 1.

³⁴ BSK VStrR-HEIMGARTNER/KESHELAVA, art. 75 N 8 et art. 77 N 2.

VI Modifications de certains délais

1 Rallongement de certains délais

- 71 Nous constatons que certains délais applicables en vertu de l'actuelle DPA ont été prolongés dans l'avant-projet.
- 72 Il en va notamment du délai pour déposer une plainte contre les actes d'enquête et omissions de l'autorité administrative, pour lequel un délai de trois jours est actuellement prévu (art. 28 al. 3 DPA). L'avant-projet prévoit que "[l]a *plainte visant un acte d'enquête ou une décision rendue sur plainte doit être déposée [...] dans les dix jours* à compter de celui où le plaignant a eu connaissance de l'acte d'enquête ou reçu notification de la décision" (art. 49 al. 3 AP-DPA).
- 73 En outre, en ce qui concerne le délai accordé au justiciable pour se déterminer sur le procès-verbal de l'administration. L'actuelle loi prévoit un délai (prolongeable pour justes motifs) de dix jours (art. 61 al. 3 DPA). L'avant-projet prévoit quant à lui que l'unité administrative impartit au prévenu *"un délai de 30 jours pour prendre position, consulter le dossier et requérir un complément d'enquête. Le délai peut être prolongé s'il existe des motifs valables et si la demande en est faite avant l'expiration du délai"* (art. 256 al. 2 AP-DPA).
- 74 Nous saluons ces allongements de délais. Les délais précités, prévus par l'actuelle loi, sont en effet beaucoup trop courts, particulièrement dans les affaires complexes. Ils ne paraissent ainsi pas compatibles avec le droit à une défense effective au sens des art. 6 CEDH et 32 al. 2 Cst.
- 75 Par ailleurs, quand bien même les procédures pénales administratives sont soumises à un devoir de célérité accru, le rallongement de sept, respectivement vingt jours des délais pour déposer plainte et se déterminer sur le procès-verbal final ne retardent pas inutilement la procédure, qui généralement durent plusieurs mois, voire années.
- 76 Enfin, l'allongement des délais sert également les autorités, qui se voient nanties de plaintes, respectivement de déterminations, de meilleure qualité. À cet égard, nous nous rallions aux propos du Rapport explicatif, à teneur desquels:
- i) "[L]e fait de porter le délai [pour déposer plainte contre les actes de l'autorité] à 10 jours sert aussi l'autorité de plainte, en ce sens que ça lui évite d'avoir affaire à des recours rudimentaires, qui sont ensuite complétés par de longues répliques" (Rapport explicatif, p. 62); et
 - ii) Le rallongement du délai pour se déterminer sur le procès-verbal final *"vaut tant dans l'intérêt du prévenu qui peut ainsi mieux préparer sa défense, que dans celui de l'unité administrative qui a intérêt à connaître au mieux et au plus tôt la position du prévenu"* (Rapport explicatif, p. 139).

2 Délai pour convoquer une audition

- 77 L'actuelle loi ne prévoit pas de délai pour notifier un mandat de comparution de l'unité administrative à une personne qui doit être entendue.
- 78 D'après l'art. 159 al. 1 AP-DPA, "[l]e mandat de comparution est notifié au moins trois jours avant la date de l'acte de procédure".
- 79 Nous sommes conscients que cette disposition reprend les délais prévus à l'art. 202 al. 1 let. a CPP. Toutefois, selon nous, un délai de trois jours est trop court et ne paraît pas compatible avec le droit à une défense effective au sens de l'art. 6 CEDH.
- 80 En effet, selon les cas, et notamment en matière d'affaires complexes, il est douteux qu'un délai aussi court soit suffisant au justiciable pour (i) contacter un avocat, (ii) lui permettre de préparer son audition et (iii) prendre ses dispositions en vue de ladite audition.
- 81 Ce délai de trois jours est d'autant moins justifiable que la plupart des autorités – y compris pénales administratives – mettent actuellement en place un système d'enregistrement vidéo et/ou audio des audiences. Dans cette configuration, la retranscription des procès-verbaux dure généralement plusieurs semaines (voire plusieurs mois, notamment si on tient compte d'éventuelles rectifications de procès-verbaux par les parties).
- 82 Ainsi, le rallongement du délai pour notifier un mandat de comparution ne prolongerait pas les procédures.
- 83 Enfin, le fait de prolonger le délai concerné servirait aussi les intérêts de l'autorité de poursuite. En effet, il n'est pas exclu à ce stade que la personne entendue qui s'est vue notifier un mandat de comparution trois jours avant son audition exerce son droit au silence et partant refuse de répondre aux questions de l'unité administrative, au motif qu'elle n'a pas eu suffisamment de temps pour préparer son audition. Cette dernière n'apportera donc pas grand-chose sur le fond et ne permettra pas à l'autorité d'avancer dans l'établissement des faits.
- 84 Nous préconisons ainsi de prévoir un délai plus long, de dix jours au minimum.

* * *

Nous sommes persuadés de l'opportunité d'une réforme du droit pénal administratif. Nous espérons que les quelques points soulevés dans cette prise de position susciteront votre intérêt et seront utiles à l'élaboration du projet de loi.

Nous demeurons bien sûr à votre disposition pour toute question.

A toutes fins utiles, nous précisons que les personnes suivantes ont participé à l'élaboration de la présente prise de position: Andrew Garbarski, Oliver M. Brupbacher, Matthias Bizzarro, Louis Frédéric Muskens, Marlen Schultze et Adam Zaki.

Veuillez croire, Madame, Monsieur, à l'expression de nos sentiments distingués.

Bär & Karrer SA



Commission administrative

Viale Stefano Franscini 7
CH-6500 Bellinzone
Tél. +41 58 480 68 68
Fax +41 58 480 68 32
info@bstger.ch

Numéro d'enregistrement: 1.1.1.8

Département fédéral de justice et police
Monsieur le Conseiller fédéral
Beat Jans
Palais fédéral ouest
3003 Berne

Par courrier électronique à :
info.strafrecht@bj.admin.ch

Bellinzone, le 2 mai 2024/rop

Révision totale de la loi sur le droit pénal administratif ; procédure de consultation

Monsieur le Conseiller fédéral,

Nous avons l'avantage de vous soumettre la prise de position suivante au sujet de la révision totale de la loi sur le droit pénal administratif (ci-après : AP-DPA).

1. A titre préliminaire

Les juges Andreas J. Keller puis Patrick A. Robert-Nicoud ont siégé au sein du groupe de travail « Mise en œuvre de la motion Caroni 14.4122 "Pour un droit administratif moderne" ». Le Tribunal pénal fédéral (ci-après : TPF) n'est en principe pas lié par les positions de ses membres au sein du groupe d'experts mais n'entend pas s'écarter des principes et des grandes directions que celui-ci a préconisés et qui sont concrétisés dans l'avant-projet. Par conséquent, la présente prise de position ne s'exprime explicitement que quant à des questions ponctuelles.

2. Compétence des autorités pénales

Le TPF est concerné à double titre par la révision totale de la loi sur le droit pénal administratif : d'une part comme autorité de jugement (Cour des affaires pénales et Cour d'appel ; art. 34 let. b et d AP-DPA), d'autre part comme autorité de recours (Cour des plaintes ; art. 34 let. c AP-DPA).

2.1 En tant qu'autorité de jugement (Cour des affaires pénales et Cour d'appel)

Le TPF salue le choix fait dans l'AP-DPA de maintenir, sous réserve de dispositions légales spéciales, la compétence des tribunaux cantonaux pour juger au fond les infractions au DPA (art. 41 al. 1 AP-DPA). Certes, la compétence actuelle des tribunaux cantonaux découle avant tout du fait que le DPA est antérieur à la création d'une chaîne pénale fédérale complète. Mais l'attribution d'une compétence générale de jugement au

TPF toucherait au principe constitutionnel de subsidiarité et n'irait pas sans une augmentation significative des moyens indispensables au sein des Cours de jugement. De plus, le législateur dispose toujours du moyen, par des lois spéciales, de confier au TPF le jugement d'infractions pour lesquelles il estime que la compétence fédérale a du sens (cf. art. 50 al. 2 LFINMA).

Le TPF remarque que l'AP-DPA ne prévoit pas la création d'un Tribunal des mesures de contrainte (ci-après : TMC) fédéral. Les raisons avancées par l'AP-DPA (rapport explicatif *ad* art. 43 AP-DPA) font sens mais en l'absence de données chiffrées il est impossible de se prononcer sur la pertinence de créer une telle institution au niveau fédéral. En tout état de cause, le TPF ne partage pas l'hypothèse émise de « rattacher » un éventuel TMC fédéral au TPF (rapport explicatif *ad* AP-DPA, *ad* art. 43, p. 57). D'une part, le législateur a fait, dès l'entrée en vigueur du Code de procédure pénale suisse, le choix de séparer les tribunaux de jugement et les autorités de recours du tribunal des mesures de contrainte (art. 13 CPP). Il en va de même en DPA (art. 43 et 44 AP-DPA *e. r.* avec 41 et 42 AP-DPA). Il en découle que ni les cours de jugement du TPF (cf. art. 43 al. 2 AP-DPA), ni la Cour des plaintes, elle-même autorité de recours contre les décisions des TMC cantonaux en DPA (cf. art. 46 al. 1 AP-DPA), ne pourraient assumer ce rôle. Il s'agirait donc de créer une quatrième Cour au sein du TPF, dont les décisions seraient susceptibles de recours devant la Cour des plaintes du même TPF, mais qui dans le même temps serait amenée à statuer sur les demandes de mesures de contrainte formées par les Cours de jugement (art. 206 al. 2 AP-DPA). La complexité d'un tel modèle, sans parler de son manque de conformité aux principes de la séparation des instances et de l'indépendance, le rend manifestement inapplicable.

Le TPF prend acte de la disparition, dans l'AP-DPA, de l'art. 21 al. 3 DPA, qui permet au Conseil fédéral de déférer une affaire devant la Cour des affaires pénales du TPF (rapport explicatif *ad* art. 41 AP-DPA). Il salue également le choix assumé de ne pas attribuer cette compétence à une autre autorité administrative, ce qui met d'autant plus l'accent sur la compétence générale des tribunaux cantonaux. En effet, outre la difficulté de dégager des critères de compétence objectifs, la possibilité de saisir au choix les juridictions fédérale ou cantonale poserait nombre de problèmes relatifs à la sécurité du droit et aux moyens à réserver au sein des tribunaux fédéraux pour statuer sur des causes dont la survenance serait hypothétique.

2.2 En tant qu'autorité de recours (Cour des plaintes)

Comme il ressort de l'art. 34 let. c AP-DPA, la Cour des plaintes est l'unique autorité de recours, respectivement de plainte en matière pénale administrative fédérale.

A titre liminaire, il y a lieu de supposer, de même qu'après l'entrée en vigueur du Code de procédure pénale (CPP ; RS 312.0) le 1^{er} janvier 2011, la révision totale du DPA aura pour conséquence nombre de plaintes motivées par la nouveauté du sujet et le besoin d'y adapter la jurisprudence.

2.2.1 Plaintes à l'occasion de mesures de contrainte

Le TPF salue la simplification de la procédure de plainte en matière de mesures de contrainte (art. 47 AP-DPA), pour les motifs exprimés dans le rapport explicatif.

2.2.2 Plaintes à l'occasion d'autres actes d'enquête

Le TPF prend acte de la nouvelle compétence que lui attribue l'art. 48 al. 1 let. b AP-DPA et ne conteste pas l'argument du parallélisme à établir entre le domaine des mesures de contrainte et celui des autres actes d'enquête. A ce stade, il n'est pas en mesure de déterminer si, et dans quelle mesure, cette compétence nouvelle nécessitera de dégager des moyens supplémentaires.

2.2.3 Dispositions communes

Le TPF prend acte de l'alignement du délai de plainte avec celui de recours au sens du CPP (art. 49 al. 3 AP-DPA ; art. 396 al. 1 CPP). Outre le fait que le délai actuel de 3 jours paraît de moins en moins en adéquation avec la complexité croissante des cas, il a sans doute pour effet de conduire les plaignants à développer leurs arguments moins dans la plainte elle-même que dans les échanges d'écritures qui la suivent. Or, alors que l'allongement de 3 à 10 jours du délai légal de plainte (et donc non prolongeable ; art. 61 al. 1 AP-DPA) n'a guère d'importance sur la durée totale d'un cas et aucune sur la marche des affaires de la Cour des plaintes, des échanges d'écritures subséquents complexes assortis de délais d'ordre (et donc prolongeables ; art. 64 AP-DPA) peuvent ralentir notablement le traitement des plaintes par la Cour des plaintes.

2.2.4 Conflits entre autorités

Le TPF prend acte de la nouvelle compétence que lui attribue l'art. 60 al. 1 AP-DPA pour trancher les conflits entre autorités, qu'elles soient fédérales ou cantonales. A ce stade, il n'est pas en mesure de déterminer si, et dans quelle mesure, cette compétence nouvelle nécessitera de dégager des moyens supplémentaires.

2.2.5 Perquisition et scellés

A l'heure actuelle, la Cour des plaintes du TPF statue comme tribunal des scellés de première instance (art. 50 al. 3 DPA). A ce titre, le TPF salue la nécessaire adaptation du DPA aux exigences d'une législation plus moderne, à l'intégration des acquis jurisprudentiels et à l'harmonisation avec les dispositions correspondantes du CPP (cf. rapport explicatif ad art. 178 à 181 AP-DPA).

Le TPF voit également favorablement la perte de cette – unique – compétence de première instance, soit celle de tribunal des scellés, au profit des tribunaux des mesures de contrainte (art. 181 al. 1 AP-DPA). Comme le relève le rapport explicatif (ad art. 181 AP-DPA), « une telle tâche relève typiquement de la compétence du TMC. De plus, la Cour des plaintes intervient en principe en tant que seconde instance, ce qui n'est pas le cas lorsqu'elle assume la tâche précitée ». A l'heure actuelle, il est en effet paradoxal que lors d'une même procédure de DPA, la Cour des plaintes rende des décisions sur plainte en tant que deuxième instance et des décisions en matière de scellés en première instance. Ceci s'ajoute au fait que l'AP-DPA fonde et précise la primauté des tribunaux cantonaux pour juger des affaires de DPA (supra, 2.2.1), que les TMC statuent d'ores et déjà sur les demandes de levées de scellés selon le CPP dans les affaires de juridiction cantonale et fédérale (art. 248 al. 3 let. a CPP ; art. 2 al. 2 let. c LOAP) et qu'au contraire de la Cour des plaintes, dont le contentieux des scellés n'est qu'une compétence parmi d'autre et déroge au principe de la séparation des instances, les TMC sont ainsi d'ores et déjà spécialisés en la matière.

Le TPF saisit la présente occasion pour rappeler que le droit et la jurisprudence actuels ne répondent qu'imparfaitement à la réalité d'affaires, de plus en plus nombreuses, que le seul volume de données (numériques) sous scellés à examiner suffit déjà à rendre à la limite du jugeable. Alors que la décision du TMC ou, *de lege lata*, de la Cour des plaintes, ne devrait être qu'un préliminaire à l'enquête, il arrive qu'elle en sonne le glas, du fait, notamment, de l'inadéquation entre le travail à effectuer et les moyens à disposition à laquelle s'ajoute la survenance de la prescription. Spécialisés en la matière, les TMC cantonaux paraissent mieux à même de planifier leurs besoins que la Cour des plaintes, mais en tout état de cause une réflexion de fond paraît s'imposer. Le TPF renvoie au Rapport annuel 2023 des Commissions de gestion et de la Délégation des Commissions de gestion des Chambres fédérales (par. 3.6.2) pour le constat du « problème », suivra les effets de l'entrée en vigueur au 1^{er} février 2024 du nouvel art. 248a CPP, et constate qu'en toute hypothèse, son pendant en DPA (art. 181 AP-DPA) ne trouvera application que lors de l'entrée en vigueur de la révision en cours.

Dans ce contexte et par souci d'efficacité, le TPF salue l'art. 311 al. 2 AP-DPA, qui aura pour conséquence que (notamment) les procédures de scellés entamées devant la Cour des plaintes avant l'entrée en vigueur de l'AP-DPA se poursuivront devant elle jusqu'à leur issue. En effet, vu la dimension, la complexité et la durée de certaines procédures, il serait inefficace de les transmettre en cours de traitement aux TMC cantonaux.

2.2.6 Voies de droit suite au classement et aux confiscations ordonnées dans une ordonnance de classement

Le TPF prend acte de la nouvelle compétence que lui attribue l'art. 264 AP-DPA pour statuer sur les plaintes contre le classement de procédures de DPA (art. 264 al. 1 AP-DPA). A ce stade, il n'est pas en mesure de déterminer si, et dans quelle mesure, cette compétence nouvelle nécessitera de dégager des moyens supplémentaires. Le TPF salue également le traitement identique, en ce qui concerne les voies de droit, de l'opposition à la confiscation prononcée dans une ordonnance de classement (art. 264 al. 2 AP-DPA) à celle prononcée par une ordonnance [indépendante ; art. 270 ss. AP-DPA].

Veuillez agréer, Monsieur le Conseiller fédéral, l'assurance de notre haute considération distinguée.



Alberto Fabbri
Président



Marc-Antoine Borel
Secrétaire général

Copie à

- Tribunal fédéral
- Tribunal administratif fédéral
- Tribunal fédéral des brevets

Bundesgericht
Tribunal fédéral
Tribunale federale
Tribunal federal



Der Generalsekretär
Av. du Tribunal fédéral 29
CH - 1000 Lausanne 14
Tel. +41 (0)21 318 91 11
www.bger.ch
Geschäftsnummer 003.1
DOCID 10060900

Eidgenössisches Justiz- und
Polizeidepartement EJPD
Herr Bundesrat
Beat Jans

per E-Mail:
info.strafrecht@bj.admin.ch

Lausanne, 29. April 2024/run

**Vernehmlassung des Bundesgerichts zur Totalrevision des Bundesgesetzes über
das Verwaltungsstrafrecht (VStrR)**

Sehr geehrter Herr Bundesrat

Mit E-Mail vom 31. Januar 2024 haben Sie das Bundesgericht eingeladen, in oben
erwähntem Vernehmlassungsverfahren Stellung zu nehmen; dafür danken wir Ihnen
bestens.

Wir teilen Ihnen mit, dass das Bundesgericht auf eine Stellungnahme verzichtet.

Freundliche Grüsse

Der Generalsekretär

Nicolas Lüscher

Kopie

- Bundesstrafgericht
- Bundesverwaltungsgericht
- Bundespatentgericht



Die Präsidentenkonferenz

Postfach, 9023 St. Gallen
Telefon +41 58 70 52727
Registratur-Nummer: 024.1
Geschäfts-Nummer: 2024-042

A-Post

Eidgenössisches Justiz- und
Polizeidepartement EJPD
Herr Bundesrat Beat Jans
Bundeshaus West
3003 Bern

PDF- und Word-Version per E-Mail an:
info.strafrecht@bj.admin.ch

St. Gallen, 30. April 2024

Vernehmlassung betreffend die Totalrevision des Verwaltungsstrafrechts

Sehr geehrter Herr Bundesrat
Sehr geehrte Damen und Herren

Für Ihre Einladung vom 31. Januar 2024 zur Stellungnahme im eingangs erwähnten Vernehmlassungsverfahren danken wir Ihnen bestens. Wir haben den Entwurf sowie den erläuternden Bericht mit Interesse zur Kenntnis genommen.

Das Bundesverwaltungsgericht ist durch die neue Gesetzgebung insoweit betroffen, als es in Verbindung mit den anwendbaren Bestimmungen eines besonderen Verwaltungsgesetzes als Rechtsmittelinstanz für die Beurteilung der Leistungs- bzw. Rückleistungspflicht nach Artikel 12 Absatz 1 und Absatz 2 VE-VStrR amtiert (vgl. Art. 260 Abs. 2 VE-VStrR). Die Mehrzahl der Beschwerden, die gegen eine Leistungs- bzw. Rückleistungspflicht nach Artikel 12 Absatz 1 und Absatz 2 VStrR beim Bundesverwaltungsgericht erhoben werden, ergehen im Anwendungsbereich der Zollgesetzgebung.

Kohärenz mit der Totalrevision der Zollgesetzgebung

Im erläuternden Bericht wird unter Ziffer 4.3.32 (Änderung anderer Bundesgesetze) auf die derzeit ebenfalls laufende Totalrevision des Zollgesetzes und den Entwurf des Bundesgesetzes über den Allgemeinen Teil der Abgabenerhebung und die Kontrolle des grenzüberschreitenden Waren- und Personenverkehrs durch das Bundesamt für Zoll und Grenzsicherheit (E-BAZG-VG) hingewiesen. Es wird festgehalten, dass die Totalrevision des Zollgesetzes in der vorliegenden Revision des VStrR berücksichtigt werden müsse, sobald das Parlament das BAZG-VG verabschiedet habe. Im E-BAZG-VG sind zahlreiche verwaltungsstrafverfahrensrechtliche Bestimmungen vorgesehen, die von den Bestimmungen des VE-VStrR abweichen. Besonderheiten

können spezialgesetzlich geregelt werden, um den unterschiedlichen Gegebenheiten im Zuständigkeitsbereich der verschiedenen Verwaltungsstraßbehörden Rechnung zu tragen. Dies steht aber in einem Spannungsverhältnis zum Ziel der Totalrevision des VStrR, wonach eine Vereinheitlichung des Verwaltungsstrafverfahrens bezweckt wird. Im Sinne der Schaffung einer einheitlichen Praxis und der Rechtssicherheit sollten Abweichungen vom VStrR in Spezialgesetzen sich im engen Rahmen halten. Angesichts der Grundrechte, die im Bereich des Strafrechts berührt sind, bedürfen sie zudem einer eingehenden Begründung.

Beschlagnahme zur Sicherstellung von Verfahrenskosten, Geldstrafen und Bussen sowie zur Sicherung von gesetzlichen Pfandrechten (Art. 167 Abs. 1 Bst. b und e VE-VStrR)

Die Beschlagnahme wird im 8. Titel (Zwangsmassnahmen) in Artikel 167 ff. VE-VStrR ausführlich geregelt. Demnach erfolgt die Sicherstellung von Verfahrenskosten, Geldstrafen und Bussen sowie die Sicherung von gesetzlichen Pfandrechten mittels Beschlagnahme. Als Beispiel für ein gesetzliches Pfandrecht wird das Zollpfand gemäss Artikel 82 ZG genannt (vgl. erläuternder Bericht, S. 113). Gemäss Artikel 47 E-VStrR ist für die Anfechtung von Zwangsmassnahmen grundsätzlich das Bundesstrafgericht (bzw. dessen Beschwerdekammer) zuständig.

Nach geltendem Recht wird im Anwendungsbereich der Zollgesetzgebung zwischen einer (verwaltungs-)strafrechtlichen Beschlagnahme nach Artikel 46 VStrR und einer verwaltungsrechtlichen Zollpfandbeschlagnahme nach Artikel 83 ZG i.V.m. Artikel 212 ff. ZV unterschieden. Ebenso ist die Sicherstellung von Zollforderungen mittels Sicherstellungsverfügung separat geregelt (Art. 76 Abs. 2 i.V.m. Art. 81 ZG; Art. 208 ff. ZV). Die Relevanz zeigt sich im unterschiedlichen Rechtsmittelweg: Letztere ist beim Bundesstrafgericht bzw. vorab beim Direktor oder Chef der beteiligten Verwaltung anzufechten (vgl. Art. 26 VStrR), wohingegen Erstere beim Bundesverwaltungsgericht bzw. allenfalls vorab bei der zuständigen Zollkreis- oder bei der Oberzolldirektion anzufechten ist (vgl. Art. 116 ZG), auch wenn sie im Rahmen einer Verwaltungsstrafuntersuchung ergeht. Inwiefern die Bestimmungen im derzeit geltenden ZG und der ZV durch Artikel 167 Absatz 1 Buchstaben b und e VE-VStrR im Sinne einer *lex posterior* übersteuert werden oder (weiterhin) als Spezialbestimmungen dem VE-VStrR vorgehen, ist unklar. Zur Schaffung von Rechtssicherheit erscheint eine Klärung durch den Gesetzgeber angezeigt.

Im Rahmen der Totalrevision der Zollgesetzgebung ist für die Sicherstellungsverfügung sowie für die Zollpfandbeschlagnahme (weiterhin) eine spezialgesetzliche Regelung (vgl. Art. 56 E-BAZG-VG bzw. Art. 58 E-BAZG-VG) sowie ein separater Rechtsmittelweg vorgesehen, wenn sie in einem Verwaltungsstrafverfahren ergehen (vgl. Art. 88 Abs. 1 Bst. c Ziff. 3 und 4 E-BAZG-VG). Auch diesbezüglich ist unklar, ob diese Bestimmungen den hiavor erwähnten Regelungen im VE-VStrR vorgehen, da Artikel 47 VE-VStrR zwar für die Anfechtung von Zwangsmassnahmen grundsätzlich das Bundesstrafgericht als zuständig erklärt, aber lediglich «abweichende Bestimmungen in diesem Gesetz» (also im VE-VStrR selbst) vorsieht. Insoweit könnte Artikel 168 Absatz 3 VE-VStrR zu Unklarheiten führen. Gemäss dieser Bestimmung gehen die Verwaltungsstrafbehörden nach den Vorschriften über die Siegelung vor, wenn die Inhaberin oder der Inhaber von beschlagnahmten Gegenständen und Vermögenswerten geltend macht, dass die Beschlagnahme nicht zulässig sei. Diese Bestimmung dürfte (ihrer systematischen Stellung entsprechend) grundsätzlich nur dann relevant sein, wenn die beschlagnahmten Gegenstände Aufzeichnungen enthalten und deren Durchsuchung bzw. Kenntnisnahme durch die Verwaltungsstrafbehörde verhindert werden soll. Unklar bleibt, wie der Vorbehalt in Artikel 47 VE-VStrR zu verstehen ist: Ist bei einer im Verwaltungsstrafverfahren ergangenen Sicherstellungsverfügung oder Zollpfandbeschlagnahme nach den Bestimmungen über die Siegelung vorzugehen und allenfalls ein Entsiegelungsverfahren vor dem zuständigen kantonalen Zwangsmassnahmengericht (vgl. Art. 181 Abs. 1 VE-VStrR) durchzuführen oder bleibt (weiterhin) das Bundesverwaltungsgericht für dagegen erhobenen Beschwerden zuständig?

Rechtsmittel gegen Verfügungen über die Leistungs- bzw. Rückleistungspflicht nach Artikel 12 E-VStrR (Art. 260; Art. 267; Art. 270 VE-VStrR)

Artikel 12 VE-VStrR entspricht grundsätzlich dem geltenden Artikel 12 VStrR. Gemäss Artikel 260 Absatz 2 VE-VStrR (welcher dem geltenden Art. 63 Abs. 2 VStrR entspricht) ist weiterhin ein gesonderter Rechtsmittelweg für Entscheide über die Leistungs- und Rückleistungspflicht vorgesehen, auch wenn darüber im Strafbescheid entschieden wurde. Damit im Einklang zählt Artikel 267 Absatz 1 VE-VStrR, welcher den Inhalt des Strafbescheids regelt, die Feststellung über die Mithaftung von Dritten nach Artikel 12 Absatz 3 VE-VStrR (Bst. f) sowie über die Leistungs- und Rückleistungspflicht nach Artikel 260 VE-VStrR (Bst. l) separat auf, wobei nur bei Letzterer eine (gesonderte) Angabe des entsprechenden Rechtsmittels zu erfolgen hat.

Ebenso ist das Bundesverwaltungsgericht gemäss Artikel 88 Absatz 1 Buchstabe c Ziffer 1 E-BAZG-VG Rechtsmittelinstanz für Verfügungen über die Leistungs- und Rückleistungspflicht nach Artikel 12 VStrR, die das BAZG im Rahmen eines Verwaltungsstrafverfahrens erlässt. Ob von Artikel 88 Absatz 1 Buchstabe c E-BAZG-VG, welcher auf den gesamten Artikel 12 VStrR verweist, auch die Leistungs- bzw. Rückleistungspflicht infolge Mithaftung gemäss Artikel 12 Absatz 3 umfasst wird oder diese – wie in Artikel 267 Absatz 1 Buchstabe f i.V.m. Artikel 270 E-BAZG-VG vorgesehen – auf dem verwaltungsstrafrechtlichen Weg zu beurteilen ist, geht nicht eindeutig hervor. Dies ist insoweit relevant, als bei der Prüfung der Mithaftung nach Artikel 12 Absatz 3 VStrR – im Unterschied zur Prüfung der Leistungs- bzw. Rückleistungspflicht nach Artikel 12 Absätze 1 und 2 VStrR – auch Elemente des subjektiven Tatbestands zu beurteilen sind. Eine solche Beurteilung erfolgt grundsätzlich im Strafverfahren.

Zum Ermittlungsverfahren

Mit Artikel 199 E-BAZG-VG ist (für Verwaltungsstrafverfahren im Anwendungsbereich der Zollgesetzgebung) die spezialgesetzliche Regelung bzw. Einführung eines Ermittlungsverfahrens vorgesehen. Das Bundesverwaltungsgericht ist von dieser Bestimmung insoweit betroffen, als gemäss Artikel 88 Absatz 1 Buchstabe b E-BAZG-VG vorgesehen ist, dass Verfügungen, welche das BAZG im Rahmen einer Ermittlung nach Artikel 199 E-BAZG-VG erlässt, (erstinstanzlich) beim Bundesverwaltungsgericht anzufechten sind und zudem die Präsidentin bzw. der Präsident der zuständigen Abteilung über die Genehmigung von Anträgen nach Artikel 204 E-BAZG-VG (Einsatz von Ortungsgeräten) entscheidet.

Im VE-VStrR ist keine analoge Bestimmung vorgesehen. Ohne eine vollständige Prüfung vorgenommen zu haben, erscheint es dem Bundesverwaltungsgericht so, dass im VE-VStrR grundsätzlich keine – dem Untersuchungsverfahren vorgelagerte – Ermittlungsphase besteht. Die zuständige Verwaltungseinheit darf punktuell (und grundsätzlich nur, wenn es um Widerhandlungen im Sinne von Vergehen und Verbrechen geht) gewisse Ermittlungshandlungen (wie beispielsweise die Observation) vor der Eröffnung einer Strafuntersuchung vornehmen. Demgegenüber gehen die dem BAZG nach Artikel 199 E-BAZG-VG zustehenden Kompetenzen deutlich weiter. Überdies ist die Ermittlung nach Artikel 199 E-BAZG-VG – im Unterschied zu den Bestimmungen im VE-VStrR – auch zur Verhinderung (zukünftiger) strafbarer Handlungen und somit präventiv vorgesehen. Vor diesem Hintergrund ist nicht auszuschliessen, dass sich dem Bundesverwaltungsgericht namentlich als Genehmigungsinstanz nach Artikel 199 Absatz 3 i.V.m. Artikel 204 E-BAZG-VG die Frage stellen wird, inwieweit bzw. ob die zu bewilligende Überwachungsmassnahme überhaupt zulässig ist. Aufgrund dessen erachtet das Bundesverwaltungsgericht eine eingehende Prüfung der Kohärenz des im E-BAZG-VG vorgesehenen Ermittlungsverfahrens mit den Bestimmungen des VE-VStrR als ebenfalls angezeigt.

Rechtsmittel bei der Einsprache gegen Strafbescheide im abgekürzten Verfahren, die in Abwesenheit der davon betroffenen Person(en) ergangen sind (Art. 268 Abs. 3 VE-VStrR)

Artikel 268 Absatz 3 VE-VStrR sieht (im Unterschied zum geltenden Art. 65 VStrR) vor, dass ein Strafbescheid im abgekürzten Verfahren auch in Abwesenheit eröffnet werden kann und jede davon betroffene Person innert 30 Tagen Einsprache nach Artikel 271 VE-VStrR erheben kann. Angesichts dessen, dass im Strafbescheid im abgekürzten Verfahren auch über eine allfällige Leistungs- bzw. Rückleistungspflicht nach Artikel 12 VStrR entschieden wird, wird aus dem Entwurf nicht klar, ob in solchen Fällen ebenfalls ein getrennter (verwaltungsrechtlicher) Rechtsmittelweg (analog Art. 260 Abs. 2 VStrR) zu beschreiten wäre.

Mit vorzüglicher Hochachtung

Die Vorsitzende der
Präsidentenkonferenz



Annie Rochat Pauchard



Der stv. Generalsekretär



Bernhard Fasel

Kopie an:

- Bundesgericht
- Bundesstrafgericht
- Bundespatentgericht

CLAUDIO SIMONETTI

EMAMS, Executive Master in Art Market Studies, University of Zurich

avvocato e notaio

DANIELE CALVARESE

avvocato

FRANCESCO NAEF

avvocato e notaio

COSTANTINO CASTELLI

LL.M. oec., Universität zu Köln

avvocato

ANDRES ALESSANDRO MARTINI

avvocato

FEDERICO F. FORNI

MSt in Law, University of Oxford

avvocato

JASMINE ALTIN

avvocato

Iscritti nel registro degli
avvocati del Cantone Ticino

ELEONORA CASSANO

MLaw

Iscritta nell'elenco dei
praticanti del Cantone Ticino

naef@csnlaw.com

Via mail: info.strafrecht@bj.admin.ch.Dipartimento federale di giustizia e
polizia DFGP

3003 Berna

Lugano, 7 maggio 2024

c:\users\francesco naef\dropbox\lrd\articoli con
cos\dpa\dpa consultazione italiano.docx**Consultazione sull'avanprogetto di revisione della Legge federale sul diritto penale amministrativo DPA**

Egregi Signori,

nel termine del 10 maggio 2024, presento il seguente parere nella procedura di consultazione sopracitata.

Ancorché la revisione totale del DPA presenti molti altri aspetti discutibili, in tale ambito mi permetto di concentrarmi su un solo punto, riprendendo parzialmente le argomentazioni pubblicate in un recente contributo del 2023 con il Collega Costantino Castelli¹: la questione della fine del termine di prescrizione.

1. Il diritto vigente

In una procedura retta dal DPA vi sono oggi diversi momenti in cui le accuse ed il risultato dell'istruttoria vengono analizzate in una decisione.

Esperita l'istruttoria, dapprima viene notificato all'imputato il *processo verbale finale*, enunciante i suoi dati personali e la descrizione della fattispecie del reato (art. 61 DPA).

Decorso il termine di dieci giorni per eventuali osservazioni dell'imputato, si può desistere dal procedimento oppure emanare un *decreto penale* indicante, tra gli altri, la fattispecie e la pena (art. 64 DPA); se l'imputato non fa opposizione entro

¹ NAEF/CASTELLI, L'avvocato e le norme antiriciclaggio – Temi scelti, in: Bohnet/Chappuis/Schiller/Schumacher (a cura di), Gegenwart und Zukunft des Anwaltsberufs, Berna 2023, pp. 377-386

trenta giorni dalla notifica, il decreto penale è equiparato a una sentenza esecutiva (art. 67 cpv. 2 DPA).

Se invece viene interposta opposizione motivata, l'Amministrazione riesamina il decreto (art. 69 DPA) e, se lo conferma, emana la **decisione penale** motivata, contenente indicazioni analoghe a quelle del decreto penale (art. 70 DPA); la decisione penale è equiparata ad una sentenza esecutiva, a meno che l'imputato non chieda entro 10 giorni dalla sua notifica di essere giudicato da un tribunale (art. 72 DPA).

Se è stato chiesto il giudizio di un tribunale, l'Amministrazione trasmette gli atti al Ministero pubblico della Confederazione all'attenzione del Tribunale penale federale. La trasmissione degli atti funge da accusa.

Oggi, l'art. 11 DPA non specifica quale sia l'atto che fa cessare il decorso del termine di prescrizione dell'azione penale. Giusta l'art. 2 DPA, la questione è dunque retta dall'art. 97 cpv. 3 CP, che prevede testualmente:

³ *Se prima della scadenza del termine di prescrizione è stata pronunciata una sentenza di prima istanza, la prescrizione si estingue.*

Poiché il decreto penale ai sensi dell'art. 64 DPA *non colpito da opposizione* è per legge equiparato ad una sentenza (art. 67 cpv. 2 DPA), è ovvio che abbia anche l'effetto di fare cessare il decorso della prescrizione. Lo stesso si dica per la decisione penale ai sensi dell'art. 70 DPA che, se *non è stato richiesto* entro il termine legale il giudizio di un tribunale, pure è parificata ad una sentenza (art. 72 cpv. 3 DPA).

Controverso è invece se il decreto penale *colpito da opposizione* o la decisione penale contro la quale *sia stato richiesto il giudizio di un tribunale* abbiano effetto sulla prescrizione.

2. La giurisprudenza del Tribunale federale

In un caso del 2007, il Tribunale federale ha constatato che non emergeva dai dibattiti parlamentari se il Legislatore avesse voluto parificare – in merito agli effetti sul decorso della prescrizione – la decisione penale ex art. 70 DPA ad una sentenza di prima istanza, anche quando sia stato richiesto il giudizio di un tribunale. Ha però deciso che andasse effettivamente parificata, visto che una simile decisione penale sarebbe necessariamente emanata – analogamente ad una sentenza – dopo un esame con cognizione completa ed a seguito di una procedura contraddittoria, al contrario del decreto penale ex art. 64 DPA².

Nel 2012 ha poi confermato che il decreto penale ex art. 64 DPA non costituisce una sentenza di prima istanza ai sensi dell'art. 97 cpv. 3 CP e ciò anche qualora l'opposizione al decreto penale sia trattata come richiesta del giudizio di un tribunale (art. 71 DPA) e non sia quindi proprio emanata alcuna decisione penale³.

² DTF 133 IV 112 c. 9.4.4

³ DTF 139 IV 62 c. 1.4.5

Ha invece lasciato esplicitamente indeciso il quesito a sapere se fosse il caso di cambiare la giurisprudenza in merito alla decisione penale ex art. 70 DPA⁴.

Applicando invece il CPP, in un caso del 2016, il Tribunale federale ha negato che un decreto di accusa ex art. 352 CPP, se colpito da opposizione, possa avere l'effetto dell'art. 97 cpv. 3 CP sulla prescrizione. Infatti, il decreto di accusa sarebbe parificato a sentenza unicamente in caso di mancata opposizione (art. 354 cpv. 3 CPP) e pure dai lavori preparatori si desumerebbe, *a contrario*, che non può invece influire sulla prescrizione, se è stata interposta opposizione. Inoltre, in caso di opposizione, il decreto di accusa sarebbe da ritenere decaduto, non potendo quindi avere qualità di sentenza; indipendentemente dal fatto che vengano svolte ulteriori indagini dopo l'opposizione, il decreto di accusa non potrebbe essere considerato una "sentenza di primo grado" ai sensi dell'art. 97 cpv. 3 CP⁵.

Infine, nel 2019, l'Alta Corte ha ritenuto che una sentenza contumaciale ex art. 366 CPP costituisca una sentenza di prima istanza giusta l'art. 97 cpv. 3 CP unicamente a condizione che non sia presentata successivamente alcuna istanza di nuovo giudizio e che la sentenza contumaciale non sia sostituita da una nuova sentenza; infatti la sentenza contumaciale decadrebbe nel caso di emanazione di una nuova sentenza in seguito all'accoglimento dell'istanza di nuovo giudizio⁶.

3. Critiche dottrinali

La maggioranza della dottrina ha criticato la giurisprudenza del Tribunale federale. Garbarski/Macaluso, hanno rilevato che la decisione penale ex art. 70 DPA sarebbe del tutto assimilabile, dopo che è stato richiesto il giudizio di un tribunale, ad un decreto di accusa colpito da opposizione; in un caso come nell'altro l'atto in questione risulterebbe decaduto con effetto *ex tunc* e non potrebbe perciò avere alcuna valenza di pronuncia giurisdizionale⁷, come del resto il Tribunale federale riconosce anche nel caso di una sentenza contumaciale colpita da istanza di nuovo giudizio⁸. Inoltre, le differenze della procedura, dal punto di vista del carattere contraddittorio, tra decisione penale e decreto di accusa non sarebbero, dall'entrata in vigore del CPP, più esistenti⁹. La decisione penale ex art. 70 DPA non sarebbe neppure molto differente né pronunciata al termine di una procedura più contraddittoria rispetto al decreto penale ex art. 64 DPA (del quale di solito è peraltro un "copia-incolla"), che però il Tribunale federale non ritiene atto ad influenzare il decorso della prescrizione¹⁰. Infine, una "sentenza di prima istanza" ai sensi dell'art. 97 cpv. 3 CP presupporrebbe necessariamente che emani da un tribunale indipendente ed imparziale ai sensi dell'art. 6 par. 1 della Convenzione per

⁴ DTF 139 IV 62 c. 1.4.6

⁵ DTF 142 IV 11 c. 1.2.2

⁶ DTF 146 IV 59 c. 3.4.5

⁷ GARBARSKI/MACALUSO, CR-LBA, art. 37 n. 72-74 con i riferimenti dottrinali

⁸ GARBARSKI/MACALUSO, CR-LBA, art. 37 n. 75

⁹ GARBARSKI/MACALUSO, CR-LBA, art. 37 n. 76

¹⁰ GARBARSKI/MACALUSO, CR-LBA, art. 37 n. 77

la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (CEDU) e dell'art. 30 della Costituzione federale (Cost), ciò che ovviamente non è il caso per l'Amministrazione federale¹¹. Analoghe critiche sono state mosse da Achermann/Frank¹², Ryser¹³ e Zurbrugg¹⁴.

Soltanto Burri/Ehmann¹⁵ non condividono tali critiche, facendo tuttavia notare che l'affermazione del Tribunale federale sul preteso carattere sommario del decreto penale ex art. 64 DPA (che per tale motivo non sarebbe atto ad interrompere il decorso della prescrizione) non sembra corretta, visto che tale decreto è emanato a seguito di un'istruttoria completa¹⁶.

4. Il Tribunale federale conferma la sua giurisprudenza

Chiamato su ricorso a riesaminare la propria giurisprudenza, il Tribunale ha deciso nel 2021 di confermarla¹⁷.

A dire il vero, le sue motivazioni sembrano soprattutto fondate sulla necessità di garantire stabilità alla giurisprudenza della Alta Corte (*stare decisis et non quieta movere*), attenta com'è stata a mettere in evidenza che l'assimilazione della decisione penale ex art. 70 DPA ad una sentenza di prima istanza era stata più volte ed ancora recentemente confermata¹⁸.

Dalla lettura delle motivazioni risulta comunque che il Tribunale federale ha ribadito che l'elemento decisivo per individuare l'atto che mette termine al decorso della prescrizione sarebbe il fatto che lo stesso sia stato preceduto da una *procedura contraddittoria con ampi diritti di partecipazione* dell'imputato, come appunto sarebbe la decisione penale ex art. 70 DPA, al contrario di un decreto di accusa o di una sentenza contumaciale secondo il CPP¹⁹.

5. Il Tribunale federale sbaglia ed il Legislatore deve intervenire

L'attuale (definitivamente confermata) giurisprudenza, che assimila, in merito alla prescrizione, la decisione penale ex art. 70 DPA ad una sentenza di prima istanza ex art. 97 cpv. 3 CP, è insostenibile, perché insanabilmente contraddittoria ed avulsa dalla realtà.

5.1 L'argomento a contrario e la volontà del Legislatore

La legge stessa prevede *quando e se* una decisione penale ex art. 70 DPA sia da equiparare a sentenza: in caso di mancata richiesta di giudizio da parte di un

¹¹ GARBARSKI/MACALUSO, CR-LBA, art. 37 n. 79-80

¹² ACHERMANN/FRANK, BSK-VStrR, art. 2 n. 232

¹³ RYSER, BSK-VStrR, art. 71 n. 10

¹⁴ ZURBRÜGG, BSK-STGB, ART. 97 N. 62

¹⁵ BURRI/EHMANN, BSK-VStrR, art. 70 n. 26-30

¹⁶ BURRI/EHMANN, BSK-VStrR, art. 70 n. 26; anche KRÄUCHI, LeGes 2004, p. 124 aveva precedentemente sostenuto che il decreto penale ex art. 64 DPA potesse interrompere la prescrizione, visto che nella procedura che lo precede l'imputato ha ampio diritto di esser sentito

¹⁷ DTF 147 IV 274

¹⁸ DTF 147 IV 274 c. 1.4-1.6

¹⁹ DTF 147 IV 274 c. 1.7

tribunale (art. 72 cpv. 3 DPA). In maniera terribilmente analoga, è la legge che specifica *quando e se* il decreto di accusa ex art. 352 CPP equivalga a sentenza: in caso di mancata opposizione (art. 354 cpv. 3 CPP). Ragionando *a contrario*, se ne deve necessariamente desumere che in ogni altro caso decisione penale e decreto di accusa non sono equiparabili ad una sentenza di prima istanza (art. 97 cpv. 3 CP), almeno secondo il testo letterale della legge.

Il Tribunale federale è però andato anche un passo avanti, indagando su quale fosse stata la volontà del Legislatore (tacitamente, per verificare che questa corrispondesse al testo della legge approvata). Quando ha negato al decreto di accusa ex art. 352 CPP opposto alcun effetto sulla prescrizione, ha infatti specificato che già nel Messaggio del Consiglio federale del 21 settembre 1998 sulla modifica del CP veniva indicato²⁰ che anche un decreto di accusa valeva quale “sentenza di prima istanza” se non colpito da opposizione: *a contrario*, ciò non valeva per il decreto di accusa contro il quale era stata interposta opposizione²¹.

Non si vede proprio perché dovrebbe essere trattato diversamente il caso della decisione penale ex art. 70 DPA colpita da richiesta di giudizio da parte di un tribunale, a proposito della quale il Tribunale federale ha peraltro constatato che non fosse accertabile una specifica volontà divergente del Legislatore²²: vale quindi il chiaro testo di legge, *a contrario*.

5.2 Una decisione penale decaduta non esiste

Il Tribunale federale stesso ha (giustamente) rilevato, a proposito del decreto di accusa ex art. 352 CPP, che in caso di opposizione lo stesso *decade* e da tale decadenza ha dedotto che non potesse essere assimilato ad una sentenza di prima istanza che fa cessare la decorrenza del termine di prescrizione²³.

A proposito della sentenza contumaciale ex art. 366 CPP, l’Alta Corte ha pure precisato che la richiesta di istanza di nuovo giudizio e la nuova sentenza che la sostituisce fanno decadere la sentenza contumaciale, che è quindi *da ritenere come mai esistita*²⁴: in altre parole, la richiesta di nuovo giudizio ha effetto *ex tunc*.

Ma allora proprio non si capisce perché dovrebbe essere diversa la sorte di una decisione penale ex art. 70 DPA, se contro la stessa è stato richiesto il giudizio di un tribunale. Tale richiesta la fa decadere con effetto *ex tunc*, rendendola giuridicamente inesistente. Come può una decisione che giuridicamente non esiste avere degli effetti sulla prescrizione²⁵?

La tesi del Tribunale federale sugli effetti della decisione ex art. 70 DPA fa a cazzotti con quanto sostenuto dallo stesso Tribunale federale a proposito del decreto di accusa ex art. 352 CPP e della sentenza contumaciale ex art. 366 CPP.

²⁰ FF 1998 II 1814

²¹ DTF 142 IV 11 c. 1.2.2

²² DTF 133 IV 112 c. 9.4.4

²³ DTF 142 IV 11 c. 1.2.2

²⁴ DTF 146 IV 59 c. 3.4.5

²⁵ GARBARSKI/MACALUSO, CR-LBA, art. 37 n. 74

5.3 Analogia col decreto penale ex art. 64 DPA

Secondo l'Alta Corte, la decisione penale ex art. 70 DPA interromperebbe la prescrizione perché sarebbe emanata dopo un esame con cognizione completa, al contrario del decreto penale ex art. 64 DPA che sarebbe basato su un *esame sommario* e perciò non sarebbe interruttivo della prescrizione²⁶.

Ciò non è vero.

Il decreto penale è infatti necessariamente preceduto dal processo verbale finale ex art. 61 DPA, che viene steso soltanto quando il funzionario inquirente reputa *completa l'inchiesta* e ritiene che un'infrazione sia stata commessa (art. 61 cpv. 1 DPA). Inoltre, l'atto deve descrivere la fattispecie ed essere notificato all'imputato per dargli modo di spiegarsi e chiedere un complemento d'inchiesta (art. 61 cpv. 2 e 3 DPA). In seguito, il decreto penale deve indicare l'imputato, la fattispecie, le disposizioni legale applicate, la pena, le spese, la decisione sugli oggetti sequestrati, i rimedi giuridici (art. 64 cpv. 1 DPA) e, se diverge sostanzialmente dal processo verbale finale, le divergenze vanno enunciate e motivate succintamente (art. 64 cpv. 2 DPA). Insomma, nulla nella legge lascia intendere che il decreto penale sia fondato su un esame sommario e l'affermazione in tal senso del Tribunale federale è lontana dalla realtà²⁷. L'unico caso in cui si può presumere che ci si limiti ad un esame sommario è quello della procedura abbreviata ex art. 65 DPA, che però esige che l'infrazione sia manifesta, la multa non superiore a CHF 2'000 e che l'imputato rinunci a ogni rimedio giuridico.

La procedura ordinaria alla base del decreto penale è perciò del tutto simile a quella alla base della decisione penale ex art. 70 DPA che, dovendo peraltro avere il medesimo contenuto del decreto penale (art. 70 cpv. 2 DPA), spesso ne è sostanzialmente la semplice fotocopia²⁸.

Trattando, ai fini interruttivi della prescrizione, il decreto penale diversamente dalla decisione penale, il Tribunale federale distingue arbitrariamente due situazioni che invece sono uguali.

5.4 Procedura contraddittoria fittizia

Come esposto in precedenza, l'argomento principale del Tribunale federale per riconoscere alla decisione penale ex art. 70 DPA effetto interruttivo della prescrizione è che sarebbe preceduta da una procedura contraddittoria con ampi diritti di partecipazione dell'imputato²⁹.

Si tratta però di argomento ingenuo ed avulso dalla realtà.

²⁶ DTF 133 IV 112 c. 9.4.4

²⁷ BURRI/EHMANN, BSK-VStrR, art. 70 n. 26; KRÄUCHI, LeGes 2004, p. 124; CAPUS/BERETTA, p. 193 n. 797 concordano che il testo legale esige *a contrario* che il decreto penale sia emanato soltanto dopo un'istruttoria completa, riservando però quale eccezione quei casi in cui il reato manifestamente non sussiste o sussiste talmente chiaramente da rendere inutile l'assunzione di ulteriori mezzi di prova

²⁸ GARBARSKI/MACALUSO, CR-LBA, art. 37 n. 77

²⁹ DTF 147 IV 274 c. 1.4-1.6

Infatti, l'aspetto cardine del diritto di essere sentito e di partecipazione di ogni imputato è certamente quello di chiedere ed ottenere l'assunzione di mezzi di prova a sua discolpa, apparentemente garantito dall'art. 37 cpv. 2 DPA. A prima vista, si tratterebbe di un diritto molto rilevante, visto che il DPA non specifica quali siano i motivi per rifiutare i mezzi di prova richiesti e la dottrina ritiene che possano essere rifiutati soltanto quelli su fatti irrilevanti, evidenti, noti all'autorità o già sufficientemente provati³⁰. Oltre a ciò, la decisione del funzionario inquirente sulle prove sembrerebbe, come ogni altra sua operazione od omissione, impugnabile mediante reclamo al direttore dell'amministrazione in causa (art. 27 cpv. 1 DPA), la cui decisione sarebbe impugnabile alla Corte dei reclami penali del Tribunale penale federale (art. 27 cpv. 3 DPA)³¹.

Tuttavia, la realtà è ben altra ed è dimostrata anche dal numero esiguo di sentenze della Corte dei reclami penali del Tribunale penale federale in materia di rifiuto di prove³². Nulla obbliga infatti il funzionario inquirente a pronunciare il rifiuto di prove con una *decisione indipendente* (che sarebbe impugnabile ex art. 27 DPA), essendo del tutto legale inserire tale rifiuto all'interno di uno dei tre atti principali della procedura contro i quali *non è dato ricorso*. Basta quindi inserire il rifiuto delle prove nel processo verbale finale, contro il quale, per il chiarissimo art. 61 cpv. 4 DPA, non vi è ricorso, oppure nel decreto penale ex art. 64 DPA, che per giurisprudenza non è impugnabile ex art. 27 DPA³³, oppure ancora nella decisione penale ex art. 70 DPA, che per giurisprudenza non è soggetta a reclamo ex art. 27 DPA³⁴. Con questo semplice accorgimento, perfettamente legale, il funzionario inquirente risulta essere l'autorità che decide – sovraneamente e senza alcun controllo gerarchico né giudiziario, perché il mezzo di ricorso dell'art. 27 DPA è escluso – quali siano i diritti dell'imputato in materia di prove. La quasi assenza di ricorsi al Tribunale penale federale in materia di rifiuto di prove dimostra che tale accorgimento è largamente utilizzato. C'è da scommettere che, in casi dove la prescrizione incombe, l'accorgimento sia irrinunciabile.

I diritti di partecipazione all'istruttoria dell'imputato non sono perciò effettivi ma illusori, lasciati come sono al sovrano arbitrio del funzionario amministrativo inquirente, parziale e non indipendente per definizione, essendo parte accusatrice. In concreto e guardando la realtà delle cose, anche nella procedura del DPA vige in sostanza il **medesimo meccanismo del CPP** in materia di prove: la reiezione da parte del pubblico ministero di un'istanza probatoria non è impugnabile (art. 318 cpv. 3 CPP).

La distinzione essenziale che il Tribunale federale vede tra decisione penale ex art. 70 DPA e decreto di accusa ex art. 352 CPP in realtà quindi **non esiste per niente**.

³⁰ SCHENK/RENTSCH, BSK-VStrR, art. 37 n. 34; LEONOVA, BSK-VStrR, art. 27 n. 5

³¹ SCHENK/RENTSCH, BSK-VStrR, art. 37 n. 35; LEONOVA, BSK-VStrR, art. 27 n. 5; CAPUS/BERETTA, p. 132 n. 508

³² LEONOVA, BSK-VStrR, art. 27 n. 5, ingenuamente, ritiene invece che tale numero esiguo indichi che tutte le prove richieste vengano sempre accettate e per questo la questione non sia problematica

³³ TPF, BV.2020.23 del 15 luglio 2020 con riferimento alla DTF 111 IV 188

³⁴ TPF, BV 2018.6 del 6 giugno 2018 c. 1.5, BV.2020.30 del 24 settembre 2020

6. La proposta dell'avanprogetto

Con l'avanprogetto il Consiglio federale propone di scrivere nella legge la (sbagliata) giurisprudenza citata del Tribunale federale.

Infatti con il nuovo art. 11 cpv. 4 AP-DPA propone di disporre:

⁴ Se prima della scadenza del termine di prescrizione è stata pronunciata una **decisione penale** o di confisca o una sentenza di primo grado, la prescrizione si estingue.

In tal modo, la prescrizione verrebbe interrotta in maniera diversa, a seconda che si applichi il CPP oppure il DPA.

Secondo il Rapporto esplicativo, da un lato il Parlamento avrebbe rinunciato nel 2021 a modificare l'articolo 11 DPA vigente su questo punto. Dall'altro, non vi sarebbero motivi per discostarsi dalla giurisprudenza del Tribunale federale e quindi sarebbe opportuno iscrivere nella legge tale prassi, anche considerato che tale soluzione è già codificata nell'art. 105 capoverso 2 LIVA³⁵.

7. Critica alla proposta dell'avanprogetto

Gli argomenti invocati dal Consiglio federale a favore della proposta sono in realtà **inesistenti**.

È vero che nel 2018, era stato fatto un maldestro tentativo di infilare l'attuale proposta – senza tante motivazioni³⁶. - all'interno di un progetto di revisione, ben più vasto, sull'armonizzazione delle pene, con un nuovo capoverso 3bis all'art. 11 DPA³⁷. Tuttavia il Consiglio nazionale si era **chiaramente opposto**, proponendo invece di iscrivere nella legge il testo dall'art. dall'art. 97 cpv. 3 CP, cioè che **unicamente la sentenza penale** di prima istanza mette fine al decorso del termine della prescrizione³⁸.

Non è invece vero che tale proposta sia stata definitivamente rifiutata dal Parlamento, come asserisce il Rapporto esplicativo. Il Legislatore ha nel 2021 saggiamente deciso di **non seguire nemmeno il Consiglio federale** su tal punto, mantenendo il diritto in vigore e **rinviando** tutto ad una discussione approfondita da svolgersi nell'ambito della futura revisione del DPA³⁹.

D'altra parte, è vero che la soluzione oggi proposta è già presente all'art. 105 cpv. 2 della Legge sull'IVA. Tuttavia, quando tale articolo fu introdotto fu **inserito**

³⁵ Rapporto esplicativo relativo all'apertura della procedura di consultazione sul DPA del 31 gennaio 2024, p. 31

³⁶ Messaggio del 25 aprile 2018 concernente l'armonizzazione delle pene e l'adeguamento del diritto penale accessorio alla nuova disciplina delle sanzioni, FF 2018 2423

³⁷ FF 2018 2505

³⁸ BU 2021 CN 1013

³⁹ Relatore della Commissione Daniel Jositsch, BU 2021 CS 1272; Relatrice della Commissione Sibel Arslan, BU 2021 CN 2534

all'ultimo momento (non aveva tale tenore nell'originario disegno di legge) e fu alla fin fine votato senza discussione e per **motivi** rimasti totalmente **ignoti**⁴⁰.

La verità è quindi che tale questione **non è mai stata discussa seriamente dal Parlamento**.

Oggi è venuto il momento di discuterla veramente ed i motivi indicati sopra sub. 5 dimostrano che la proposta del Consiglio federale non può essere accettata.

Ciò a maggior ragione considerato che le argomentazioni di cui supra sub 5 sono ancora più valide nella futura procedura penale amministrativa immaginata dall'avanprogetto di DPA.

Come nel diritto oggi vigente (art. 72 cpv. 3 DPA), anche in quello dell'avanprogetto, la decisione penale sarà equiparata a una sentenza soltanto se contro la stessa non verrà richiesto entro 10 giorni il giudizio da parte del giudice (art. 275 cpv. 3 AP-DPA). In futuro, come oggi, è la legge stessa che stabilirà quando e se la decisione penale amministrativa **equivarrà a sentenza**: negli altri casi (quando cioè verrà chiesto il giudizio di un tribunale) la decisione penale **non varrà più nulla**. Perché mai dovrebbe allora avere effetto interruttivo della prescrizione?

Come nell'attuale DPA (art. 64 cpv. 2 DPA), nulla lascia intendere che il decreto penale sarà fondato (art. 267 AP-DPA) su un esame sommario; infatti, il decreto penale sarà preceduto da un verbale finale, che verrà steso dall'unità amministrativa unicamente se reputa l'inchiesta **completa** e ritiene che un reato **sia stato commesso** (art. 256 cpv. 1 AP-DPA).

Ma allora, perché la prescrizione dovrebbe essere interrotta soltanto dalla decisione penale colpita da richiesta di giudizio (art. 275 cpv. 1 AP-DPA) e non già dal precedente decreto penale colpito da opposizione (art. 270 cpv. 1 AP-DPA), visto che avranno lo stesso contenuto e saranno state emanate entrambe dopo una procedura **con piena cognizione**?

In futuro (come oggi), non sarà vero che la decisione penale sarà preceduta da una procedura contraddittoria con ampi diritti di partecipazione dell'imputato: il diritto di partecipazione per eccellenza, quello di chiedere ed ottenere l'assunzione di mezzi di prova a sua discolpa, gli sarà infatti negato in futuro come oggi, perché non sarà possibile ricorrere contro il **diniego di prove**. Esattamente come previsto dal **CPP** in materia di prove, nel futuro DPA sarà di principio **impossibile ricorrere ad un vero giudice** contro la reiezione di un'istanza probatoria⁴¹.

Infatti, per l'art. 48 cpv. 2 AP-DPA e l'art. 256 cpv. 4 AP-DPA, il reclamo contro la reiezione di istanze probatorie sarà esplicitamente inammissibile, essendo possibile fare valere le proprie ragioni in materia di prove unicamente mediante opposizione

⁴⁰ BURRI/EHMANN, BSK-VStrR, art. 70 n. 31

⁴¹ Rapporto esplicativo, p. 138

contro il decreto penale. Ma l'opposizione verrà decisa sempre dal funzionario amministrativo mediante decisione penale (art. 273 AP-DPA), contro la quale non sarà dato alcun mezzo di ricorso: potrà unicamente esser richiesto il giudizio di un tribunale. Sarà (in futuro come oggi) l'autorità amministrativa a decidere **sovranamente e senza alcun controllo** gerarchico né giudiziario quali siano i diritti dell'imputato in materia di prove.

Ma allora, la procedura sarà (sulla questione delle prove) **esattamente come quella del CPP** precedente al decreto di accusa ex art. 352 CPP, senza alcuna differenza.

Perché mai, quindi, il decreto penale di un Procuratore pubblico ex art. 352 CPP non interromperà il decorso della prescrizione, ma l'identica decisione penale di un funzionario amministrativo ex art. art. 273 AP-DPA invece sì?

Non c'è nessun motivo sostenibile per trattare diversamente, ai fini interruttivi della prescrizione, il decreto di accusa e la decisione penale.

Nel sistema proposto dal Consiglio federale, sarà **più difficile** interrompere la prescrizione per **reati gravi** previsti dal Codice penale (perché bisognerà attendere la sentenza di prima istanza), mentre sarà **più facile** farlo per i **reati bagatella** previsti dalle leggi amministrative (perché basterà un atto di un semplice funzionario amministrativo). In altre parole, il Consiglio federale accetta che gravi reati cadano in prescrizione, ma non tollera che bagatelle amministrative non vengano sanzionate.

Quale assurda scala di valori è alla base di tale proposta?

8. Proposta di modifica dell'avanprogetto

Il proposto art. 11 cpv. 4 AP-DPA va perciò così modificato:

⁴ L'azione penale non si prescrive più se prima della scadenza del termine di prescrizione è pronunciata una sentenza di un tribunale di primo grado oppure una decisione parificata ad una sentenza secondo gli articoli 270 capoverso 2 o 275 capoverso 3 della presente legge.

Con i miei migliori saluti

Avv. Francesco NAEF

Eidgenössisches Justiz- und
Polizeidepartement EJPD
3003 Bern

Ausschliesslich per E-Mail an:
info.strafrecht@bj.admin.ch

10. Mai 2024

Stellungnahme zur Totalrevision des Verwaltungsstrafrechts (VStrR)

Sehr geehrte Damen und Herren

Mit Schreiben vom 31. Januar 2024 haben Sie uns eingeladen, uns an der vorliegenden Konsultation zu beteiligen. Wir bedanken uns für diese Gelegenheit der Meinungsäusserung. economiesuisse nimmt gestützt auf den Input der Mitglieder und die Diskussionen in unserer internen Expertengruppe aus einer übergeordneten, gesamtwirtschaftlichen Sicht wie folgt Stellung:

Zusammenfassung

economiesuisse lehnt die Revision des Verwaltungsstrafrechts mit Blick auf folgende Kritikpunkte ab:

1. Die Ausweitung der direkten Sanktionen für Unternehmen im Rahmen der Vereinheitlichung birgt das Risiko, dass Behörden zukünftig verstärkt Unternehmen direkt büssen und auf die Ermittlung des individuellen Täters verzichten. Artikel 7 VE-VStrR sieht zur Eindämmung dieses negativen Anreizes keinerlei Schutzmechanismus vor und gewährt den Behörden einen erheblichen Ermessensspielraum.
2. Trotz allgemeiner Vorbehalte gegenüber der strafrechtlichen Verantwortung von Unternehmen kann es in bestimmten Fällen sinnvoll sein, auf die aufwändige Ermittlung einzelner Verantwortlicher zu verzichten und stattdessen das Unternehmen direkt zu büssen. Allerdings sollte dies nicht zu einer generellen Verschärfung der Unternehmensstrafbarkeit führen. In diesen Branchen sollten individuelle, branchenspezifische Lösungen entwickelt werden, da ein einheitlicher Ansatz den verschiedenen Anforderungen nicht angemessen ist.
3. Die Ausweitung der Zwangsmassnahmen im Zuge der Harmonisierung wird aufgrund der damit verbundenen schwerwiegenden Eingriffe abgelehnt.
4. Die Einschränkung der Verteidigung auf im Anwaltsregister eingetragene Anwälte ist zu limitierend.
5. Dem Einsichtsrecht Dritter in Entscheidungen der Verwaltung stehen private Interessen der involvierten Unternehmen entgegen.

1 Ausgangslage

Das Bundesgesetz über das Verwaltungsstrafrecht (VStrR) trat am 1. Januar 1975 in Kraft und wurde seither nur punktuell überarbeitet. Mit der Motion [14.4122](#) Caroni («Für ein modernes Verwaltungsstrafrecht») wurde der Bundesrat mit der Modernisierung des Gesetzes beauftragt. Offengelassen wurde in der Motion, ob die Modernisierung durch eine Totalrevision des Gesetzes erfolgt, oder ob das Gesetz durch entsprechende Änderungen im StGB und der StPO ersetzt werden soll. Der Bundesrat entschloss sich für eine Totalrevision des Gesetzes und veröffentlichte am 31. Januar 2024 den Vorentwurf für das Bundesgesetz über das Verwaltungsstrafrecht ([VE-VStrR](#)) und den dazugehörigen [erläuternden Bericht](#).

2 Kritikpunkte an der Vorlage

Aus der Sicht der Wirtschaft besteht gewichtige Kritik an der Vorlage, insbesondere in Bezug auf die Frage der Regelung der Strafbarkeit der juristischen Personen sowie die Ausdehnung der Zwangsmassnahmen. In gewissen Branchen, in welchen verwaltungsstrafrechtliche Verfahren oft vorkommen, können sich direkte Sanktionen als geeignetes Instrument bewähren. Diesen Branchen trägt die aktuelle Rechtslage indes bereits differenziert Rechnung. Eine Vereinheitlichung ist aufgrund der unterschiedlichen Branchenbedürfnisse nicht sachgerecht. Aufgrund der überwiegenden Kritikpunkte an der Vorlage ist dieselbe abzulehnen.

2.1 Fehlende Anreizkorrektur bei unmittelbarer Sanktionierung der Unternehmen

Das heute gültige VStr sieht vor, dass bei Straftaten, welche innerhalb eines Unternehmens begangen werden, der in Art. 6 VStrR festgelegte Grundsatz der individuellen strafrechtlichen Verantwortlichkeit zum Tragen kommt. Dies hat zur Folge, dass die strafrechtliche Verantwortung primär beim unmittelbaren Täter liegt (Abs. 1) oder unter bestimmten Bedingungen und möglicherweise auch kumulativ beim Vorgesetzten, dem eine Verletzung seiner Garantenpflicht vorgeworfen werden kann (Abs. 2 und 3). Der aktuelle Art. 7 VStr sieht eine spezielle Regelung vor, die von diesem Grundsatz abweicht und greift, wenn im Einzelfall eine Busse von maximal CHF 5'000 infrage kommt. Diese Regelung soll verhindern, dass geringfügige Zuwiderhandlungen zu Untersuchungsmassnahmen führen, die im Verhältnis zur zu verhängenden Strafe unangemessen wären. Diese Regelung hat weitreichende Bedeutung, die über das eigentliche Verwaltungsstrafrecht hinausgeht. Durch zahlreiche Verweise in verwaltungsrechtlichen Gesetzen kommt diese Bestimmung in verschiedenen anderen Bereichen zur Anwendung, wobei die möglichen Bussgelder für Unternehmen die im Artikel genannten CHF 5'000 deutlich überschreiten können (Bsp.: Art. 64 Abs. 2 DSG: CHF 50'000; Art. 100 MWSTG: CHF 100'000; Art. 49 FIMAG: CHF 50'000).

Der Vorentwurf zur Gesetzesrevision sieht nun eine Vereinheitlichung vor, indem der massgebliche Bussgeldbetrag auf CHF 50'000 angehoben wird. Bestimmungen in Verwaltungsgesetzen, die höhere Bussen vorsehen, sollen gleichzeitig aufgehoben werden.¹

Die geplante Ausweitung des Anwendungsbereichs im Zuge der Vereinheitlichung ist kritisch zu beurteilen. Die Erhöhung der für die Sonderordnung massgeblichen Bussengrenze auf CHF 50'000 setzt für die verantwortlichen Behörden einen Anreiz - insbesondere bei grossen Unternehmen - vermehrt auf die für die Behörden ressourcenschonendere Option zurückzugreifen und direkt das Unternehmen zu büssen.

¹ EJPD, Totalrevision des Bundesgesetzes über das Verwaltungsstrafrecht (VStrR), 22 ff.

Diese Entwicklung könnte dazu führen, dass eine gründliche Sachverhaltsaufklärung zugunsten prozessökonomischer Überlegungen vernachlässigt wird, was dem primären Ziel, die tatsächlich verantwortlichen Personen zu sanktionieren, zuwiderlaufen würde. Artikel 7 VE-VStrR sieht zur Eindämmung dieses negativen Anreizes keinerlei Schutzmechanismus vor und gewährt den Behörden als «Kann»-Vorschrift auch einen erheblichen Ermessensspielraum.

Dem erläuternden Bericht kann man hierzu entnehmen: «Die Verwaltungseinheit kann nicht nach eigenem Ermessen entscheiden, ob sie die verantwortliche natürliche Person oder das Unternehmen verfolgen will. Vielmehr muss sie sich zunächst ernsthaft bemühen, die Täterin oder den Täter zu ermitteln. Sie kann nicht auf Untersuchungshandlungen verzichten, die im einzelnen Fall durchführbar und mit Blick auf die konkret angedrohte Strafe verhältnismässig sind. Eine Arbeitsüberlastung der Behörde ist kein Grund für die Anwendung des geltenden Artikels 7, ebenso wenig das Risiko der Verfolgungsverjährung. Erst nachdem die Verwaltungseinheit ernsthaft, aber erfolglos versucht hat, die Täterin oder den Täter zu ermitteln, kann das Unternehmen aufgrund des geltenden Artikels 7 VStrR zur Zahlung der Busse verurteilt werden.»

Sollte am Revisionsvorhaben entgegen unserer Position festgehalten werden, ist diese Erläuterung von derartiger Bedeutung, dass sie in geeigneter Form direkt Niederschlag im Gesetzestext des neuen Art. 7 VStrR finden müsste. Unseres Erachtens müsste dies dann gleichermassen für die neue Bestimmung gelten, weshalb diese Formulierung in die Botschaft des revidierten Gesetzes übernommen werden müsste.

2.2 Kein Zwang zur Vereinheitlichung

Trotz der generellen Bedenken hinsichtlich der strafrechtlichen Verantwortlichkeit von Unternehmen ist anzuerkennen, dass es in bestimmten Fällen opportun sein kann, von der aufwändigen Ermittlung individuell verantwortlicher Personen abzusehen und stattdessen das Unternehmen zu büssen. Diese Vorgehensweise kann auch aus unternehmerischer Sicht sinnvoll sein, da die Kosten für die Ermittlung des individuellen Täters innerhalb des Unternehmens die potenzielle Busse zum Teil weit übertreffen. Darüber hinaus kann eine solche Regelung dazu beitragen, den Druck auf Mitarbeiter zu dämpfen. Eine zu stark strafrechtliche Exponiertheit kann in wenigen Fachbereichen sogar zu einem Mangel an qualifizierten Fachkräften führen.

Dieses spezifische Phänomen sollte aber nicht zu einer Verschärfung der strafrechtlichen Verantwortlichkeit von Unternehmen in der gesamten Wirtschaft führen, da die Bedürfnisse der verschiedenen Branchen zu unterschiedlich sind. Diesen unterschiedlichen Bedürfnissen trägt der differenzierte Ansatz heute in sachgerechter Weise Rechnung. Mit einem konsequent angewandten Ansatz der Vereinheitlichung kann den unterschiedlichen Bedürfnissen nicht entsprochen werden, weswegen die Revision einen Rückschritt zum Status Quo bedeuten würde.

2.3 Keine übermässige Ausdehnung von Zwangsmassnahmen

Der Vorentwurf strebt auch eine Harmonisierung der Regelung der Zwangsmassnahmen an und will es Verwaltungsbehörden ermöglichen, gestützt auf das VStrR neu auch geheime Überwachungsmassnahmen einzusetzen. Dies wird durch die Integration spezialgesetzlicher Befugnisse bestimmter Behörden in das VStrR und die Angleichung der Verfahrensvorschriften an die StPO angestrengt. Bisher beschränken sich Zwangsmassnahmen im Verwaltungsstrafrecht auf Beschlagnahme, die Durchsuchung und die Festnahme bzw. Verhaftung. Im Gegensatz zur StPO erlaubt das derzeitige VStrR keine geheimen Zwangsmassnahmen.

Zwangsmassnahmen bilden im Bereich des Verwaltungsstrafrechts generell einen Fremdkörper. Massnahmen, wie sie die Überwachung des Fernmeldeverkehrs oder verdeckte Ermittlungen

darstellen, sind schwerwiegende Eingriffe. Diese dürfen nur erfolgen, soweit sie unabdingbar sind. Damit ist auch bereits aufgezeigt, dass sie nicht harmonisiert werden, sondern ausschliesslich in jenen spezialgesetzlich geregelten Bereichen angewendet werden dürfen, wo diese als unvermeidbar identifiziert worden sind. Eine generelle Ausweitung dieser Zwangsmassnahmen auf das gesamte Verwaltungsstrafrecht ist nicht sachgerecht. Über den Einsatz solch gravierender Massnahmen entscheidet im ordentlichen Strafverfahren die Strafverfolgungsbehörde, jeweils mit Genehmigung der Zwangsmassnahmengerichte. Auch im revidierten Verwaltungsstrafrecht benötigen gewisse Zwangsmassnahmen die Genehmigung durch die Zwangsmassnahmengerichte. Jedoch fehlt den für die Beantragung zuständigen Verwaltungsbehörden die institutionelle Unabhängigkeit, über welche die Strafverfolgungsbehörden im ordentlichen Strafverfahren verfügt. Die speziell geregelten Zwangsmassnahmen stellen somit eine notwendige Abweichung vom Straf- bzw. Strafprozessrecht dar, welche durch die Natur des Verwaltungsstrafrechts bedingt ist.

Die Wirtschaft lehnt entsprechend eine Ausweitung der Zwangsmassnahmen im Sinne der geplanten Harmonisierung mit Nachdruck ab.

2.4 Anwaltpflicht

Gemäss Art. 82 Abs. 5 VE-VStrR ist vorgesehen, dass die Verteidigung eines Beschuldigten ausschliesslich durch einen im Anwaltsregister eingetragenen Anwalt erfolgen muss. Diese Regelung erscheint uns jedoch als zu einschränkend. Juristen in den betreffenden Unternehmen oder Organisationen besitzen oft detaillierte Kenntnisse der spezifischen Unternehmensprozesse und Fachkenntnisse der Branche, die wesentlich zur effizienten Verfahrensabwicklung beitragen können. Obwohl wir die Rolle eines unabhängigen Anwalts zur Sicherstellung einer juristischen Verteidigung anerkennen, erscheint eine generelle gesetzliche Verpflichtung als zu weitgehend. Der Bericht unterstreicht, dass die Zuständigkeit bei den Verwaltungsbehörden verbleiben soll, vor allem aufgrund der spezifischen Fachkenntnisse, die häufig ausschlaggebend sind. Angesichts dessen, dass viele interne Unternehmensjuristen über solche Fachkenntnisse verfügen, wäre es angebracht, auch ihnen die Möglichkeit zur Verteidigung zu gewähren.

2.5 Einsicht in die Entscheide der Verwaltung

Wie das Strafbefehlsverfahren im ordentlichen Strafrecht, sind auch das Strafbescheids- und das Strafverfügungsverfahren nicht öffentlich. Im Unterschied zu Art. 69 Abs. 2 StPO ist die Einsichtnahme in diese Entscheide im bestehenden Recht jedoch nicht geregelt. Art. 69 VE-VStrR zielt darauf ab, berechtigten Informationsansprüchen Dritter zu entsprechen, wobei Art. 69 Abs. 2 sowie Art. 70 Abs. 1 und 4 der StPO als Vorbild dienen. Danach sollen Dritte künftig die Möglichkeit erhalten, die Verfügungen der Behörden einzusehen.

Dem öffentlichen Interesse auf Einsicht in die Entscheide der Verwaltung stehen private Interessen der Unternehmen gegenüber. Für sie ist die Einsicht unter Umständen mit Einblicken in hochsensible Daten oder Geschäfts- und Betriebsgeheimnisse verbunden. Der Bericht des EJPD sieht zum Schutz der privaten Interessen die Möglichkeit der Anonymisierung vor. Aufgrund der fachspezifischen Details ist nicht auszuschliessen, dass Rückschlüsse auf die involvierten Unternehmen gezogen werden können. Dies könnte zu einer geringeren Akzeptanz dieser Verfügungen führen. Daher ist die Einführung eines generellen Einsichtsrechts Dritter in die Verfügungen der Verwaltungsbehörden abzulehnen.

3 Begrüssenswerte Verbesserungen der Verteidigungsrechte

Schliesslich sieht die Revisionsvorlage auch an einigen Stellen klare Verbesserungen zum Status Quo vor, welche wir aus Sicht der Gesamtwirtschaft begrüssen. Dies betrifft insbesondere die Verbesserung der Verteidigungsrechte. Obwohl das Verwaltungsstrafrecht formal zum Strafrecht zählt, weichen die Verteidigungsrechte in beiden Rechtsgebieten bislang signifikant voneinander ab. Ein markantes Beispiel hierfür bietet Art. 39 Abs. 2 VStrR, der den Beschuldigten dazu auffordert, sich zu den

Vorwürfen zu äussern und Beweismittel zu seiner Verteidigung vorzubringen. Angesichts des nemo-tenetur-Prinzips wurde diese Vorschrift bereits als völkerrechtswidrig kritisiert.² Vor diesem Hintergrund begrüssen wir die vorgesehenen Anpassungen im Verwaltungsstrafrecht, die auf eine Angleichung der Verteidigungsrechte an das ordentliche Strafprozessrecht abzielen. Insbesondere die Einführung des «Anwalts der ersten Stunde» gemäss Art. 121 Abs. 6 VE-VStrR, analog zum Strafprozessrecht, ist eine positive Entwicklung.

Aufgrund der dargelegten Kritikpunkte lehnen wir die Vorlage ab. Wir sind jedoch bereit, konstruktiv an einer grundlegenden Überarbeitung der Vorlage mitzuwirken, die die Perspektiven der Wirtschaft berücksichtigt.

Wir danken für Ihre Kenntnisnahme und stehen Ihnen bei allfälligen Rückfragen gerne zur Verfügung.

Freundliche Grüsse
Economiesuisse



Erich Herzog
Mitglied der Geschäftsleitung



Maximilian Schöller
Projektmitarbeiter Wettbewerb und Regulatorisches

² MEYER CHRISTIAN, die Mitwirkungsmaxime im Verwaltungsverfahren des Bundes, Rz. 507 m.w.H.

Per E-Mail:

Eidgenössisches Justiz- und Polizeidepartement
Bundesamt für Justiz
3003 Bern

E-Mail-Adresse: info.strafrecht@bj.admin.ch

Zürich, 8. Mai 2024

Totalrevision des Verwaltungsstrafrechts

Sehr geehrter Herr Bundesrat Jans

Wir beziehen uns auf Ihr Schreiben vom 31. Januar 2024 in rubrizierter Angelegenheit und bedanken uns für die Möglichkeit, zur Totalrevision des Bundesgesetzes über das Verwaltungsstrafrecht (VStrR) Stellung nehmen zu können.

Zusammenfassung:

EXPERTsuisse äussert sich sehr kritisch zur geplanten Totalrevision des VStrR. Der Vorentwurf löst die Grundsatzprobleme des Verwaltungsstrafrechts nicht, im Gegenteil, gewisse werden sogar verschärft. Eine sinnvolle Revision müsste das gesamte Nebenstrafrecht, welche u. a. auch das Abgabestrafrecht umfasst, miteinbeziehen. In der aktuellen Form lehnen wir die Revision ab.

Zu erwähnen sind namentlich folgende Kritikpunkte:

- Weiterhin werden die Untersuchungen nicht von unabhängigen Untersuchungsbehörden geführt.
- Im Moment wird im Parlament eine umstrittene Reform des Zollrechts (v. a. aufgrund der strafrechtlichen Kompetenzen des BAZG) beraten. Diese Revision muss zwingend mit einer allfälligen Totalrevision des VStrR koordiniert werden.

- Ein grosser Teil der nach dem VStrR geführten Verfahren betrifft das Abgabestrafrecht. In diesem Bereich besteht ein erheblicher Revisionsbedarf, der mit der vorgeschlagenen Reform nicht angegangen wird, u.a.:
 - a) Es fehlt eine Trennung zwischen Verwaltungs- und Verwaltungsstrafverfahren.
 - b) Ein Fehlverhalten einer abgabepflichtigen Person führt zu einer Vielzahl von Strafverfahren.
 - c) Im Rahmen der Verfahren werden die strafrechtlichen Grundsätze häufig nicht beachtet, was zu Grundrechtsverletzungen führen kann.
 - d) Im Bereich der Übertretungen und bei fahrlässigen Delikten sind die Strafandrohungen im Vergleich zu den übrigen Delikten des gemeinen Strafrechts völlig überhöht.
- Anstatt mit Verweisen zu arbeiten, sollen im VStrR zahlreiche Bestimmungen der Strafprozessordnung integriert werden, was zu neuen Problemen führt:
 - a) Auf der Ebene des Bundes werden zwei umfangreiche Strafprozessordnungen nebeneinander bestehen, was bei der Rechtsanwendung sehr grossen Aufwand verursachen wird.
 - b) Längerfristig wird es zu einem grossen Anpassungsaufwand führen, da Neuerungen in zwei Erlassen nachgeführt werden müssen.
 - c) Die Zwangsmassnahmen sollen erheblich ausgebaut werden, was einseitig zu Lasten der Rechtsunterworfenen ist, vor allem wenn man bedenkt, dass die meisten unter dem VStrR geführten Strafverfolgungsverfahren blosse Übertretungen betreffen.
 - d) Der Grundsatz der Justizöffentlichkeit wird eingefügt, geht aber in verschiedener Hinsicht deutlich weiter als in der StPO, was zu einer Schlechterstellung der beschuldigten Person führen kann.
 - e) Die Schaffung von kantonalen Zwangsmassnahmengerichten überzeugt nicht und verschlechtert den Rechtsschutz der Rechtsunterworfenen.
 - f) Das Opportunitätsprinzip sollte – im Interesse aller Verfahrensbeteiligten – weiter ausgebaut werden.

In der Stellungnahme schlagen wir jedoch Lösungsansätze für eine Revision des Nebenstrafrechts und insbesondere des Abgabestrafrechts vor, die auf einem 2013 von dem SAV skizzierten Vorschlag beruhen (Ziffer 2).

Sollte an einer isolierten Revision des VStrR – ohne gleichzeitige Anpassungen des übrigen Nebenstrafrechts – festgehalten werden, müssten mindestens gewisse wichtige Punkte (Ziffer 3) berücksichtigt werden.

1. Grundsätzliches zur vorgeschlagenen Revision

1.1 Einleitende Bemerkungen

Das Verwaltungsstrafrecht ist knapp 50 Jahre alt und wurde kaum revidiert, obwohl der Handlungsbedarf seit langem bekannt ist. Im Herbst 2013 führte der Bund eine Vernehmlassung zur Vereinheitlichung des Steuerstrafrechts durch. Diese Revisionsbemühungen wurden von der Branche grundsätzlich begrüsst. Im Rahmen dieser Vernehmlassung nahm der Schweizerische Anwaltsverband (SAV) ausführlich zur Vorlage Stellung und formulierte konkrete Vorschläge. Diese wurden seinerzeit nicht berücksichtigt. Dennoch sind die damaligen Feststellungen nach wie vor aktuell. Daher spiegelt die vorliegende Stellungnahme in Bezug auf das Steuerstrafrecht (v.a. Ziffer 1 und 2), welches für die durch uns vertretene Branche naturgemäss ein besonders wichtiger Teil des Verwaltungsstrafrechts ausmacht, weitgehend die damals vorgeschlagene Lösung wider.

Wir sind uns bewusst, dass der Anwendungsbereich des Verwaltungsstrafrechts deutlich weitergeht, als das reine Abgabestrafrecht. Die folgende Stellungnahme fokussiert sich jedoch auf diesen Bereich, weil – wie bereits erwähnt – unsere Branche vor allem von diesem Aspekt betroffen ist.

1.2 Grobbeurteilung des Entwurfs

1.20 Verwaltungsstrafrecht ist – nach modernem Verständnis – primär Strafrecht. Rechtstaatliches Strafrecht wird einheitlich durch dafür spezialisierte, unabhängige Untersuchungsbehörden und Gerichte angewendet. Diese Prinzipien fehlen aber im aktuellen Verwaltungsstrafrecht. Aus Sicht der Rechtsunterworfenen, aber auch aus wissenschaftlicher Optik, besteht kein überzeugender und zwingender Grund, weshalb bei Verstössen gegen verwaltungsrechtliche Bestimmungen etwas anderes gelten soll als im übrigen Strafrecht.

Die vorgeschlagene Reform perpetuiert diesen Zustand und ist allein schon deshalb abzulehnen.

1.21 Die Behörde, welche vermutungsweise das VStrR am häufigsten anwendet, ist das Bundesamt für Zoll und Grenzsicherheit (BAZG). Im Moment wird im Parlament eine – sehr umstrittene (namentlich auch aufgrund der strafrechtlichen Kompetenzen des BAZG) – Reform

des Zollrechts beraten. Es muss auf jeden Fall sichergestellt sein, dass diese Revision mit jener des VStrR koordiniert wird.

1.22 Ein grosser Teil, wahrscheinlich sogar die deutliche Mehrzahl, der nach dem VStrR geführten Verfahren betrifft das Abgabestrafrecht. In diesem Bereich besteht ein erheblicher Revisionsbedarf. Die Situation wird mit der vorliegenden Reform nicht verbessert, sondern im Gegenteil, die rechtsstaatlichen Mängel werden zementiert:

- Es ist beispielsweise nicht nachvollziehbar, dass ein Fehlverhalten einer abgabepflichtigen Person zu einer Vielzahl von Strafverfahren führt, nur weil verschiedene Abgabeerlasse von Bund und Kantonen betroffen und in diesen Erlassen die Strafverfahren nicht koordiniert werden.
- Im geltenden Recht sind sowohl bei den direkten als auch bei den indirekten Steuern das Nachsteuer- und Strafverfahren miteinander verbunden. Die beiden Verfahren werden zudem oft gleichzeitig und von derselben Verwaltungsbehörde geführt. Es **fehlt eine Trennung zwischen Verwaltungs- und Verwaltungsstrafverfahren**. Erst im Rahmen des Justizverfahrens kann – beschränkt auf den Anwendungsbereich des VStrR – eine Trennung zwischen Steuer- und Strafbehörde stattfinden. Die Verbindung der beiden Verfahren führt dazu, dass die untersuchenden Steuerbehörden neben strafrechtlichen Zwangsmitteln auch das faktische Zwangsmittel der Ermessensveranlagung einsetzen können und dies in der Praxis regelmässig auch tun. Diese Vermischung von Kompetenzen wird vom Bürger nicht verstanden und ist durch eine Trennung der Zuständigkeiten aufzuheben. Erst wenn Nachsteuer- und Steuerstrafverfahren von unterschiedlichen Behörden durchgeführt werden, können folgende rechtsstaatliche Ziele erreicht werden:
 - a) Es wird eine Kollision zwischen der verfahrensrechtlichen Mitwirkungspflicht und dem Grundrecht, sich in einem Strafverfahren nicht belasten zu müssen, verhindert (wie auch von der EMRK gefordert).
 - b) Es darf nie der Anschein entstehen, die Abgabenbehörden wollen ihre strafrechtlichen Kompetenzen dazu einsetzen, um in einem Nachsteuerverfahren die steuerpflichtige Person zum Akzeptieren eines für sie nicht günstigen Veranlagungsvorschlages zu drängen.
 - c) Es besteht kein politischer Grund, die Verwendung von Zwangsmitteln in einer Strafuntersuchung wegen Steuerdelikten in Frage zu stellen.

- Im gleichen Kontext ist festzustellen, dass die Abgabebehörden im Rahmen der Verfahren die **strafrechtlichen Grundsätze häufig nicht beachten**, was zu Grundrechtsverletzungen führen kann. Diese Feststellung bezieht sich nicht bloss auf die kantonalen Steuerbehörden, sondern auch auf diejenigen des Bundes, bei denen die besondere Ausbildung der zuständigen Beamten gemäss Art. 20 Abs. 1 VStrR bereits heute gesetzlich vorgeschrieben wäre. In der Praxis wird jedoch das Verwaltungsstrafverfahren teilweise von – nicht juristisch ausgebildeten – Untersuchungsbeamten geführt. Diese haben zwar hohe Fachkenntnisse bezüglich ihres Verwaltungsrechtsgebiets, aber nicht zwingend die notwendigen Kenntnisse vom Verwaltungsstrafverfahrensrecht. Dies äussert sich häufig dadurch, dass entweder – wie bereits erwähnt – das Strafrecht als Druckmittel verwendet wird, um die Zustimmung zu einer Einschätzung zu erhalten oder dass elementare verfahrensrechtliche Vorschriften verletzt werden. Im Falle eines Gerichtsverfahrens verschärft sich das Problem, da den zuständigen Strafrichtern die Fachkompetenzen fehlen, um über den Fall zu entscheiden. Die Revision verschärft dieses Problem durch die Schaffung von kantonalen Zwangsmassnahmengerichten: Wenn die zuständigen Richter keine Kenntnisse des materiellen Verwaltungsrechts haben (und sich diese aufgrund der durch die Kantonalisierung geringe Verfahrenszahl auch nicht aneignen können), besteht das Risiko, dass sich die Verfahren in Zukunft zu Ungunsten der Pflichtigen entwickeln.
- Im Bereich der **Übertretungen**, die das Gros der Fälle ausmachen, und der fahrlässigen Delikte sind die **Strafandrohungen** im Vergleich zu den übrigen Delikten des gemeinen Strafrechts völlig **überhöht**. Dies ergibt sich u. a. auch daraus, dass die Hinterziehungsbussen **erfolgsabhängig**, d. h. nach Massgabe des hinterzogenen Betrags, bemessen werden. Das Verschulden wird in der Praxis kaum berücksichtigt. Für einen Steuerhinterzieher, der eine – zugegebenermassen erhebliche – Einfuhrsteuer bzw. Zollabgaben nicht deklariert hat und dementsprechend zu einer Busse im oberen fünfstelligen Bereich verurteilt wurde, ist seine Strafe nicht nachvollziehbar, wenn er diese mit der (bedingten) Geldstrafe eines Autorasers vergleicht, der im gleichen Zeitpunkt wegen fahrlässiger Tötung eines Kindes auf einem Fussgängerstreifen verurteilt wurde.
- Es ist eine Eigenheit des schweizerischen Abgabestrafrechts, dass eine Imparität zwischen Bussenkompetenz und Untersuchungsmittel besteht. Im Vergleich zum ordentlichen Strafrecht können hohe Bussen ausgesprochen werden, gleichzeitig sind die Untersuchungsmittel eingeschränkt. Was man als Gleichgewicht bezeichnen könnte, ist in Tat und Wahrheit ein doppelter Systemfehler, der in beide Richtungen zu korrigieren ist.

- Das Problem der übermässig hohen Strafen akzentuiert sich, weil aufgrund des gleichen Fehlverhaltens **für jedes Steuergesetz die Busse separat festgesetzt** wird. Damit kumulieren sich die Bussen und der strafrechtliche Grundsatz der Gesamtstrafe kann nicht erfüllt werden.
- Die bisher dargestellten Mängel betreffen alle steuerpflichtigen Personen. Sobald das Fehlverhalten im unternehmerischen Bereich auftritt, zeigen sich in der heutigen Ordnung bei den direkten Steuern zusätzliche Probleme:
 - a) Grundsätzlich droht im unternehmerischen Bereich immer die Bestrafung wegen Steuerbetrugs, weil der Fehler Eingang in die Buchhaltung gefunden hat und damit eine falsche Urkunde vorliegt. In der Praxis beschränkt sich die Verwaltung bloss auf eine Untersuchung wegen Steuerhinterziehung, latent droht aber immer die Überweisung an den Strafrichter wegen Steuerbetrugs. Dies wird von der Verwaltung regelmässig als Druckmittel eingesetzt – auch um der steuerpflichtigen Person beispielsweise eine Zustimmung zu den Nachsteuergrundlagen abzurufen.
 - b) Nachdem das erste Steuerstrafverfahren durchgeführt wurde, erfolgt ein zweites Verfahren vor der nächsten zuständigen Steuerbehörde, dann das Verfahren der dritten Behörde etc. (kantonale Steuerverwaltung für die direkten Steuern, ESTV für MWST, ESTV für Verrechnungssteuer etc.). Nicht nur die Bussenkumulation (siehe oben), auch die Häufung von Verfahren ist für beide Seiten ineffizient und kostspielig.
- Bei Art. 12 VStR handelt es sich dem Wesen nach um eine Nachsteuernorm. Die Tatsache, dass diese für alle Abgabenarten des Bundes identische Tatbestandsvoraussetzungen hat, führt dazu, dass – namentlich auch in Bezug auf die Verjährung – inkongruente Regelungen gegenüber den im entsprechenden Spezialerlass vorgesehenen Grundregeln auftreten. Grundsätzlich wäre anzustreben, dass die Nachsteuererhebung im entsprechenden Abgabenerlass geregelt wird.

1.23 Es überzeugt nicht, dass das VStR durch die Bestimmungen der StPO «aufgebläht» wird, dass diese «Aufblähung» aber nicht durch einen Verweis, sondern durch eine Integration der entsprechenden Normen erfolgt. Die gewählte Lösung überzeugt aus folgenden Gründen nicht:

- Sie steht im Widerspruch zur seinerzeitigen Zielsetzung, in der Schweiz eine einheitliche Strafprozessordnung einzuführen. Nun werden auf der Ebene des Bundes zwei parallele Strafprozessordnungen bestehen, die beide sehr umfangreich sind.

- Eine Person, die im Strafrecht tätig ist, muss immer sicherstellen, dass sie den Inhalt der jeweiligen Norm in beiden Erlassen kennt.
- Für den politischen Apparat des Bundes entsteht langfristig ein grosser Anpassungsaufwand, da Neuerungen in zwei Erlassen nachgeführt werden müssen. Dies ist weder politisch noch verwaltungsökonomisch sinnvoll.
- Der Zahl der Zwangsmassnahmen ist erheblich erweitert, v. a. mit geheimen Überwachungsmöglichkeiten. Derzeit betreffen die Verfolgungen grossmehrheitlich Übertretungen. Es besteht jedoch die Gefahr, dass in Zukunft versucht wird, den Anwendungsbereich der Zwangsmassnahmen zu erweitern – zu Ungunsten der beschuldigten Personen.
- Der Grundsatz der Justizöffentlichkeit nach dem StPO wird im Entwurf eingefügt, geht aber in verschiedener Hinsicht deutlich weiter, indem z. B. Einsicht ins Schlussprotokoll (und nicht nur in den Strafbefehl) eingeräumt werden soll. Das Schlussprotokoll schliesst die Untersuchung ab. Das Beweisergebnis, welches dem Strafbescheid zugrunde liegt, kann jedoch durch gestellte Beweisanträge aber noch ganz erheblich vom Sachverhalt des Schlussprotokolls abweichen. Dies ergibt daher keinen Sinn, dass Dritte in ein früheres Beweisergebnis Einsicht erhalten, und führt zu einer Schlechterstellung der beschuldigten Person. Unverhältnismässig ist auch die – sehr lange – sechsmonatigen Einsichtsmöglichkeit.

1.3 Fazit

Die in der Vernehmlassung vorgeschlagene Revision des VStR soll nicht weiterverfolgt werden, weil sie die bestehenden Probleme nicht löst, sondern diese sogar verschärft. Berücksichtigt wird nur die Sicht der Verwaltung. Die Interessen der Rechtsunterworfenen werden nicht erfüllt, obwohl das Strafrecht massiv in die Grundrechte eingreift.

Bevor die Reform in Angriff genommen wird, muss geklärt werden, inwiefern das gesamte Nebenstrafrecht (u. a. Abgabenstrafrecht) noch die heutigen Anforderungen an einen modernen Rechtsstaat erfüllen.

Zudem muss sie mit umfassenden – wichtigen – laufenden Reformen, z. B. des Zollgesetzes, unbedingt koordiniert werden.

2 (Gegen)Vorschlag

Wird das gesamte schweizerische Nebenstrafrecht (bspw. einschliesslich des Abgabestrafrechts im Bereich der direkten Steuern) revidiert, sind folgende Grundsätze zu beachten:

- Die verwaltungsrechtliche Frage (bspw. das Nachsteuerverfahren) soll vom Strafverfahren strikt getrennt werden.
- Ein Fehlverhalten soll zu einer (einzigen) Strafuntersuchung, zu einer (einzigen) strafrechtlichen Beurteilung und zu einer (einzigen) strafrechtlichen Sanktion führen.
- Die Strafbarkeit, Strafzumessung, Strafrahmen und Strafverfolgung müssten über das gesamte Nebenstrafrecht so weit wie möglich vereinheitlicht werden.

Diese Forderung kann grundsätzlich nur erreicht werden, wenn das gesamte schweizerische Strafrecht in einem Erlass (oder allenfalls in einem materiellen [StGB] und einem prozessualen [StPO]) geregelt wird.

Dementsprechend besteht grundsätzlich kein Bedarf für ein Gesetz über das Verwaltungsstrafrecht in der heutigen, aber auch nicht in der durch die Revision vorgeschlagenen Form.

Strikte Trennung von Verwaltungsverfahren und Strafverfahren

Sobald Verwaltungs- (namentlich auch Nachsteuer-) und Strafverfahren getrennt werden, trifft das Argument, für die Durchführung eines Verwaltungsstrafverfahrens bedürfe es besonderer verwaltungsrechtlicher Kenntnisse, nicht zu. Ein verwaltungsrechtlicher Tatbestand muss so einfach formuliert sein, dass er von jeder strafrechtlichen Untersuchungsbehörde verfolgt und von jedem Strafrichter beurteilt werden kann, ansonsten erfüllt er die Anforderungen an einen modernen Straftatbestand nicht (siehe Ziffer 1.22, zweite Lemma). Es ist hingegen unbestritten, dass die Beurteilung der verwaltungsrechtlichen Vorfrage im Einzelfall komplex sein kann. Nach dem hier vertretenen Konzept bleiben hierfür alleine die Verwaltungsbehörden zuständig. Selbstverständlich sind den Verwaltungsbehörden im Strafverfahren umfassende Parteirechte zuzugestehen, so dass sie die Gelegenheit haben, gegenüber den Strafbehörden die besonderen verwaltungsrechtlichen Aspekte einzubringen.

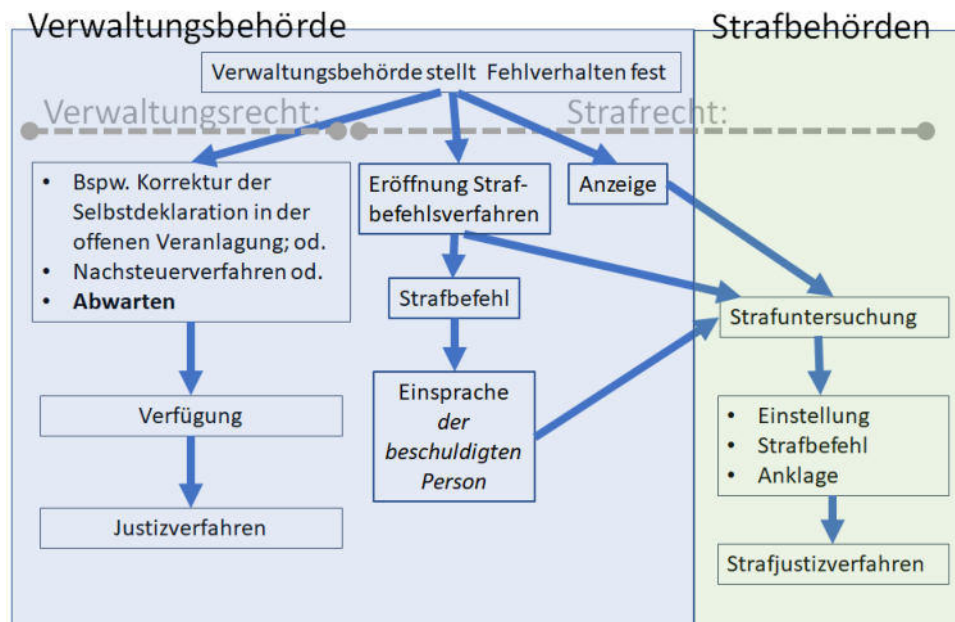
Strikte Trennung der Zuständigkeiten

Verwaltungsverfahren und Strafverfahren dürfen nicht von der gleichen Behörde durchgeführt werden (siehe Ziffer 1.22, drittes Lemma).

Eventualiter wäre zu prüfen, ob für die Belange des Verwaltungsstrafrechts (bspw. im Bereich des Abgabestrafrechts) besondere, d. h. spezialisierte, Sonderstrafbehörden eingeführt werden, die aber völlig unabhängig von den Verwaltungsbehörden organisiert sind.

Eventualiter wäre zu prüfen, ob (allenfalls nur bestimmte) Verwaltungsbehörden eine Kompetenz zur Aussprechung von Ordnungsbussen eingeräumt wird.

Subeventualiter könnte auch geprüft werden, ob den Verwaltungsbehörden die Kompetenz zur Durchführung eines Strafbefehlsverfahrens eingeräumt werden soll. Dies würde schematisch zu folgender Zuständigkeitsordnung führen:



Abschliessende Regelung des Nachsteuerrechts im entsprechenden Abgabenerlass

In Bezug auf die Schaffung von Rechtssicherheit ist es abträglich, dass in der heutigen Ordnung über den Weg eines Nachsteuerverfahrens Steuern erhoben werden können, die nach den materiell-rechtlichen Regeln grundsätzlich verjährt sind und dass die Verjährungsregeln im Nachsteuerverfahren von denen im materiellen Recht der entsprechenden Abgabe abweichen.

Im Bereich der direkten Steuern beträgt die Veranlagungsverjährung grundsätzlich fünf Jahre (vgl. bspw. Art. 120 Abs. 1 DBG). Diese Frist wird allerdings durch Art. 152 Abs. 1 DBG relativiert, welche es ermöglicht, ein Nachsteuerverfahren innerhalb von zehn Jahren nach Ablauf

der entsprechenden Steuerperiode einzuleiten. Weil bei den direkten Steuern das Recht, Nachsteuern zu erheben, vom Vorliegen neuer Tatsachen abhängig gemacht wird (resp. vom Vorliegen eines Vergehens oder Verbrechens gegen die Steuerbehörden; Art. 151 DBG), ist diese Diskrepanz in der Praxis etwas weniger störend. Es stellt sich allerdings die Frage, ob im Zusammenhang mit der Anpassung der strafrechtlichen Verjährungsfrist nicht auch die Frist von Art. 152 Abs. 1 DBG angepasst werden sollte.

Bei den meisten Abgabeerlassen des Bundes fehlen Nachsteuerbestimmungen. Abgabennachforderungen erfolgen hier gestützt auf Art. 12 VStrR. Diese sehr offen formulierte Norm ist erfüllt, sobald der objektive Tatbestand einer Abgabenverkürzung erfüllt ist. Der subjektive Tatbestand muss nicht gegeben sein. Weil einerseits die Strafbestimmungen sehr offen formuliert sind und sich diesbezüglich die Verjährung nach den strafrechtlichen Verjährungsbestimmungen richtet (Art. 12 Abs. 4 VStrR), können die Steuerbehörden über Art. 12 VStrR Nachforderungen vornehmen, obwohl nach den einschlägigen abgaberechtlichen Bestimmungen der Abgabeanpruch bereits verjährt ist (vgl. Urteil des BGer 2A.701/2006 vom 3. Mai 2007, E. 7). Art. 12 VStrR ist eine materiell-rechtliche Norm.

In einem Strafverfahrenserlass, der einem modernen rechtsstaatlichen Verständnis folgt, ist sie eigentlich fehl am Platz. Zumindest ist ihr Anwendungsbereich so anzupassen, dass sie nicht das materielle Abgabenrecht übersteuert.

Im Rahmen der Reform des Mehrwertsteuergesetzes hat das Parlament diesen Mangel erkannt und mit Art. 105 Abs. 3 MWSTG behoben. Diese Bestimmung soll mit der vorliegenden Reform aufgehoben werden. Dies ist unverständlich. Richtigerweise müsste die vorliegende Reform Anlass sein, alle Abgabenerlasse analog den parlamentarischen Überlegungen zum Mehrwertsteuerrecht anzupassen (so explizit das Votum des Kommissionssprechers in der Beratung im Nationalrat, AB 2009 N 490).

Dementsprechend fordern wir, dass sich die Anspruchsgrundlage für die Nachforderung einer Abgabe aus dem entsprechenden Abgabeerlass ergeben muss. Konkret bedeutet dies, dass Art. 12 VStrR für den Bereich des Abgaberechts aufgehoben und stattdessen entsprechende Normen in den einzelnen Abgabeerlassen geschaffen werden. Diese Forderung ergibt sich auch aus dem Gebot, Nachsteuer- und Abgabestrafrecht strikte voneinander zu trennen.

Koordination mit den anderen Erlassen

Einzelne Fehlverhalten von Abgabepflichtigen haben Auswirkungen auf weitere Erlasse, die in der Vorlage nicht angesprochen werden. Im Bereich eines Unternehmens tritt häufig der Fall ein, dass dieselbe Handlung neben einer Steuerhinterziehung auch eine Widerhandlung gegen sozialversicherungsrechtliche Erlasse darstellt. Oder im Bereich der Einfuhr wird häufig nicht nur die Einfuhrsteuer, sondern auch eine Strafbestimmung des Zollrechts verletzt. Die zollrechtlichen Strafbestimmungen entsprechen beispielsweise hinsichtlich ihres Strafrahmens überhaupt nicht den Strafbestimmungen des «bürgerlichen» Rechts.

Wir sind der Auffassung, dass im Rahmen einer umfassenden Revision des Verwaltungsstrafrechts das gesamte Nebenstrafrecht, namentlich auch die strafrechtlichen Bestimmungen in sämtliche Abgabenerlasse einbezogen werden müssen.

Schaffung von einheitlichen Strafbestimmungen pro Deliktart

Das geltende Abgabestrafrecht sieht für jede Abgabe den gesamten Fächer von Delikten (Verletzung von Verfahrenspflichten, Hinterziehung, allenfalls Betrug etc.) vor. Durch die Vorlage wird dieses Konzept nicht geändert.

Konsequent wäre es, wenn stattdessen die Abgabenhinterziehung und selbstverständlich jede andere Deliktart für das gesamte schweizerische Abgabestrafrecht in einer einzigen (zentralen) Strafbestimmung geregelt würde. Nur so kann eine echte Vereinheitlichung erreicht werden. Zudem würde auf diese Weise die Überbestrafung automatisch verhindert.

Die einzelnen Abgabenerlasse würden dementsprechend keine eigenen Strafbestimmungen mehr enthalten, sondern bloss noch die für ihre Abgabe spezifischen Tathandlungen der einzelnen Deliktarten umschreiben. Auf diese Weise würde sichergestellt, dass ein Lebenssachverhalt, der eine Widerhandlung gegen das Abgaberecht darstellt, mit einer einzigen Strafe sanktioniert würde, obwohl möglicherweise mehrere Abgaben davon betroffen sind.

Dieses Konzept ist auch lebensnaher: Der Vorsatz eines Delinquenten, der eine Einnahme nicht in seine Buchhaltung aufnimmt, bezieht sich auf die Verkürzung des Steueranspruchs des Staates als Gesamtes und nicht auf die Verkürzung der direkten Bundessteuer, der Kantonssteuer, der Mehrwertsteuer, der AHV und der Verrechnungssteuer.

Strafrahmen

Wie bereits oben dargelegt, sind die Strafandrohungen im Verwaltungsstrafrecht, namentlich im Abgaberecht im Vergleich mit dem übrigen Strafrecht übermässig hoch. Dementsprechend schöpfen selbst die Steuerbehörden den ihnen zustehenden Strafrahmen fast nie aus. Wird

ein Fall an ein ordentliches Gericht überwiesen, bewegen sich die Strafen in aller Regel im unteren Drittel der abstrakten Strafandrohungen. Selbst unter Berücksichtigung dieser selbstauf-erlegten Zurückhaltung resultieren in der Praxis immer noch Bestrafungen in einer Höhe, die von der breiten Öffentlichkeit nicht verstanden werden.

In diesem Zusammenhang besonders störend ist die Tatsache, dass das Abgabestrafrecht die Bussenbemessung in erster Linie vom Taterfolg abhängig macht. Dies steht im Widerspruch mit einem Verschuldensstrafrecht und verweist auf die Herkunft unseres Abgabestrafrechts, welches früher als reines Verwaltungssanktionsrecht verstanden wurde.

Statt die Reform als Chance für einen Neubeginn zu verstehen, bringt die Vorlage in diesem Bereich keine Änderung. Wir vertreten die Auffassung, dass – dem Beispiel des Mehrwertsteuerstrafrechts folgend – bei allen Abgaben die erfolgsabhängigen Strafandrohungen nicht mehr weitergeführt werden, sondern dass betragsmässig beschränkte Höchstbussen angedroht werden.

Abkehr vom Urkundenmodell beim Steuerbetrug

Es ist richtig, dass neben der (gewöhnlichen) Steuerhinterziehung ein Steuerbetrugstatbestand bestehen muss.

Im heutigen Recht beruht der Steuerbetrug im Bereich der indirekten Steuern auf dem sogenannten Arglistmodell, im Bereich der direkten Steuern auf dem sogenannten Urkundenmodell. Dabei ist klar, dass das Verwenden von falschen Urkunden in vielen, aber nicht in allen Fällen als Arglist ausgelegt werden kann. Das Urkundenmodell führt hingegen dazu, dass im Unternehmensbereich eine einfache Steuerhinterziehung kaum je gegeben sein kann, weil jeder Fehler in einer Buchhaltung (oder vergleichbaren Aufzeichnungen) Eingang findet und dementsprechend bei (nahezu) jeder Steuerverkürzung eine falsche Urkunde im Spiel ist. Dies bedeutet, dass die gleiche Tathandlung (bspw. die Nichtdeklaration eines Vermögenswertes) im unternehmerischen Bereich einer wesentlich höheren Strafandrohung (Vergehen) unterworfen ist als im privaten Bereich (Übertretung).

Zudem herrscht heute bei den direkten Steuern Idealkonkurrenz zwischen Steuerhinterziehung und Steuerbetrug im Bereich der direkten Steuern. Diese wäre aus rechtstaatlichen Gründen dringend aufzuheben.

Wir vertreten die Auffassung, dass bei einer Revision des Nebenstrafrechts der Betrugstatbestand in allen Abgabearten auf dem Arglistmodell basieren sollte. Dementsprechend würde

die Verwendung von falschen Urkunden (namentlich Buchhaltungen) nur als Steuerbetrug qualifiziert, wenn dies als arglistige Irreführung der Steuerbehörden oder als arglistige Bestärkung der Steuerbehörden in einem Irrtum qualifiziert werden könnte. Für die Unternehmen stellt dies einen entscheidenden Unterschied dar.

Unternehmen

Wir plädieren deshalb dafür, dass für das gesamte Abgabestrafrecht zumindest eine Regelung analog zu Art. 100 MWSTG eingeführt wird.

Im Bereich des Abgabestrafrechts wäre es zu überdenken, ob nicht – analog zu den direkten Steuern (vgl. Art. 181 Abs. 1 DBG), wo die juristische Person gebüsst und natürliche Personen allenfalls wegen Anstiftung, Gehilfenschaft oder Mitwirkung (Art. 181 Abs. 3 i.V.m. Art. 177 DBG) bestraft werden können – die Strafbarkeit der juristischen Person eingeführt werden müsste. Dogmatisch ist dieser Unterschied zwischen den direkten und indirekten Abgaben nicht zu rechtfertigen.

Im Zusammenhang mit den Unternehmen sind auch die Bestimmungen über die Selbstanzeige zu überdenken:

- Es kann nicht sein, dass natürliche Personen (die möglicherweise nicht mehr dort tätig sind) in einem gegebenen Zeitpunkt untereinander einen Wettlauf veranstalten müssen, wer als erster die Selbstanzeige bei den Steuerbehörden eingereicht hat.
- Es darf ebenfalls nicht sein – was vor allem bei der fehleranfälligen Mehrwertsteuer von grosser praktischer Bedeutung sein wird –, dass es bei einer Neueinstellung eines Finanzverantwortlichen eine Rolle spielen kann, ob er bereits eine Selbstanzeige (in einem anderen Unternehmen oder für sich privat) eingereicht hat.
- Solange am Konzept der parallelen Strafverfahren festgehalten wird, muss gesetzestech-nisch sichergestellt werden, dass eine Selbstanzeige, die bei einer Veranlagungs- und Strafuntersuchungsbehörde eingereicht wurde, straffreie Wirkung auch auf alle anderen Abgabeerlasse hat.

Berücksichtigung von den Entwicklungen im Ausland

Aufgrund der extensiven Fahrlässigkeitsstrafbarkeit und der zahlreichen Übertretungstatbestände, die gravierende Folgen für die Unterworfenen haben können, sollte man neue – zeitgemässe – Alternativen prüfen wie das Absehen von Strafe bei nachträglichen Korrekturen des Fehlers, die Einführung eines Opportunitätsgrundsatz oder die Reduzierung der Fahrlässigkeitsstrafbarkeit.

Zusammenfassung

Aus unserer Sicht wäre es folgerichtig, das gesamte Nebenstrafrecht, namentlich das Steuerstrafrecht, zu vereinheitlichen.

Dabei müsste die einheitliche Regelung von Strafbarkeit, Strafverfolgung und Beurteilung von Widerhandlungen gegen die Abgabenerlasse des Bundes, der Kantone und der Gemeinden sichergestellt werden. Die neue Regelung sollte auf folgenden Grundsätzen aufbauen:

- Die Strafbarkeit und die Strafzumessung sind bei allen abgaberechtlichen Widerhandlungen zu vereinheitlichen – basierend auf dem Prinzip, dass ein Fehlverhalten im Bereich des Abgaberechts bloss zu einer Strafe führen darf, unabhängig davon, wie viele Abgaben von diesem Fehlverhalten betroffen sind.
- Die Koordination und die Vereinheitlichung der Strafverfolgung geht nach dem Grundsatz vor, dass ein Fehlverhalten im Bereich der Abgabewiderhandlung in einem einzigen Verfahren verfolgt wird. Das Verfahren richtet sich grundsätzlich nach den Regeln der StPO und erfolgt in der Zuständigkeit der ordentlichen Strafbehörden (im Übertretungsbereich könnte dies eine auf das Abgabestrafrecht spezialisierte Behörde sein, vgl. Art. 17 StPO). Für Bagatellfälle und klare Sachverhalte kann es den abgabbeerhebenden Behörden ermöglicht werden, in eigener Kompetenz Bussen auszusprechen. Dies könnte beispielsweise in Form eines Strafbefehls erfolgen.

Demgegenüber wären die Nachsteuerverfahren in den einzelnen Abgabbeerlassen zu regeln und unter der Verantwortung der Veranlagungsbehörden durchzuführen. In den Abgabbeerlassen würden in strafrechtlicher Hinsicht einzig die spezifischen Tathandlungen der verschiedenen abgaberechtlichen Strafbestimmungen (Verletzung von Verfahrenspflichten, Steuerhinterziehung etc.) definiert.

3. Bemerkungen zu einzelnen Normen im Entwurf des VStrR

Nachdem die Umsetzung der oben proklamierten Punkte voraussichtlich einen längeren Zeitraum beanspruchen wird, sind diejenigen Bestimmungen, die im Abgaberecht besonders stossend erscheinen, baldmöglichst mittels einer spezifischen Revision des VStrR zu überbrücken.

3.1 Art. 6 VStrR – Widerhandlungen in Geschäftsbetrieben

Die de lege lata primäre Strafbarkeit der verantwortlichen natürlichen Personen, die im Abgaberecht mit Wirkung auf eine juristische Person eine strafrechtliche Handlung verübt haben, erscheint nach heutiger Auffassung äusserst unbillig für einen Rechtsstaat wie die Schweiz:

- Derartige Straftaten (z. B. eine Verrechnungssteuerhinterziehung) werden regelmässig «in Ausübung der Geschäftstätigkeit des Unternehmens» begangen.
- Die involvierten natürlichen Personen haben regelmässig keinen direkten Vorteil aus der Abgabeverkürzung.
- Der Gesetzgeber hat bereits anlässlich der Inkraftsetzung des VStrR im Jahre 1974 die subsidiäre Haftung des Unternehmens gemäss Art. 7 VStrR eingeführt. Somit ist dieser Ansatz nicht neu, auch wenn nach geltendem VStrR die subsidiäre Haftung lediglich bis zu einem Betrag von CHF 5'000 möglich ist.
- Die primäre Strafbarkeit der juristischen Personen dient dem schweizerischen Wirtschaftsstandort. Ziel ist nicht, dass juristische Personen in Zukunft «leichtfertig» oder vermehrt zur Verantwortung gezogen werden sollen. Vielmehr geht es darum, die natürlichen Personen vor Abgabehinterziehungsverfahren zu schützen. Wenn ein Strafverfahren im Raum steht und die Mitarbeitenden erfahren, dass eine primäre persönliche Strafbarkeit besteht, löst dies bei den Mitarbeitenden solcher Unternehmen sowohl im In- wie Ausland grosses Unverständnis aus. Niemand erwartet in einem Rechtsstaat wie der Schweiz eine derartige primäre persönliche Haftung.
- Auch die im Abgaberecht oftmals vorkommenden «erweiterten Strafraumen» vom bis zum Dreifachen der (zugunsten des Unternehmens) hinterzogenen Steuern (vgl. Art. 61 VStG, Art. 45 StG) birgt die Gefahr, dass die Strafe für die verantwortlichen natürlichen Personen unverhältnismässig hoch ausfallen könnte. Dies erzeugt auf die entsprechenden natürlichen Personen einen enormen Druck. Dazu kommt der Druck einer möglichen Solidarhaft bezüglich der Steuerverkürzung (Art. 12 Abs. 3 VStrR) und des drohenden Strafregistereintrags ab einer Busse von CHF 5'000, welcher für eine natürliche Person einen enormen Einschnitt in die berufliche Weiterentwicklung bedeuten kann.
- Auch mit der Einführung der, wenn auch subsidiären, Unternehmensstrafbarkeit gemäss Art. 102 StGB im Jahre 2003 wollte der Gesetzgeber auf die Schwierigkeiten des Individualstrafrechts bei der Aufarbeitung von Strafen reagieren, die sich in komplexen Unternehmen zutragen. Auch hier ging es darum, «unbillige» Verurteilungen von gewissen Organen etc. zu verhindern (Botschaft, BBl 1999, 2140).

- Eine primäre Haftung der juristischen Person ergibt sich auch in anderen Bereichen des Abgaberechts. So gemäss Art. 181 Abs. 1 DBG, wonach bei Übertretungen primär die juristische Person ins Recht gefasst wird. Die Bestrafung der handelnden Organe (und deren Vertreter) bleibt «lediglich» vorbehalten (Art. 181 Abs. 3 DBG). Dieser Unterschied zwischen den direkten und indirekten Abgaben ist dogmatisch nicht zu rechtfertigen.
- Das Mehrwertsteuergesetz sieht gemäss Art. 100 MWStG schon seit Jahren vor, dass bei einer Widerhandlung bis CHF 100'000 (und nicht nur bis CHF 5'000) der Geschäftsbetrieb zur Bezahlung der Busse verurteilt werden kann.
- Es steht dem Unternehmen offen, allenfalls auf zivilrechtlichem Weg Rückgriff auf die verantwortliche natürliche Person zu nehmen.

Aus den oben genannten Gründen sei de lege ferenda die primäre Bestrafung des Geschäftsbetriebes in Erwägung zu ziehen. Ein solches Konzept würde es sodann nicht ausschliessen, in Ausnahmefällen (analog Art. 181 DBG) bei entsprechendem Nachweis auch die verantwortliche natürliche Person zusätzlich für ihr schuldhaftes Verhalten zu bestrafen.

Entsprechend beantragen wir für Art. 6 VStrR die Ergänzung gemäss linker Spalte der folgenden Tabelle:

Art. 6 VStrR		
Vorschlag EXPERTsuisse	Wortlaut gemäss E-VStrR	Wortlaut gemäss geltendem VStrR (Stand 1. Januar 2024)
	3. Abschnitt: Straftaten in Geschäftsbetrieben, durch Beauftragte u. dgl. Regel	III: Widerhandlungen in Geschäftsbetrieben, durch Beauftragte u. dgl. 1. Regel
Ergänzung zu Art. 6 E-VStrR ⁴ Ungeachtet der obigen Absätze gilt im Abgaberecht was folgt: (a) Ergeht eine Straftat beim Besorgen der	¹ Wird eine Straftat beim Besorgen der Angelegenheiten einer juristischen Person, Kollektiv- oder Kommanditgesellschaft, Einzelfirma	¹ Wird eine Widerhandlung beim Besorgen der Angelegenheiten einer juristischen Person, Kollektiv- oder Kommanditgesellschaft, Einzel-

Angelegenheiten eines Geschäftsbetriebs, so sind die Strafbestimmungen primär auf die betreffende juristische Person anwendbar. (b) Eine Verfolgung der verantwortlichen natürlichen Personen bleibt in Ausnahmefällen vorbehalten.	oder Personengesamtheit ohne Rechtspersönlichkeit oder sonst in Ausübung geschäftlicher oder dienstlicher Verrichtungen für eine andere Person begangen, so sind die Strafbestimmungen auf diejenigen natürlichen Personen anwendbar, welche die Tat verübt haben. ² Die Geschäftsherrin oder der Geschäftsherr, die Arbeitgeberin oder der Arbeitgeber, die Auftraggeberin oder der Auftraggeber oder die vertretene Person, die oder der es vorsätzlich oder fahrlässig in Verletzung einer bestimmten Rechtspflicht unterlässt, eine Straftat der untergebenen, beauftragten oder vertretenden Person abzuwenden oder in ihren Wirkungen aufzuheben, untersteht den Strafbestimmungen, die für die entsprechend handelnde Täterin oder den entsprechend handelnden Täter gelten. ³ Ist die Geschäftsherrin oder der Geschäftsherr, die Arbeitgeberin oder der Arbeitgeber, die Auftraggeberin oder der Auftraggeber oder	firma oder Personengesamtheit ohne Rechtspersönlichkeit oder sonst in Ausübung geschäftlicher oder dienstlicher Verrichtungen für einen andern begangen, so sind die Strafbestimmungen auf diejenigen natürlichen Personen anwendbar, welche die Tat verübt haben. ² Der Geschäftsherr, Arbeitgeber, Auftraggeber oder Vertretene, der es vorsätzlich oder fahrlässig in Verletzung einer Rechtspflicht unterlässt, eine Widerhandlung des Untergebenen, Beauftragten oder Vertreters abzuwenden oder in ihren Wirkungen aufzuheben, untersteht den Strafbestimmungen, die für den entsprechend handelnden Täter gelten. ³ Ist der Geschäftsherr, Arbeitgeber, Auftraggeber oder Vertretene eine juristische Person, Kollektiv- oder Kommanditgesellschaft, Einzel-
---	--	--

	die vertretene Person eine juristische Person, Kollektiv- oder Kommanditgesellschaft, Einzelfirma oder Personengesamtheit ohne Rechtspersönlichkeit, so wird Absatz 2 auf die schuldigen Organe, Organmitglieder, geschäftsführenden Gesellschafterinnen und Gesellschafter, tatsächlich leitenden Personen oder Liquidatorinnen und Liquidatoren angewendet.	firma oder Personengesamtheit ohne Rechtspersönlichkeit, so wird Absatz 2 auf die schuldigen Organe, Organmitglieder, geschäftsführenden Gesellschafter, tatsächlich leitenden Personen oder Liquidatoren angewendet.
--	---	---

3.2 Art. 7 VStrR – Höhe der Busse

Wie unter Ziff. 3.1 erwähnt, soll für das Abgaberecht – unabhängig eines bestimmten Bussenbetrags – eine primäre Haftung des Geschäftsbetriebes eingeführt werden.

Entsprechend beantragen wir für Art. 6 VStrR die Ergänzung gemäss linker Spalte der unten folgenden Tabelle.

Sollte dieses Begehren nicht durchdringen, sollte Art. 6 E-VStrR dahingehend geändert werden, dass *für das Abgaberecht* die relevante Schwelle (bis zu welcher der Geschäftsbetrieb gebüsst werden kann) auf CHF 100'000 erhöht wird (statt auf CHF 50'000 gemäss Art. 6 E-VStrR). Dies steht in Einklang mit dem schon seit Jahren geltenden Art. 100 MWStG.

Für das Abgaberecht sollte zudem die Höhe der Busse grundsätzlich auf CHF 500'000 begrenzt werden (Ausnahmen vorbehalten, denn bei hohen Beträgen muss die Abschreckungswirkung bestehen bleiben). Vgl. dazu ebenfalls die Spalte links in der Tabelle unten.

So oder so sollte auch die Schwelle für einen persönlichen Strafregistereintrag auf mindestens CHF 15'000 (statt aktuell CHF 5'000) erhöht werden.

Art. 7 VStrR		
Vorschlag EXPERTsuisse	Wortlaut gemäss E-VStrR	Wortlaut gemäss geltendem VStrR (Stand 1. Januar 2024)
	² Sonderordnung bei Bussen bis zu 50 000 Franken	2. Sonderordnung bei Bussen bis zu 5 000 Franken
Ergänzung zu Art. 7 E-VStrR ⁴ Ungeachtet der obigen Absätze gilt im Abgaberecht was folgt: (a) Die Höchstbusse für eine Straftat, die im Umfeld von Geschäftsbetrieben verübt wurde (allenfalls auch über mehrere Jahre), beträgt CHF 500'000. (b) In Ausnahmefällen ist die Ausfällung einer höheren Busse zulässig.	¹ Von der Ermittlung der nach Artikel 6 strafbaren Personen kann Umgang genommen und an ihrer Stelle die juristische Person, die Kollektiv- oder Kommanditgesellschaft oder das Einzelunternehmen zur Bezahlung der Busse verurteilt werden, wenn: a. die Ermittlung der nach Artikel 6 strafbaren Personen Untersuchungs-massnahmen bedingen, die im Hinblick auf die Schwere der Tat unverhältnismässig wären und b. eine Busse von höchstens 50 000 Franken in Betracht fällt. ² Für Personengesamtheiten ohne Rechtspersönlichkeit gilt Absatz 1 sinngemäss. ³ Die Busse bemisst sich insbesondere nach der Schwere der Tat und der	¹ Fällt eine Busse von höchstens 5000 Franken in Betracht und würde die Ermittlung der nach Artikel 6 strafbaren Personen Untersuchungs-massnahmen bedingen, die im Hinblick auf die verwirkte Strafe unverhältnismässig wären, so kann von einer Verfolgung dieser Personen Umgang genommen und an ihrer Stelle die juristische Person, die Kollektiv- oder Kommanditgesellschaft oder die Einzel-firma zur Bezahlung der Busse verurteilt werden. ² Für Personengesamtheiten ohne Rechtspersönlichkeit gilt Absatz 1 sinngemäss.

	wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit des Unternehmens. Vorbehalten bleibt Artikel 8.	
--	--	--

3.3 Art. 11 VStrR – Verjährung

Es ist nicht zu rechtfertigen, dass für eine (z. B.) Verrechnungssteuer- oder Stempelabgabehinterziehung nicht nur die Verjährungsfrist gemäss dem entsprechenden Erlass (z.B. Art. 17 VStG) anwendbar ist, sondern parallel auch noch das Verjährungssystem gemäss VStrR.

Zudem überzeugt die Bestimmung über die Aufhebung der Verjährung (Art. 11 Abs. 4 E-VStR) nicht. Die Straf- oder Einziehungsentscheide einer Erstinstanz werden häufig von den Untersuchungsbeamten erstellt, die den Strafbescheid verfassen und sogar unterschreiben. Diese sind nicht mit einem unabhängigen Gericht gleichzusetzen.

Entsprechend beantragen wir, Art. 11 Abs. 4 im vorgeschlagenen Wortlaut zu streichen und den durch den Text in der linken Spalte der unten folgenden Tabelle zu ersetzen.

Art. 11 VStrR		
Vorschlag EXPERTsuisse	Wortlaut gemäss E-VStrR	Wortlaut gemäss geltendem VStrR (Stand 1. Januar 2024)
	⁶ Abschnitt Verjährung	VI. Verjährung
⁴ Im Abgaberecht gelten ausschliesslich die Verjährungsfristen der jeweiligen Spezialerlasse. [Abs. 2 E-VStR muss sinngemäss angepasst werden.]	¹ Eine Übertretung verjährt in vier Jahren. ² Besteht die Übertretung jedoch in einer Hinterziehung oder Gefährdung von Abgaben oder im unrechtmässigen Erlangen einer Leistung oder einer Rückerstattung, einer Ermässigung oder eines Erlasses von Abgaben,	¹ Eine Übertretung verjährt in vier Jahren. ² Besteht die Übertretung jedoch in einer Hinterziehung oder Gefährdung von Abgaben oder im unrechtmässigen Erlangen einer Rückerstattung, einer Ermässigung

	so beträgt die Verjährungsfrist sieben Jahre. ³ Bei Verbrechen, Vergehen und Übertretungen ruht die Verjährung: a. während der Dauer eines Einsprache-, Beschwerde- oder gerichtlichen Verfahrens über die Leistungs- oder Rückleistungspflicht oder über eine andere nach dem einzelnen Verwaltungsgesetz zu beurteilende Vorfrage; oder b. solange die Täterin oder der Täter im Ausland eine Freiheitsstrafe verbüsst. ⁴ Die Verjährung tritt nicht mehr ein, wenn vor Ablauf der Verjährungsfrist eine Straf- oder Einziehungsverfügung oder ein erstinstanzliches Urteil ergangen ist. ⁵ Die Strafe einer Übertretung verjährt in fünf Jahren.	oder eines Erlasses von Abgaben, so beträgt die Verjährungsfrist sieben Jahre. ³ Bei Verbrechen, Vergehen und Übertretungen ruht die Verjährung: a. während der Dauer eines Einsprache-, Beschwerde- oder gerichtlichen Verfahrens über die Leistungs- oder Rückleistungspflicht oder über eine andere nach dem einzelnen Verwaltungsgesetz zu beurteilende Vorfrage; oder b. solange der Täter im Ausland eine Freiheitsstrafe verbüsst. ⁴ Die Strafe einer Übertretung verjährt in fünf Jahren.
--	--	--

3.4 Art. 13 VStrR – Selbstanzeige

Generell ist davon auszugehen, dass das Selbstanzeigerecht im Abgaberecht auch für Übertretungen gilt.

Grundsätzlich wird mit dem untenstehenden Änderungsvorschlag gefordert, dass im Abgaberecht – bei Zweifeln bezüglich einer Abgabepflicht – auch vorsorgliche Selbstanzeigen möglich sind, ohne dass damit «automatisch» ein Strafverfahren eröffnet wird.

Die Selbstanzeige des Geschäftsbetriebes alleine soll im Abgaberecht genügen. Falls das Strafverfahren auf natürliche Personen ausgeweitet werden sollte, setzt die ESTV diesen eine Nachfrist zur Möglichkeit des Beitritts der natürlichen Personen zur Selbstanzeige.

Wenn sich natürliche Personen der Selbstanzeige anschliessen, verbrauchen sie nicht ihr «privates» Recht auf Selbstanzeige (die Frage der Einmaligkeit der Selbstanzeige in Zusammenhang mit Unternehmen wurde bereits anlässlich der geplanten Revision des Steuerstrafrechts diskutiert, vgl. dazu BK-VStrR, Art. 13, Rz. 48).

Es ist klarzustellen, dass das Selbstanzeigerecht im Abgaberecht gemäss dieser Bestimmung lediglich für die Verrechnungssteuer, die Stempelabgaben und die Mehrwertsteuer gilt (dieses Recht tangiert somit insbesondere nicht die Einkommenssteuern).

Entsprechend beantragen wir für Art. 13 VStrR die Ergänzungen gemäss linker Spalte der unten folgenden Tabelle.

Art. 13 VStrR		
Vorschlag EXPERTsuisse	Wortlaut gemäss E-VStrR	Wortlaut gemäss geltendem VStrR (Stand 1. Januar 2024)
	2. Abschnitt Selbstanzeige	II. Selbstanzeige
⁴ Ungeachtet der obigen Absätze gilt im Abgaberecht was folgt: (1) Eine vorsorgliche Selbstanzeige ist zulässig. (2) Könnte eine Straftat im Umfeld eines Geschäftsbetriebes verübt worden sein, ist eine Selbstanzeige	Straflos bleibt, wer: a. eine eigene Straftat, die eine Leistungs- oder Rückleistungspflicht begründet, aus eigenem Antrieb angezeigt hat; b. soweit es ihr oder ihm zumutbar war, über die Grundlagen der Leis-	Hat der Täter die Widerhandlung, die eine Leistungs- oder Rückleistungspflicht begründet, aus eigenem Antrieb angezeigt, hat er überdies, soweit es ihm zumutbar war, über die Grundlagen der Leistungs- oder Rückleistungspflicht

durch den Geschäftsbetrieb ausreichend. (3) Sollte das Verfahren auf natürliche Personen ausgeweitet werden, setzt die zuständige Behörde eine Nachfrist zur Möglichkeit des Beitritts der natürlichen Personen zur Selbstanzeige. (4) Wenn sich natürliche Personen der Selbstanzeige anschliessen, verbrauchen sie nicht ihr «privates» Recht auf Selbstanzeige gemäss dieser Bestimmung. (5) Im Abgaberecht gilt das Selbstanzeigerecht gemäss dieser Bestimmung lediglich für die Verrechnungssteuer, die Stempelabgaben und die Mehrwertsteuer (es tangiert somit insbesondere nicht die Einkommenssteuern).	tungs- oder Rückleistungspflicht vollständige und genaue Angaben gemacht, zur Abklärung des Sachverhalts beigetragen und die Pflicht, wenn sie ihr oder ihm obliegt, erfüllt hat; und c. bisher noch nie wegen einer vorsätzlichen Straftat der gleichen Art Selbstanzeige geübt hat.	vollständige und genaue Angaben gemacht, zur Abklärung des Sachverhalts beigetragen und die Pflicht, wenn sie ihm obliegt, erfüllt, und hat er bisher noch nie wegen einer vorsätzlichen Widerhandlung
--	---	---

Wir hoffen, Ihnen mit unseren Ausführungen zu dienen und stehen für die Beantwortung von Fragen gerne zur Verfügung.

Freundliche Grüsse
EXPERTsuisse



Daniel Gentsch
Präsident Kommission direkte Steuern



Benno Suter
Präsident Kommission indirekte Steuern

Stefan Graf
Via San Gottardo 80
6900 Massagno

Per E-Mail
Eidgenössisches Justiz- und
Polizeidepartement (EJPD)
info.strafrecht@bj.admin.ch

Massagno, 28. April 2024

Totalrevision des Verwaltungsstrafrechts / Vernehmlassung (Art. 46 Abs. 4 VE-VStrR)

Sehr geehrter Herr Bundesrat

Das Vorhaben, das Bundesgesetz vom 22. März 1974 über das Verwaltungsstrafrecht (VStrR; SR 313.0) einer Totalrevision zu unterziehen, ist zweifelsfrei zu begrüßen. Mit vorliegender Eingabe möchte ich lediglich die Gelegenheit nutzen, in einem frühen Stadium des Gesetzgebungsverfahrens auf eine heute in Kraft stehende, problematische, da lückenhafte, Detailregelung hinzuweisen, welche gemäss dem zur Vernehmlassung stehenden VE-VStrR übernommen werden soll.

Gemäss Art. 46 Abs. 4 VE-VStrR bestimmt sich die Kostenpflicht im Beschwerdeverfahren vor der Beschwerdekammer nach Art. 73 des Bundesgesetzes vom 19. März 2010 über die Organisation der Strafbehörden des Bundes (Strafbehördenorganisationsgesetz, StBOG; SR 173.71). In der Sache wird damit der heute geltende Art. 25 Abs. 4 VStrR übernommen (vgl. auch S. 60 des erläuternden Berichts vom 31. Januar 2024 zur Eröffnung des Vernehmlassungsverfahrens betreffend Totalrevision des Bundesgesetzes über das Verwaltungsstrafrecht [VStrR]).

Die heute geltende Fassung von Art. 25 Abs. 4 VStrR wurde am 1. Januar 2011 in Kraft gesetzt. Die bis zu diesem Zeitpunkt geltende Fassung dieser Gesetzesbestimmung lautete demgegenüber folgendermassen: «Die Kostenpflicht im Beschwerdeverfahren vor der Beschwerdekammer bestimmt sich nach den Artikeln 62–68 des Bundesgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005» (siehe AS 2006 1252).

Die erwähnten Art. 62 ff. BGG, welche somit bis 31. Dezember 2010 im Beschwerdeverfahren vor der Beschwerdekammer zur Anwendung gelangten, enthalten auch heute noch detaillierte *gesetzliche* Bestimmungen zur Sicherstellung der Gerichtskosten und der Parteientschädigung, Vorschuss für Barauslagen, unentgeltliche Rechtspflege, Gerichtskosten sowie deren Erhebung und Verteilung, Kosten der Vorinstanz und Parteientschädigung.

Der seit 1. Januar 2011 im Beschwerdeverfahren vor der Beschwerdekammer massgebende Art. 73 Abs. 1 StBOG delegiert demgegenüber allein die Regelung der Berechnung der Verfahrenskosten, der Gebühren sowie der Entschädigungen an Parteien, die amtliche Verteidigung, den unentgeltlichen Rechtsbeistand sowie Zeuginnen und Zeugen an das Bundesstrafgericht. Art. 73 Abs. 2 StBOG beinhaltet lediglich einige Kriterien, welche bei der Festlegung der Gebühr zu beachten sind. Art. 73 Abs. 3 StBOG beinhaltet nur einen Gebührenrahmen für die verschiedenen Verfahren am Bundesstrafgericht. Die zuvor geltenden, detaillierten Regelungen (siehe oben) gingen mit der genannten Gesetzesrevision per 1. Januar 2011 verloren.

Weder Art. 73 StBOG noch das gestützt auf dessen Abs. 1 erlassene Reglement des Bundesstrafgerichts vom 31. August 2010 über die Kosten, Gebühren und Entschädigungen in Bundesstrafverfahren (BStKR; SR 173.713.162) beinhalten somit Regeln zu den Voraussetzungen allfälliger Vorschusspflichten der Parteien, unentgeltlicher Rechtspflege, der Erhebung und Verteilung von Gerichtskosten, der Kosten der Vorinstanz sowie der Parteientschädigungen. Die Beschwerdekammer hat, ihrem Grundsatzentscheid TPF 2011 25 E. 3 folgend, in diesem Bereich weiterhin die Bestimmungen des BGG analog zur Anwendung gebracht (siehe zuletzt beispielsweise den Beschluss des Bundesstrafgerichts BV.2024.1 vom 6. März 2024 E. 6.1 und 6.2; vgl. zum Ganzen auch LEONOVA, Basler Kommentar, 2020, Art. 25 VStrR N. 21).

Die eben angeführte Autorin merkt dazu an, die Rechtsprechung qualifiziere Gerichtsgebühren als Kausalabgaben, da sie ihren Grund in der Inanspruchnahme einer staatlichen Leistung haben. Als solche haben sie dem im Abgaberecht geltenden Legalitätsprinzip zu genügen. Dieses besagt, dass Abgaben in rechtssatzmässiger Form festgelegt sein müssen, so dass den rechtsanwendenden Behörden kein übermässiger Spielraum verbleibt und die möglichen Abgabepflichten voraussehbar und rechtsgleich sind. Vor diesem Hintergrund und mit Blick auf das Legalitätsprinzip bezeichnet die Autorin die analoge Anwendung des BGG im Bereich des Verwaltungsstrafrechts als bedenklich. Ausserdem führe dies zu einer Ungleichbehandlung, da gestützt auf die analoge Anwendung des BGG das Bundesstrafgericht in verwaltungsstrafrechtlichen Verfahren – im Gegensatz zur StPO – von der beschuldigten Person einen Kostenvorschuss verlange. Der Gesetzgeber habe dafür zu sorgen, dass in diesem Punkt eine den rechtsstaatlichen Prinzipien genügende gesetzliche Grundlage geschaffen werde. Eine diesbezügliche Revision dränge sich umso mehr auf, als das Bundesstrafgericht trotz seines Grundsatzentscheids keine einheitliche Praxis aufweise und sich bei der Kostenverteilung teilweise auf Art. 97 VStrR oder die strafprozessualen Bestimmungen stütze (vgl. hierzu LEONOVA, a.a.O., Art. 25 VStrR N. 22 m.w.H.).

Ich teile die dargelegten Ausführungen und rege höflich an, die kommende Totalrevision des VStrR auch dazu zu nutzen, die aktuell ungenügende Regelung von Art. 25 Abs. 4 VStrR in Art. 46 Abs. 4 VE-VStrR nicht einfach zu übernehmen, sondern für die Kosten- und Entschädigungsfragen im Beschwerdeverfahren eine dem Legalitätsprinzip genügende Regelung zu schaffen.

Ich bedanke mich für Ihre Aufmerksamkeit und verbleibe mit freundlichen Grüssen

Stefan Graf



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

EJPD
Herr Bundesrat Beat Jans
Vorsteher
3003 Bern

Per E-Mail:
annemarie.gasser@bj.admin.ch
info.strafrecht@bj.admin.ch

Bern, 3.Mai 2024/bfb/cst

Vernehmlassungsantwort Totalrevision des Verwaltungsstrafrechts (VStrR)

Sehr geehrter Herr Bundesrat
Sehr geehrte Damen und Herren

Sie haben die KKJPD zur titelvermerkten Vorlage zur Vernehmlassung eingeladen. Dafür danken wir Ihnen bestens.

1. Politische Würdigung

Die KKJPD befürwortet im Grundsatz, dass das in die Jahre gekommene Verwaltungsstrafrecht des Bundes einer Totalrevision unterzogen wird. Auch begrüssen wir, dass die Zuständigkeiten für die Verfolgung und Beurteilung der Straftaten gemäss VStrR bei den Verwaltungseinheiten liegen soll.

Die Kantone lehnen jedoch die Übertragung neuer Kompetenzen auf kantonale Behörden oder Gerichte grundsätzlich ab, namentlich dass die kantonalen Zwangsmassnahmengerichte neu Siegelungsverfahren im Rahmen von Verwaltungsstrafverfahren durchführen sollen.

Im Gegenteil fordert die KKJPD einen grundlegenden Systemwechsel. Verfahren nach Verwaltungsstrafrecht, d.h. Verfahren, die nach einem Bundesgesetz und ausschliesslich von Bundesbehörden geführt werden, sollen nicht durch kantonale Behörden oder Gerichte beurteilt werden. Die Kantone fordern deshalb, in den Verfahren nach VStrR künftig keine Zuständigkeiten mehr innezuhaben.

2. Ablehnende Haltung der Kantone zur vorgeschlagenen Zuständigkeitsordnung

Gemäss Entwurf sollen künftig die kantonalen Zwangsmassnahmengerichte für verwaltungsstrafrechtliche Fälle, inklusive für Entsiegelungsfälle, die nach geltendem Recht vom Bundesstrafgericht behandelt werden, als Zwangsmassnahmengerichte des Bundes fungieren. Dieser Ansatz führt bei den kantonalen Strafbehörden zu einem beträchtlichen Mehraufwand, der in erster Linie bei den ohnehin bereits völlig überlasteten kantonalen Staatsanwaltschaften anfallen würde.

Diese neue Zuständigkeitsordnung wird durch die Kantone einhellig abgelehnt. Im Sinne der oben bereits erwähnten Entflechtung der Zuständigkeiten fordern die Kantone die Schaffung eines Zwangsmassnahmengerichts auf Stufe des Bundes (BZMG), idealerweise dem Bundesstrafgericht in Belinzona angegliedert. Sollte wider Erwarten von der Schaffung eines BZMG abgesehen werden, ist aus Sicht der Kantone auf den im VE vorgesehenen entsprechenden Zuständigkeitswechsel zu verzichten, d.h. die Beschwerdekammer des Bundesstrafgerichts müsste weiterhin für das Siegelungsrecht zuständig bleiben und namentlich die Entsiegelungskompetenz beibehalten.

Unter dem Aspekt der Entflechtung der Zuständigkeiten lehnen die Kantone zudem ab, dass ihre Strafgerichte bei Verfahren nach VStrR weiterhin zur Beurteilung der Straf- oder Einziehungsentscheide zuständig sein sollen. Auch hier sollte der Bund bzw. das Bundesstrafgericht zuständig sein. Wenn bereits das Verwaltungsstrafverfahren von den Bundesbehörden geführt und für Beschwerden gegen die Urteile die Beschwerdekammer des Bundesstrafgerichts zuständig ist, ist es nur konsequent, wenn das Bundesstrafgericht und nicht ein kantonales Strafgericht das erstinstanzliche Urteil fällt. Das im Erläuterungsbericht auf S. 55 f. aufgeführte Argument der grossen Nähe der beurteilenden kantonalen Behörden zu den am Verfahren beteiligten Personen, vermag nicht zu überzeugen.

Die Kantone sind der Ansicht, dass mit der Totalrevision des Verwaltungsstrafrechts eine grundsätzliche Klärung der Aufgaben und Kompetenzen zwischen den Bundes- und Kantonsbehörden in diesem Bereich angestrebt werden muss. Gemäss Art. 1 Abs. 2 VE soll das VStrR Anwendung auf Straftaten finden, deren Verfolgung und Beurteilung einer Verwaltungseinheit des Bundes übertragen ist. Es geht somit um Verfahren, die sich auf Bundesrecht stützen und durch Bundesbehörden zu führen sind. Deshalb fordern die Kantone im Sinne der Einheit der Materie und einer klaren und logischen Kompetenzzuteilung, dass alle Verfahrensschritte von Bundesbehörden zu erbringen sind: angefangen von der Verfolgung durch die Bundeskriminalpolizei, gefolgt von der Beurteilung der Sachverhalte in erster Instanz durch das Bundesstrafgericht, Beschwerdeverfahren ebenfalls durch das Bundesstrafgericht, Entscheide über Zwangsmassnahmen durch ein am Bundesstrafgericht zu schaffendes Zwangsmassnahmengericht. Letztinstanzlich wären dann, wie immer im Bereich des Strafrechts, die strafrechtlichen Abteilungen des Schweizerischen Bundesgerichts zuständig.

Damit würden auch die Entschädigungsfragen des Bundes für Leistungen der kantonalen Justizbehörden obsolet. Sollte die geforderte Klärung jedoch nicht umgesetzt werden, weisen die Kantone darauf hin, dass die in Art. 300 Abs. 1 VE vorgesehene finanzielle Abgeltung der Kantone nicht zu befriedigen vermag.

Zusammenfassend hält die KKJPD fest, dass die Kantone einen Systemwechsel fordern und in den Verfahren nach VStrR keine Zuständigkeiten mehr innehaben wollen.

Wir danken Ihnen bestens für die Aufmerksamkeit, die Sie unseren Ausführungen entgegenbringen, und für die wohlwollende Berücksichtigung unserer Anliegen.

Freundliche Grüsse



Staatsrat Alain Ribaux
Co-Präsident

Kopie z.K. an:

- Mitglieder der KKJPD
- Mitglieder und Sekretariat der SRK KKJPD
- GS KKPKS
- GS SSK



KKPKS
CCPCS

Konferenz der kantonalen Polizeikommandantinnen und -kommandanten
Conférence des commandantes et des commandants des polices cantonales
Conferenza delle e dei comandanti delle polizie cantonali

Der Präsident

Eidgenössisches Justiz- und Polizeidepartement
EJPD
Bundesrat Beat Jans
Bundeshaus Nord
3003 Bern

Per E-Mail an:

annemarie.gasser@bj.admin.ch

info.strafrecht@bj.admin.ch

Bern, 6. Mai 2024

Stellungnahme der KKPKS zur Totalrevision des Verwaltungsstrafrechts (VStrR)

Sehr geehrter Herr Bundesrat

Sehr geehrte Damen und Herren

Mit Schreiben vom 31. Januar 2024 haben Sie uns zur Stellungnahme in titelerwähnter Sache eingeladen. Wir bedanken uns dafür und nehmen wie folgt Stellung:

Allgemeine Bemerkungen

Die vom Bundesrat mit der Revision des Verwaltungsstrafrechts und Verwaltungsstrafverfahrens beabsichtigte Anpassung an die bisherigen Entwicklungen, die Angleichung an die Regeln des ordentlichen Strafprozesses und die damit verbundene Modernisierung werden von der KKPKS grundsätzlich begrüsst. Auch die Übertragung der Verfolgung von Widerhandlungen gegen die Verwaltungsgesetze an die Verwaltungseinheiten des Bundes erscheint, mit Blick auf das materielle Recht, sachgerecht.

Die neue Zuständigkeitsordnung, wonach die kantonalen Zwangsmassnahmengerichte für verwaltungsstrafrechtliche Verfahren, namentlich auch für Entsiegelungsverfahren, als Zwangsmassnahmengerichte des Bundes amten sollen, wird von der KKPKS kritisch gesehen. Die vorgesehene Zuständigkeitsordnung im VE-VStrR wäre wohl mit einem erheblichen Mehraufwand für die kantonalen Strafbehörden verbunden. Im erläuternden Bericht werden indes keine konkreten Aussagen zum erwarteten Mengengerüst gemacht. Hier müsste noch die Frage, welche und wie viele Zwangsmassnahmen die Bundesbehörden bis anhin ergriffen haben, sowie die Frage nach künftig vorstellbaren bzw. zusätzlichen Fällen (insb. verdeckte Zwangsmassnahmen) beantwortet werden. Die neue Zuständigkeitsordnung könnte sodann zu einer weiteren Überlastung der kantonalen Zwangsmassnahmengerichte und Staatsanwaltschaften führen, wodurch im Ergebnis auch die kantonalen Polizeibehörden in ihren Ermittlungshandlungen beeinträchtigt würden. Dies auch wenn die Verwaltungseinheiten gemäss VE-VStrR staatsanwaltschaftliche Kompetenzen ausüben und damit die Staatsanwaltschaften partiell auch entlasten könnten.



KKPKS
CCPCS

Konferenz der kantonalen Polizeikommandantinnen und -kommandanten
Conférence des commandantes et des commandants des polices cantonales
Conferenza delle e dei comandanti delle polizie cantonali

Der Präsident

Vor diesem Hintergrund gilt es, nach Ansicht der KKKPS, eine möglichst klare und stringente Entflechtung der Zuständigkeiten zwischen Bundesbehörden und kantonalen Behörden anzustreben. In diesem Zusammenhang ist nunmehr vertieft auf die konkreten Bestimmungen, welche die kantonalen Polizeibehörden unmittelbar betreffen, einzugehen.

Besondere Bemerkungen

Die kantonalen Polizeibehörden befürworten explizit, dass die verfahrensführenden Verwaltungseinheiten gemäss Art. 39 Abs. 1 VE-VStrR auch die Bundeskriminalpolizei mit Ermittlungen beauftragen können. Es erscheint konsequent, dass die Bundeskriminalpolizei bei Straftaten, deren Verfolgung und Beurteilung einer Verwaltungseinheit des Bundes übertragen ist, grundsätzlich zuständig ist (Art. 1 Abs. 2 VE-VStrR).

Demgegenüber steht Art. 57 VE-VStrR, welcher unter dem Titel Rechtshilfe festhält, dass die Polizeibehörden der Kantone die Verwaltungsstrafverfolgungsbehörden in ihrer Untersuchung unterstützen. Dies insbesondere, wenn im Zusammenhang mit einer solchen Untersuchungshandlung Widerstand geleistet wird oder spezifische Kenntnisse oder technische Einrichtungen der Polizei eingesetzt werden müssen (Abs. 3). Weiter kann die Verwaltungseinheit die Polizeibehörden der Kantone damit beauftragen, Untersuchungshandlungen in ihrem Zuständigkeitsbereich vorzunehmen (Abs. 4).

In welchem Verhältnis die Art. 39 und Art. 57 VE-VStrR zueinander stehen, ist im Vorentwurf nicht geregelt. Mit anderen Worten wird überhaupt nicht klar, ob der Beizug der Bundeskriminalpolizei für Untersuchungen durch die Verwaltungseinheiten die Regel ist und die rechtshilfeweise Unterstützung durch die kantonalen Polizeibehörden als subsidiäre Ausnahme zur Anwendung gelangt. Auch aus dem erläuternden Bericht ergibt sich dies nicht bzw. zu wenig. Es wird lediglich festgehalten, dass die Effizienz den Ausschlag geben solle, welche der beiden Optionen zum Zug kommt (EB, S. 11). Stossend erscheint dies insbesondere deshalb, weil aus dem erläuternden Bericht hervorgeht, dass die Revision des Verwaltungsstrafverfahrens mit einem erheblichen Mehraufwand für die (kantonalen) Polizeibehörden verbunden sein könnte. Folgend gilt es aufzuzeigen, weshalb eine klarere Kompetenzverteilung zwischen Bundeskriminalpolizei und kantonalen Polizeibehörden zwingend notwendig ist.

Im erläuternden Bericht wird festgehalten, dass in der Praxis vor allem für die digitalen Ermittlungen auf fedpol zurückzugreifen sein wird, wobei solche Ermittlungen in sachlicher, personeller und zeitlicher Hinsicht sehr aufwändig und kostenintensiv seien. Deshalb scheine es unvermeidbar, fedpol zusätzliche Ressourcen zuzusprechen (EB, S. 54). Weiter gelangten die Polizeibehörden bereits unter dem heutigen Regime, in Situationen, in welchen spezifische Kenntnisse und technische Einrichtungen erforderlich seien, bei der Unterstützung der Verwaltungsstrafbehörden an ihre Grenzen. Auch hier wird eine mögliche Aufstockung der Ressourcen von fedpol angeregt, da es ja die Gerichtspolizei der Verwaltungsstrafbehörden sei (EB, S. 69). Offensichtlich wird davon ausgegangen, dass die künftigen Unterstützungsleistungen der Polizeibehörden mit Mehraufwand verbunden sind und entsprechend auch deren Ressourcen aufgestockt werden müssen. Vor diesem Hintergrund ist es absolut zentral, dass aus dem Gesetz klar ersichtlich wird, dass es primär die Bundeskriminalpolizei ist, welche zur Unterstützung der Bundesverwaltungsbehörden beigezogen wird.



Der Präsident

Aus dem derzeitigen Vorentwurf ergibt sich eine solche Kompetenzverteilung in keiner Art und Weise. Im Gegenteil, soll doch gemäss Art. 57 VE-VStrR neu gar explizit festgehalten werden, dass die kantonalen Polizeibehörden die Verwaltungsstrafbehörden bei Untersuchungshandlungen unterstützen, *wenn im Zusammenhang mit einer solchen Handlung spezifische Kenntnisse oder technische Einrichtungen der Polizei eingesetzt werden müssen* (Abs. 3). Genau bezüglich solcher Ermittlungen gelangen die kantonalen Polizeibehörden bei der Unterstützung der Verwaltungsstrafbehörden indes bereits heute an ihre Grenzen (EB, S. 69). Wird in Bezug auf genau diese Ermittlungen neu ausdrücklich festgehalten, dass die kantonalen Polizeibehörden zur Unterstützung beigezogen werden können, entsteht der Eindruck, dass letztere nicht subsidiär, sondern primär Unterstützung leisten sollen.

Diesem Umstand steht die KKPKS insbesondere auch deshalb ablehnend gegenüber, weil die vorgesehene Revision des Verwaltungsstrafrechts auch eine erhebliche Ausweitung der Zwangsmassnahmen für die Verwaltungseinheiten des Bundes vorsieht. Bis anhin sind im Verwaltungsstrafrecht nicht alle Zwangsmassnahmen zulässig (vgl. EB, S. 102). Dies soll sich gemäss VE-VStrR ändern und den verschiedenen Verwaltungsstrafverfolgungsbehörden soll grundsätzlich Zugang zu den gleichen Zwangsmassnahmen gewährt werden, wie sie den ordentlichen Strafbehörden heute bereits zur Verfügung stehen (EB, S. 103; Art. 153 ff. VE-VStrR). Dies gilt insbesondere auch für geheime Überwachungsmassnahmen (EB, S. 104; Art. 218 ff. VE-VStrR). Hier steht den Verwaltungseinheiten ein Strauss an neuen Massnahmen zur Verfügung, die es so bisher im Verwaltungsstrafrecht nicht gab (so bspw. für das BAZG insbesondere die Überwachung des Post- und Fernmeldeverkehrs (Art. 218 ff. VE-VStrR), die Überwachung von Bankbeziehungen (Art. 236 f. VStrR), die verdeckte Ermittlung über den virtuellen Raum hinaus (Art. 238 ff. VE-VStrR gegenüber Art. 206 Entwurf BAZG-VG) und die verdeckte Fahndung (Art. 252 ff. VE-VStrR)). Eine derartige Ausweitung der den Verwaltungseinheiten zur Verfügung stehenden Zwangsmassnahmen könnte ebenfalls mit einem Mehraufwand einhergehen, wobei diesbezüglich im erläuternden Bericht kein entsprechendes Mengengerüst ausgewiesen wird und eine Beurteilung damit schwierig ist.

Die dafür allenfalls zusätzlich benötigten Ressourcen gilt es beim fedpol bzw. der Bundeskriminalpolizei zu bündeln und nicht zulasten der bereits heute überlasteten kantonalen Polizeibehörden abzuwälzen. Dies insbesondere, als dass diese zusätzlichen Überwachungsmassnahmen ohne Weiteres von der Bundeskriminalpolizei abgedeckt werden können, auch wenn es sich nicht ausschliesslich um digitale Ermittlungen handelt. Ein Beizug der kantonalen Polizeibehörden würde hier keine Effizienzsteigerung bedeuten.

Das Verhältnis zwischen Art. 39 und 57 VE-VStrR muss, nach Ansicht der KKPKS, klar geregelt werden. So könnte beispielsweise in Art. 57 VE-VStrR festgehalten werden, dass die Polizeibehörden der Kantone von den Verwaltungseinheiten lediglich *subsidiär* zu Art. 39 VE-VStrR und nur *ausnahmsweise* beauftragt werden können, Untersuchungshandlungen in ihrem Zuständigkeitsbereich vorzunehmen (Art. 57 Abs. 4 VE-VStrR). Sinngemässes gilt sodann bezüglich der Unterstützung gemäss Art. 57 Abs. 3 VE-VStrR. Auch hier sollte in der Regel die Bundeskriminalpolizei beigezogen werden, was sich nicht zuletzt auch aus der Botschaft zum revidierten Verwaltungsstrafrecht klar ergeben sollte.

Die kantonalen Polizeibehörden sind lediglich beizuziehen, wenn es nicht sachgerecht oder unverhältnismässig erschiene, die Untersuchungshandlungen durch die Bundeskriminalpolizei



KKPKS
CCPCS

Konferenz der kantonalen Polizeikommandantinnen und -kommandanten
Conférence des commandantes et des commandants des polices cantonales
Conferenza delle e dei comandanti delle polizie cantonali

Der Präsident

durchführen zu lassen (der erläuternde Bericht führt hier als Beispiel eine Hausdurchsuchung auf; EB, S. 11, wobei sich auch hier die Frage stellt, ob eine solche auch bei örtlicher Nähe zur Bundeskriminalpolizei wirklich ein Einsatz von kantonalen Polizeibehörden aufdrängt). Gerade bei digitalen Ermittlungen, welche ohne Weiteres zentralisiert durchführbar sind, erscheint sodann ein Beizug kantonalen Polizeibehörden nicht angebracht. Der erläuternde Bericht führt hierzu aus, dass beispielsweise für die forensische Informatik die Bundeskriminalpolizei beizuziehen sei. Diese Differenzierungen müssen sich aufgrund der obigen Ausführungen jedoch unmissverständlicher aus dem Gesetz und der dazugehörigen Botschaft ergeben, als dies derzeit der Fall ist.

Falls der Bund aufgrund fehlender Ressourcen dennoch die kantonalen Polizeibehörden für Fälle, welche unter Bundeszuständigkeit fallen, beiziehen würde, müsste diese Unterstützung zumindest in finanzieller Hinsicht angemessen abgegolten werden. Diese Unterstützungsleistungen der kantonalen Polizeibehörden hätten gemäss VE-VStrR derzeit unentgeltlich zu erfolgen, was zu einer nicht akzeptablen Kostenüberwälzung zu Lasten der Kantone führen würde.

Zum Schluss gilt es festzuhalten, dass eine solche, möglichst klare, Zuständigkeitsregelung im Hinblick auf die Polizeibehörden im Rahmen der Revision des Verwaltungsstrafrechts die Chance birgt, Kompetenzen bezüglich der Straftaten, deren Verfolgung und Beurteilung einer Verwaltungseinheit des Bundes übertragen ist, bei der Bundeskriminalpolizei zu bündeln und damit nicht zuletzt die Zusammenarbeit zwischen den Verwaltungseinheiten und den Polizeibehörden effizienter auszugestalten.

Besten Dank für die Berücksichtigung unserer Anliegen.

Freundliche Grüsse

Der Präsident

i.V. Damien Rérat, Vizepräsident, Kdt Kantonspolizei Jura

Kopie z.K.: Mitglieder KKP KS, GS KKJPD und SSK



Per E-Mail an info.strafrecht@bj.admin.ch

Bern, xx. Mai 2024

Vernehmlassung zur Totalrevision des Verwaltungsstrafrechts

Sehr geehrter Herr Bundesrat
sehr geehrte Damen und Herren

Mit Schreiben vom 31. Januar 2024 wurde das Mehrwertsteuer-Konsultativgremium (KG) eingeladen, im Rahmen des obgenannten Vernehmlassungsverfahrens eine Stellungnahme abzugeben. Das KG leistet dieser Einladung gerne innert der freundlicherweise verlängerten Vernehmlassungsfrist Folge und dankt für das durch diese Einladung zum Ausdruck gebrachte Vertrauen.

Das KG äussert sich zur Vernehmlassungsvorlage insbesondere in Erfüllung des ihm durch Art. 109 Abs. 2 und 3 MWSTG übertragenen Auftrages, Anpassungen des Mehrwertsteuergesetzes sowie der gestützt darauf erlassenen Ausführungsbestimmungen bezüglich deren Auswirkungen auf die steuerpflichtigen Personen und die Volkswirtschaft zu prüfen, dazu Stellung zu nehmen und Empfehlungen für Änderungen abzugeben.

Vorbemerkungen

- 1 Nach der Eröffnung der Vernehmlassung wurde auf der Grundlage einer ersten Besprechung in der KG-Sitzung vom 17. April 2024 ein Entwurf der Vernehmlassungseingabe des KGs ausgearbeitet, welcher an der Plenarsitzung des KGs vom 15. Mai 2024 von den Mitgliedern des KGs besprochen wurde.
- 2 Soweit nicht anders vermerkt, hat das KG seine nachfolgenden Empfehlungen einstimmig beschlossen.

Grundsätzliches

1. Beurteilung des Entwurfs

- 1.a. Weiterführung, resp. Ausbau eines unbefriedigenden Zustandes
- 3 Verwaltungsstrafrecht ist – nach einem modernen Verständnis - primär Strafrecht.
- 4 Rechtsstaatliches Strafrecht wird einheitlich durch dafür spezialisierte, unabhängige Untersuchungsbehörden und Gerichte angewendet. Aus der Sicht der Rechtsunterworfenen ist es nicht einsichtig, weshalb bei Verstössen gegen verwaltungsrechtliche Bestimmungen etwas anderes gelten soll.
- 5 Die vorgeschlagene Reform hält jedoch am bisherigen rechtsstaatlich fragwürdigen Konzept fest und baut dieses sogar noch aus, u.a. indem die Verwaltungsbehörden mit mehr Zwangsmassnahmen ausgestattet werden.
- 6 Bereits aus diesem Grund lehnt das KG diese Reform ab.



1.b. Falscher Zeitpunkt

7 Das BAZG ist die Behörde, welche das VStrR wohl am häufigsten anwendet. Aktuell berät das Parlament eine – gerade wegen den strafrechtlichen Kompetenzzuweisungen an das BAZG – sehr umstrittene Reform der Zollgesetzgebung. Es macht keinen Sinn, eine Reform des VStrR anzugehen, bevor die Revision des Zollrechts abgeschlossen ist und Klarheit besteht, was in diesem Bereich geändert werden soll.

8 Die Problematik wird augenscheinlich, indem in den beiden Reformen (Zollgesetzrevision und Verwaltungsstrafrecht) teilweise die gleichen Strafbestimmungen im MWSTG, jedoch mit unterschiedlichen Inhalten und Zielrichtungen, geändert werden sollen.

9 Das KG erachtet es deshalb als falschen Zeitpunkt, diese Reform vorzunehmen.

1.c. Falscher Fokus

10 Ein wichtiger Anwendungsbereich des Verwaltungsstrafrechts ist das Abgabestrafrecht; dieses ist jedoch nicht nur im Verwaltungsstrafrechtsgesetz geregelt. In diesem Bereich des Nebenstrafrechts besteht ein erheblicher Reformbedarf, der durch diese Reform aber nicht gelöst wird. Die folgende Aufzählung ist nicht abschliessend, sondern beispielhaft:

- Es macht keinen Sinn, dass ein Fehlverhalten einer abgabepflichtigen Person zu einer Vielzahl von Strafverfahren führt, nur weil verschiedene Abgabbeerlasse des Bundes und der Kantone betroffen sind.
- Die Mitwirkungspflichten in den Abgabbeerhebungsverfahren kollidieren zudem mit dem elementaren Grundrecht, sich in einem Strafverfahren nicht selbst belasten zu müssen. Deshalb dürfen Straf- und Verwaltungsverfahren nicht von der gleichen Behörde geführt werden.
- Für die Steuerbehörden ist es nicht vorrangig, Mitarbeitende einzustellen, die besonders im Strafrecht geschult sind. Dementsprechend entsteht häufig der Eindruck, dass die feinen strafrechtlichen Sensibilitäten fehlen, wenn Strafverfahren durch Verwaltungsbehörden geführt werden.
- Die Strafandrohungen für Übertretungen sind im Bereich des Abgabestrafrechts – im Vergleich zu den Delikten des bürgerlichen Strafrechts – völlig überzogen, namentlich auch, weil der Strafraum primär erfolgsabhängig definiert wird.

11 Das KG erachtet es deshalb als sinnvoll, dass das gesamte Nebenstrafrecht des Bundes und der Kantone reformiert wird. Aus dieser Optik ergibt es keinen Sinn, eine Reform des VStrR vorzuziehen. Sinn würde einzig eine Gesamtschau machen.

1.d. Einseitige Optik

12 Es entsteht der Eindruck, dass die vorgestellte Reform vor allem aus der Position der rechtsanwendenden Behörden gestaltet wurde und die Bedürfnisse der Rechtsunterworfenen nicht berücksichtigt werden.

13 Es bringt u.E. keinen Nutzen, dass VStrR durch die Bestimmungen der StPO aufzublähnen, indem diese Normen (tw. mit geändertem Wortlaut) in das VStrR integriert werden. Dies führt dazu, dass sich Personen, die sich in allen Bereichen des Strafrechts bewegen, immer mit grossem Aufwand sicherstellen müssen, die aktuelle Rechtsentwicklung zu zwei Strafrechtskomplexen zu verfolgen.

14 Dies steht im Widerspruch zu der mit der Vereinheitlichung des Strafprozessrechts verfolgten übergeordneten Zielsetzung, das Strafrecht in unserem Land uniformer zu machen.



- 15 Aus der Optik der Rechtsanwendenden ausserhalb der Verwaltung (vgl. Art. 109 Abs. 2 MWSTG) lehnt das KG die Reform ab. Sie liegt nicht im Interesse der steuerpflichtigen Personen und der Volkswirtschaft.

Zu den einzelnen Änderungen im Bereich des Mehrwertsteuerrechts

2. Aufhebung von Art. 100 MWSTG

2.a. Beurteilung KG

- 16 Das KG erachtet die Bussengrenze von CHF 100'000 für die Belange der Mehrwertsteuer als richtig und sachgerecht. Weil es sein mag, dass diese Grenze in anderen Rechtsgebieten zu hoch ist, erachtet es das KG als nicht opportun, dass diese Bestimmung gestrichen wird.
- 17 Insbesondere im Bereich des Abgaberechts ist es von entscheidender Bedeutung, dass die Behörden die Möglichkeit haben, Strafverfahren gegen Unternehmen und nicht gegen deren Angestellten einzuleiten. Es gibt viele Gründe, die für eine solche Strafbarkeit des Unternehmens sprechen, insbesondere im Bereich der Mehrwertsteuer: (i) die Tatsache, dass es oft sehr schwierig ist, die Person zu identifizieren, die für eine Steuerrhinterziehung im Unternehmen verantwortlich ist, (ii) die Tatsache, dass die betreffende Person in der Regel weder vorsätzlich noch zu ihrem eigenen Vorteil handelt, (iii) dass die sehr hohen Geldstrafen, die verhängt werden können, die Mitarbeiter, die betroffen sein könnten, unverhältnismässig stark treffen und (iv) dass es schwer verständlich und damit den Rechtsunterworfenen schwer vermittelbar ist, die Last eines Strafverfahrens oder gar einer Verurteilung anstelle des Unternehmens einem Mitarbeiter eines Unternehmens aufzubürden.
- 18 Durch die Beibehaltung der Grenze von CHF 100'000 wird sichergestellt, dass die Verwaltung Verfahren gegen das Unternehmen einleiten kann, auch wenn es sich bei der hinterzogenen Steuer nicht bloss um einen Bagatelldbetrag handelt. Angesichts des Selbstveranlagungscharakters der Mehrwertsteuer und der formellen Fragen, die insbesondere bei der Einfuhrumsatzsteuer noch zu hohen Steueraufrechnungen führen können, ist es wichtig, der Verwaltung die Möglichkeit zu lassen, Bussen im Betrag von bis zu CHF 100'000 gegen ein Unternehmen auszusprechen.

2.b. Empfehlungen KG

- 19 Art. 100 MWSTG nicht streichen und die Grenze von CHF 100'000 beibehalten.

3. Anpassung von Art. 101 Abs. 1 MWSTG

3.a. Beurteilung KG

- 20 Die einzige Anpassung von Art. 101 Abs. 1 MWSTG steht im Zusammenhang mit der Aufhebung von Art. 100 MWSTG.

3.b. Empfehlungen KG

- 21 Weil das KG (vgl. Rz. 16 ff.) die Aufhebung von Art. 100 MWSTG ablehnt, empfiehlt es konsequenterweise auf die Anpassung von Art. 101 Abs. 1 MWSTG zu verzichten.

4. Anpassung von Art. 103 Abs. 1 MWSTG

4.a. Beurteilung KG

- 22 Der Entwurf verweist auf Art. 281 Abs. 4 VStrR. Hierbei muss es sich um ein Versehen handeln, denn der Inhalt des heutigen Art. 77 Abs. 4 VStrR entspricht **Abs. 5** von Art. 281 VE-VStrR. Wir gehen davon aus, dass es sich um einen Verschieb handelt.



- 23 Gemäss dem Erläuternden Bericht soll mit dieser Anpassung nur die Änderung der Artikelreferenzen nachvollzogen werden. In diesem Fall wäre dagegen nichts einzuwenden. Aus den Ausführungen zu Art. 276 auf Seite 154 des Erläuternden Berichts geht jedoch das Gegenteil hervor (siehe dazu Rz. 27).
- 24 Daher wäre das KG nicht einverstanden, falls mit der vorgeschlagenen Anpassung eine Änderung der materiellen Rechtslage angestrebt würde: Die generelle Regelung des aktuellen VStrR, dass ein Strafverfahren bis zum Abschluss des Steuererhebungsverfahrens ruhen muss, darf im Mehrwertsteuerrecht keine Anwendung finden.

4.b. Empfehlungen KG

- 25 Der Text ist redaktionell zu korrigieren: Die Verweisung muss auf Art. 281 Abs. 5 (und nicht Abs. 4) erfolgen.
- 26 Solange die – korrigierte – Anpassung nicht zu einer materiellen Änderung führt, wäre das KG mit der formellen Anpassung der Artikelverweise einverstanden.
- 27 Da aber die Neuordnung des VStrR dazu führen soll, dass die Frage der Leistungs- oder Rückleistungspflicht wieder zwingend vor Abschluss des Strafverfahrens rechtlich geklärt sein soll, lehnt das KG diese Änderung ab. Es verlangt, dass im MWST-Recht eine Bestimmung aufgenommen wird, dass MWST-Strafverfahren abgeschlossen werden können, bevor das Abgabbeerhebungsverfahren abgeschlossen ist. Nur so kann – mit Blick auf die Mitwirkungspflicht der steuerpflichtigen Person im Abgabbeerhebungsverfahren – ein faires Verfahren garantiert werden (die Ausführungen auf S. 154 des erläuternden Berichts überzeugen in keinsten Weise).

5. Aufhebung von Art. 103 Abs. 4 MWSTG

5.a. Beurteilung KG

- 28 Das KG würde es begrüssen, wenn die Anwendung des Opportunitätsprinzips auf eine klarere Grundlage gestellt, resp. ausgeweitet würde.
- 29 Der Erlass einer Nichtanhandnahmeverfügung resp. Einstellungsverfügung ist für die Schaffung von Rechtssicherheit im Bereich des materiellen Mehrwertsteuerrechts von grosser Bedeutung und muss, über welche Gesetzesbestimmung auch immer, auch in Zukunft gesetzlich klar geregelt werden.

5.b. Empfehlungen KG

- 30 Solange das Opportunitätsprinzip gestärkt und der Erlass einer Nichtanhandnahme- / Einstellungsverfügung sichergestellt wird, ist das KG mit dieser Anpassung einverstanden.
- 31 In diesem Zusammenhang empfiehlt es zudem, in Art. 29 Abs. 1 VE-VStrR das Wort «besonders» zu streichen. Dies würde der Verwaltungsökonomie dienen, indem Behörden von der Behandlung von Bagatellfällen entlastet werden und ihre Ressourcen so auf Fälle mit grossem Unrechtsgehalt ausrichten könnten.



Wir hoffen, Ihnen mit dieser Stellungnahme zu dienen und danken Ihnen für die Berücksichtigung der Argumente und der Empfehlung des KGs im Zuge der Weiterbearbeitung dieses Geschäfts.

Für das
Mehrwertsteuer-Konsultativgremium

Der Präsident

Thomas Koller

Der Vizepräsident

Diego Clavadetscher

Par e-mail uniquement

DÉPARTEMENT FÉDÉRAL DE JUSTICE ET POLICE
OFFICE FÉDÉRAL DE LA JUSTICE
Bundesrain 20
CH-3003 Berne

Genève, le 10 mai 2024

**Révision totale de la loi sur le droit pénal administratif (DPA) (Mise en œuvre de la motion
Caroni 14.4122 « Pour un droit pénal administratif moderne »)
Prise de position de l'Ordre des avocats de Genève**

Madame, Monsieur,

L'Ordre des avocats de Genève (l'« ODAGE ») a pris connaissance de l'avant-projet de la Loi fédérale sur le droit pénal administratif et la procédure pénale administrative (« AP-DPA »), ainsi que du rapport explicatif du Département fédéral de justice et police qui l'accompagne (« Rapport explicatif »).

Dans ce contexte, l'ODAGE s'est vu remettre, sur demande, une copie de la prise de position du 7 mai 2024 de la Faculté de droit de l'Université de Lausanne.

Par ces lignes, l'ODAGE se rallie entièrement aux développements de la Faculté de droit de l'Université de Lausanne et note en particulier ce qui suit :

1. Appréciation globale

La révision du droit pénal administratif est généralement bien accueillie, dans la mesure où elle permet de maintenir une législation spécifique dépendant des particularités du domaine et justifiée par la technicité des procédures. Cependant, l'augmentation substantielle du nombre d'articles pose des questions quant à la complexité et la maniabilité de la loi.

2. Alignement de principe sur le Code de procédure pénale (CPP)

L'avant-projet propose un alignement étroit sur le CPP, intégrant de nombreuses dispositions directement. Cette approche suscite des inquiétudes concernant l'homogénéité et la clarté des applications procédurales, le risque d'interprétations divergentes par les unités administratives, et potentiellement des contradictions dans l'application de la loi, ne pouvant être exclu.

3. Responsabilité pénale du chef d'entreprise (art. 6 AP-DPA)

La révision clarifie la nécessité pour le chef d'entreprise de violer une *obligation spécifique d'agir* pour être tenu responsable, une précision saluée qui aligne le texte sur les jurisprudences pertinentes du Tribunal fédéral et clarifie les obligations des chefs d'entreprises.

4. Responsabilité pénale de l'entreprise pour les amendes n'excédant pas CHF 50'000.- (art. 7 AP-DPA)

L'avant-projet augmente le montant des amendes que peut encourir une entreprise, tout en maintenant la possibilité de les sanctionner sans faute prouvée. La responsabilité pénale de l'entreprise n'est en soi pas remise en cause, mais l'idée d'une sanction sans faute. Cette approche est critiquable, car elle s'écarte des principes fondamentaux du droit pénal, notamment la nécessité de prouver une faute pour établir la culpabilité (*nulla poena sine culpa*).

Aussi, l'ODAGE salue la proposition de la Faculté de droit de l'Université de Lausanne, tendant à subordonner la responsabilité pénale de l'entreprise à l'existence d'un défaut d'organisation en tant que faute propre à l'entreprise.

5. Escroquerie en matière de prestations et de contributions (art. 14 AP-DPA)

La définition de l'escroquerie en matière de prestations nécessite plus de précision, surtout concernant des notions juridiques indéterminées (telles que celles de « montant important », « [avantage illicite] particulièrement important » et « concours de tiers »), qui restent trop vagues et entraînent des interprétations divergentes. La teneur proposée de l'art. 14 AP-DPA est donc critiquable sous l'angle du principe de légalité (art. 1 CP), de la prévisibilité et de la sécurité du droit.

Aussi, la présente révision devrait être l'occasion pour définir les éléments constitutifs de cette infraction et, de ce fait, (i) arrêter des seuils chiffrés dans le texte légal, ainsi que (ii) expliciter la notion de « concours de tiers » mentionnée à l'art. 14 al. 3 AP-DPA.

6. Prescription de l'action pénale (art. 11 AP-DPA)

Le projet d'art. 11 al. 4 AP-DPA vise à codifier la jurisprudence du Tribunal fédéral, selon laquelle le prononcé pénal de l'administration doit être assimilé à un jugement de première instance, interruptif donc de prescription de l'action pénale aux termes de l'art. 97 al. 3 CP. Cette jurisprudence est critiquable, notamment en raison du fait qu'un jugement de première instance (qui justifie la sauvegarde de la prescription de l'action pénale) doit émaner d'un juge indépendant et impartial au sens des art. 6 CEDH et 30 Cst. Or, le prononcé pénal qui émane d'une autorité administrative fédérale, n'émane par définition pas d'un juge indépendant et impartial. Il est dès lors déplorable qu'un prononcé pénal déploie – sous l'angle de la prescription de l'action pénale – les effets d'un jugement d'un tribunal indépendant et impartial.

En tout état, le projet d'art. 11 al. 4 AP-DPA omet de faire ressortir deux conditions, issues de la jurisprudence du Tribunal fédéral, nécessaires pour qu'un prononcé pénal de l'administration puisse interrompre la prescription de l'action pénale. Tel est en effet le cas uniquement si (i) le prononcé pénal a été rendu à l'issue d'une « *procédure contradictoire* » et (ii) qu'il repose sur une « *base circonstanciée* », étant précisé que la doctrine rapporte cette dernière notion à l'idée d'une « *instruction complète* ».

7. Procédure de levée des scellés (art. 180 ss AP-DPA)

L'alignement des procédures de levée des scellés sur les dispositions pertinentes du CPP est problématique sous l'angle de la célérité et de la bonne administration de la justice, surtout en ce qui concerne les délais et le transfert de compétences en matière de levée des scellés de la Cour des plaintes du Tribunal pénal fédéral aux TMC cantonaux (voir art. 181 al. 1 AP-DPA). Ces modalités risquent de complexifier les démarches et de surcharger les tribunaux cantonaux.

8. Mise en accusation (art. 276 ss AP-DPA)

La réforme vise à formaliser et clarifier le processus de mise en accusation, mais il est essentiel que le texte légal assure que toutes les formes de mise en accusation, y compris les prononcés administratifs (mandat de répression ou prononcé pénal) qui tiennent lieu d'acte d'accusation, répondent aux mêmes exigences de clarté et de concision prévues à l'art. 277 al. 2 let. g AP-DPA, selon lequel l'acte d'accusation doit « *désigner le plus brièvement possible, mais avec précision, les actes reprochés au prévenu [...]* ».

Dans ce contexte, l'ODAGE approuve la proposition faite par la Faculté de droit de l'Université de Lausanne, selon laquelle il pourrait être envisagé d'exiger de l'administration fédérale la rédaction d'un acte d'accusation *ad hoc* dans le cas où l'administration a rendu un prononcé contre lequel le prévenu a formulé une demande de jugement par un tribunal. Cela contraindrait l'administration à rédiger un acte d'accusation plus succinct que son prononcé, solution plus conforme aux droits de la défense et à l'égalité des armes entre l'administration et le prévenu au moment des débats devant le tribunal.

Nous vous remercions de la lecture attentive que vous en ferez de la prise de position susmentionnée et forme le vœu que vous la prendrez en considération pour la suite du processus législatif, dans l'intérêt des justiciables.

Nous vous prions de croire, Madame, Monsieur, à l'assurance de nos sentiments distingués.



Karim RAHO
Président de la Commission
de droit pénal



Roxane SHEYBANI
Présidente de la Commission
des droits humains



Sandrine GIROUD
Bâtonnière

Verein Politbeobachter
3000 Bern
info@politbeobachter.ch

Eidgenössisches Justiz- und
Polizeidepartement EJPD
Bundeshaus West
3003 Bern
info.strafrecht@bj.admin.ch

10. Mai 2024

Vernehmlassung Totalrevision des Verwaltungsstrafrecht (VStrR)

Sehr geehrte Damen und Herren

Gerne nutzen wir die Gelegenheit und nehmen zu den geplanten Änderungen des VStrR Stellung. Auf Grund der Komplexität, bezieht sich unsere Stellungnahme auf grundsätzliche Überlegungen betreffend dem Recht auf Schutz der Privatsphäre (Art. 13 BV).

Ausbau Massenüberwachung

Durch die Möglichkeit der Überwachung des Post- und des Fernmeldeverkehrs erhalten Verwaltungseinheiten eine unverhältnismässige Kompetenz, um in die Grundrechte jedes einzelnen Bürgers einzugreifen. Im Gegensatz zu Art. 269 StPO sind die Voraussetzungen für eine Überwachung nicht detailliert aufgeführt und mit Art. 14 VE-VStrR sehr schwammig definiert. Wir erachten dies als Verstoß gegen das verfassungsmässig garantierte Recht auf den Schutz des Brief-, Post- und Fernmeldeverkehrs.

Einführung Staatstrojaner

Die Einführung des «Staatstrojaners» für Verwaltungsstrafrechtsverfahren (Art. 220 VE-VStrR) gibt der Staatsgewalt die Möglichkeit von weitreichenden Eingriffen in die Grundrechte jedes einzelnen Bürgers. Dies beinhaltet die Gefahr eines Missbrauchs.

Aus den genannten Gründen erachten wir die Totalrevision des Verwaltungsstrafrecht teilweise als verfassungswidrig und schlagen daher die Streichung bzw. Präzisierung der aufgeführten Artikel vor. Im Weiteren stellt sich die Frage, ob durch die Übertragung von staatsanwaltschaftlichen Kompetenzen an Verwaltungseinheiten, die Schweiz zu einem «Polizei-Staat» mutiert.

Mit freundlichen Grüßen

Petra Burri, Co-Präsidentin

Josef Ender, Co-Präsident

Bundesamt für Justiz

Per Mail:
info.strafrecht@bj.admin.ch

Bern, 10. Mai 2024

Totalrevision des Verwaltungsstrafrechts; Vernehmlassung

Sehr geehrte Damen und Herren

Wir danken Ihnen für die Gelegenheit, zum Vorentwurf für ein totalrevidiertes Bundesgesetz über das Verwaltungsstrafrecht und das Verwaltungsstrafverfahren (VE-VStrR) Stellung nehmen zu können. Aus datenschutzrechtlicher Sicht ergeben sich folgende Anträge und Hinweise.

Zu Art. 69 E-VStrR (Einsicht in Entscheide der Verwaltung)

Die gegenüber der StPO differenziertere Regelung zur Einsicht in bestimmte Entscheide nichtöffentlicher Verfahren des Verwaltungsstrafrechts ist in der Sache zu begrüssen. Sie ermöglicht eine abwägende Berücksichtigung des Prinzips der Justizöffentlichkeit und entgegenstehender öffentlicher und privater Interessen im Einzelfall, gibt den anwenden Behörden aber klare Leitlinien an die Hand. Wieso hier nicht Übereinstimmung mit der StPO geschaffen wurde, ist jedoch nicht ersichtlich.

Zu Art. 186 bis 188 E-VStrR (DNA-Analysen)

Die Anwendung der Zwangsmassnahme der DNA-Analyse im Verwaltungsstrafverfahren ist abzulehnen. Der Erläuternde Bericht legt einen ausgewiesenen Bedarf für diese Massnahme und ihre Verhältnismässigkeit in konkreten Fällen des Verwaltungsstrafrechts nicht dar. Es ist schwer vorstellbar, dass die genannten Formen des Abgabebetrugs (Zölle, Mehrwertsteuer; vgl. Erläuternder Bericht des EJPD vom 31. Januar 2024, S. 121) diese Zwangsmassnahme in der Praxis je rechtfertigen. Dass die Zwangsmassnahme für gewisse Verwaltungsstrafbehörden in Zukunft von Nutzen sein könnte (so der Erläuternde

Bericht des EJPD vom 31. Januar 2024, S. 122), rechtfertigt eine Übernahme in das Gesetz nicht.

Zu Art. 218 bis 231 E-VStrR (Überwachung des Post- und Fernmeldeverkehrs)

Die einheitliche Regelung dieser Zwangsmassnahme im E-VStrR analog der StPO anstatt der bisherigen einzelfallweisen Regelung in verwaltungsrechtlichen Spezialgesetzen ist prinzipiell zu begrüßen. Dies gilt auch für die Festsetzung eines Straftatenkatalogs, zu deren Verfolgung die Massnahme eingesetzt werden darf. Die gleichzeitige Ausweitung der Möglichkeit der Überwachung des Post- und Fernmeldeverkehrs für Delikte, für die diese Massnahme bisher nicht vorgesehen war, ist hingegen abzulehnen.

Nach geltendem Recht ist die Überwachung des Post- und Fernmeldeverkehrs bei den folgenden Delikten nicht vorgesehen:

- Art. 14 Abs. 3 VStrR (gewerbsmässiger oder in Zusammenwirken mit Dritten begangener Leistungs- oder Abgabebetrug)
- Art. 26 Abs. 2 des Bundesgesetzes vom 16. März 2012 über den Verkehr mit Tieren und Pflanzen
- geschützter Arten (Qualifizierte Widerhandlungen)
- Art. 20 Abs. 2 des Betäubungsmittelgesetzes vom 3. Oktober 1951 (Gewerbsmässiger Handel)
- Geldspielgesetz vom 29. September 2017: Artikel 130 Absatz 2 für die Straftaten nach Artikel 130 Absatz 1 (Qualifizierte Widerhandlungen)

Im Erläuternden Bericht des EJPD vom 31. Januar 2024 wird nicht dargetan, inwiefern diese Massnahme bei den aufgeführten Delikten neu erforderlich sein soll, nachdem sie es bisher nicht war. Bei der Überwachung des Post- und Fernmeldeverkehrs handelt es sich um eine äusserst einschneidende Massnahme. Dass ihre Anwendung für die angeführten Delikte verhältnismässig ist, bedarf näherer Erläuterung als im Erläuternden Bericht vom 31. Januar 2024, S. 131.

Zu den geheimen Überwachungsmassnahmen gemäss

- **Art. 232 und 233 E-VStrR (Überwachung mit technischen Überwachungsgeräten)**
- **Art. 234 und 235 E-VStrR (Observation)**
- **Art. 236 und 237 E-VStrR (Überwachung von Bankbeziehungen)**
- **Art. 238 bis 251 E-VStrR (Verdeckte Ermittlung)**
- **Art. 252 bis 255 E-VStrR (Verdeckte Fahndung)**

Wie im Erläuternden Bericht des EJPD vom 31. Januar 2024 ab S. 104 dargestellt, enthält das geltende VStrR keine Bestimmungen zu geheimen Überwachungsmassnahmen. Die Möglichkeit der Anwendung von geheimen Überwachungsmassnahmen ist bisher in einzelnen speziellen Verwaltungsgesetzen für bestimmte Delikte vorgesehen. Mit dem E-VStrR soll dies geändert werden und die Möglichkeit, geheime Überwachungsmassnahmen anzuwenden gleichzeitig ausgeweitet werden. Dieser Ansatz ist abzulehnen.

Geheime Überwachungsmassnahmen sind regelmässig besonders einschneidend. Verwaltungsstrafbehörden sind nicht in jeder Hinsicht den ordentlichen Strafverfolgungsbehörden gleichzusetzen, so dass hier einfach die Regelungen der StPO übernommen werden könnten. Wie im Erläuternden Bericht richtig darstellt, weisen die Verwaltungsstrafbehörden aufgrund ihrer Einbindung in die Verwaltungshierarchie nicht die gleiche Unabhängigkeit auf wie die Staatsanwaltschaften (Erläuternden Bericht des EJPD vom 31. Januar 2024 ab S. 103). Daran ändert für den Anwendungsbereich von geheimen Überwachungsmassnahmen nichts, dass das Handeln der Verwaltungsbehörden von Gerichtsbehörden überprüft werden kann.

Dieser Umstand rechtfertigt es, dass Bestimmungen zur Anwendung von Zwangsmassnahmen zwar in den E-VStrR aufgenommen werden, dass die Straftaten, zu deren Verfolgung die eine geheime Überwachungsmassnahme eingesetzt werden darf, jedoch für jede Massnahme einzeln benannt werden. Damit trifft der Gesetzgeber einen Vorentscheid über die Verhältnismässigkeit der Anwendung für jedes einzelne Delikt und gibt der Verwaltungsstrafbehörde eine verbindliche Leitlinie an die Hand.

Wir danken Ihnen für die Berücksichtigung unserer Anliegen und stehen für Rückfragen zur Verfügung.

Freundliche Grüsse



Ueli Buri
Präsident privatim



santésuisse

Die Schweizer Krankenversicherer

Les assureurs-maladie suisses

Gli assicuratori malattia svizzeri

santésuisse
Römerstrasse 20
Postfach
CH-4502 Solothurn
Tel. +41 32 625 41 41
Fax +41 32 625 41 51
mail@santesuisse.ch
www.santesuisse.ch

Per E-Mail an:
info.strafrecht@bj.admin.ch

Für Rückfragen:
Lino Etter
Direktwahl: +41 32 625 4728
Lino.Etter@tarifsuisse.ch

Solothurn, 17. April 2024

Vernehmlassungsverfahren zur Totalrevision des Verwaltungsstrafrechts (VStrR); Stellungnahme santésuisse

Sehr geehrter Herr Bundesrat
Sehr geehrte Damen und Herren

Wir bedanken uns für die Möglichkeit, zur vorgesehenen Totalrevision des Verwaltungsstrafrechts (VStrR) Stellung nehmen zu können.

Das Bundesgesetz über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts (ATSG) sieht mit Art. 79 Abs. 3 eine explizite Bestimmung betreffend die Einräumung des Rechts zur Parteistellung für Sozialversicherer vor. Eine analoge Regelung fehlt im vorgelegten Entwurf des revidierten Verwaltungsstrafrechts (VStrR). Jedoch sollte den Krankenversicherern in Verfahren gemäss Art. 92 Abs. 2 des Bundesgesetzes über die Krankenversicherung (KVG) dieses Recht ebenfalls eingeräumt werden. Ansonsten besteht die paradoxe Situation, dass Krankenversicherer in solchen Fällen als Geschädigte gelten (oder diese vertreten), dabei jedoch nicht explizit am entsprechenden Strafverfahren teilnehmen können.

Wir erachten es folglich als zielführend, Art. 72 nVStrR wie folgt zu ergänzen:

Art. 72 Parteien

¹Parteien sind:

- a. die beschuldigte Person;
- b. die Verwaltungseinheit im Beschwerde- und Gerichtsverfahren.

²Jeder, der von einer Einziehung betroffen ist, hat dieselben Rechte wie die beschuldigte Person und kann dieselben Rechtsmittel einlegen.

³Der Bund kann weiteren Behörden, die öffentliche Interessen zu wahren haben, volle oder beschränkte Parteirechte einräumen.

⁴Krankenversicherern kommen in Verfahren gemäss Art. 92 Abs. 2 KVG die Rechte einer Partei zu.

Vielen Dank für die Kenntnisnahme und Berücksichtigung unserer Anmerkungen. Für Fragen stehen wir gerne zur Verfügung.

Freundliche Grüsse

santésuisse
Direktion



Verena Nold
Direktorin

Abteilung Grundlagen



Dr. Christoph Kilchenmann
Leiter Abteilung Grundlagen

Gasser Annemarie BJ

Von: Verband <verband@arbeitgeber.ch>
Gesendet: Donnerstag, 1. Februar 2024 08:37
An: Gasser Annemarie BJ
Betreff: AW: Totalrevision des Verwaltungsstrafrechts (VStrR); Eröffnung des Vernehmlassungsverfahrens

Sehr geehrte Frau Gasser

Wir danken Ihnen bestens für die Gelegenheit in eingangs erwähnter Sache Stellung nehmen zu können.

Da diese Vorlage gemäss Dossieraufteilung zwischen economiesuisse und dem Schweizerischen Arbeitgeberverband von economiesuisse bearbeitet wird, verzichtet der SAV auf eine Stellungnahme zu dieser Vernehmlassung.

Freundliche Grüsse
Sabine Maeder

Assistentin
SCHWEIZERISCHER ARBEITGEBERVERBAND
Hegibachstrasse 47
Postfach
8032 Zürich
Tel. +41 44 421 17 17
Direktwahl: +41 44 421 17 42
maeder@arbeitgeber.ch
<http://www.arbeitgeber.ch>



Von: annemarie.gasser@bj.admin.ch <annemarie.gasser@bj.admin.ch>
Gesendet: Mittwoch, 31. Januar 2024 16:40
An: info@die-mitte.ch; info@edu-schweiz.ch; vernehmlassungen@evppev.ch; info@fdp.ch; gruene@gruene.ch; schweiz@grunliberale.ch; lorenzo.quadri@mattino.ch; info@mcge.ch; gs@svp.ch; franziska.tlach@spschweiz.ch; verband@chgemeinden.ch; info@staedteverband.ch; info@sab.ch; info@economiesuisse.ch; bern@economiesuisse.ch; luc.schnurrenberger@economiesuisse.ch; info@sgv-usam.ch; Verband <verband@arbeitgeber.ch>; info@sbv-usp.ch; office@sba.ch; info@sgb.ch; politik@kfmv.ch; info@travailsuisse.ch; direktion@bger.ch; Info@bstger.ch; info@bvger.admin.ch; aemterkonsultationen@ba.admin.ch; cldjp@cldjp.ch; info@djs-jds.ch; info@kkjpd.ch; info@kkpks.ch; ueli.buri@be.ch; kommunikation@privatim.ch; info@sav-fsa.ch; info@juristenverein.ch; info@strafverteidiger.ch; martina.weber@zg.ch; info@ssk-cps.ch; Barbara.Altermatt@bd.so.ch; info@svr-asm.ch; martina.weiss@swissuniversities.ch; dekanat-ius@unibas.ch; rebecca.baumlin@krim.unibe.ch; rf@unilu.ch; lawschool@unisg.ch; dekanat@ius.uzh.ch; ius-admin@unifr.ch; secretariat-rectorat@unige.ch; administration.droit@unil.ch; secretariat.droit@unine.ch
Cc: Bernardo.Stadelmann@bj.admin.ch; Grace.Schild@bj.admin.ch; Patrick.Rohner@bj.admin.ch; david.steiner@bj.admin.ch; kathrin.zumbrunnen@bj.admin.ch
Betreff: Totalrevision des Verwaltungsstrafrechts (VStrR); Eröffnung des Vernehmlassungsverfahrens

Sehr geehrte Damen und Herren

Der Bundesrat hat am 31. Januar 2024 das EJPD beauftragt, zur Totalrevision des Verwaltungsstrafrechts (VStrR) ein Vernehmlassungsverfahren durchzuführen.

Sie erhalten hiermit das entsprechende Schreiben von Herrn Bundesrat Beat Jans.

Freundliche Grüsse

Annemarie Gasser

Direktionsbereichsassistentin
Direktionsbereich Strafrecht
Bundesrain 20
3003 Bern
Tel. +41 (0)58 462 41 19
E-Mail annemarie.gasser@bj.admin.ch

Mesdames, Messieurs

Le Conseil fédéral a chargé le DFJP le 31 janvier 2024 à ouvrir une procédure de consultation au sujet de la révision totale de la loi sur le droit pénal administratif (DPA)

Vous trouverez ci-joint la lettre du conseiller fédéral Beat Jans.

Meilleures salutations

Annemarie Gasser

Direktionsbereichsassistentin
Direktionsbereich Strafrecht
Bundesrain 20
3003 Bern
Tel. +41 (0)58 462 41 19
E-Mail annemarie.gasser@bj.admin.ch

Gentili Signore e Signori

Il 31 gennaio 2024 il Consiglio federale ha incaricato il DFGP di indire una procedura di consultazione sulla revisione totale della legge sul diritto penale amministrativo (DPA).

In allegato vi inviamo la lettera del consigliere federale Beat Jans.

Cordiali saluti

Annemarie Gasser

Direktionsbereichsassistentin
Direktionsbereich Strafrecht
Bundesrain 20
3003 Bern
Tel. +41 (0)58 462 41 19
E-Mail annemarie.gasser@bj.admin.ch



Schweizerischer Anwaltsverband
Fédération Suisse des Avocats
Federazione Svizzera degli Avvocati
Swiss Bar Association

Eidgenössisches Justiz- und
Polizeidepartement EJPD (EFD)

Per Email versandt:

info.strafrecht@bj.admin.ch

Bern, der 10. Mai 2024

Stellungnahme des Schweizerischen Anwaltsverbands SAV-FSA zur Totalrevision des Bundesgesetzes über das Verwaltungsstrafrecht (VStrR)

Sehr geehrter Herr Bundesrat

Sehr geehrte Damen und Herren

In rubrizierter Angelegenheit beziehen wir uns auf Ihr Schreiben vom 31. Januar 2024 und bedanken uns für die Möglichkeit, zur Totalrevision des VStrR Stellung nehmen zu können. Dem kommen wir nachfolgend nach.

Dabei beginnt unsere Stellungnahme mit einer Vorbemerkung, in welcher die grossen Grundsatzprobleme des Verwaltungsstrafrechts dargestellt werden. Diesen wird durch die Totalrevision nicht abgeholfen, nein, die Problematik verschärft sich gar. Hieran anschliessend folgen Ausführungen zu problematischen Normen des materiellen Teils des Verwaltungsstrafrechts. Im dritten Teil werden einige Normen des Verwaltungsstrafverfahrensrechts kommentiert, welche aus Sicht des SAV als verfehlt anzusehen sind.

Zusammengefasst sei bereits an dieser Stelle festzuhalten, dass das Verwaltungsstrafrecht und dessen Verfahrensrecht durch die vorgeschlagene Totalrevision ohne jede Not zum Nachteil der beschuldigten Personen massiv verschärft, Grundsatzprobleme des Verwaltungsstrafrechts durch diese indes nicht gelöst werden und die Anwendung für die involvierten Personen (Untersuchungsbehörde, Verteidigung und Gericht) noch komplizierter wird. Der SAV sieht eine solche Totalrevision des Verwaltungsstrafrechts deswegen unter mehreren Gesichtspunkten sehr kritisch und beantragt, auf deren Umsetzung vollumfänglich zu verzichten. Wenn überhaupt Ressourcen für eine Totalrevision aufgewendet werden sollen, wäre gleichzeitig – vor allem um Wertungswidersprüche zu vermeiden – auch das gesamte Nebenstrafrecht des Bundes und der Kantone in diese Reform einzubeziehen..

1. Vorbemerkung

Zunächst ist darauf hinzuweisen, dass dem im Bundesgesetz über das Verwaltungsstrafrecht (VStrR) geregelten Verwaltungsstrafrecht resp. dessen Verfahrensrecht bereits jetzt drei ganz grundsätzliche Probleme innewohnen, welche durch die Totalrevision aber nicht gelöst werden: Zum einen die fehlende Trennung zwischen Verwaltungs- und Verwaltungsstrafverfahren, welche von der gleichen Bundesverwaltungsbehörde geführt werden (dazu Ziff. 1.1). Zum anderen die teilweise bestehende mangelnde Fachkenntnis der involvierten Personen, welche sich durch sämtliche Verfahrensebenen zieht (dazu Ziff. 1.2). Hinzukommt die absolut extensive Fahrlässigkeitsstrafbarkeit im Verwaltungsstrafrecht (Ziff. 1.3). Zu alledem schweigt sich die Totalrevision aus, lässt aber auch in allen anderen Bereichen keinerlei Innovationskraft erkennen, obwohl diese dringend notwendig wäre (dazu Ziff. 1.4).

1.1 Keine Trennung zwischen Verwaltungs- und Verwaltungsstrafverfahren

Der Gesetzgeber übertrug die verwaltungsstrafrechtliche Untersuchung Bundesverwaltungsbehörden, nicht Staatsanwaltschaften, und hält hieran auch im Rahmen der Totalrevision fest. Dies aufgrund der besonderen Fachkenntnisse der jeweiligen Bundesverwaltungsbehörde, welche anderen Strafverfolgern nicht zukommen soll.¹ Die verfolgende Behörde ist somit regelmässig jene, welche auch das zugrunde liegende Verwaltungsverfahren führt, regelmässig werden die beiden Verfahren – insbesondere im Bereich des Abgaberechts, welches die zahlenmässig grösste Anzahl an Verwaltungsstrafverfahren umfasst – gar zusammengeführt. Damit ist der die Untersuchung leitende Strafrechtsdienst der jeweiligen Bundesverwaltungsbehörde keine unabhängige Untersuchungsbehörde. Und eben diese braucht es im Strafrecht, zu welchem das

¹ Botschaft des Bundesrates an die Bundesversammlung zum Entwurf über das Verwaltungsstrafrecht vom 21.4.1971, BBl 1971 993, 1001: *«Angesichts der Mannigfaltigkeit der Verwaltungsgesetze wären die kantonalen Untersuchungsorgane zeitlich und sachlich überfordert, wollte man sie mit diesen Untersuchungen belasten.»*. Der Erläuternde Bericht zur Eröffnung des Vernehmlassungsverfahrens v. 31.1.2024 (S. 11) formuliert dies unter Rückgriff auf die vorgängig zitierte Botschaft wie folgt: *«(...), ist es mit Blick auf das Beschleunigungsgebot und die mit der Offizialmaxime zusammenhängenden Verpflichtungen gerechtfertigt, die Zuständigkeit für die Verfolgung und Beurteilung von Straftaten der Verwaltung zuzuweisen, wenn dafür besondere Kenntnisse des jeweiligen Verwaltungsbereichs nötig sind.»*

Verwaltungsstrafrecht völlig unzweifelhaft zu zählen ist. Am Beispiel des Steuerstrafrechts aufgezeigt, führt die Verbindung der beiden Verfahren dazu, dass die untersuchenden Steuerbehörden neben den verwaltungsstrafrechtlichen Zwangsmassnahmen auch das faktische Zwangsmittel der Ermessensveranlagung einsetzen können und dies in der Praxis regelmässig auch tun.² Und dem vom EFD geführten Finanzmarktstrafverfahren geht regelmässig ein sog. Enforcementverfahren der FINMA voraus, in welchem über Art. 29 FINMAG umfangreiche Mitwirkungspflichten (faktisch auch der später im Verwaltungsstrafverfahren beschuldigten Person) bestehen – nemo tenetur se ipsum accusare wird so regelmässig ausgehöhlt. Auch ausgesprochen problematisch: Nach Anzeigeerstattung durch die FINMA holt das EFD bei dieser die gesamten Enforcement-Akten auf dem Wege des Aktenbeizugs ein, wobei eine Siegelung mangels Zwangsmassnahme nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung nicht möglich sein soll³ – dies auch dann nicht, wenn im Enforcement-Verfahren falsch belehrt wurde und sich die nunmehr beschuldigte Person aufgrund dessen und aufgrund der bestehenden Mitwirkungspflicht selbst belastet hat. Die Beschuldigtenrechte werden hierdurch massiv ausgehöhlt.

1.2 Mangelnde Fachkenntnis auf jeder Stufe des Verwaltungsstrafverfahrens

Das Verwaltungsstrafverfahren wird grds. von den Strafrechtsdiensten der jeweils zuständigen Bundesverwaltungsbehörde geführt, teilweise aber auch von nicht juristisch ausgebildeten Untersuchungsbeamten (z.B. den Mitarbeitern der Zollfahndung). Die Kenntnis des der Verwaltungsstraftat zugrunde liegenden materiellen Verwaltungsrechts ist dabei ausserordentlich hoch – dies gilt indes nicht zwingend für das materielle Verwaltungsstrafrecht (insb. in Bezug auf Fragen des Allgemeinen Teils⁴) und das Verwaltungsstrafverfahrensrecht.

Die Problematik der fehlenden Fachkenntnis potenziert sich dann im gerichtlichen Verfahren (zu welchem immer mehr Verwaltungsstrafverfahren führen). Hier entscheiden im Endeffekt (zumeist kantonale) Strafgerichte⁵ über verwaltungsstrafrechtliche Sachverhalte. Die dabei involvierten Richter haben regelmässig aber eben gerade nicht die den Bundesverwaltungsbehörden innewohnenden Fachkenntnisse um die angeklagten Vorwürfe richtig beurteilen zu können, dies nicht einmal im Verwaltungsstrafverfahrensrecht (der

² CLAVADETSCHER, Revision des Steuerstrafrechts: Handlungsbedarf aus Sicht des SAV, Anwaltsrevue 2014, 5 ff. Vgl. dazu bereits die Vernehmlassung des SAV zur Revision des Steuerstrafrechts vom 30. September 2013, Rz. 10 f., 23 ff.

³ Vgl. etwa BGer 1B_547/2018 v. 18.1.2019 oder BStGer BV.2021.16 v. 29.9.2021.

⁴ Der Allgemeine Teil des StGB findet qua Verweisung in Art. 2 VStrR Anwendung.

⁵ Ausnahme ist das Finanzmarktstrafrecht, in welchem das Bundesstrafgericht entscheidet (Art. 50 Abs. 2 FINMAG). Für die Unterstellung unter die Bundesgerichtsbarkeit sprach aus Sicht des Gesetzgebers vor allem der Umstand, dass gesamtschweizerisch nur noch das Bundesstrafgericht mit dem Finanzmarktstrafrecht befasst ist. Dies führt, so der Gesetzgeber, «zu einer Harmonisierung der Rechtsprechung und ermöglicht den Aufbau entsprechender gerichtlicher Fachkompetenz» (Botschaft zum Bundesgesetz über die Eidgenössische Finanzmarktaufsicht (Finanzmarktaufsichtsgesetz; FINMAG) vom 1.2.2006, BBl 2006 2829, 2891; BSK FINMAG-SCHWOB/WOHLERS, Art. 50 N 17).

Dienerin des materiellen Rechts).⁶ Dieses Grundproblem lässt sich nur durch eine komplette Neuschaffung des Verwaltungsstrafrechts lösen – es wird aber durch das totalrevidierte VStrR sogar deutlich verschärft. Denn mit dem Einsatz von kantonalen Zwangsmassnahmengerichten⁷ kommt einem neuen «Player» Verantwortung zu, welcher sowohl mit Fragen des Verwaltungsstrafverfahrensrechts als auch, noch gravierender, dem materiellen Verwaltungsstrafrecht und dem dahinterstehenden (materiellen) Verwaltungsrecht vollkommen überfordert sein dürfte (zumal dort bekanntlich noch weniger Zeit für Abklärungen bleibt). Wie aber soll das Zwangsmassnahmengericht ohne jede Fachkenntnis des materiellen Verwaltungsrechts (also Fragen des materiellen Finanzmarkt-, MWST-, Zoll-, Heilmittel- oder Geldspielrechts) das Vorliegen eines dringenden Tatverdachts beurteilen können. Es versteht sich beinahe von selbst, zu wessen Nachteil sich dies auswirken wird (nämlich zu jenem der beschuldigten Person), zumal das Zwangsmassnahmengericht der antragsstellenden Bundesverwaltungsbehörde qua Fachkenntnis die Richtigkeit ihrer Ausführungen annehmen wird.⁸ Um dies zu verhindern, sollte die Verantwortung für Zwangsmassnahmen unbedingt beim Bundesstrafgericht⁹ bleiben - es dürfte viele Jahre dauern, bis die kantonalen Zwangsmassnahmengerichte das beim Bundesstrafgericht bereits vorhandene Spezialwissen (als Beschwerdeinstanz, vgl. Art. 26 Abs. 1 und 27 Abs. 3 VStrR) erreichen. Mehr noch: Es sollte überdacht werden, diesem die erstinstanzliche Verantwortung für sämtliche Verwaltungsstrafverfahren zu übertragen (dies unter Schaffung einer neuen Kammer mit hochspezialisierten Richtern welche Kenntnisse im Mehrwertsteuerrecht, dem Geldspielrecht, dem Heilmittelrecht etc., haben).¹⁰

1.3 Deutlich zu extensive Fahrlässigkeitsstrafbarkeit

Nahezu alle Straftatbestände des Verwaltungsstrafrechts sind auch fahrlässig begehrbar.¹¹ Dagegen setzen jene des Kernstrafrechts ganz grossmehrheitlich vorsätzliches Fehlverhalten voraus. Das über Art. 2 VStrR i.V.m. Art. 12 StGB eigentlich auch im Verwaltungsstrafverfahren geltende Regel-Ausnahme-Prinzip, wonach die fahrlässige Begehungsweise eigentlich die

⁶ Einige wenige, dafür aber umso erschreckendere Beispiele finden sich bei FRANK, Plädoyer für einen Ausbau der verwaltungsstrafrechtlichen Zuständigkeit des Bundesstrafgerichts, in: Festschrift Bundesstrafgericht, 2024, S. 488 ff. (im Erscheinen).

⁷ Vgl. dazu auch unten Ziff. 3.5.

⁸ Der im ordentlichen Strafverfahren herrschende, unhaltbare Zustand (vgl. zu diesem MARKWALDER/BINSWANGER, Die Anordnung von Untersuchungs- und Sicherheitshaft: Eine empirische Analyse, fp 2020, S. 384 ff.) wird hierdurch – wobei eigentlich kaum mehr möglich – nochmals potenziert.

⁹ Auch wenn dieses, trotz jahrzehntelanger Erfahrung nicht über jeden Zweifel erhaben ist, vgl. etwa die rechtswidrige Entsiegelungspraxis in Zusammenarbeit mit dem BAZG (BGer 1B_432/2021 v. 28.2.2022) sowie die jüngst erfolgte Änderung der Entsiegelungspraxis (BStGer BE.2023.15 und BP.2023.60 v. 9.11.2023). Diese Probleme zeigen aber, wie sehr auch hocherfahrene Gerichte

¹⁰ FRANK, a.a.O. (Fn. 4), S. 487 ff.

¹¹ Um hier nur einige zu nennen: Art. 96 Abs 1 und 3 MWSTG, Art. 98 MWSTG, Art. 118 Abs. 1 ZG, Art. 119 Abs. 1 ZG, Art. 120 Abs. 1 ZG, Art. 44 Abs. 2 FINMAG, Art. 45 Abs. 2 FINMAG, Art. 46 Abs. 2 FINMAG, Art. 47 Abs. 2 FINMAG, Art. 37 Abs. 2 GwG, Art. 86 Abs. 4 HMG, Art. 87 Abs. 3 HMG, Art. 70 Abs. 2 EnG, Art. 45 Abs. 4 RLG, Art. 35 Abs. 1 TStG, Art. 36 Abs. 1 TStG, Zur überragenden Bedeutung der Fahrlässigkeit im alten Mehrwertsteuerstrafrecht vgl. KOCHER, ASA 20007/2008, S. 137. Wichtig in diesem Zusammenhang auch Art. 333 Abs. 7 StGB.

Ausnahme darstellen sollte, wird hiermit ganz erheblich relativiert.¹² Die dahinterstehende bessere Absicherung staatlichen Vermögens gegenüber Privatvermögen (bspw. ist eine ungetreue Geschäftsbesorgung des Art. 158 StGB zu Recht nicht fahrlässig begehbar) ist nicht nachvollziehbar. Zumal die im Mehrwertsteuer- und Zollstrafrecht, insb. aber auch im Finanzmarktstrafrecht vorgesehenen Bussen für fahrlässiges Fehlverhalten sehr hoch sind. Zudem werden die Bussen stets unbedingt ausgefällt. Es erscheint wertungswidersprüchlich, wenn eine fahrlässige Tötung mit einer bedingten Geldstrafe sanktioniert wird, der Täter einer fahrlässigen Mehrwertsteuerhinterziehung indes mit einer unbedingten Busse bestraft wird, welche darüberhinaus (ab einer Höhe von 5'000.-- Franken) im Strafregister eingetragen wird. Zumal die damit einhergehenden berufsrechtlichen Folgen (Verlust Gewährsposition etc.) im Verwaltungsstrafrecht stets gravierender sind als im Kernstrafrecht (vgl. dazu auch nachfolgend unter Ziff. 1.4). Vor diesem Hintergrund ist eine Abschaffung oder Reduzierung der Fahrlässigkeitsstrafbarkeit im Verwaltungsstrafrecht zu diskutieren (und zwar bereits im Rahmen der angedachten Totalrevision, auch wenn sich die Fahrlässigkeitstatbestände ausschliesslich in den jeweiligen Verwaltungsgesetzen befinden – das VStrR regelt aber sämtliche Grundfragen sowie das zugrundeliegende Verfahrensrecht), zumal diese auch ganz andere Vorteile bringt: Fokus auf die wirklich wichtigen Fälle, mehr freie Ressourcen und damit bessere Durchsetzbarkeit des Beschleunigungsgebots. Dass es geht, zeigt das im Jahre 2019 in Kraft getretene Bundesgesetz über Geldspiele. Hier hat der Gesetzgeber erstmalig auf eine Strafbarkeit von fahrlässigem Fehlverhalten verzichtet – dies muss Vorbild für andere Straftatbestände des Verwaltungsstrafrechts sein. Die Totalrevision lässt dies nicht nur völlig aussen vor, sondern potenziert die Problematik noch, indem sie das Verfahrensrecht verschärft und zudem keine Korrektive einführt (vgl. zu Letzterem nachfolgend unter Ziff. 1.4).

1.4 Deutlich zu extensive Fahrlässigkeitsstrafbarkeit

Bereits einleitend haben wir die fehlende Innovationskraft der Vorlage moniert, wenn schon der Aufwand einer Totalrevision geleistet wird, so müsste diese eine schlagende Verbesserung bringen. Eine solche ist nicht zu erkennen, wäre aber dringend nötig. Das Verwaltungsstrafrecht wurde in seiner 50-jährigen Existenz kaum je verändert resp. den gesellschaftlichen/wirtschaftlichen Entwicklungen angepasst; mit der Revision werden – aus der hohen Flughöhe betrachtet – grossmehrheitlich aber nur bestehende StPO-Zwangsmassnahmen übernommen. Dem Vorentwurf fehlt damit jegliches innovative Element. Zwar muss Recht nicht innovativ sein – es kann aber nicht schaden, wenn innovative Elemente diskutiert werden, vor allem in einem Bereich (Verwaltungsstrafrecht), dem in der Praxis durchaus dies Funktion von «Wirtschaftslenkungsrecht» zukommt. Ob «Wirtschaftslenkungsrecht» aber tatsächlich und in welchem Umfang individuelle Verantwortlichkeit benötigt, ist fraglich. Vielmehr erscheint es angezeigt, hier neue Ansätze zu diskutieren – wie dies etwa in europäischen Nachbarstaaten geschieht. So wurde im österreichischen Verwaltungsstrafrecht in § 33a VStG der Grundsatz «Beraten statt Strafen» implementiert, eine Art Strafaufhebungsgrund in Form der tätigen Reue.¹³ Ob dieser

¹² Dazu auch BSK VStrR-ACHERMANN/FRANK, Art. 2 N 119 m.w.Hinw.

¹³ Vgl. dazu etwa ÖJK, Paradigmenwechsel im Verwaltungsstrafrecht, Band 52, 2021, passim. Ein ähnlicher Denkansatz liegt dem durch das Parlament im Rahmen der Reform 08.053 gegenüber dem bundesrätlichen Vorschlag völlig überarbeiteten Mehrwertsteuerstrafrecht zugrunde.

dogmatisch und praktisch sinnvoll ist, wird im österreichischen Recht kontrovers diskutiert – dies soll an dieser Stelle nicht entscheidend sein. Relevant erscheint vielmehr, dass im Verwaltungsstrafrecht anderer Länder Neuerungen angedacht und eingeführt wurden, welche der Totalrevision vollkommen fehlen. Im deutschen Pendant zum VStrR, das Ordnungswidrigkeitenrecht, wurde anstelle des Legalitätsprinzips der Opportunitätsgrundsatz in § 47 Abs. 1 OWiG verankert. Dieser erlaubt es der zuständigen Untersuchungsbehörde, nach pflichtgemäßem Ermessen von der Verfolgung abzusehen, obwohl die gesetzlichen Voraussetzungen der Ordnungswidrigkeit erfüllt sind.¹⁴ Und auch wenn sich schweizerisches Verwaltungsstrafrecht und deutsches Ordnungswidrigkeitenrecht nicht unbedingt vergleichen lassen, schweizerisches und österreichisches Verwaltungsstrafrecht dagegen schon¹⁵, so sind andere DACH-Staaten doch ungleich weiter. Zumal die Einführung des Opportunitätsgrundsatzes auch von der verwaltungsstrafrechtlichen Literatur schon seit Jahren gefordert wird.¹⁶

Denn es braucht gerade im Verwaltungsstrafrecht, auch aufgrund der viel zu extensiven Fahrlässigkeitsstrafbarkeit, Möglichkeiten zum Absehen von Strafe und Strafverfolgung. So führte Dieter Metzger, Direktor der ESTV von 1986 bis 1999, schon vor langer Zeit aus:

*«Nicht jeder Fehler bei der Veranlagung der Inlandumsatzsteuer, der eine zu geringe Steuerleistung bewirkt hat, stellt ein fahrlässiges Verhalten dar; vielmehr gilt es, den persönlichen Verhältnissen der Verantwortlichen vor allem in kleinen Geschäftsbetrieben angemessene Rechnung zu tragen.»*¹⁷

An diesem Umstand hat sich nichts geändert, im Gegenteil. Das Verwaltungsstrafrecht, insb. aber die (Vielzahl an) zugrundeliegenden Verwaltungsgesetzen, sind für KMU und Kleinstbetriebe nur schwer fassbar und teilweise noch schwerer einhaltbar. Diese Unternehmen kämpfen an unzähligen Fronten, um im Wettbewerb zu bestehen und verstossen nicht selten gegen solche Vorschriften. Diese Verstöße erfolgen aber nur in den seltensten Fällen vorsätzlich. Da Verwaltungsstraftaten aber – anders als die Straftatbestände des Kernstrafrechts – regelmässig auch fahrlässig begehrbar sind (vgl. oben Ziff. 1.3), laufen sie resp. die für sie handelnden Personen (vgl. dazu insb. auch unten Ziff. 2.2 zur Geschäftsherrenhaftung) ständig Gefahr, einer strafrechtlichen Verfolgung ausgesetzt zu sein. Und mit jeder rechtskräftigen Verurteilung, auch wegen einer Fahrlässigkeitstat, gehen gerade in Wirtschaftszweigen, welche im verwaltungsstrafrechtlichen Fokus stehen, gravierendste ausserstrafrechtliche Folgen einher: Bspw. für den Compliance-Officer einer Bank bei einem GwG-Verstoss¹⁸, die fachtechnisch verantwortliche Person bei einem Verstoss gegen das HMG¹⁹ und für den Betreiber von Geldspielautomaten bei einem Verstoss gegen das BGS. Aufgrund bei einer Verurteilung fast immer folgenden Strafregistereintrags werden betroffene

¹⁴ KLESCZEWSKI, Ordnungswidrigkeitenrecht, Rn. 705 ff.

¹⁵ Vgl. dazu MATTES, Untersuchungen zur Lehre von Ordnungswidrigkeiten, Erster Halbband: Geschichte und Rechtsvergleichung, S. 376 ff.

¹⁶ EICKER/FRANK/ACHERMANN, Verwaltungsstrafrecht und Verwaltungsstrafverfahrensrecht, 2012, S. 146 m.w.Hinw.

¹⁷ Zitat aus HASLER/SAUTEBIN, Strafrecht im Geltungsbereich der Mehrwertsteuer, 2007, XI.

¹⁸ HUTZLER, Strafrechtliche Verantwortlichkeit des Compliance Officers - it's happening!, in: WIST 14 (2024), S. 14 ff.

¹⁹ MEIER, Die fachtechnisch verantwortliche Person im Verwaltungsstrafverfahren von Swissmedic, sui-generis 2017, S. 13 ff.

Personen bis in ihren höchst privaten Bereich (bspw. durch Einschränkungen bei der Wohnungssuche aufgrund eines Strafregistereintrags) betroffen. Dies wurde bei der Schaffung des heute geltenden VStrR – welches der Ahndung kleiner Massendelinquenz dienen sollte – nicht bedacht – heute müsste man es indes besser wissen.

Man sollte mithin überlegen, wie man dieses Problem in den Griff bekommt (anstatt etwa die Deklarantenstrafpraxis im Zollstrafrecht zu verschärfen²⁰) – etwa durch eine extensivere Anwendung der Art. 52 ff. StGB, durch eine konsequente Strafbefreiung bei nachträglichen Korrekturen des Fehlers durch die rechtsunterworfenen Person (eine solche besteht bereits in einem wichtigen Rechtsgebiet, vgl. Art. 102, namentlich Abs. 4 MWSTG) oder aber durch Konstrukte wie «Beraten statt Strafen» resp. die Einführung des Opportunitätsgrundsatzes oder aber – besonders wichtig – durch die vorgängig unter Ziff. 1.3 vorgeschlagene Abschaffung oder zumindest Reduzierung der Fahrlässigkeitsstrafbarkeit/fahrlässiger Verantwortlichkeit. Solche Überlegungen liegen der Revision leider nicht zugrunde. Im Gegenteil, das aus der Sicht der Wirtschaft, namentlich aus Sicht der KMU, herrschende Gefühl einer Repressionspolitik wird bereits heute ausgebaut (so hat bspw. das BAZG seinen Rechtsdienst dem Direktionsbereich «Strafverfolgung» untergeordnet) und mit der hier angedachten Totalrevision noch weiter ausgebaut, indem vorgesehen ist, sämtliche Verwaltungseinheiten des Bundes mit noch schärferen Zwangsmassnahmen «aufzurüsten».

2. Zu einzelnen Normen des materiellen Verwaltungsstrafrechts

Zunächst zu den Normen des materiellen Verwaltungsstrafrechts, welche nur zu einem kleinen Teil im VE-VStrR (Art. 2-17 VE VStrR) geregelt sind (sondern vorrangig im Allgemeinen Teil des StGB [Art. 1-110 StGB], auf welches Art. 2 VE-VStrR verweist sowie in den jeweiligen Bundesgesetzen [z.B. Art. 96 ff. MWSTG, Art. 118 ff. ZG, Art. 86 ff. HMG oder Art. 44 ff. FINMAG]. Diese Normen wurden im Rahmen der Totalrevision nur unwesentlich (und gleichwohl nicht zum Positiven) überarbeitet, vermögen aber auch de lege lata nicht zu überzeugen.

2.1 Art. 5 VE-VStrR

Der Erläuternde Bericht hält auf S. 20 zu Recht fest, dass die Beibehaltung einer Strafbarkeit der Teilnahme an verwaltungsstrafrechtlichen Übertretungen dogmatisch nur schwer zu rechtfertigen (weil wertungswidersprüchlich) ist. Man macht deswegen «praktische Gründe» für eine Beibehaltung der Teilnahmestrafbarkeit geltend, welche – in einem Rechtsstaat – bereits als solche kein Argument für eine Ausweitung der Strafbarkeit sein können. Dies auch deswegen, weil es im Verwaltungsstrafrecht keine Übertretungen gibt, welche «aufgrund ihrer Schwere im ordentlichen Strafrecht nicht als Übertretungen» qualifiziert werden könnten. Welche dies sein sollen, sagt der Erläuternde Bericht nicht – klar ist aber, dass es Aufgabe des Gesetzgebers ist, Normen entweder als Übertretungen oder als Vergehen/Verbrechen zu qualifizieren. Ist diese Entscheidung getroffen, so ist man an diese sowie an deren Nebenfolgen gebunden. Dass die Vielzahl an Sonderdelikten im Verwaltungsstrafrecht für eine Ausweitung der Teilnahmestrafbarkeit sprechen soll, ist ebenfalls nicht belegt – der Entscheid

²⁰ Vgl. EZV Zirkular D.128 Weisung zur Beurteilung von Deklarantenstraffällen.

zur Schaffung von Sonderdelikten impliziert vielmehr, dass der Täterkreis beschränkt werden soll. Dass mit dieser Beschränkung gleichsam eine Ausweitung der Teilnahmestrafbarkeit einhergehen muss, ist nicht zutreffend. Die Ausnahme der Ordnungswidrigkeiten ist im Übrigen richtig, zeigt aber die Diskrepanz zum Kernstrafrecht, welche für Übertretungen oberhalb der Ordnungswidrigkeitengrenze ebenfalls keine Teilnahmestrafbarkeit vorsieht.

Die soeben gemachten Ausführungen zeigen auch ein grosses Problem des heutigen (und in der Reform weitergeführten) materiellen Verwaltungsstrafrechts und des dazu gehörenden Verwaltungsstrafverfahrensrechts auf: Es ist holzschnittartig auf den – wertungsmässig – schlimmstmöglichen Fall ausgerichtet. Dies führt aber in der grossen Mehrheit der Fälle – das VStrR dient zahlenmässig noch immer der Ahndung von Massendelinquenz – zu einer massiven Überstrenge. Sachrichtiger – und gleichzeitig schonender, d.h. rechtsstattlich angemessener – wäre es, die materiellen Regeln im entsprechenden Spezialerlass vorzusehen, dies würde zu sachgerechten, da den sich in den einzelnen Rechtsgebieten stellenden Fragen angepassten, Lösungen, resp. Rechtsfolgen führen. Dies ist gleichzeitig ein Beispiel für die monierte fehlende Innovationskraft.

2.2 Art. 6 VE-VStrR

In der Praxis des Verwaltungsstrafrechts kommt es immer häufiger vor, dass der unmittelbare Täter gar nicht erst ermittelt wird, sondern direkt der Geschäftsherr in den Blickpunkt der Untersuchung gerät (nachdem dieser, teilweise handelt es sich bei grossen Konzernen gar um den völlig unbeteiligten CEO, als Auskunftsperson vorgeladen wurde). Grund hierfür ist das Konstrukt der fahrlässigen Geschäftsherrenhaftung, welche die Beteiligungsstrafbarkeit viel zu sehr ausweitet und in der praktischen Anwendung immer mehr zu einer blossen Kausalhaftung verkommt. Die Geschäftsherrenhaftung sollte deswegen auf vorsätzliches Unterlassen beschränkt sein.

2.3 Art. 7 VE-VStrR

Ganz grds. ist Art. 7 VStrR, der die sog. stellvertretende Verantwortlichkeit des Unternehmens regelt, ein dogmatisch nicht überzeugendes Konstrukt – gleichwohl ist es in mehrerlei Hinsicht absolut sinnvoll, dass die Norm der Totalrevision nicht zum Opfer gefallen ist (und durch eine dem Art. 102 StGB entsprechende Norm ersetzt wurde, was diskutiert wurde). Allerdings wurden im Rahmen der Totalrevision Änderungen vorgenommen, welche dem Normzweck entgegenstehen.

Zunächst zur Frage, warum eine Beibehaltung der Norm für das Verwaltungsstrafrecht und dessen Praxis unerlässlich ist. Neben der Verfahrensökonomie und der damit einhergehenden, im Verwaltungsstrafverfahren besonders bedeutsamen, Wahrung des Beschleunigungsgebots, ist dies aus Sicht der Verteidigung vor allem der Folgende: Der Regelungsmaterie des VStrR unterfallen im Grundsatz Personen, für welche eine Verurteilung (sogar eine solche, welche nicht im Strafregister eingetragen wird) einer «beruflichen Todesstrafe» gleichkommt. Denn sie verlieren – nicht nur kurzfristig – ihren ausgeübten Beruf und finden in diesem oftmals auch keine neue Anstellung. Die ausserstrafrechtliche Wirkung des Verwaltungsstrafrechts ist deswegen ungleich härter als jene des Kernstrafrechts. Betroffen sind etwa die fachtechnisch verantwortliche Person (im Heilmittelstrafrecht), Compliance- und Geldwäschereispezialisten

(im Finanzmarktstrafrecht) etc.²¹ Da beinahe jede Verwaltungsstraftat auch fahrlässig begehrbar ist, ist der Ahndungsrahmen sehr weit. Es braucht deswegen ein Korrektiv, welche die zutiefst negativen Auswirkungen einer verwaltungsstrafrechtlichen Verurteilung auf das Individuum abfedern kann. Dies ist – in vielen Fällen – der bisherige Art. 7 VStrR.

Der im Rahmen der Totalrevision neu geschaffene Art. 7 VE-VStrR mit seiner Beschränkung auf Fälle, in welchen «eine Busse von höchstens 50 000 Franken in Betracht fällt» (Art. 7 Abs. 1 lit. b VE-VStrR) überzeugt vor diesem Hintergrund nicht. Vielmehr sollte die Norm auch bei «gravierenderen» Anlasstaten Anwendung finden, um den Anwendungsbereich besonders breit zu halten. So sehen die derzeit geltenden Spezialnormen von Art. 100 MWSTG, Art. 125 ZG sowie Art. 133 BGS – also von verwaltungsstrafrechtlich wichtigen Verwaltungsgesetzen – eine Anwendbarkeit der stellvertretenden Haftung des Unternehmens auch bei Bussen von bis zu 100'000.-- Franken vor.²² Zumindest dieser Rahmen sollte nicht unterschritten werden. Zudem sollte die Anwendbarkeit zumindest auf die Deliktskategorie der Vergehen erweitert werden (welche der auf Bussen beschränkte Wortlaut ausschliesst). Dies schon vor dem Hintergrund, als die gesetzgeberische Einordnung als Vergehen oder Übertretung (noch immer) nicht klaren Regeln folgt und oftmals beinahe zufällig erscheint. Zuletzt sollten Entscheide nach Art. 7 VE-VStrR aus strafrechts-dogmatischen Erwägungen nicht – wie heute weit überwiegend üblich – im Wege des Strafbescheids ergehen. Denn dies impliziert eine strafrechtliche Schuld des Unternehmens, welche ja gerade nicht besteht. So sollte die Art. 7 VE-VStrR innewohnende dogmatische Unvereinbarkeit Einfluss auf die Einordnung als Sanktion haben und entsprechende Entscheide sollten als Verwaltungssanktionen bezeichnet werden.

2.4 Art. 11 Abs. 1 und 2 VE-VStrR

Die (bereits im Wege der Strafraahmenharmonisierung vorgenommene) gesetzliche Ausweitung der Verjährung für Übertretungen auf vier resp. – in Abgabesachen – sieben Jahre vermag nicht zu überzeugen, zumal die Übertretungen des sonstigen Nebenstrafrechts in drei Jahren verjähren (vgl. Art. 109 StGB). Dies ist wertungswidersprüchlich und verstösst gegen den Grundsatz der Einheit der Rechtsordnung.

2.5 Art. 11 Abs. 4 VE-VStrR

Noch deutlich problematischer ist indes, dass (nach dem gescheiterten Versuch im Entwurf des Bundesgesetzes über die Harmonisierung der Strafraahmen) erneut versucht werden soll, die dogmatisch verfehlte Rechtsprechung des Bundesgerichts zur Unterbrechung der Verjährung durch Erlass einer Strafverfügung in Art. 11 Abs. 4 E-VStrR aufzunehmen. Diese Rechtsprechung des Bundesgerichts ist – auch wenn uns dies der Erläuternde Bericht auf S. 32 f. anders glauben lassen will – keineswegs «gefestigt», sie wurde zwischenzeitlich sogar vom Bundesgericht selbst angezweifelt²³ und wird sich mit überwiegender Wahrscheinlichkeit ändern. Es gibt unzählige wissenschaftliche Ausführungen, welche sich mit der Problematik befassen und ganz

²¹ Vgl. dazu auch oben Ziff. 1.4 mit Fn. 18 und 19.

²² Vgl. Zur praktischen Handhabung der genannten Normen MARKWALDER, Droit pénal de l'entreprise: Évolutions et perspectives en droit pénal administratif, in: Développements récents en droit pénal de l'entreprise III (Hrsg.: Macaluso/Moreillon/Lombardini/Garbarski), S. 143 ff.

²³ BGE 139 IV 62, E. 1.4.6.

grossmehrheitlich die (bisherige) bundesgerichtliche Praxis kritisieren.²⁴ Entgegen den Ausführungen im Erläuternden Bericht konnte das Bundesgericht diese auch keineswegs entkräften, im Gegenteil wurden viele Argumente gar nicht beachtet. Dies hängt offenbar auch damit zusammen, dass gar nicht bekannt ist, wie und von wem die jeweilige Strafverfügung verfasst wird. Es wird nämlich in den allermeisten Fällen so sein, dass diese gar nicht vom unterzeichnenden Direktor oder Chef der Strafrechtseinheit erstellt wird, sondern vom Untersuchungsbeamten, der bereits den Strafbescheid erstellte. Dieser steht ganz offensichtlich nicht einem unabhängigen Gericht gleich (welches der Gesetzgeber in Art. 97 Abs. 3 StGB ausdrücklich fordert, wobei die Norm über Art. 2 VStrR auch im Verwaltungsstrafrecht Anwendung findet). Dass gemäss dem Erläuternden Bericht gerade eine Angleichung mit Art. 105 MWSTG erzielt werden soll, ist ebenfalls höchst kritisch zu betrachten: Die Verjährungsregeln des Mehrwertsteuerstrafrechts (und die dortige Unterscheidung zwischen Einleitungs- und Durchführungsverjährung, welche – wenig verwunderlich – im E-VStrR gleichwohl nicht übernommen wird) sind in höchstem Masse problematisch. Beim Mehrwertsteuerstrafrecht ist denn auch zu beachten, dass dieses im Rahmen der parlamentarischen Beratungen unter grösstem Zeitdruck formuliert wurde, weil die strafrechtlichen Bestimmungen der bundesrätlichen Vorlage die Errungenschaften der materiellen Mehrwertsteuerreform ausgehebelt hätten, was im Rahmen der parlamentarischen Diskussionen erkannt wurde (dieses Beispiel zeigt, wie stark das Verwaltungsstrafrecht das materielle Verwaltungsrecht, namentlich das Abgaberecht, beeinflusst; diese Überlegungen werden im Rahmen der Totalrevision aber nicht gemacht).

2.6 Art. 11 Abs. 4 VE-VStrR

Bei Art. 12 VStrR handelt es sich trotz seiner Verortung im VStrR nicht um eine Strafnorm, sondern um eine Nachleistungsnorm – sie ist in einem Strafgesetz somit eigentlich fehl am Platz.²⁵ Die Tatsache, dass diese für alle Abgabearten des Bundes identische Tatbestandsvoraussetzungen hat, führt dazu, dass – namentlich auch in Bezug auf die Verjährung – inkongruente Regelungen gegenüber den im entsprechenden Spezialerlass vorgesehenen Grundregeln auftreten. Das Regel-/Ausnahmeprinzip wird damit ad absurdum geführt. Selbstverständlich braucht es Normen, die die (nachträgliche) Durchsetzung des materiellen Verwaltungsrechts sicherstellen. Diese Normen sind aber im entsprechenden Spezialerlass, bezogen auf die Besonderheiten dieses Rechtsgebiets zu formulieren. Alles andere führt zu rechtsstaatlich nicht begründbaren Ergebnissen, bspw. im Abgaberecht zu einem überschüssenden Abgabeerhebungsrecht bei in die Tathandlung nicht involvierte Personen (bspw. kann der ahnungslose Käufer einer Ware für die vom Verkäufer nicht entrichtete Einfuhrsteuer belangt werden).²⁶

²⁴ BSK VStrR-ACHERMANN/FRANK, Art. 2 N 232; MARKWALDER/FRANK, fp 2018, S. 543; GARLAND/FRANK, fp 2020, S. 479 ff.; RIEDO/ZURBRÜGG, AJP 2009 S. 377 f.; JAGGI, ZStrR 2006, S. 437-454; DENYS, Prescription de l'action pénale: les nouveaux art. 70, 71, 109 et 333 al. 5 CP, SJ 2003 II, S. 56, 59 f.; MACALUSO/GARBARSKI, AJP 2018, S. 117 ff.; a.A. BSK VStrR-BURRI/EHMANN, Art. 70 N 24 ff.

²⁵ Vgl. zur Problematik von Art. 12 VStrR bereits die Vernehmlassung des SAV zur Revision des Steuerstrafrechts vom 30. September 2013, Rz. 37 ff.

²⁶ Vgl. u.a. BVGer A-1876/2021 v. 22.11.2022, E. 4.7.3.

Darüber hinaus ist Art. 12 VStrR viel zu offen formuliert und leidet bereits an einem Grundmangel, nämlich jenem, dass ein Verwaltungsgericht – das Bundesverwaltungsgericht – über verwaltungsstrafrechtliche Vorfragen entscheiden muss (für Art. 12 Abs. 2 VStrR zumindest die objektiven Tatbestandsvoraussetzungen der jeweiligen Strafnorm). Letzteres führt zu einer deutlich zu extensiven Anwendung der Norm, welche oftmals gravierende finanzielle Auswirkungen für die betroffenen Kleinbetriebe hat.

3. Zu einigen Normen des Verwaltungsstrafverfahrens

Das derzeit geltende VStrR ist in erster Linie ein Verfahrensgesetz, 87 von 103 Normen sind prozessualer Natur. Dieses Ungleichgewicht wird durch das VE-VStrR noch erheblich potenziert, finden sich doch nunmehr 292 prozessuale (von insgesamt 308) Normen im Gesetz. Mehr als ein Drittel derselben finden sich in einem umfangreichen Zwangsmassnahmenkatalog (dazu Ziff. 3.8). Gleichzeitig fällt auf, dass die Beschuldigtenrechte in zahlreichen Fällen verkürzt werden sollen (dazu etwa Ziff. 3.4, 3.6, 3.7, 3.10 und 3.11). Zudem wechselt das nunmehr vorgesehene Verfahrensrecht mehrfach zwischen Verwaltungsstrafverfahrensrecht und Strafprozessrecht (dazu Ziff. 3.3): Die Untersuchung startet im Verwaltungsstrafverfahrensrecht, das Zwangsmassnahmenverfahren richtet sich nach Strafprozessrecht, das weitere Verfahren dann nach Verwaltungsstrafverfahrensrecht wohingegen sich das gerichtliche Verfahren wiederum nach Strafprozessrecht richtet. Ein solche Gesetzgebung ist nicht vermittelbar; man stelle sich nur praktisch vor, welchen Ausbildungsaufwand ein solches Konzept – auch verwaltungsintern – generiert. Denn die Untersuchungsbeamten müssen sowohl im Verwaltungsstrafverfahrensrecht als auch im Strafprozessrecht stets up to date sein (im materiellen Verwaltungsstrafrecht und damit einhergehend dem Allgemeinen Teil des StGB ohnehin). Vor diesem Hintergrund fragt sich, warum zwar viele strafprozessuale Normen (teilweise wortwörtlich) übernommen wurden, nicht aber gleich die (zumindest einigermaßen) austarierte gesamte Strafprozessordnung.

Bevor einzelne Normen kurz kommentiert werden, ist vorab festzuhalten, dass nicht einmal ansatzweise alle (verfehlten) Normen analysiert werden können. Dies übersteigt die Möglichkeiten einer Milizorganisation bei weitem. Die nachfolgenden Beispiele zeigen aber auf, dass das Konzept nicht überzeugt und – wie bereits einleitend festgehalten – auf die Totalrevision verzichtet werden sollte, zumindest in dieser Form.

3.1 Art. 26 VE-VStrR

Dem Beschleunigungsgebot kommt im Verwaltungsstrafverfahren eine besondere Bedeutung zu²⁷ – ohne dass dies unter geltendem Recht, trotz recht eindeutiger gesetzgeberischer Hinweise, auch nur gelebt wird. Vor diesem Hintergrund erscheint die besondere Erwähnung in Art. 26 VE-VStrR an für sich zwar begrüssenswert, allerdings besteht die Gefahr, dass das Prinzip mit dieser Erwähnung weiter ein blosses Lippenbekenntnis bleibt. Vielmehr sollten sich im Gesetz Normen finden, welche der untersuchenden Bundesverwaltungsbehörde – und nicht nur einseitig dem Beschuldigten resp. seiner Verteidigung (etwa die zehntägige

²⁷ BSK VStrR-ACHERMANN/FRANK, Art. 2 N 59 f. m.w.Hinw. Vgl. auch die explizite Erwähnung im Erläuternden Bericht oben Fn. 1.

Beschwerdefrist in Art. 49 Abs. 3 VE-VStrR oder die zehntägige Frist zum Ersuchen um gerichtliche Beurteilung des Art. 275 Abs. 1 VE-VStrR) – ein schnelles Tätigwerden auferlegt. So findet sich etwa bei der Beschwerde bei sonstigen Untersuchungshandlungen keine Frist, innert welcher die Chefin oder der Chef der Strafverfolgung über die Beschwerde zu entscheiden hat. Im heute geltenden Recht kann dies viele Monate dauern (wobei die beschuldigte Person resp. ihre Verteidigung nach geltendem Recht nur drei Tage hat, um seine Beschwerde zu begründen).

3.2 Art. 29 Abs. 1 und 2 VE-VStrR

Art. 29 Abs. 1 VE-VStrR ist eine grds. sinnvolle Norm (vgl. auch die Ausführungen oben Ziff. 1.4). Dass Art. 52 StGB – der über Art. 2 VE-VStrR nach wie vor anwendbar wäre – mit seinen kumulativen Voraussetzungen an dieser Stelle nicht übernommen wurde, ist begrüssenswert. Fraglich ist aber, ob nicht auf die Formulierung des «besonders» leichten Falles verzichtet und ein «leichter Fall» für das Absehen von Strafverfolgung vorgesehen werden sollte. Dies würde dem Opportunitätsprinzip, welchem im Verwaltungsstrafrecht nach hier vertretener Ansicht eine besondere Bedeutung zukommen muss²⁸, ein grösseres Gewicht, der Untersuchungsbehörde einen grösseren Ermessensspielraum einräumen. Die Streichung des Begriffs «besonders» dient zudem der Verwaltungsökonomie, weil die Bundesverwaltungsbehörden erheblich von Bagatellfällen entlastet würden und sich so auf Fälle mit grossem Unrechtsgehalt fokussieren könnten. Zudem ist unklar, warum die in Art. 8 Abs. 2 StPO vorgesehenen Verzichtsründe nicht übernommen werden.

3.3 Art. 34 lit. a VE-VStrR «Zwangsmassnahmengericht» sowie Art. 43 und 44 VE-VStrR

Die Entscheidung über Zwangsmassnahmen soll den kantonalen Zwangsmassnahmengerichten übertragen werden. Die Schaffung eines «Bundeszwangsmassnahmengerichts» – welches es mit dem Bundesstrafgericht faktisch schon in gewisser Hinsicht gibt, denn dieses entscheidet über sämtliche Beschwerden – wird im Erläuternden Bericht (S. 58) zwar diskutiert, im Endeffekt aber verworfen. Dies ist schade, vielmehr sollte dessen Zuständigkeit ausgebaut werden, ist es doch – anders als die kantonalen Gerichte – schon seit vielen Jahren mit verwaltungsstrafrechtlichen Fragestellungen betraut (Ausnahme sind Haftverfahren, welche bereits nach geltendem Recht vor kantonalen Zwangsmassnahmengerichten geführt werden – allerdings sind Haftfälle sehr selten, im Vergleich zu eröffneten Verwaltungsstrafverfahren dürften sie sich, anders als im Kernstrafrecht, im Promillebereich bewegen).²⁹ Es soll noch einmal daran erinnert werden: Der Gesetzgeber überträgt die Führung von Verwaltungsstrafverfahren spezialisierten Bundesverwaltungsbehörden, da diese – so der Gesetzgeber – mit den sich stellenden Fragen besser vertraut sind als Staatsanwaltschaften. Nun soll über die dabei anfallenden relevanten Fragen aber ein kantonales Zwangsmassnahmengericht entscheiden. Dieses muss, ohne jegliche Erfahrung im Verwaltungsstrafrecht und dem zugrundeliegenden Verwaltungsrecht, innert kürzester Zeit das

²⁸ Vgl. dazu auch oben Ziff. 1.4 und EICKER/FRANK/ACHERMANN, a.a.O., S. 146 m.w.Hinw.

²⁹ FRANK, a.a.O. (Fn. 6), S. 488 ff.

Vorliegen eines dringenden Tatverdachts beurteilen – ohne Kenntnis im Steuerrecht, im Finanzmarktrecht, im Geldspielrecht, im Heilmittelrecht etc. Das ist der völlig falsche Weg und es versteht sich beinahe von selbst, dass sich das kantonale Gericht einfach auf die Ausführungen der spezialisierten Bundesverwaltung verlässt. Vielmehr sollte das bestehende Know-How des Bundesstrafgerichts (bisher alleinige Beschwerdeinstanz) genutzt und weiter ausgebaut werden, um die aufgeworfenen Spezialfragen objektiv entscheiden zu können.

3.4 Art. 37 VE-VStrR

Art. 37 VE-VStrR soll offenbar den Beizug externer Fachpersonen ermöglichen, deren Anstellung sich die untersuchende Bundesverwaltungsbehörde finanziell nicht leisten können soll (der Erläuternde Bericht spricht auf S. 49 davon, dass dies «*die Mittel und Aufgaben dieser Behörde oft überschreiten*» würde). Dies überzeugt in mehrfacher Hinsicht nicht. Zum einen wollen die Bundesverwaltungsbehörden aus eigenem Antrieb Verwaltungsstrafverfahren führen, dies insb. vor einem monetären Hintergrund (die im Verwaltungsstrafverfahren über Bussen und Einziehungen generierten Einkünfte dürften die Ausgaben oftmals weit übersteigen) – dann aber kann eine Weggabe geheimnisgeschützter Informationen an ausserbehördliche Dritte nicht mit monetären Erwägungen begründet werden; dies wäre blosser Rosinenpickerei. Zum anderen wird offenbar versucht, die Zuständigkeit sogar dann in der Kompetenz der Bundesverwaltungsbehörde zu halten, wenn diese fachlich nicht in der Lage ist, die Untersuchung zu führen. Damit wird die gesetzgeberische Intention ins Gegenteil verkehrt, der Betroffene wird seinem gesetzlichen Richter entzogen (der die Bundesverwaltungsbehörde ja sein will, indem deren Strafverfügung gleich einer gerichtlichen Instanz die Verjährung unterbrechen können soll, vgl. Art. 11 Abs. 4 VE-VStrR³⁰). Zudem besteht mit dem Einsatz solcher Personen die Gefahr einer Umgehung der bundesgerichtlichen Rechtsprechung: Denn mit der Sicherung von Daten befasst sich in Fällen der Nichtfreigabe von Passwörtern das Entsiegelungsgericht, denn nur dieses ist mit der Entsperrung befasst (welches einer Sicherung regelmässig vorgeht).³¹

3.5 Art. 40 VE-VStrR

Art. 40 VE-VStrR soll die Vereinigung von Verfahren erleichtern. Über die derzeit in Art. 20 Abs. 3 VStrR geregelte Verfahrensvereinigung mit Verfahren der Bundesanwaltschaft oder der kantonalen Staatsanwaltschaften hinausgehend soll auch eine Vereinigung mit Verwaltungsstrafverfahren anderer Bundesverwaltungsbehörden möglich sein. Im Endeffekt führen beide Vereinigungsmöglichkeiten die gesetzgeberische Intention ad absurdum, nach welcher für die Führung von Verwaltungsstrafverfahren spezifische Fachkenntnisse benötigt, welche lediglich die jeweils konkrete Bundesverwaltungsbehörde haben soll. Wenn kantonale Staatsanwaltschaften Verwaltungsstrafverfahren nämlich qua Sachzusammenhang führen können (notabene dann auf strafprozessualer Grundlage), so zeigt dies, dass die für die Zuständigkeitsbegründung notwendige Fachkenntnis keineswegs nur in Händen der Bundesverwaltung liegen kann. Dies gilt umso mehr, als dass in der Praxis regelmässig nur grosse bis sehr grosse Fälle an die Staatsanwaltschaften resp. die Bundesanwaltschaft übertragen werden.

³⁰ Vgl. dazu oben zu Ziff. 2.5.

³¹ BGer 1B_432/2021 v. 28.02.2022, E. 2 und 3.

3.6 Art. 69 VE-VStrR

Art. 69 VE-VStrR soll dem Grundsatz der Justizöffentlichkeit Genüge tun und sich an Art. 69 f. StPO angleichen. Dem ist indes mitnichten so, die angedachte verwaltungsstrafrechtliche Regelung geht deutlich weiter – und dies ohne jeden Grund. Dies sowohl in sachlicher als auch in persönlicher als auch in zeitlicher Hinsicht. So ist es keineswegs ersichtlich, warum auch in das Schlussprotokoll Einsicht genommen werden können soll. Dass der Strafbescheid teilweise (aber keineswegs immer) kurz resp. kürzer begründet wird als die Strafverfügung, bedeutet selbstverständlich nicht, dass dann auch in das Schlussprotokoll Einsicht genommen werden können sollte. Zwar schliesst das Schlussprotokoll die Untersuchung grds. ab, das Beweisergebnis, welches dem Strafbescheid zugrunde liegt, kann durch gestellte Beweisanträge aber noch ganz erheblich vom Sachverhalt des Schlussprotokolls abweichen. Dass Dritte in ein früheres Beweisergebnis Einsicht erhalten, macht keinen Sinn. Erst recht nicht, wenn es nur ein Schlussprotokoll für mehrere Beschuldigte gibt, deren Verfahren aber teilweise noch gar nicht abgeschlossen sind. Um es nochmals in aller Deutlichkeit zu sagen: Die ausserstrafrechtlichen Folgen (z.B. für das Berufsleben) sind im Verwaltungsstrafrecht – vor allem auch bei einem Vergleich der jeweiligen Deliktsschwere – deutlich gravierender als im Kernstrafrecht (vgl. oben Ziff. 1.4). Durch eine extensive Handhabung der Justizöffentlichkeit potenziert sich diese Problematik. Offenbar nimmt der Staat seine eigene Betroffenheit deutlich wichtiger als jene von Individualinteressen im Kernstrafrecht, obwohl Letztere ungleich stärker betroffen sind. Warum die Vermutung bestehen soll, dass «Anwältinnen und Anwälte» ein spezifisches Interesse an einer Einsichtnahme haben, dem ein «höherer Stellenwert» zukommen soll, erschliesst sich nicht. Bereits jetzt ist in der Praxis auffällig, wie versucht wird, in Verwaltungsstrafverfahren Einsicht zu nehmen um damit ausserverwaltungsstrafrechtliche Zwecke zu verfolgen. Dies auf Kosten des Geheimhaltungsinteresses der beschuldigten Personen. Letzterem sollte indes ein deutliches grösseres Gewicht gegeben werden. Vollkommen verfehlt ist zuletzt auch die zeitliche Dimension, welche mit einer sechs-monatigen Einsichtsmöglichkeit deutlich zu lange und viel weiter geht, als die Auflage bei den Staatsanwaltschaften dauert. Mit der Vielzahl von Entscheidungen kann dies jedenfalls nicht begründet werden (zumal es in vielen Bereichen überhaupt nicht viele Entscheide gibt).

3.7 Art. 87 VE-VStrR «Bagatellfall»

Die amtliche Verteidigung wurde in Hinblick auf die Anlasstat grundlegend geändert. Während bis jetzt eine Busse von über 2'000.-- Franken ausreichte (Art. 33 Abs. 2 VStrR), wird nun der aus Art. 132 Abs. 3 StPO bekannte Bagatellfall (120 Tagessätze) oder eine voraussichtlich zu erwartende Busse in Höhe von mehr als 12'000.-- Franken vorausgesetzt.

Die heute geltende Grenze von 2'000.-- steht im Einklang mit der in Art. 65 VStrR vorgesehenen Grenze zum abgekürzten Verfahren, wobei es sich regelmässig (aber nicht ausschliesslich, wie bspw. Fälle des Finanzmarktstrafrechts zeigen) um einfache Massenfälle (z.B. Hinterziehung von MWST bei Einfuhr von Waren) handelt. Darüber hinaus, also in gravierenderen Fällen, war es dem Gesetzgeber ganz offensichtlich wichtig, dass die beschuldigte Person nicht unverteidigt ist, auch um die gleichlangen Spiesse zu wahren – der Wissensvorsprung der untersuchenden Bundesverwaltungsbehörde sollte ausgeglichen werden. An all dem hat sich heute nichts geändert. Dies umso mehr, wenn man die bereits mehrfach angesprochenen Nebenfolgen (oben Ziff. 1.4) bedenkt: Bereits jede Verurteilung,

nicht nur jene, welche im Strafregister eingetragen wird, kann erhebliche berufliche Konsequenzen haben, bspw. für den Compliance-Officer einer Bank bei einem GwG-Verstoss, die fachtechnisch verantwortliche Person bei einem Verstoss gegen das HMG und für den Betreiber von Geldspielautomaten bei einem Verstoss gegen das BGS. Mit einem Strafregistereintrag potenziert sich die Problematik, berufliche Folgen sind die absolute Regel. Somit sollte die Bagatellgrenze jedenfalls nicht über 5'000.-- Franken liegen, denn ab dieser Bussenhöhe gibt es einen Strafregistereintrag (Art. 18 Ziff. 1 lit. c Abs. 3 StReG).

3.8 Art. 153 ff. VE-VStrR Zwangsmassnahmen

Im bisher geltenden Verwaltungsstrafverfahrensrecht gibt es grds. drei Zwangsmassnahmen (Beschlagnahme, Durchsuchung, Haft), welche der untersuchenden Bundesverwaltungsbehörde zur Verfügung stehen und in den Art. 45-60 VStrR geregelt sind.³² Diese Zahl ist nun ganz erheblich angewachsen (Art. 153-255 VE-VStrR), dies insb. in Bezug auf geheime Überwachungsmöglichkeiten. Ganz grundsätzlich besteht hierdurch bei einem noch immer grossmehrheitlich auf die Verfolgung von Übertretungen ausgerichteten Rechtsgebiet wie dem Verwaltungsstrafrecht die Gefahr eines (empirisch freilich nicht belegten) «Gewöhnungseffekts», welcher dazu führen könnte, die Anwendungsgrenze für schwere Zwangsmassnahmen immer weiter abzusenken resp., umgekehrt, die Gefahr einer Aufstufung bestehender Übertretung zu Vergehen/Verbrechen, um diese zu Anlasstaten schwerer Zwangsmassnahmen «aufzustufen». Dies insb. dann, wenn entsprechende Verurteilungszahlen nicht erreicht werden. Dem bis anhin einigermassen austarierten System im Verwaltungsstrafverfahren dient dies nicht. Ein Beispiel: Die geheimen Überwachungsmassnahmen sehen neu nun auch Art. 14 Abs. 3 VStrR als Katalogtat vor – diese Bedeutung mass der Gesetzgeber dem derzeit geltenden Art. 14 Abs. 4 VStrR (ebenfalls ein Verbrechenstatbestand) nicht zu, weswegen dieser eben gerade keine Katalogtat des Art. 269 StPO darstellt. Dies ist auch deswegen bedeutsam, weil Art. 14 VStrR einer jener Normen ist, die in die Untersuchungskompetenz verschiedenster Bundesverwaltungsbehörden fällt. Die Gefahr besteht, dass die jeweilige Bundesverwaltungsbehörde wegen Art. 14 Abs. 3 VE-VStrR eröffnet, geheime Überwachungsmassnahmen anwendet, dann aber nur wegen «Grundnormen» (bspw. Art. 97 MWSTG oder Art. 118 ZG) verurteilt, dies aber gestützt auf die Erkenntnisse der geheimen Überwachungsmassnahmen. Das Regel-/Ausnahme-Prinzip wird damit ins Gegenteil verkehrt.

Nun könnte man meinen, dass etwa schwere Fälle des illegalen Arzneimittelhandels oder gewerbs- oder bandenmässige Verstösse gegen das Geldspielrecht – Vorwürfe, die allesamt dem Verwaltungsstrafrecht unterfallen – besondere Überwachungsmassnahmen rechtfertigen. Die Besonderheit ist nun, dass die gesetzlichen Grundlagen für diese bereits bestehen (vgl. Art. 90a HMG resp. Art. 269 Abs. 1 lit. I StPO bzw. Art. 269 Abs. 1 lit. m StPO) allerdings bisher offensichtlich nie angewandt wurden. Es scheint also auch ohne diese zu gehen, die Bundesverwaltungsbehörden benötigen diese offensichtlich nicht.

³² Dass von Gerichten teilweise andere Zwangsmassnahmen wie Observationen ohne gesetzliche Grundlage zugelassen wurden, zeigt die Problematik des Verwaltungsstrafrechts.

Zudem zeigt sich am Beispiel der Zwangsmassnahmen, dass die Totalrevision stets auf den – wertungsmässig – schlimmstmöglichen Fall ausgerichtet ist, welchen es aber fast nie geben dürfte. Ein Beispiel: Der Erläuternde Bericht führt auf S. 121 selbst aus, dass im «Verwaltungsstrafrecht (...) Verfahren, in denen eine Erhebung biologischer Spuren und die Entnahme von Proben an verdächtigen Personen notwendig ist, nicht sehr häufig sein dürften.» Dem ist vollumfänglich zuzustimmen. Warum nach den Art. 186 ff. VE-VStrR gleichwohl eine DNA-Analyse zulässig sein sollte, erschliesst sich vor diesem Hintergrund nicht. Zwangsmassnahmen für absolute Ausnahmefälle zu schaffen, ist vor dem bereits angesprochenen «Gewöhnungseffekt» nicht angezeigt.

3.9 Art. 261 VE-VStrR

Im Rahmen der Auflistung der Einstellungsgründe – bei welchen die Art. 2 VE-VStrR i.V.m. Art. 52 ff. StGB explizit ausser Acht gelassen werden –, bestünde die Möglichkeit, den Opportunitätsgrundsatz zu implementieren, vgl. dazu oben Ziff. 1.4.

3.10 Art. 268 VE-VStrR

Im Verwaltungsstrafrecht ist das (derzeit in Art. 65 VStrR geregelte) abgekürzte Verfahren bisher ein Mittel zur Behandlung von Massefällen. Warum dieses (auch in rechtsstaatlicher Hinsicht durchaus kritisch zu sehende) Institut – auch vor dem Hintergrund des Beschleunigungsgebots – neu indes nur bis zu einer Busse von 5'000.-- Franken anwendbar sein soll, erschliesst sich nicht. Ganz offensichtlich hat das Verwaltungsstrafrecht nach der gesetzgeberischen Intention – die Zunahme von Vergehens- und Verbrechenstatbeständen zeigt dies eindeutig – bereits seit längerem nicht nur Masseverfahren im Blick. Dann aber könnten sich Erledigungsmechanismen – auf die rechtsstaatlichen Bedenken wird nochmals ausdrücklich hingewiesen – auch bei mittelschwerer und schwerer Kriminalität anbieten, was für einen Ausbau des Anwendungsbereiches spräche. In jedem Fall aber fehlt Art. 268 VE-VStrR die in Art. 362 Abs. 4 StPO explizit vorgesehene Beweisverwertungsregel, was sich aufgrund der bereits mehrfach erwähnten Nebenfolgen einer verwaltungsstrafrechtlichen Verurteilung (oben Ziff. 1.4) auch nicht mit dem vorgesehenen Bussenrahmen begründen lässt.³³

3.11 Art. 274 VE-VStrR

Art. 274 E-VStrR ersetzt den geltenden Art. 71 VStrR, schwächt diesen aber in entscheidenden Punkten ab. Dass die Bundesverwaltung ihr Ermessen hinsichtlich eines Überspringens des Einspracheverfahrens ausüben muss, wird im Erläuternden Bericht zwar explizit erwähnt (S. 153), findet sich im revidierten Normwortlaut aber nicht mehr. Dabei wird entsprechenden Gesuchen heute ohne jede Begründung (und auch mit Sicherheit ohne Ausübung jedweden Ermessens) kaum je nachgekommen, obwohl die Durchführung des Einspracheverfahrens für die beschuldigte Person sehr nachteilig sein kann: Sie muss nämlich einerseits die teils sehr hohen Kosten für den Erlass der Strafverfügung tragen. Und andererseits nutzt die Bundesverwaltung die Strafverfügung regelmässig dazu, um ihre Anklageschrift zu verbessern. Denn dass die Sache ans Gericht geht, steht mit dem gestellten Gesuch der beschuldigten Person fest. Die Änderung des Normwortlauts schwächt also die Beschuldigtenrechte, die Pflicht zur Ermessenausübung ist vielmehr deutlich hervorzuheben.

³³ BSK VStrR-OEHN/THOMMEN, Art. 65 N 32, kritisieren dies zu Recht bereits für das geltende Recht.

Gleiches gilt in Hinblick darauf, dass eine Beschwerdemöglichkeit gegen diesen Verwaltungsentscheid nicht möglich sein soll, was nun ausdrücklich im Normwortlaut aufgenommen wurde. Dies geht zurück auf einen Entscheid des Bundesstrafgerichts, der indes keinesfalls unbestritten ist. Aufgrund des Vorerwähnten sollte eine Beschwerdemöglichkeit gerade gegeben sein.

Der Schweizerische Anwaltsverband hofft, Ihnen mit seinen Ausführungen zu dienen und steht für die Beantwortung von Fragen gerne zur Verfügung.

Mit vorzüglicher Hochachtung

Präsident SAV
Matthias Miescher

Generalsekretär SAV
René Rall



Bundesamt für Justiz BJ
Herr Patrick Rohner
Bundesrain 20
3003 Bern
info.strafrecht@bj.admin.ch

Bern, 10. Mai 2024 sgv-KI/ye

Vernehmlassungsantwort: Totalrevision des Verwaltungsstrafrechts

Sehr geehrte Damen und Herren

Als grösste Dachorganisation der Schweizer Wirtschaft vertritt der Schweizerische Gewerbeverband sgV über 230 Verbände und über 600 000 KMU, was einem Anteil von 99.8 Prozent aller Unternehmen in unserem Land entspricht. Im Interesse der Schweizer KMU setzt sich der grösste Dachverband der Schweizer Wirtschaft für optimale wirtschaftliche und politische Rahmenbedingungen sowie für ein unternehmensfreundliches Umfeld ein.

Mit Schreiben vom 31. Januar 2024 lädt das Eidgenössische Justiz- und Polizeidepartement EJPD ein, sich zur Totalrevision des Verwaltungsstrafrechts zu äussern. Die Totalrevision umfasst nicht nur die Modernisierung des Verfahrens durch eine grundsätzliche Annäherung an die Strafprozessordnung, sondern vereinheitlicht die Standards für kantonale und eidgenössische Verfahren. Eine neue Regelung der Strafbarkeit von Straftaten in Geschäftsbetrieben soll eingeführt werden. Das Unternehmen wird künftig mit einer Busse bis zu 50 000 Franken bestraft, wenn in Ausübung geschäftlicher Verrichtung eine verwaltungsstrafrechtliche Übertretung begangen wird.

Der Schweizerische Gewerbeverband sgV hat nichts gegen eine Modernisierung des Verwaltungsstrafrechts und eine Vereinheitlichung von Standards, lehnt aber Strafverschärfungen für Unternehmen dezidiert ab. Im Einzelnen nehmen wir wie folgt Stellung zur Vorlage:

Grundsätzliches

Aus Sicht des sgV steht einer generellen Modernisierung des Verwaltungsstrafrechts und einer Vereinheitlichung von Standards für kantonale und eidgenössische Verfahren grundsätzlich positiv gegenüber, erwartet aber daraus entsprechende Effizienzverbesserungen und kürzere Verfahren.

Bussen für Unternehmen (Art. 7 VE-VStrR)

Die Vorlage fordert in Art. 7 eine Erhöhung der Busse von CHF 5'000.- auf 50'000.-. Der sgV lehnt diese Erhöhung für die massgebliche Busse ab. Es ist nicht ersichtlich, wieso eine zehnfache Strafverschärfung notwendig sein sollte, zumal gerade für kleinere und mittlere Betriebe Bussen in dieser Grössenordnung nicht tragbar sind.

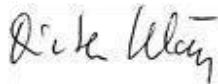
Polizeiliche Zuständigkeit (Art. 39 VE-VStrR)

Bislang werden die kommunalen und kantonalen Polizeikörper zur Unterstützung beigezogen. Mit dem neu zu schaffenden Art. 39 soll jetzt auch die Bundespolizei Kompetenzen erhalten. Die Möglichkeit, die Dienste der Bundeskriminalpolizei in Anspruch zu nehmen, bringt neue Aufgabe für fedpol mit sich. Art. 39 soll eine Kann-Vorschrift begründen. Die Verwaltungseinheit kann die Bundeskriminalpolizei auch mit Ermittlungen beauftragen. Es ist aber nicht klar, in welchen Fällen die Bundespolizei eingeschaltet werden soll. Der sgv unterstützt diese Kompetenzverlagerung nicht, zumal nicht klar, ist, wann sie zustande kommen soll und in die Zuständigkeit der Kantone eingreift.

Freundliche Grüsse

Schweizerischer Gewerbeverband sgv

Urs Furrer
Direktor



Dieter Kläy
Ressortleiter

Bundesamt für Justiz
Herr Bundesrat Beat Jans
3003 Bern

Per E-Mail

Info.strafrecht@bj.admin.ch

Bern, 03. April 2024

Totalrevision des Verwaltungsstrafrechts (VStrR) - Vernehmlassung SSK

Sehr geehrter Herr Bundesrat
Sehr geehrte Damen und Herren

Mit Schreiben vom 31. Januar 2024 haben Sie unsere Konferenz eingeladen, zur erwähnten Revisionsvorlage Stellung zu nehmen. Hierfür danken wir Ihnen bestens.

A. Vorbemerkungen

Mit dieser Revision will der Bundesrat das Verwaltungsstrafrecht und das Verwaltungsstrafverfahren, das in seiner heutigen Fassung von den eidgenössischen Räten 1974 verabschiedet wurde, den bisherigen Entwicklungen anpassen. Dies soll in erster Linie mit einer grundsätzlichen Angleichung an die geltende Strafprozessordnung geschehen. Im Verwaltungsstrafrecht sollen die gleichen Verteidigungsrechte gewährt werden wie im ordentlichen Strafrecht. Gleichzeitig sollen den Verwaltungsstrafverfolgungsbehörden moderne und effiziente Verfahrensinstrumente an die Hand gegeben werden.

Die SSK begrüsst die Modernisierung und Angleichung an die Regeln des ordentlichen Strafprozesses. Die in der Vernehmlassungsvorlage vorgeschlagenen Neuerungen werden weitreichende Auswirkungen auf die zukünftige Tätigkeit und Prozesse der Verwaltungsstrafverfolgungsbehörden haben. Angesichts der Tatsache, dass die Verfolgung von Widerhandlungen gegen die Verwaltungsgesetze des Bundes deren genaue Kenntnisse voraussetzt, überträgt das VStrR diese Aufgabe der Bundesverwaltung, was mit Blick auf das materielle Recht sachgerecht ist.

1. Kernanliegen der SSK

Heute besteht im ordentlichen Strafprozess neben der kantonalen Gerichtsbarkeit zusätzlich eine vollständige Bundesgerichtsbarkeit für Strafsachen des Bundes. Die Verwaltungsstrafverfolgungsbehörden, die das Verwaltungsstrafrecht des Bundes anwenden, sind Bundesbehörden. Die SSK setzt sich als logische Konsequenz daraus für eine **stringente Trennung** der Bundesverwaltungsstrafsachen von kantonalen Aufgaben sowohl im Vor- als auch im Hauptverfahren ein. Die im VE-VStrR geplante Beibehaltung der komplizierten Verflechtung von Zuständigkeiten des Bundes und der Kantone bei der Verfolgung von Verwaltungsstrafsachen des Bundes ist angesichts der auf dem Tisch liegenden Argumente nicht nachvollziehbar und lehnen wir konsequent ab (vgl. nachfolgend 4. sowie B.2. – 4.).

2. Belassen der Zuständigkeit bei den Verwaltungseinheiten

Es ist grundsätzlich zu begrüssen, dass die Zuständigkeit für die Verfolgung und Beurteilung von Straftaten gänzlich bei den Verwaltungseinheiten belassen wird, solange es nicht zu einer Anklage mit Freiheitsstrafen, freiheitsentziehende Massnahmen und Landesverweisung kommt.

3. Kantonale Zwangsmassnahmengerichte

Was die Zuständigkeiten der Strafbehörden betrifft, schlägt der Vorentwurf vor, die geltende Ordnung grösstenteils beizubehalten. Allerdings sollen künftig die kantonalen Zwangsmassnahmengerichte alle Befugnisse übernehmen, die sie auch im ordentlichen Strafverfahren haben, einschliesslich derjenigen, die heute die Beschwerdekammer des Bundesstrafgerichts im Zusammenhang mit der Entsiegelung wahrnimmt (EB, S. 3).

Mit dieser Regelung wäre der Mehraufwand für die kantonalen Zwangsmassnahmengerichte beträchtlich. Dies hätte auch eine Reflexwirkung auf die Ressourcen vor allem der kantonalen Staatsanwaltschaften zur Folge. Es ist nämlich ernsthaft zu befürchten, dass diese Mehrbelastung der kantonalen ZMG wieder zu einer markanten Verlängerung von Verfahren vor den kantonalen ZMG führen würde, so insbesondere bei den erst gerade revidierten Entsiegelungsverfahren (Art. 248a StPO), die nach dem Willen des Gesetzgebers verkürzt werden sollten, weil sie in der Vergangenheit regelmässig grössere, komplexe Vorverfahren über Gebühr verzögert haben. Entsiegelungsverfahren in Verwaltungsstrafsachen sollten daher auch zukünftig vom Bundesstrafgericht bzw. einem dort neu angegliederten Bundes-ZMG behandelt werden.

Angesichts der laufenden Überprüfung der Kompetenzen der Strafverfolgungsbehörden des Bundes, welche eine Bereinigung gestützt auf sinnvolle, sachlich begründete Prozessabläufe vorsieht, die auch in einer sauberen Abgrenzung der verfügbaren Ressourcen mündet, muss die ganze Revision der Zuständigkeiten zwingend in eine andere Richtung gehen:

Bleibt es beim Revisionsvorschlag, würde das bedeuten, dass die bereits heute überlasteten kantonalen Zwangsmassnahmengerichte zusätzlich äusserst umfangreiche Verwaltungsstrafrechts- bzw. Steuerrechtsverfahren übernehmen, was die Untersuchungen der kantonalen Staatsanwaltschaften und der Bundesanwaltschaft noch weiter verlangsamen würde. Gerade eine weitere Verlangsamung der dem Beschleunigungsgebot unterliegenden Strafverfahren kann nicht hingenommen werden. Der einzige taugliche Ansatz im Sinn einer Anregung an den Gesetzgeber ist der, dass ganz grundsätzlich **ein Zwangsmassnahmengericht des Bundes (BZMG) zu schaffen ist**, welches einerseits die kantonalen Zwangsmassnahmengerichte von den Verfahren der Bundesstrafbehörden nach StPO und zusätzlich von denen der Bundesverwaltungsbehörden im Verwaltungsstrafverfahren befreit. Sachlich bedeutet dies **die stringente Trennung von Bundesverwaltungssachen und kantonalen Aufgaben auch im Zwangsmassnahmenbereich**.

4. Kantonale Staatsanwaltschaften

Der Entwurf schlägt weiter vor, im gerichtlichen Verfahren auf jegliche Zuständigkeit der Bundesanwaltschaft und der kantonalen Staatsanwaltschaften zu verzichten. Künftig sollen die Verwaltungseinheiten allein die Anklage vor Gericht vertreten. Das dürfte bei den kantonalen Staatsanwaltschaften zu einer kleinen Entlastung führen. Die justizinterne Weiterleitung durch die kantonalen Staatsanwaltschaften an die zuständigen Gerichte bzw. die Antworten an die Verwaltung wurden bislang als unnötig empfunden, weil sie in der Praxis mit keiner echten Qualitätssicherung verbunden waren. Ein Mehrwert war aus dem bisherigen Durchlauf tatsächlich nicht erkennbar.

5. Beizug der Polizeibehörden

Die Möglichkeit für die Verwaltungseinheiten, rechtshilfweise direkt auf die Unterstützung der Kantonspolizei zurückzugreifen wird im Entwurf belassen. Zukünftig wird jedoch die Bundeskriminalpolizei der Verwaltung neu ebenfalls zur Verfügung stehen. Der Gesetzesentwurf enthält keine klare Bestimmung, die besagt, wann die Verwaltungsbehörden auf die BKP zurückgreifen sollen und wann auf die kantonalen Polizeikräfte. Hier fehlt es an einer Definition der Kriterien und Reihenfolge. Diese Regelung muss in dieser Hinsicht noch geschärft werden.

B. Bemerkungen zu einzelnen Bestimmungen des VStrR

1. Art. 39 Aufträge an die Polizei

«1 Die Verwaltungseinheit kann die Bundeskriminalpolizei auch mit Ermittlungen beauftragen. Sie erteilt ihr dazu schriftliche, in dringenden Fällen mündliche Anweisungen, die sich auf konkret umschriebene Abklärungen beschränken.

2 Bei Einvernahmen, welche die Bundeskriminalpolizei im Auftrag der Verwaltungseinheit durchführt, haben die Verfahrensbeteiligten die Verfahrensrechte, die ihnen bei Einvernahmen durch die Verwaltungseinheit zukommen.»

Diese neue Bestimmung, die sinngemäss Art. 312 StPO übernimmt, ist zu begrüßen. Die Bundeskriminalpolizei ist auf Stufe Bundesgerichtsbarkeit bereits die Polizei i.S. von Art. 312 StPO (EB, S. 54). Es ist daher folgerichtig, dass Art. 39 VE-VStrR nun die gleiche Regelung für das Verwaltungsstrafrecht übernimmt und dabei die Bundeskriminalpolizei für die beauftragten Ermittlungen ausdrücklich einsetzt. Für fedpol eine neue Aufgabe, die folgerichtig und in der Praxis zukünftig konsequent umzusetzen ist.

Die **subsidiäre** Inanspruchnahme der Polizei der Kantone und Gemeinden wird daher in den Bestimmungen über die nationale Rechtshilfe gemäss Art. 55 ff. VE-VStrR geregelt.

Die **subsidiäre** Unterstützung der Verwaltungsstrafverfolgungsbehörden des Bundes durch die Polizei der Kantone soll als nationale Rechtshilfe nach der von uns vertretenen Meinung lediglich dort zum Zug kommen, wo die für delegierte Ermittlungen primär zuständige Bundeskriminalpolizei diese **ausnahmsweise** nicht selbst leisten kann. Dabei ist in der Praxis ein strenger Massstab anzulegen.

Um negative Zuständigkeitskonflikte zu vermeiden und die Zuständigkeit von fedpol klarzustellen, ist VE-Art. 57 Abs. 4 wie folgt anzupassen:

Art. 57 Unterstützung

1 ...

2 ...

3 ...

*«4 Die Verwaltungseinheit kann **subsidiär zu Art. 39** die Polizeibehörden der Kantone **ausnahmsweise** damit beauftragen, Untersuchungshandlungen in ihrem Zuständigkeitsbereich vorzunehmen. Die beauftragten Polizeibehörden der Kantone unterstehen dabei der Aufsicht und den Weisungen der Verwaltungseinheit. Diese erteilt ihnen dazu schriftliche, in dringenden Fällen mündliche Anweisungen; die Anweisungen müssen sich auf konkret umschriebene Abklärungen beschränken. Bei Einvernahmen, welche die Polizei im Auftrag der Verwaltungseinheit durchführt, haben die Verfahrensbeteiligten die Verfahrensrechte, die ihnen bei Einvernahmen durch die Verwaltungseinheit zukommen.»*

Im EB (S. 69) wird dazu ausgeführt, die Verwaltungseinheit werde «häufig die Unterstützung der örtlichen Polizei – statt von fedpol – in Anspruch nehmen müssen». Als Beispiel wird eine «kurze Einvernahme» genannt, die mit einer Person durchzuführen ist, die sich fern der Bundesbehörde aufhält. Das ist aus der kantonalen Perspektive der falsche Ansatz. Hier nimmt der EB nämlich bereits

vorweg, was in der polizeilichen Praxis voraussehbar zu Konflikten führen wird, wenn die Zuständigkeitsordnung zwischen fedpol und kantonalen Polizeikörpern nicht bereits im Gesetz geschärft wird. Der Gesetzgeber des VStrR muss hier klarstellen, dass die Delegation an die Bundeskriminalpolizei gemäss Art. 39 die Regel und die nationale Rechtshilfe gemäss Art. 57 Abs. 4 VStrR die Ausnahme ist. Das sollte später auch aus der Botschaft des Bundesrates deutlich hervorgehen.

2. Art. 41 Sachliche Zuständigkeit der beurteilenden Behörde

«1 Für die Beurteilung ist die beteiligte Verwaltungseinheit zuständig; hält sie jedoch die Voraussetzungen einer Freiheitsstrafe, einer freiheitsentziehenden Massnahme oder einer Landesverweisung nach Artikel 66a oder 66abis StGB für gegeben, so sind die kantonalen Gerichte zuständig.

2 Die von der Straf- oder Einziehungsverfügung der Verwaltungseinheit betroffene Person kann die Beurteilung durch das kantonale Gericht verlangen.

3 Die zur Ausfällung der Hauptstrafe zuständige Behörde erkennt auch über Nebenstrafen, Massnahmen und Kosten.»

Abs. 1 präzisiert gegenüber dem geltenden Art. 21 Abs. 1 VStrR, dass für die Beurteilung einer Verwaltungsstrafsache das Gericht eines Kantons zuständig sei, wenn die Voraussetzungen einer Freiheitsstrafe, einer freiheitsentziehenden Massnahme oder einer Landesverweisung gegeben sind. Diese Präzisierung sei gemäss dem EB (S. 56) angebracht, weil nun neben der kantonalen Gerichtsbarkeit eine vollständige Bundesgerichtsbarkeit besteht, was zum Zeitpunkt der Einführung des geltenden VStrR noch nicht der Fall war. Und genau das ist des Pudels Kern. Seit dem Inkrafttreten des VStrR hat sich im ordentlichen Strafverfahren viel Entscheidendes geändert, das bei der vorliegenden Revision mit einer deklarierten Angleichung an den ordentlichen Strafprozess nicht übergangen werden darf: Die Ressourcen der Bundesgerichtsbarkeit wurden in den letzten Jahren massiv ausgebaut. Die Bundesanwaltschaft wurde als ordentliche, mit allen notwendigen Kompetenzen ausgestattete Staatsanwaltschaft des Bundes installiert, ihr Bestand wurde massiv ausgebaut und es wurde ein vollkommenes Bundesstrafgericht geschaffen. Darum führt der EB (S. 56) als Alternative zur vorgesehenen Urteilskompetenz der kantonalen Gerichte selbst die Zuweisung dieser Kompetenz der Bundesgerichtsbarkeit und damit dem Bundesstrafgericht ins Feld. Dies mit gutem Grund, denn die entscheidenden Argumente, die für die Favorisierung dieser alternativen Lösung sprechen, liegen eigentlich auf der Hand und werden im EB - wenn auch nur alternativ - offengelegt.

Die Verwaltungsstrafverfolgungsbehörden, die das Verwaltungsstrafrecht des Bundes anwenden, sind Bundesbehörden. Dass in der Zwischenzeit eine vollständige Bundesgerichtsbarkeit besteht, fällt ebenfalls stark für eine konsequente Bundeslösung beim Verwaltungsstrafrecht des Bundes ins Gewicht. Die Vorteile einer einzigen gerichtlichen Instanz des Bundes für alle Bundesstrafsachen sind evident. Die notwendigen verwaltungsrechtlichen Fachkenntnisse könnten so auch auf Gerichtsebene konzentriert werden. Bei der weiteren Aufteilung der Bundesverwaltungsstrafälle auf 26 Kantone wäre somit eine seltene Gelegenheit zur Konzentration dieses spezialisierten Fachwissens verpasst. Die grössere Nähe der Kantone zu den Parteien ist in der heutigen hochmobilen und digitalisierten Welt ein schwaches Argument zur weitgehenden Beibehaltung der alten kantonalen Lösung aus analogen Zeiten geworden. Dass die alternative Übertragung der Zuständigkeit an das bestehende Bundesstrafgericht einige Anpassungen auf organisatorischer und finanzieller Ebene erfordern würde (EB, S. 56), ist kein schlagendes Argument, auf eine im Interesse der Sache indizierte Lösung, die mehr Qualität und Effizienz verspricht, zu verzichten.

Wir schlagen daher folgende Anpassung von Art. 41 vor:

«1 Für die Beurteilung ist die beteiligte Verwaltungseinheit zuständig; hält sie jedoch die Voraussetzungen einer Freiheitsstrafe, einer freiheitsentziehenden Massnahme oder einer

*Landesverweisung nach Artikel 66a oder 66abis StGB für gegeben, **so ist das Bundesstrafgericht zuständig.***

*2 Die von der Straf- oder Einziehungsverfügung der Verwaltungseinheit betroffene Person kann die Beurteilung durch das **Bundesstrafgericht** verlangen.*

3 Die zur Ausfällung der Hauptstrafe zuständige Behörde erkennt auch über Nebenstrafen, Massnahmen und Kosten.»

3. Art. 42 Örtliche Zuständigkeit der beurteilenden Behörde

«1 Die örtliche Zuständigkeit der Verwaltungseinheit erstreckt sich auf das ganze Gebiet der Schweiz.

2 Der Gerichtsstand ist bei dem kantonalen Gericht begründet, das nach den Artikeln 31–37 StPO zuständig ist oder in dessen Bezirk die beschuldigte Person wohnt. Die Verwaltungseinheit wählt zwischen den beiden Gerichtsständen.

3 Ficht das von der Verwaltungseinheit bezeichnete kantonale Gericht seine Zuständigkeit gemäss Absatz 1 an, so unterbreitet es die Frage unverzüglich der Beschwerdekammer des Bundesstrafgerichts zum Entscheid. Diese ist in seinem Entscheid nicht an die von der Verwaltungseinheit getroffene Wahl gebunden.»

Es ist konsequent und folgerichtig, dass die beurteilende Verwaltungseinheit des Bundes im gesamten Gebiet der Schweiz zuständig ist.

Wenn für die gerichtliche Beurteilung der Straf- und Einziehungsverfügung sowie die Anklage der Verwaltungseinheit stets das Bundesstrafgericht zuständig ist, wie die SSK das vorschlägt, so entfällt auch die komplizierte Bestimmung des Gerichtsstandes gemäss den Abs. 2 und 3 und es entstehen gar keine Gerichtsstandskonflikte mehr, die heute und nach dem VE zu unnötigen Nebenschauplätzen führen können. Ohne diese könnten hier in Zukunft einige Ressourcen eingespart werden.

Wir schlagen daher folgende Anpassung von Art. 42 vor:

«Die örtliche Zuständigkeit der Verwaltungseinheit und des Bundesstrafgerichts erstreckt sich auf das ganze Gebiet der Schweiz.»

4. Art. 43 Sachliche Zuständigkeit des Zwangsmassnahmengerichts

«1 Die kantonalen Zwangsmassnahmengerichte üben die Befugnisse aus, die dieses Gesetz dem Zwangsmassnahmengericht überträgt. Soweit dieses Gesetz nichts anderes bestimmt, richtet sich das Verfahren vor dem Zwangsmassnahmengericht nach den einschlägigen Bestimmungen der StPO.»

Kantonale Gerichte sollen alle Befugnisse ausüben, die der VE-VStrR dem ZMG zuweist (EB, S. 58). Denn zurzeit gebe es kein ZMG auf Bundesebene. Diese Regelung vermag mit konsequentem Blick in die Zukunft nicht zu überzeugen. Bereits der EB räumt nämlich ein, dass die Schaffung eines Bundeszwangsmassnahmengerichts, das möglicherweise dem Bundesstrafgericht angegliedert wäre, eine Alternative zum oben vorgeschlagenen System sein könnte. Richtig wird bereits im EB darauf hingewiesen, dass die Verwaltungsstrafverfolgungsbehörden, die das Verwaltungsstrafrecht des Bundes anwenden, Bundesbehörden sind. Wenn der EB als angeblichen Vorteil darauf hinweist, dass die kantonalen ZMG eine grössere Nähe zu den am Verfahren Beteiligten haben, wird verkannt, dass viele Verfahren vor dem ZMG schriftlich sind und mit den neuen digitalen Instrumenten der Sitz der Behörden für den Prozess zukünftig nur noch eine relativ untergeordnete Rolle spielen wird. Auch Anhörungen von beschuldigten Personen in Untersuchungs- oder Sicherheitshaft könnten zukünftig immer einfacher, beschleunigt und häufiger per Videokonferenz stattfinden. Die Argumente, die im EB gegen ein alternatives Bundeszwangsmassnahmengericht ins Feld geführt werden, erscheinen gesucht und vermögen nicht zu überzeugen. Ein alternatives Bundeszwangsmassnahmengericht

liesse sich angeblich nicht ohne weiteres bewerkstelligen. Ihre Umsetzung könnte organisatorisch kompliziert sein, so der EB (a.a.O.). Das heutige System wird jedoch selbst dort lediglich als «zufriedenstellend» bezeichnet. Das ist aber nicht genug. Es ist nicht nachvollziehbar, welche echten Vorteile es haben sollte, dass sich 26 kantonale ZMG mit den Zwangsmassnahmen der Verwaltungsstrafverfahren des Bundes befassen sollten, wenn es ohne weiteres möglich wäre, alle ZMG-Entscheide zentral am Bundesstrafgericht anzugliedern. Erübrigen würde sich mit einem BZMG auch die konfliktanfällige vorzeitige Bestimmung der örtlichen Zuständigkeit der beurteilenden kantonalen Behörde gemäss Art. 44 VE-VStrR. Diese Bestimmung würde mit der von uns favorisierten Lösung ganz entfallen.

Wir schlagen daher folgende Anpassung von Art. 43 Abs. 1 vor:

1 «Ein Zwangsmassnahmengericht des Bundes übt alle Befugnisse aus, die dieses Gesetz dem Zwangsmassnahmengericht überträgt. Soweit dieses Gesetz nichts anderes bestimmt, richtet sich das Verfahren vor dem Zwangsmassnahmengericht nach den einschlägigen Bestimmungen der StPO.»

5. Art. 47 Bei Zwangsmassnahmen

«Gegen Entscheide im Bereich der Zwangsmassnahmen (Art. 153–255) und damit zusammenhängende Amtshandlungen und Säumnis kann bei der Beschwerdekammer des Bundesstrafgerichts Beschwerde geführt werden; abweichende Bestimmungen in diesem Gesetz bleiben vorbehalten.»

Diese stringente und effiziente Regelung, stellt bei Entscheiden zu Zwangsmassnahmen eine Vereinfachung des Beschwerdeverfahrens dar, die zu begrüßen ist, insbesondere auch dann, wenn gleichzeitig ein vollkommenes BZMG geschaffen wird.

Hingegen ist nicht nachvollziehbar, warum die Beschwerdekammer des Bundesstrafgerichts nur im Bereich der Zwangsmassnahmen zum Zug kommen soll.

Die separate Regelung «Bei sonstigen Untersuchungshandlungen» gemäss **Art. 48 VE-VStrR** ist unnötig kompliziert, fehleranfällig, überholt, im Resultat überflüssig und somit **wegzulassen**.

Wir schlagen daher folgende Anpassung von Art. 47 vor:

Art. 47 Beschwerdeinstanz

1 Gegen Entscheide, Amtshandlungen und Säumnis der mit der Untersuchung betrauten Personen oder im Bereich der Zwangsmassnahmen (Art. 153–255) kann bei der Beschwerdekammer des Bundesstrafgerichts Beschwerde geführt werden.

2 Die Beschwerde nach Absatz 1 ist nicht zulässig, wenn sie einen Entscheid zur Ablehnung eines Beweisantrags betrifft, der ohne Rechtsnachteil in einem Einspracheverfahren gegen einen Strafbescheid wiederholt werden kann.

3 Für Beschwerden wegen Untersuchungshandlungen und Säumnis von Organen der mit öffentlich-rechtlichen Aufgaben des Bundes betrauten Organisationen gelten die Absätze 1 und 2 sinngemäss.»

Zusammenfassend sind wir der Ansicht, dass die vorgesehene Kompetenzverteilung zwischen Bundes- und Kantonsbehörden falsch ist. Der Gesetzgeber sollte die Revision des Verwaltungsstrafrechts zum Anlass nehmen, die vermischten Zuständigkeiten vollständig zu entflechten und ein Zwangsmassnahmengericht des Bundes zu schaffen, das sich mit Verfahren nach VStrR und nach StPO befasst. Zwar hat die Bundesverwaltung die Option Bundes-ZMG gemäss EB, S. 57/58 in Betracht gezogen, diese jedoch unter anderem mit der Begründung verworfen, dass «die

Umsetzung organisatorisch kompliziert» sein könnte und keine Notwendigkeit bestehe, weil das heutige System «zufriedenstellend» sei.

Unseres Erachtens ist das heutige System aus den ausführlich dargelegten Gründen alles andere als zufriedenstellend, weshalb wir **die Schaffung eines ZMG des Bundes und somit die stringente Trennung von Bundesverwaltungssachen und kantonalen Aufgaben auch im Zwangsmassnahmenbereich anregen.**

Für die Berücksichtigung unserer Anliegen danken wir Ihnen bestens.

Mit freundlichen Grüssen



Michel-André Fels, Präsident

Kopie geht an:

- Mitglieder SSK-CMP
- Generalsekretariat KKJPD
- Generalsekretariat KKPXS



Bundesamt für Justiz
Bundesrain 20
CH-3003 Bern

Zürich, 26. April 2024

Rechtsdienst
Oliver Schmid | 044 485 65 60 | oliver.schmid@suisa.ch

Vernehmlassung zur Totalrevision des Bundesgesetzes vom 22. März 1974 über das Verwaltungsstrafrecht (VStrR, SR 313.0)

Sehr geehrter Herr Direktor, sehr geehrte Damen und Herren

Wir beziehen uns auf den am 31. Januar 2024 veröffentlichten Entwurf zur Totalrevision des Bundesgesetzes vom 22. März 1974 über das Verwaltungsstrafrecht (VStrR, SR 313.0), zu dem wir uns gerne wie folgt vernehmen lassen.

I. Allgemeines

Die SUISA ist eine Genossenschaft, welche gestützt auf eine Bewilligung des Eidgenössischen Instituts für geistiges Eigentum die kollektive Verwertung von Urheberrechten an nicht-dramatischen musikalischen Werken unter Bundesaufsicht (Art. 40 ff. URG) durchführt. Die SUISA ist insofern vom VStrR tangiert, als es um Strafverfügungen des IGE geht, welches gestützt auf Art. 73 Abs. 2 URG Widerhandlungen nach Art. 70 URG (Unerlaubte Geltendmachung von Rechten, deren Verwertung der Bundesaufsicht unterstellt ist) verfolgt und beurteilt. Nach dem geltenden Recht kommt den Verwertungsgesellschaften i.S.v. Art. 40 ff. URG – auch wenn sie in den Anwendungsfällen von Art. 70 URG Anzeige erstatten – bei Strafverfügungen des IGE keine Parteistellung zu (Art. 74 Abs. 1 VStrR) zu, womit die Verwertungsgesellschaften auch die vom VStrR vorgesehenen Parteirechte nicht wahrnehmen können. Anlässlich der Totalrevision des VStrR wäre es aus unserer Sicht angezeigt, den Verwertungsgesellschaften im Hinblick auf die

Genossenschaft der Urheber und Verleger von Musik
Coopérative des auteurs et éditeurs de musique
Cooperativa degli autori ed editori di musica

SUISA Bellariastrasse 82, Postfach 782, CH-8038 Zürich, Tel +41 44 485 66 66, Fax +41 44 482 43 33
www.suisa.ch, suisa@suisa.ch, CHE-105.838.471 MWST

genannte Konstellation Parteistellung einzuräumen und damit zusammenhängend auch die Parteirechte zu gewähren.

II. Bemerkungen zu den einzelnen Bestimmungen

a) Art. 72 & 73 E-VStrR: Parteien und andere Verfahrensbeteiligte

Art. 72 Abs. 1 E-VStrR bezeichnet als Parteien den Beschuldigten und die (untersuchende) Verwaltungsbehörde. Art. 73 Abs. 1 E-VStrR führt unter dem Titel «Andere Verfahrensbeteiligte» u.a. die Anzeige erstattende Person auf (lit. a). Ihre Rechtsstellung im Verfahren ist gemäss Art. 73 Abs. 2 E-VStrR indessen eingeschränkt. Den Anzeigeerstattenden kommen nur die Verfahrensrechte zu, die «zur Wahrung ihrer Interessen erforderlich» sind – und dies nur «sofern sie in ihren Rechten unmittelbar betroffen sind».

Zumal unklar sein dürfte, ob die Verwertungsgesellschaften als Anzeigeerstattende in Konstellationen von Art. 70 URG (Unerlaubte Geltendmachung von Rechten, deren Verwertung der Bundesaufsicht unterstellt ist) i.S.v. Art. 73 Abs. 2 E-VStrR «in ihren Rechten unmittelbar betroffen» und allfällige Verfahrensrechte zur Wahrung ihrer Interessen erforderlich» sind, ist aus unserer Sicht zu fordern, dass die Anzeigeerstattenden in den Katalog der Parteien (Art. 72 Abs. 1 E-VStrR) aufgenommen werden.

b) Art. 262 & 264 E-VStrR: Verfahrenseinstellung

Gemäss Art. 262 Abs. 3 E-VStrR werden Einstellungsverfügungen den «rechtlich davon betroffenen Personen» zugestellt. Unklar ist, ob die Verwertungsgesellschaften als Anzeigeerstattende zu den rechtlich betroffenen Personen gemäss Art. 262 Abs. 3 E-VStrR gehören. Es ist zu fordern, dass Einstellungsverfügungen den Parteien und anderen Verfahrensbeteiligten i.S.v. Art. 72 & 73 E-VStrR zugestellt werden.

Zur Beschwerde gegen eine Einstellungsverfügung ist nach Art. 264 Abs. 1 E-VStrR nur legitimiert, wer ein «rechtlich geschütztes Interesse an der Aufhebung oder Änderung der Verfügung hat.» Solange die Verwertungsgesellschaften nicht in ihrer Funktion als Anzeigeerstattende zu den Parteien gemäss Art. 72 Abs. 1 E-VStrR gezählt werden, ist unklar, ob bei den Verwertungsgesellschaften in Konstellationen von Art. 70 URG ein solches rechtlich geschütztes Interesse haben. In diesem Zusammenhang ist wiederum zu fordern, dass Anzeigeerstattende in den Katalog der Parteien (Art. 72 Abs. 1 E-VStrR) aufgenommen werden.

c) Art. 270-283 E-VStrR: Rechtsmittel gegen Strafbescheide

Art. 270 Abs. 1 und Art. 275 Abs. 1 E-VStrR sprechen die Legitimation zur Einsprache gegen Strafbescheide bzw. zum Begehren um gerichtliche Beurteilung einzig der «betroffenen Person» zu. Der Begriff der «betroffenen Person» wird indessen nicht definiert; die Terminologie weicht auch von den in Art. 72 & 73 E-VStrR verwendeten Begriffen ab. Es ist zu fordern, dass die Legitimation zur Einsprache gegen Strafbescheide bzw. zum Begehren um gerichtliche Beurteilung den Parteien i.S.v. Art. 72 VStrR (in welchen Kreis

– wie ausgeführt – auch die Anzeigeerstatte(rin) aufzunehmen ist) sowie den anderen Verfahrensbeteiligten i.S.v. Art. 73 E-VStrR zugesprochen wird.

Für die Berufung gegen Entscheide der erstinstanzlichen Gerichte verweist Art. 283 Abs. 1 E-VStrR denn auch auf Art. 398-409 StPO. Nach Art. 382 Abs. 1 StPO sind die Parteien zur Ergreifung von Rechtsmitteln legitimiert; nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung schliesst dies auch andere Verfahrensbeteiligte ein (BGE 139 IV 78 3.1). Für das Verwaltungsstrafverfahren kann nichts anderes gelten.

Bei Fragen stehe ich Ihnen selbstverständlich gerne zur Verfügung.

Freundliche Grüsse
SUISA



Oliver Schmid
RA Dr. iur. Abteilungsleiter Rechtsdienst



Schweizerische Vereinigung für Jugendstrafrechtspflege

Société suisse de droit pénal des mineurs

Società svizzera di diritto penale minorile

Eidg. Justiz und Polizeidepartement
z.Hd. Herrn Bundesrat B. Jans
CH 3003 Bern

per E-Mail:
info.strafrecht@bj.admin.ch

Thun, 04. April 2024

Stellungnahme zur Totalrevision Bundesgesetz Verwaltungsstrafrecht VStR

Sehr geehrter Herr Bundesrat
Sehr geehrte Damen und Herren

Namens der Schweizerischen Vereinigung für Jugendstrafrechtspflege SVJ bedanke ich mich für die Möglichkeit zur Stellungnahme zur Totalrevision des Bundesgesetzes über das Verwaltungsstrafrecht VStR.

Die Schweizerische Vereinigung für Jugendstrafrechtspflege begrüsst die Änderung, wonach künftig die für Jugendliche zuständige kantonale Strafverfolgungsbehörde und nicht mehr die Bundesverwaltung für die Verfolgung von Delikten, begangen durch Jugendliche ab 15. Jahren, gemäss VStR zuständig sein wird und die JStPO zur Anwendung gelangt. Dadurch wird dem Grundsatz nach Art. 2 JStPO - wonach für die Verfolgung und Beurteilung der Straftaten begangen durch Jugendliche sowie deren Vollzug ausschliesslich in die Zuständigkeit der Kantone fällt - Folge getan. Anzumerken ist, dass die Behörden der Jugendstrafrechtspflege hierbei auf das Fachwissen der jeweiligen Verwaltungen und eine verständliche Anzeigeerstattung dieser Fachämter angewiesen sein werden.

Besten Dank für Ihre Kenntnisnahme.

Freundliche Grüsse

**Schweizerische Vereinigung für
Jugendstrafrechtspflege**

Danielle Kipfer, Stv. Präsidentin SVJ

RA, lic. iur. Danielle Kipfer, Stv. Präsidentin SVJ
Jugendanwaltschaft Oberland, Kanton Bern
Schlossberg 20
3600 Thun

Département fédéral de justice et police
3003 Berne
Par e-mail : info.strafrecht@bj.admin.ch

Bellinzona et Neuchâtel, le 10 mai 2024

Révision totale de la loi fédérale sur le droit pénal administratif : procédure de consultation

Monsieur le Conseiller fédéral,
Madame, Monsieur,

Nous vous remercions de l'invitation à participer à la procédure de consultation relative à la révision totale de la loi sur le droit pénal administratif (ci-après : AP-DPA).

La SVR-ASM salue le choix fait dans l'AP-DPA de maintenir, sous réserve de dispositions légales spéciales, la compétence des tribunaux cantonaux pour juger au fond les infractions du DPA (art. 41 al. 1 AP-DPA).

La SVR-ASM remarque que l'AP-DPA ne prévoit pas la création d'un Tribunal des mesures de contrainte (ci-après : TMC) : en l'absence de données chiffrées, il est impossible de se prononcer sur la pertinence de créer une telle institution au niveau fédéral ; cette solution paraît soutenable, vu aussi la volonté du législateur d'attribuer les compétences de « tribunal des scellés » aux tribunaux des mesures de contrainte (art. 181 al. 1 AP-DPA) et non plus à la Cour des plaintes du TPF qui actuellement statue comme « tribunal des scellés » de première instance (art. 50 al. 3 DPA).

La SVR-ASM prend acte de la disparition, dans l'AP-DPA, de l'art. 21 al. 3 DPA, qui permet au Conseil fédéral de déférer une affaire devant la Cour des affaires pénales du TPF (rapport explicatif ad art. 41 AP-DPA).

La SVR-ASM salue la simplification de la procédure de plainte en matière de mesures de contrainte (art. 47 AP-DPA), pour les motifs exprimés dans le rapport explicatif.

La SVR-ASM salue le choix de l'alignement du délai de plainte avec celui de recours au sens du CPP (art. 49 al. 3 AP-DPA ; art. 396 al. 1 CPP). En effet le délai actuel de 3 jours paraît de moins en moins en adéquation avec la complexité croissante des cas.

A l'heure actuelle, la Cour des plaintes du TPF statue comme « tribunal des scellés » de première instance (art. 50 al. 3 DPA). A ce titre, la SVR-ASM salue l'adaptation du DPA aux exigences d'une législation plus moderne, à l'intégration des acquis jurisprudentiels et à l'harmonisation avec les dispositions correspondantes du CPP (cf. rapport explicatif ad art. 178 à 181 AP-DPA). Reste à déterminer si les TMC cantonaux pourront assumer cette nouvelle charge de travail et si l'institution d'un TMC au niveau fédéral ne serait pas la meilleure des solutions.

Veuillez agréer, Monsieur le Conseiller fédéral, Madame, Monsieur, l'assurance de notre considération distinguée.

Marie-Pierre de Montmollin

Maurizio Albisetti Bernasconi

Présidente

Membre du comité

Eidgenössisches Justiz- und Polizeidepartement
Bundesamt für Justiz BJ
Bundesrain 20
3003 Bern

Per Mail an: info@bj.admin.ch

Bern, 10. Mai 2024

Vernehmlassung zum Bundesgesetz über das Verwaltungsstrafrecht und das Verwaltungsstrafverfahren | Modernisierung des Verwaltungsstrafrechts

Sehr geehrter Herr Bundesrat
Sehr geehrte Damen und Herren

Wir danken Ihnen für die Gelegenheit, zur rubrizierten Vorlage Stellung nehmen zu dürfen. Wir beschränken uns in unserer Stellungnahme auf die wichtigsten Anliegen.

Wir lehnen die Revision des Verwaltungsstrafrechts aufgrund folgender Kritikpunkte ab:

1. Die Ausweitung der direkten Sanktionen für Unternehmen im Rahmen der Vereinheitlichung birgt das Risiko, dass Behörden zukünftig verstärkt Unternehmen direkt büssen und auf die Ermittlung des individuellen Täters verzichten. Artikel 7 VE-VStrR sieht zur Eindämmung dieses negativen Anreizes keinerlei Schutzmechanismus vor und gewährt den Behörden einen erheblichen Ermessensspielraum. Wir lehnen eine verschuldensunabhängige Haftung der Unternehmen ab.
2. Trotz allgemeiner Vorbehalte gegenüber der strafrechtlichen Verantwortung von Unternehmen kann es in bestimmten Fällen sinnvoll sein, auf die aufwändige Ermittlung einzelner Verantwortlicher zu verzichten und stattdessen das Unternehmen direkt zu büssen. Allerdings sollte dies nicht zu einer generellen Verschärfung der Unternehmenshaftung führen. In diesen Branchen sollten individuelle Lösungen entwickelt werden, da ein einheitlicher Ansatz den verschiedenen Anforderungen nicht angemessen ist.
3. Die Ausweitung der Zwangsmassnahmen im Zuge der Harmonisierung wird aufgrund der damit verbundenen schwerwiegenden Eingriffe abgelehnt.
4. Die Einschränkung der Verteidigung auf im Anwaltsregister eingetragene Anwälte ist zu einschränkend und widerspiegelt in keiner Weise die Realität in den Unternehmen.
5. Dem Einsichtsrecht Dritter in Entscheidungen der Verwaltung stehen private Interessen der involvierten Unternehmen entgegen.

Im Weiteren verweisen wir auf die Ausführungen der Stellungnahme der economiesuisse, welcher wir uns inhaltlich anschliessen.

Die Revisionsvorlage würde an einigen Stellen klare Verbesserungen zum Status Quo vorsehen, welche wir natürlich begrüssen. Dies betrifft insbesondere die Verbesserung der Verteidigungsrechte.



Aufgrund der dargelegten Kritikpunkte lehnen wir die Vorlage ab. Dennoch möchten wir betonen, dass wir stets offen für einen konstruktiven Dialog sind und gerne gemeinsam an der grundlegenden Überarbeitung der Vorlage arbeiten, welche die Interessen aller Beteiligten berücksichtigt.

Wir danken Ihnen für die Berücksichtigung unsere Anliegen und stehen Ihnen bei allfälligen Fragen gerne zur Verfügung.

Freundliche Grüsse

SwissHoldings
Geschäftsstelle



Dr. Gabriel Rumo
Direktor





Sion, le 22 avril 2024

Département fédéral de Justice et Police
Office fédéral de la Justice

Par courriel
info.strafrecht@bj.admin.ch

Procédure de consultation concernant la révision totale de la LF sur le droit pénal administratif (DPA) - Prise de position du TMC-TAPEM du canton du Valais

Madame, Monsieur

Le Tribunal cantonal a pris connaissance de l'avant-projet mentionné en référence.

Un point en particulier fait l'objet de la plus ferme opposition. Il s'agit de l'attribution de compétences aux TMC cantonaux en matière de levée de scellés. En annexe, vous trouverez la prise de position du TMC/TAPEM à ce sujet.

Nous vous informons que le Tribunal cantonal se rallie à cette détermination.

D'avance, nous vous en remercions et vous présentons, Madame, Monsieur, nos salutations les meilleures.

TRIBUNAL CANTONAL

Le président :

B. Dayer

Le secrétaire général :

Ch. Bonvin

Annexe mentionnée



Prise de position du Tribunal des mesures de contrainte et de l'application des peines et mesures du canton du Valais dans le cadre de la procédure de consultation concernant la révision totale de la LF sur le droit pénal administratif (DPA)

I.

Le Tribunal des mesures de contrainte et de l'application des peines et mesures (ci-après TMC/TAPEM) a pris connaissance avec intérêt de l'avant-projet (ci-après : AP) de révision totale de la LF sur le droit pénal administratif (ci-après : DPA) ainsi que du rapport explicatif de l'Office fédéral de la justice du 31 janvier 2024. Il fait part ci-après de quelques remarques que lui a inspiré l'examen attentif de l'AP en matière de mesures de contrainte et d'exécution des jugements.

Il est relevé en préliminaire que le TMC/TAPEM VS est régulièrement saisi en exécution du DPA par les autorités fédérales soit pour prononcer des mesures de contrainte (essentiellement la détention avant jugement), soit pour intervenir dans l'exécution des condamnations (uniquement pour des conversions d'amende en arrêts). L'unité administrative fédérale qui saisit le plus souvent le TMC/TAPEM VS est l'Office fédéral de la douane et de la sécurité des frontières. Cela est dû au fait que le canton du Valais compte sur sa frontière avec l'étranger quatre douanes (i.e. Gondo, Grand-St-Bernard, Pas de Morgins et St-Gingolph) dont certaines de grande importance. C'est dire que le TMC/TAPEM VS exerce en matière de DPA une activité bien plus grande et régulière que les autorités judiciaires similaires des cantons dépourvus de frontière avec l'étranger ou n'ayant qu'une frontière sans douane importante, à savoir la grande majorité des cantons suisses. C'est fort de cette expérience que le TMC/TAPEM fait part des remarques qui suivent.

II.

Selon l'AP, les TMC des cantons seront désormais seuls compétents pour ordonner ou approuver toutes les mesures de contrainte prévues par le DPA (art. 43 AP-DPA). Cela augmentera la charge des TMC cantonaux puisque le DPA actuel prévoit que les demandes de levée des scellés sont traitées par la Cour des plaintes du Tribunal pénal fédéral (art. 50 al. 3 DPA). Or, les (malheureuses) expériences faites depuis l'entrée en vigueur du CPP en 2011 montrent que les dossiers de scellés occasionnent de grosses difficultés aux TMC. Il s'agit en effet de passer en revue des quantités souvent astronomiques de documents, ce qui est très chronophage et s'étend dans la durée : c'est donc un élément de surcharge des TMC. Certes, ce ne sera qu'un nombre somme toute modeste de dossiers de scellés selon le DPA qui devront ainsi être traités par les

TMC cantonaux, à savoir 22 selon les statistiques 2023 du Tribunal pénal fédéral. Même si, pour certains cantons comme le Valais, cela ne représentera que quelques dossiers, cela est de nature à encore donner plus de travail à des juridictions déjà très chargées du fait de leur activité découlant du seul CPP.

Cela étant, il ne doit pas appartenir aux cantons de cas échéant renforcer avec leurs seuls deniers¹ les effectifs de leurs juridictions compétentes en matière de DPA pour faire face à l'augmentation des compétences induites par l'AP si l'on pense que les amendes, les peines pécuniaires, les valeurs patrimoniales confisquées, les créances compensatrices et le produit des objets confisqués ou réalisés sont uniquement dévolus à la Confédération (art. 292 al. 1 AP-DPA), au contraire de ce qui prévaut pour le produit des peines pécuniaires, des amendes et des confiscations prononcées en application du CP (art. 374 al. 1 CP). Une partie de ces montants devrait directement (et non pas seulement par le biais indirect de la péréquation) servir à dédommager les cantons pour les charges structurelles engagées pour permettre de faire face au travail induit par le DPA, à savoir une matière relevant exclusivement du droit fédéral.

Fondé sur ce qui précède, le TMC/TAPEM estime qu'il appartient à la Confédération de mettre sur pied (et donc de financer) une juridiction ayant en sa main toutes les compétences en matière de mesures de contrainte et d'exécution des sanctions en matière de DPA. En d'autres termes, il se justifie pleinement de réétudier sérieusement la question de la création d'un TMC (voire même un TMC/TAPEM) fédéral en matière de DPA, solution qui a été écartée dans l'AP (cf. p. 56 s. du rapport explicatif).

En tout état de cause, il convient de ne pas reporter sur les TMC cantonaux la charge de traiter les procédures de levée des scellés en matière de DPA. On ne voit pas que cette compétence ne puisse pas rester en main du Tribunal pénal fédéral, aucun élément objectif sérieux ne permettant de justifier l'absolue nécessité d'un tel transfert de compétence.

III.

Toujours au sujet du TMC fédéral, le rapport explicatif considère qu'un élément militant en défaveur de la création d'une telle juridiction est la nécessité de la proximité du TMC avec les participants à la procédure. Cette proximité serait particulièrement importante pour les mesures de contrainte en relation avec lesquelles « il faut entendre le prévenu et le responsable d'enquête à brève échéance » (i.e. la détention procédurale avant jugement). On peine à comprendre une telle argumentation.

En effet, la proximité est assurée uniquement par le fait que le prévenu est incarcéré proche du lieu du siège de l'entité administrative compétente et du TMC saisi. Or, en cas de détention, l'entité administrative (tout comme le Ministère public en matière de détention en exécution du CPP) doit pouvoir choisir librement le lieu de détention selon sa convenance afin de faciliter le bon déroulement de l'enquête. On ne voit donc pas

¹ Le mécanisme de remboursement des frais au canton prévu à l'art. 300 AP-DPA ne couvre pas les frais de renforcement des juridictions cantonales (salaires, loyers, etc.). En effet, le rapport explicatif mentionne que l'art. 300 AP-DPA reprend la solution de l'art. 98 DPA. Or cette disposition du DPA vise uniquement le remboursement des frais de procès et d'exécution. Cf. aussi art. 293 AP-DPA qui définit les frais de procédure : il ne vise pas les frais structurels des TMC.

que cet objectif de proximité ne puisse pas être atteint avec la mise sur pied d'un TMC fédéral. Bien au contraire, il facilitera cette proximité et ce dans tous les cas de figure possibles.

IV.

Si la solution du TMC fédéral n'est pas retenue, il conviendrait alors de supprimer le choix qu'a l'entité administrative de saisir soit le TMC du for de commission de l'infraction, soit celui du domicile du prévenu (art. 42 al. 2 AP-DPA applicable par renvoi de l'art. 44 AP-DPA). Ce choix a en effet pour conséquence de ne pas mettre tous les cantons sur un pied d'égalité car l'entité administrative peut être encline à choisir le TMC qui l'arrange le mieux, avec pour corollaire d'augmenter la charge de travail de ce TMC finalement choisi sur la base de critères purement subjectifs sinon arbitraires. Prévoir non plus un for alternatif mais le seul for du lieu de commission de l'infraction ou du domicile du prévenu assurerait une saisine du TMC selon des critères objectifs indiscutables.

Quoi qu'il en soit, en matière de for de la poursuite et du jugement, le CPP ne retient celui du domicile qu'à titre exceptionnel (art. 32 al. 1 CPP), le principe étant le for de commission de l'infraction (art. 31 CPP). Il conviendrait que le DPA s'inspire de cette solution pour désigner le TMC cantonal compétent.

V.

En matière de mesures de contrainte, l'AP a pris le parti de reprendre les dispositions équivalentes contenues dans le CPP. Cette solution est pleinement justifiée. Il n'en reste pas moins que le législateur fédéral doit avoir le courage de modifier celles de ces dispositions qui, dans le CPP, ne donnent clairement pas satisfaction. On pense ici à la réglementation concernant la procédure en matière de scellés, à savoir les art. 248 et 248a CPP repris tel quel aux art. 180 et 181 AP-DPA. Certes, la version révisée de ces deux dispositions du CPP a été mise en vigueur il y a très peu de temps. Il n'en reste pas moins qu'elles posent déjà problème (et continueront à poser de sérieux problèmes²) alors qu'elles étaient pourtant pensées pour éliminer les difficultés de la procédure de levée des scellés (principalement sa lenteur). Cela n'est pas étonnant dès lors que l'art. 248a CPP (qui régit en détail la procédure devant le TMC) est une pure création de la Commission des affaires juridiques du Conseil national qui a repris le texte forgé par une commission de spécialistes et du milieu académique mandatés par elle. Or, parmi ces experts, il n'y avait pas de représentant de la corporation des juges TMC, ce qui interpelle dès lors qu'il s'agissait de trouver une solution avec l'aide de spécialistes de la matière³. Les cantons n'ont ainsi pas eu la possibilité de prendre position sur cette disposition en 2017 durant la procédure de consultation concernant la modification du

² Pour une liste des problèmes posés par les art. 248 et 248a CPP, cf. Ch. ROTEN, *La modification 2022 des règles du CPP concernant la procédure en matière de scellés*, in A. Macaluso / L. Moreillon / C. Lombardini / A. M. Garbarski (édit.), *Développements récents en droit pénal de l'entreprise IV*, Berne 2024, p. 94 ss.

³ Sur ce problème, cf. Ch. ROTEN, *op. cit.*, p. 88 s.

CPP ; c'est fort regrettable car ils auraient alors à n'en pas douter fait part de leurs doutes quant aux solutions préconisées par cette commission.

Le TMC/TAPEM demande dès lors que les art. 180 et 181 AP-DPA soient revus sérieusement et en profondeur avec notamment le concours de représentants de la corporation des juges TMC, afin de trouver une procédure qui tienne compte de l'expérience fondée de l'instance qui revêt la position de direction de la procédure de ces procédures de levée des scellés. Bien évidemment, la solution qui sera ainsi trouvée devra aussi profiter aux procédures selon le CPP et donc être introduite dans cette loi par le biais d'une adaptation du chiffre 15 du point II de l'annexe à l'AP.

Si cette solution de la refonte complète des art. 180 et 181 AP-DPA ne devait pas être retenue, il conviendra à tout le moins de modifier l'art. 180 al. 6 AP-DPA en prévoyant la possibilité pour le TMC d'engager des membres du corps de la police judiciaire fédérale comme experts (voire même comme experts permanents [art. 141 al. 2 AP-DPA]) aussi afin d'examiner le contenu des documents et enregistrements sous forme informatiques. En effet, ce qui ralentit très fortement les procédures de levée de scellés est l'examen des documents électroniques : les experts externes à même de mener efficacement, de façon compétente et rapidement ce travail sont très rares et donc bien évidemment submergés de travail. Or cet examen peut être réalisé rapidement (en quelques jours seulement !) par la police judiciaire fédérale qui, tout comme les polices cantonales, doit être dotée de programmes informatiques forensiques très puissants (programmes dont ne disposent même pas les experts externes dès lors que les licences ne sont en général vendues qu'aux administrations). Certes, le Tribunal fédéral, dans le cadre du CPP, a jugé illégale l'intervention d'un policier en qualité d'expert informatique en matière de scellés : il s'agissait pour le Tribunal fédéral d'éviter tout problème d'apparence de prévention (surtout une fois le travail de tri effectué) dès lors que la police est, dans le système du CPP, subordonnée au Ministère public (art. 15 al. 2 i.f. CPP). Cet écueil n'existe en fait pas. En effet, l'art. 50 let. b AP-DPA prévoit qu'une personne exerçant une fonction au sein d'une autorité de poursuite pénale administrative (étant rappelé que la police judiciaire fédérale est une telle autorité [art. 33 let. a AP-DPA]) doit se récuser lorsqu'elle a agi à un autre titre dans la même cause, en particulier comme expert au sens de l'art. 140 ss AP-DPA. De plus, les membres des autorités de poursuite pénale administrative ainsi que leurs experts doivent garder le silence sur les faits qui parviennent à leur connaissance dans l'exercice de leur activité (art. 70 al. 1 AP-DPA), ce qui est au demeurant aussi prévu explicitement pour les experts (art. 142 al. 1 let. e AP-DPA). Il est ainsi strictement garanti que le policier désigné en qualité d'expert n'intervienne ensuite plus dans l'enquête et ne communique à l'unité administrative rien de ce dont il a pu prendre connaissance.

Sur l'ensemble de cette question posée par l'intervention de la police dans le cadre du tri informatique des scellés, cf. Forumpoenale 3/2020, commentaire de l'arrêt n° 24 (arrêt 1B_274/2019 du 12 août 2019), p. 188 ss, spécialement pts IV et V.

VI.

Si les amendes ou peines pécuniaires ne peuvent être recouvrées, elles sont converties par le juge (art. 291 al. 1 et 10 al. 1 AP-DPA). Le juge compétent est celui qui a statué ou qui aurait été compétent pour statuer sur l'infraction selon l'art. 42 AP-DPA. L'unité administrative peut donc choisir soit le juge du lieu de l'infraction ou celui du domicile du

condamné (art. 42 al. 2 AP-DPA). Comme dit ci-avant au sujet de la saisine du TMC, il conviendrait de supprimer ce for alternatif et de ne choisir que celui du lieu de l'infraction.

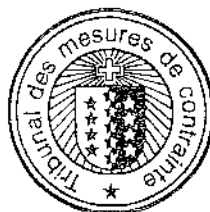
VII.

Dans le cadre de l'investigation secrète (art. 238 ss AP-DPA), il conviendrait de prévoir explicitement la possibilité pour l'unité administrative de demander au TMC l'autorisation de créer une légende préalable (ou pré-légende) pour les policiers qui sont destinés à agir en qualité d'agents infiltrés, et ce sans relation avec une procédure pénale administrative déterminée. L'art. 242 al. 4 AP-DPA prévoit en effet implicitement que la création d'une légende ne peut être autorisée qu'en relation avec une procédure déjà pendante. Or, pour être crédible vis-à-vis des prévenus, une légende doit pouvoir exister depuis un certain temps déjà, notamment au moyen d'actes juridiques (p.ex. conclusion d'un contrat de bail, de téléphonie, de leasing, etc.). Le CPP ne contient pas une telle disposition, ce qui pose des problèmes en pratique tant aux polices qu'aux Ministères publics et aux TMC. On relèvera à ce titre que la doctrine soutient qu'il est indispensable et donc admissible d'autoriser la création d'une légende préalable d'un agent infiltré en perspective de futures investigations secrètes (cf. p.ex. N. SCHMID / D. JOSITSCH, *Schweizerisches Strafprozessordnung / Praxiskommentar*, St-Gall 2023, art. 288 StPO n° 3a ; Th. HANSJAKOB / U. PAJAROLA, in A. Donatsch et al. [édit.], *Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung StPO*, 2020, art. 288 StPO n°s 5 à 7).

Il faut donc saisir l'occasion de la refonte totale du DPA pour combler cette lacune dans le DPA et de modifier du même coup le CPP sur ce point.

VIII.

Il va de soi que le TAPEM se tient à disposition des autorités, quelles qu'elles soient, si celles-ci devaient avoir besoin de compléments à la présente prise de position.



Le Doyen du TMC/TAPEM :

Dr Christian Roten

Stellungnahme

zur Totalrevision des Bundesgesetzes über das Verwaltungsstrafrecht (VStrR)

Art. 7 VStrR

vom 7. Mai 2024

Eingereicht von:

Prof. Dr. Marianne Johanna Lehmkuhl

Dr. Jan Wenk

Universität Bern

Rechtswissenschaftliche Fakultät

Institut für Strafrecht und Kriminologie

Schanzeneckstrasse 1

Postfach

3001 Bern

Inhaltsverzeichnis

1.	Ausgangslage.....	3
2.	Vorgeschlagene Neuregelung	5
3.	Fazit.....	8

1. Ausgangslage

Spätestens mit der Einführung des Art. 102 StGB war eine Revision des Art. 7 VStrR angezeigt. Insofern ist es begrüßenswert, dass dies nun im Rahmen der Totalrevision des VStrR nachgeholt werden soll. 21 Jahre nach Inkrafttreten des Art. 102 StGB besteht nunmehr die Chance, ein rechtsstaatlich einwandfreies, widerspruchsfreies und kriminalpolitisch sinnvolles Unternehmensstrafrecht zu schaffen bzw. zu komplettieren und zugleich eine davon abgekoppelte individualstrafrechtliche Verfahrensökonomie-Regelung zu etablieren.

Der *geltende* Art. 7 VStrR verquickt in rechtsstaatlich inakzeptabler Weise das Bedürfnis nach Verfahrensökonomie mit Blick auf geringfügige Straftaten von Individualtäter:innen mit dem Bedürfnis, Unternehmen für die Begehung von Straftaten ihnen zuzuordnender Individualtäter:innen zur Verantwortung zu ziehen. Beides sind legitime und kriminalpolitisch sinnvolle Anliegen. Die Verknüpfung beider Anliegen führt jedoch notwendigerweise – wie sich auch gezeigt hat – zu unauflösbaren Interpretationsproblemen, Wertungskongruenzen und Meinungsstreitigkeiten. Keine der in der Rechtsprechung sowie im Schrifttum vertretenen Auffassungen zum Wesen des Art. 7 VStrR vermag zu überzeugen, selbst mit Blick auf die jeweils identifizierten rechtsstaatlichen Bedenken, weil die Norm von Beginn an in ihrer Struktur widerspruchsvoll und inkonsistent ist.

Die Regelung stammt aus einer Zeit, in welcher der Grundsatz «societas delinquere non potest» die herrschende Meinung darstellte, aber dennoch offenbar ein Bedürfnis bestand, das «hinter» einer Straftat stehende Unternehmen zur Rechenschaft zu ziehen, auch wenn der Gedanke der *Verfahrensökonomie* betreffend die natürliche Person, welche die Tat begangen hat, bei der Schaffung von Art. 7 VStrR (so wie auch heute) im Vordergrund stand. Entsprechend wird nach Art. 7 VStrR das Unternehmen, das sich ja als solches nicht strafbar machen und auch nicht bestraft werden konnte, lediglich «zur Bezahlung der Busse verurteilt», die von einer nicht ermittelten Individualtäterschaft «verwirkt» wurde, die also über den/die Individualtäter:in im Ermittlungsfall verhängt worden wäre. Art. 7 VStrR verlangt keinen (Unternehmens-)Schuldvorwurf (Organisationsmangel), da das Unternehmen ja nicht bestraft wird. Das Unternehmen wird (schlicht) zur Bezahlung der *Individualbusse* herangezogen, sofern der Ermittlungsaufwand betreffend die Individualtäterschaft «im Hinblick auf die verwirkte Strafe unverhältnismässig» wäre. Eine Strafe (Busse) ist nur dann «verwirkt», wenn die Täterschaft objektiv und subjektiv tatbestandsmässig, rechtswidrig und schuldhaft gehandelt hat. Da sich das Vorliegen der subjektiven Voraussetzungen der Strafbarkeit (also nicht zuletzt Vorsatz und Schuld) bei einer unbekannten natürlichen

Person kaum nachweisen lassen, wird es nach höchstgerichtlicher Rechtsprechung¹ gestattet, sich bei der *Strafbemessung* auf einen objektivierten Ansatz zurückzuziehen. Unabhängig davon, ob dies rechtsstaatlich zulässig erscheint oder nicht, bleibt zu hinterfragen, wie die *Strafbarkeit* (als *Voraussetzung* jeglicher Strafbemessung) in einem solchen Fall überhaupt mit ausreichender Gewissheit festgestellt werden kann.² Auch bleibt im Dunkeln, wie die Strafandrohung (als weitere Voraussetzung einer Strafbemessung) aufgefunden werden soll, wenn nicht erwiesen sein muss, ob es sich um ein Vorsatz- oder Fahrlässigkeitsdelikt handelt. Schliesslich untersteht – wiederum aus rechtsstaatlich sowie kriminalpolitisch essenziellen Gründen – nicht jede Fahrlässigkeitsvariante eines Delikts derselben Strafandrohung wie die Vorsatzvariante.

Abgesehen von diesem grundlegenden rechtsstaatlichen Defizit (Stichwort: Verdachtsstrafe) ergibt sich eines aus Art. 7 VStrR ohne Zweifel: Er ist *keine* gesetzliche Grundlage für die *Bestrafung* von *Unternehmen*. Weder verlangt er einen – dem Unternehmen vorwerfbaren – Organisationsmangel noch wird die Busse, die das Unternehmen – ausfallshaftungsmässig – zu bezahlen hat, an dem ja gar nicht geforderten Organisationsmangel bzw. der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit des Unternehmens ausgerichtet, da es sich ja um eine nicht verhängbare *Individualbusse* handelt. Es ist daher ausgeschlossen, Art. 7 VStrR als *lex specialis* zu Art. 102 Abs. 1 StGB, der die Strafbarkeit und *Bestrafung* von Unternehmen aufgrund eines dem Unternehmen vorwerfbaren Organisationsdefizits regelt, zu betrachten.³

Eine (reine) Ausfallhaftung von Unternehmen für die Bezahlung von Individualbussen ist allerdings ihrerseits rechtsstaatlich zumindest bedenklich – und noch dazu überflüssig, weil angesichts der Existenz von Art. 102 StGB anachronistisch.

¹ BGer 6S.488/2005 vom 31. August 2006, E.3.

² Vgl. WENK JAN / LEHMKUHL MARIANNE JOHANNA, Greenwashing und (Unternehmens-) Strafrecht, in: ZSR I 5/2023, S. 463 ff., 482 ff.

³ Vgl. HILF [LEHMKUHL] MARIANNE JOHANNA, Umwelt-Wirtschaftsstrafrecht – Unternehmensstrafbarkeit im Bereich der Umwelt(schutz)delikte, in: Ackermann Jürg-Beat/Hilf Marianne Johanna (Hrsg.), Umwelt-Wirtschaftsstrafrecht, 9. Schweizerische Tagung zum Wirtschaftsstrafrecht, Zürich 2017, S. 98 ff.

2. Vorgeschlagene Neuregelung

Blieb der (rechtsstaatliche) Schaden bis vor einiger Zeit auf (i.d.R.) geringfügige(re) Taten beschränkt (siehe 5 000 Franken Obergrenze), wodurch die Regelung im Wesentlichen ja auch gerechtfertigt wurde, so sieht dies seit der Schaffung immer weiter reichender Klonbestimmungen in einzelnen Materiengesetzen anders aus.

Zwar sollen diese nun wieder abgeschafft werden, was angesichts der rechtsstaatlich inakzeptablen Grundstruktur des Art. 7 VStrR höchst begrüßenswert ist, doch angesichts der vorgeschlagenen Neuregelung des Art. 7 VStrR ganz offensichtlich nur, um die rechtsstaatlich unhaltbare Vermengung zu perfektionieren.

Gemäss dem Erläuternden Bericht (EB) will der Vernehmlassungsentwurf «den Grundsatz der **Verfahrensökonomie** wieder in den *Mittelpunkt* der Regelung [...] stellen und eine *verschuldensunabhängige* Verurteilung des Unternehmens rechtfertigen [...] können» (S. 25; Hervorhebungen nicht im Original). So heisst es auch, das eigentliche Ziel der Bestimmung sei die Ermöglichung einer *effizienten* Erledigung von *Bagatellfällen*⁴ (S. 25). Im Einklang mit diesem eigentlichen Ziel der Revision des Art. 7 VStrR steht auch die Aussage des EB, wonach «das Unternehmen *nicht schuldig* ist und lediglich zur *Zahlung* der Busse verurteilt wird» (S. 25). Aus Gründen der Verfahrensökonomie sehe Art. 7 VStrR «eine Ausnahme vom Grundsatz der persönlichen Bestrafung» (der Individualtäterschaft) vor (S. 22).

Jedenfalls sagt der EB damit klar, dass es – auch – im neuen Art. 7 VStrR *nicht* um die *Bestrafung* von *Unternehmen* gehen soll (und noch mehr: dass es nämlich auch nicht um die Bestrafung von Unternehmen gehen *kann*, da es ihnen an Schuldfähigkeit mangelt [S. 25] – was freilich angesichts der Existenz von Art. 102 StGB anachronistisch wirkt.

⁴ Der Anwendungsbereich des Art. 7 VStrR soll sich laut EB allerdings künftig zwar nur mehr auf den Bereich der *Übertretungen* – nicht also Vergehen und Verbrechen – beziehen, jedoch bis zu einem – nunmehr um das *Zehnfache erhöhten* – Bussenbetrag von 50 000 Franken (S. 25). Damit verliert Art. 7 VStrR wohl in vielen Fällen seine Berechtigung als (individual-)verfahrensökonomisch begründete Ausnahmeregelung für geringfügige(re) Delikte, geschweige denn Bagatellen. Der EB sagt zu Recht, dass es selbst bei der Obergrenze von 5 000 Franken «keineswegs sicher» sei, dass «stets ein Bagatellfall» vorliege (S. 24). Wenn es im EB überdies heisst, die Einführung des Erfordernisses eines Organisationsmangels des Unternehmens in Art. 7 VStrR würde «eine erhebliche *Komplizierung* der Verfahren zur Folge» haben und es «würde damit dem *eigentlichen Ziel* der Bestimmung, eine effiziente Erledigung von *Bagatellfällen* zu ermöglichen, zuwiderlaufen» (S. 25), dann fragt sich auch hier, wie dieses Argument mit der nunmehrigen Erhöhung der Bussengrenze auf 50 000 Franken zusammenpasst.

Der Ermittlungsaufwand wird künftig im Verhältnis «zur Schwere der betreffenden Widerhandlung» betrachtet, aber nicht mehr im Verhältnis zur verwirkten Strafe. Die betreffende Widerhandlung wird freilich weiterhin durch eine Individualtäterschaft – in strafbarer Weise – begangen (was entsprechend auch nachgewiesen werden muss/müsste!): So setzt gemäss dem EB konsequentermassen die «Verurteilung des Unternehmens [...] voraus, dass die *schuldhafte* Begehung der Tat durch eine natürliche Person feststeht. [...]. Es ginge [...] nicht um die Verurteilung des Unternehmens aufgrund seines Verschuldens, sondern um dessen Verurteilung zur Zahlung der Busse anstelle der verantwortlichen natürlichen Person. Manche Autoren sehen darin eine Form der Solidarhaftung oder Ausfallhaftung.» (S. 22 f.). Und dies tun sie zu Recht, es *kann* sich nur um eine Ausfallhaftung (nichtstrafrechtlicher Natur i.e.S.) handeln.⁵

Aus irgendeinem – sachlogisch nicht nachvollziehbaren Grund – fährt der EB jedoch an dieser Stelle damit fort, dass «[a]lledings [...] jede *strafrechtliche Sanktion* den Anforderungen von Artikel 6 EMRK Rechnung tragen» müsse, «insbesondere auch dem Grundsatz, wonach die strafrechtliche Verantwortlichkeit auf dem persönlichen Verschulden der Täterin oder des Täters beruhen muss» (S. 23). Für eine blosser Ausfallhaftung träfe dies ja aber gerade nicht zu (und wird insofern zu Recht auch vom neuen Art. 7 VStrR nicht verlangt).

Wie kann die explizite und klare Aussage des EB, wonach es *nicht* um die Verurteilung des Unternehmens aufgrund seines Verschuldens gehe, im selben Atemzug dazu führen, dass es sich dabei (jedoch?) um eine strafrechtliche Sanktion handle, die auf persönlichem *Verschulden* beruhen müsse (siehe auch auf S. 24, wo zu lesen steht, dass der „strafrechtliche Charakter dieser Bestimmung [...] in Anbetracht der Rechtsprechung zu Art. 6 Abs. 1 EMRK kaum in Zweifel gezogen werden“ könne).

Unglücklicherweise leistet der EB ausgerechnet dieser Auffassung, die er ansonsten ablehnt (siehe die Ausführungen oben), Vorschub, indem er zunächst selbst formuliert, dass der «Grundsatz der Verurteilung des Unternehmens zu einer *verschuldensunabhängigen* Busse [...] beibehalten» werde: Das Unternehmen könne künftig mit einer Busse von bis zu 50 000 Franken **bestraft** (!) werden (S. 14). Es gibt aber doch gar keine verschuldensunabhängigen Bussen (Strafen) im Strafrecht! Wie schafft es der EB, das fundamentale Schuldprinzip des Strafrechts so zu negieren? Die Busse, um die es in Art. 7 VStrR geht, ist im Übrigen gar *keine verschuldensunabhängige* Busse.

⁵ Vgl. HILF [LEHMKUHL] MARIANNE JOHANNA, Herausforderungen der neuen Normen über Produkthaftungspflicht und -sicherheit für das Unternehmensstrafrecht, in: Bühler Theodor/Killias Martin (Hrsg.), Unternehmensstrafrecht und Produktsicherheit, Zürich 2013, S. 14 f.

Schliesslich geht es ja um die (wenngleich rechtsstaatlich bedenkliche ausfallhaftungsmässige Bezahlung einer) *Individualbusse*, die auf dem – wie auch immer nachweisbaren – Verschulden der nicht ermittelten *Individualperson* beruht!

Zu allem Überfluss soll auch noch Art. 102 Abs. 3 StGB (der – zur Erinnerung – die *Strafbemessung* im Kontext der echten *Bestrafung* von Unternehmen regelt!) übernommen werden («mit entsprechenden Anpassungen»!), indem – wiederum wörtlich – die «**dem Unternehmen konkret auferlegte Strafe** [...] nach der objektiven Schwere der Tat und der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit **des Unternehmens**» bemessen werden soll. Letzteres ist nicht nur eine Abkehr von der bisherigen Gesetzeslage, nach der es um die von der (nicht ermittelten) *natürlichen Person* verurteilte Strafe ging (und damit wohl sachlogisch auch um deren wirtschaftliche Verhältnisse, die allerdings mangels Identifizierung der Person auch nicht bekannt waren), sondern geht zugleich in die vorgeblich nicht verfolgte Richtung der Bestrafung von Unternehmen für von ihnen nicht verschuldete objektiv festgestellte Rechts(guts)verletzungen. Dies wird durch die vom EB gebrauchte Formulierung der „dem Unternehmen *konkret auferlegten* Strafe“ verstärkt: Geht es hierbei um die dem Unternehmen konkret auferlegte *fremde* Strafe? Dass eine (nichtstrafrechtliche) Ausfallhaftung für eine fremde Strafe normiert wird (also wie es im Gesetz steht: die Verurteilung „zur Bezahlung der Busse“, für die ein *anderer*, nämlich die natürliche Person, welche die Tat begangen hat, aus verfahrensökonomischen Gründen nicht einstehen muss), ist *eine* Sache, dass aber eine *fremde* Strafe *auferlegt*, eine vollkommen *andere*, rechtsstaatlich absolut unvertretbare, Sache. Überdies stellt sich die Frage: Bedarf es überhaupt noch einer (ohnedies kaum nachweisbaren) *strafbaren* Tat einer *natürlichen* Person? Oder genügt selbst als *Voraussetzung* für die Verurteilung des Unternehmens die Verwirklichung eines *objektiven* Tatbestands bzw. des objektiv feststellbaren Gefährdungs- bzw. Erfolgseintritts hinsichtlich eines strafrechtlich geschützten Rechtsguts? Ehrlicher wäre es angesichts der Beweisproblematik allemal. Im Ergebnis klingt es aber nach strafrechtlicher Erfolgshaftung.

Und eine weitere Frage stellt sich: Worauf beziehen sich nun (plötzlich) die 50 000 Franken? Nach dem EB geht es – entsprechend dem Gesetzeswortlaut des Abs. 1 des Art. 7 VStrR – um die „im konkreten Fall in Betracht fallende Strafe“ (S. 23). Daraus folgt: Ursprünglich geht es um eine *Individualtat*, für welche die Individualtäterschaft nicht bestraft wird, weil sie nicht mit verhältnismässigem Aufwand ermittelt werden kann. Die Individualbusse fällt in der Mehrheit der Fälle vermutlich geringer aus als die nach den wirtschaftlichen Verhältnissen *des Unternehmens* zu bemessende – und – gem. Abs. 3 – am Ende tatsächlich zu bezahlende – Busse. Beziehen sich die 50 000 Franken nun auf diesen (vom Unternehmen nach *seinen* wirtschaftlichen Verhältnissen) zu bezahlenden Betrag (laut Gesetzeswortlaut gem. Abs. 1 und EB nicht,

nach Abs. 3 hingegen schon!) oder auf den (wie früher von der *natürlichen* Person) verwirkten Betrag? Um die *Strafandrohung* (der zugrundeliegenden Strafbestimmung) geht es ja explizit nicht, das hätte der Gesetzgeber anders formulieren müssen. Vielmehr geht es um die konkrete (durch die *natürliche* Person verwirkte) Busse, aber mit welcher Legitimation kommen da die wirtschaftlichen Verhältnisse des *Unternehmens* ins Spiel? Abgesehen davon geht es ja nur mehr um die objektive Schwere der Tat: Von welcher Strafandrohung wäre dann auszugehen, wenn es einen Vorsatz- und einen Fahrlässigkeitstatbestand gibt, die unterschiedliche Strafandrohungen aufweisen?

Dass im Gesetz zwar immer noch «zur Bezahlung der Busse verurteilt» steht und die Busse eine über natürliche Personen zu verhängende Busse gem. Art. 103 StGB sein soll, gereicht angesichts der Erläuterungen nicht wirklich zur Beruhigung.

3. Fazit

Ausschlaggebend für die Entscheidung, ob und bejahendenfalls wie Art. 7 VStrR (sowie die darauf verweisenden Klonbestimmungen der jüngeren Vergangenheit) abgeändert oder gar abgeschafft werden sollten, ist das mit der Regelung angestrebte **Ziel**. Dass es dabei stets um die Schaffung rechtsstaatlich vertretbarer Bestimmungen zu gehen hat, versteht sich von selbst.

1. Dem EB ist zu entnehmen, dass es *vorrangig* um **Verfahrensökonomie** gehen soll. Es fragt sich daher, weshalb der halbherzigen Überarbeitung einer rechtsstaatlich verfehlten Regelung (Art. 7 VStrR) der Vorzug gegenüber einer sauberen (d.h. von einer Unternehmenshaftung entflochtenen) *verfahrensrechtlichen Lösung* gegeben werden soll. Mit der Formulierung einer an gesetzliche Kriterien geknüpften Möglichkeit der Verfahrenseinstellung aus Effizienzgründen, wäre diesem Erfordernis entsprochen und Art. 7 VStrR sowie alle Klonbestimmungen wären aufzuheben.
2. Sollte es darüber hinaus das kriminalpolitische Bedürfnis geben, **Unternehmen** (auch) für *Übertretungen* **strafrechtlich** in die **Verantwortung** zu nehmen, wofür sowohl die (wenngleich absolut untaugliche) Struktur des gegenwärtigen Art. 7 VStrR als auch die Formulierungen des EB (der von Bestrafung spricht), die Schaffung immer neuer Klonbestimmungen mit immer höheren betragsmässigen Obergrenzen sowie die Anwendungspraxis sprechen, so bedürfte es einer Norm, die eine *Bestrafung* von Unternehmen aufgrund eines *Organisationsdefizitsvorwurfs* gegenüber dem *Unternehmen* ermöglicht. Eine entsprechende

Abänderung des Art. 7 VStrR wäre hier denkmöglich. Doch würde Art. 7 VStrR als unternehmensstrafrechtliche Bestimmung erst dann rechtsstaatlich unbedenklich, wenn er im Wesentlichen Art. 102 StGB entspräche (wobei dessen Abs. 1 kriminalpolitisch verfehlt ist und zugunsten des Modells des Abs. 2 gestrichen werden sollte). Gem. Art. 333 Abs. 1 StGB (und Art. 2 VStrR) gilt Art. 102 Abs. 1 StGB ohnedies auch im Bereich des Verwaltungsstrafrechts. Es bedürfte daher gar keiner Spezialbestimmung im VStrR, wenn (optimalerweise) Art. 102 Abs. 2 StGB auf alle Verbrechen, Vergehen und Übertretungen ausgeweitet würde. Denkbar wäre auch ein gesonderter Absatz betreffend Übertretungen. Dabei würde sich im Übrigen zeigen, dass es schwerlich zu rechtfertigen ist, nur bzw. ausgerechnet Übertretungen mit einer konkret verwirkten Strafe unter einem bestimmten Höchstbetrag in die strafrechtliche Unternehmensverantwortung einzubeziehen! Weder kann die konkret auszusprechende Busse das relevante Anwendungskriterium sein noch lässt sich die Lücke zwischen diesen leichteren Taten und den Vergehen erklären, weil damit ja schwere Übertretungstaten ausgespart blieben.

Mit Blick auf den vorliegenden Entwurf erscheint daher immerhin die Aufhebung der Art. 7 VStrR nachgebildeten Spezialnormen in anderen Gesetzen begrüssenswert sowie der Umstand, dass der Begriff der «Busse» nun im Sinne des geltenden Rechts (Art. 103 StGB) auszulegen ist. Bleibt freilich – nicht zuletzt angesichts der Kommentarliteratur, die Art. 102 StGB immer noch als Übertretung betrachten will – das Desiderat, dies in **Art. 102 StGB** ebenfalls nachzuvollziehen und dort nicht mehr von «Busse», sondern in klarer Unterscheidung dazu von «**Unternehmensbusse**» zu sprechen und diese Differenzierung insbes. auch in **Art. 53 StGB** (allenfalls unter Angabe einer Obergrenze) zu übernehmen.⁶

Zusammenfassend⁷ wäre Art. 7 VStrR (samt all der angelehnten – noch weiter gehenden – Folgebestimmungen in Spezialgesetzen) aufzuheben. Dies wäre der erste und notwendige Schritt in Richtung einer rechtsstaatlich haltbaren Lösung. Art. 102

⁶ Siehe hierzu auch WENK JAN, Sanktionierung im Schweizer Unternehmensstrafrecht, Zürich 2024, S. 118.

⁷ **Siehe zum Ganzen:** HILF [LEHMKUHL] MARIANNE JOHANNA, Herausforderungen der neuen Normen über Produkthaftpflicht und -sicherheit für das Unternehmensstrafrecht, in: Bühler Theodor/Killias Martin (Hrsg.), Unternehmensstrafrecht und Produktsicherheit, Zürich 2013, S. 14 f.; HILF [LEHMKUHL] MARIANNE JOHANNA, Umwelt-Wirtschaftsstrafrecht – Unternehmensstrafbarkeit im Bereich der Umwelt(schutz)delikte, in: Ackermann Jürg-Beat/Hilf Marianne Johanna (Hrsg.), Umwelt-Wirtschaftsstrafrecht, 9. Schweizerische Tagung zum Wirtschaftsstrafrecht, Zürich 2017, S. 98 ff.; WENK JAN / LEHMKUHL MARIANNE JOHANNA, Greenwashing und (Unternehmens-) Strafrecht, in: ZSR I 5/2023, S. 463 ff.; WENK JAN, Sanktionierung im Schweizer Unternehmensstrafrecht, Zürich 2024, S. 48 ff. u. 254.

StGB wäre allenfalls um die Übertretungen zu ergänzen (optimalerweise unter Streichung des Abs. 1 und Übernahme des Modells des Abs. 2 auf alle Verbrechen, Vergehen und Übertretungen). Im Dienste einer weiteren Harmonisierung der Begriffe, sollte der Begriff der «Busse» in Art. 102 StGB in «Unternehmensbusse» umbenannt werden und dies für alle darauf Bezug nehmenden Normen übernommen werden (nicht zuletzt in Art. 53 StGB mitsamt einer kriminalpolitisch sinnvollen Begrenzung).



Le 28 mars 2024

Procédure de consultation relative à la révision de la loi fédérale sur le droit pénal administratif

Prise de position de la Faculté de droit

I. INTRODUCTION

Le 31 janvier 2024, le Département fédéral de justice et police a, sur mandat du Conseil fédéral, mis en consultation un avant-projet de révision de la loi fédérale sur le droit pénal administratif (ci-après : AP-DPA).

L'objectif revendiqué est de moderniser le droit pénal administratif, en particulier en calquant au maximum ses règles procédurales sur celles du Code suisse de procédure pénale (ci-après : CPP). Il s'agit avant tout d'offrir à la défense une protection et des droits équivalents à ceux découlant du droit pénal ordinaire.

S'il n'est pas contesté qu'une procédure de droit pénal administratif constitue une accusation pénale au sens de l'art. 6 CEDH, sa nature exacte reste parfois controversée. L'AP-DPA est fondé sur la constatation selon laquelle cette matière appartient pleinement au droit pénal. Cette prémisse explique la volonté de fonder la DPA sur les principes du droit pénal et de la procédure pénale ordinaires, en ne conservant que les spécificités absolument nécessaires au traitement efficace des infractions pénales administratives.

Le fait même qu'une révision de la DPA soit proposée entérine le choix de conserver une législation spéciale en la matière. La possibilité – également envisagée à l'origine – d'intégrer ses règles matérielles dans le Code pénal suisse (ci-après : CP) et ses règles formelles dans le CPP a été écartée.

De même, l'AP-DPA confirme la volonté de préserver la juridiction pénale administrative. L'alternative évoquée, soit le transfert des compétences actuelles de l'administration fédérale aux autorités de poursuite pénale ordinaires de la Confédération ou des cantons, n'a pas été retenue. Le motif invoqué à cet égard est la crainte des coûts et de la surcharge de travail qui en découleraient pour ces autorités. Ce point doit être approuvé. On ne peut imaginer un simple transfert de la masse d'affaires pénales administratives entre les mains d'autorités cantonales ou du Ministère public de la Confédération, à plus forte raison dans la mesure où ces causes mobilisent fréquemment des connaissances particulières, essentiellement disponibles au sein de l'administration fédérale.

Le principal désavantage du maintien de cette architecture réside, pour les justiciables, dans l'absence d'indépendance – au sens de l'article 4 CPP – des personnes en charge des procédures pénales administratives. En tant que membres de l'administration, ces individus restent en effet soumis aux instructions de leur hiérarchie. Cependant, la possibilité pour les justiciables de contester les actes d'enquête auprès d'une autorité judiciaire atténue les risques liés à la relative dépendance hiérarchique des personnes en charge des procédures pénales administratives.

L'AP-DPA propose essentiellement une mise à jour des règles procédurales applicables en matière pénale administrative, qui améliorerait globalement la position du prévenu et garantirait à celui-ci des droits comparables à ceux prévalant dans les affaires pénales ordinaires. Sur certains points, il est cependant teinté d'un certain conservatisme, révélant une volonté de ne pas bouleverser un système jugé plutôt satisfaisant par les autorités fédérales.

II. COMMENTAIRE DES ARTICLES

Partie 2 Droit pénal administratif

Article 6

Selon le rapport, l'art. 6 constitue une *lex specialis* par rapport à l'art. 29 CP (p. 21). Le rapport ne précise pas à quel alinéa de l'art. 6 il fait référence, mais nous comprenons qu'il s'agit de l'al. 1 voire de l'al. 3. En effet, l'al. 2 se rapporte à la punissabilité du chef de l'entreprise (ou supérieur hiérarchique) pour les infractions commises par ses subordonnés. Or, cette situation est appréhendée, en droit pénal ordinaire, comme un cas d'application de l'art. 11 CP (et non de l'art. 29 CP). Mais l'art. 6 al. 1 DPA et l'art. 29 CP n'ont pas le même champ d'application. En effet, l'art. 6 al. 1 DPA s'applique de manière générale aux infractions commises dans la gestion d'une entreprise, alors que l'art. 29 CP règle spécifiquement le sort des infractions dites propres pures lorsque le devoir particulier qui fonde la punissabilité incombe à l'entreprise. Le rapport n'explique pas en quoi il se justifierait que, s'agissant des infractions

propres pures, le droit pénal administratif englobe un cercle plus large d'auteurs possibles que le droit pénal ordinaire (à savoir toutes les personnes physiques et pas uniquement celles mentionnées à l'art. 29 CP), étant rappelé que l'art. 29 CP n'est pas si ancien puisqu'il date de la révision de la partie générale du CP en 2007.

En ce qui concerne l'art. 6 al. 3 DPA, cette dernière norme vise le cas où c'est l'entreprise qui revêt la position de garant mentionnée à l'al. 2 de la même disposition. Il s'agit bien d'une constellation d'infraction propre pure puisque l'obligation d'agir qui fonde la position de garant du chef d'entreprise est un devoir particulier fondant la punissabilité au sens de l'art. 29 CP. Mais là encore, le rapport ne se prononce pas sur l'opportunité de conserver avec l'art. 6 al. 3 DPA une *lex specialis* dessinant un cercle de personnes différent de celui compris à l'art. 29 CP.

L'AP-DPA propose par ailleurs une modification de l'art. 6 al. 2 DPA. Il serait précisé que le chef d'entreprise, l'employeur, le mandant ou le représenté tombe sous le coup des dispositions pénales applicables à l'auteur si, intentionnellement ou par négligence et en violation d'une obligation juridique « spécifique », il omet de prévenir une infraction ou d'en supprimer les effets. A lire le rapport, l'objectif est de codifier une précision dégagée par la jurisprudence (ATF 142 IV 315, consid. 2.2.2 ; TF 6B_189/2009 du 20 mai 2009, consid. 3.2.3), selon laquelle la violation d'une obligation juridique au sens de l'art. 6 al. 2 DPA suppose une position de garant, généralement assumée par le chef d'entreprise auquel il incombe de garantir la bonne application des normes de droit administratif. On voit mal en quoi l'ajout de l'adjectif « spécifique » traduit – à lui seul – cette idée. Il serait plus clair de mentionner expressément la notion de « garant » dans cette disposition, ou de préciser que la personne concernée est celle à laquelle incombe l'obligation d'empêcher le comportement en cause en exerçant une surveillance, en donnant des instructions et en intervenant au besoin. A cet égard, on conçoit mal comment une telle obligation pourrait incomber au mandant ou au représenté.

A noter qu'il semble ressortir de la volonté initiale du législateur de conditionner la punissabilité du chef d'entreprise à la connaissance effective de l'infraction. A la suite d'une reformulation proposée par l'Assemblée fédérale, cette condition ne ressort désormais plus du texte de l'art. 6 al. 2 DPA (cf. le message du 21 avril 1971, FF 1971 I 1017, 1028 ; BO CN 1973 II 465 à lire en lien avec BO CE 1972 III 392). Dès lors que l'AP-DPA ne mentionne pas expressément cette condition – à juste titre –, il serait judicieux de ne pas étendre la punissabilité selon l'art. 6 al. 2 au mandant et au représenté.

Article 7

L'AP-DPA maintient le principe compris à l'art. 7 DPA, permettant de renoncer à poursuivre les personnes physiques punissables selon l'art. 6 DPA et de condamner, à leur place, l'entreprise dans laquelle elles évoluent. Cette exception au principe de la personnalité des peines et à l'adage *nulla poena sine culpa* est justifiée, dans le rapport, par la nécessité de « liquider de manière simple, à la satisfaction de toutes les parties concernées, les infractions de moindre gravité » (p. 24). L'idée défendue par une partie de la doctrine (cf. BSK VStrR-MACALUSO/GARBARSKI, art. 7 N 38 s.), consistant à conditionner la punissabilité de l'entreprise à

l'existence d'une faute – soit un défaut d'organisation au sens de l'article 102 CP –, a été écartée. Dans le rapport, il est notamment indiqué que la nécessité de constater une faute dans l'organisation de l'entreprise pourrait faire baisser le « degré d'acceptation » des mandats de répression délivrés contre des entreprises (p. 24).

On ne comprend pas pourquoi une telle possibilité de condamnation facilitée devrait exister dans la DPA alors qu'elle est inconnue dans le droit pénal ordinaire. L'invocation d'une prétendue acceptation élevée des condamnations par les entreprises semble quant à elle spéculative. On peut aussi penser que les entreprises concernées, sans admettre le bien-fondé de leur condamnation, renoncent à contester celle-ci afin de ne pas engager des moyens et des ressources disproportionnés. La construction de l'art. 7 DPA, qui date d'il y a plus de cinquante ans, apparaît obsolète face aux modèles contemporains de responsabilité pénale d'une entité collective.

Le rapport n'expose pas pour quelle raison la responsabilité de l'entreprise devrait forcément être alternative par rapport à celle de la personne physique et pourquoi une responsabilité parallèle ne se justifie pas, en particulier dans les constellations qui laissent apparaître une culture d'entreprise défaillante susceptible d'inciter à la commission d'infractions (cf. en droit pénal ordinaire, l'art. 102 al. 2 CP).

Par ailleurs, le nouveau critère envisagé pour permettre la condamnation de l'entreprise, soit l'existence d'une disproportion entre les mesures d'instruction nécessaires à la poursuite des personnes normalement punissables et la « gravité de l'infraction » paraît se recouper avec la condition de l'amende entrant en ligne de compte ne dépassant pas 50'000 francs. Ce dernier critère pourrait être suffisant.

Il faut aussi noter l'existence d'une disparité, dans l'AP-DPA, entre les cas de peu de gravité permettant la mise en œuvre de l'art. 7 (amendes n'excédant pas 50'000 fr.) et ceux autorisant une dérogation aux principes généraux applicables à la fixation de la sanction pénale au sens de l'art. 8 (amendes n'excédant pas 5'000 fr.). A l'origine, dans la loi de 1974, le montant de 5'000 fr. semblait pourtant avoir été retenu dans les deux dispositions concernées car il correspondait aux infractions les moins graves (cf. le message du 21 avril 1971, FF 1971 I 1017, 1029 s. ; cf. aussi CAPUS/BERETTA, *Droit pénal administratif*, Bâle 2021, N 186).

Article 9

Il est surprenant de lire dans le rapport que l'application de l'art. 49 CP est exclue lorsque différentes peines pécuniaires sont prononcées par différentes autorités pénales administratives. Il apparaît que le motif central pour exclure le principe de l'aggravation réside dans les efforts de coordination qui seraient, le cas échéant, demandés aux diverses autorités administratives compétentes. L'explication donnée n'est donc plus tout à fait la même que celle qui avait été formulée pour la loi de 1974 (cf. le message du 21 avril 1971, FF 1971 I 1017, 1030).

Le point de vue exprimé dans le rapport méconnaît complètement l'intérêt du prévenu à bénéficier du principe de l'art. 49 CP (cf. cf. BSK VStrR-ACHERMANN, art. 9 N 5). Il n'est pas admissible de faire dépendre la sanction des prévenus d'un élément – soit la saisine d'une ou de plusieurs autorités pénales administratives – qui n'a aucune pertinence dans la fixation des peines au sens de l'art. 47 CP. L'application des dispositions de l'art. 49 CP serait ainsi notamment subordonnée à la décision de procéder – ou non – à une jonction de procédures au sens de l'art. 40 AP-DPA. En outre, une inégalité de traitement évidente se créerait entre le prévenu ayant commis diverses infractions administratives traitées par une seule autorité et celui qui – pour des faits d'une gravité comparable – serait confronté à différentes autorités.

Notons que le législateur s'est pourtant montré capable, dans le droit pénal ordinaire – avec l'article 34 al. 3 CPP –, de régler les éventuelles difficultés pouvant surgir lorsque plusieurs autorités de jugement agissent indépendamment les unes des autres.

Article 10

Il est proposé que la peine privative de liberté de substitution d'une amende prononcée en vertu de la DPA reste de trois mois au maximum (conformément à l'art. 106 al. 2 CP, actuellement en vertu de l'art. 10 al. 3 DPA). On a renoncé à élever ce seuil à 180 jours (soit la limite maximale pour la conversion de peines pécuniaires selon le droit pénal ordinaire, aux termes des art. 34 al. 1 *cum* 36 al. 1 CP).

Certains membres du groupe de travail ayant préparé l'AP-DPA ont relevé que l'effet dissuasif d'une amende pouvant atteindre plusieurs dizaines de milliers de francs se trouve considérablement amoindri si la peine privative de liberté de substitution demeure limitée à trois mois. Le rapport justifie ce choix en relevant que, dans le droit pénal ordinaire comme dans la DPA, les contraventions sont des infractions « de degré moindre par rapport aux délits » (p. 29). Cette explication n'est pas cohérente avec l'affirmation selon laquelle de nombreuses contraventions de droit pénal administratif s'apparentent davantage à des délits, sur le vu du montant des amendes encourues. En outre, la DPA connaît une autre catégorie d'infractions – les inobservations de prescriptions d'ordre – qui constituent les véritables « bagatelles » et dont les amendes ne peuvent être converties en privation de liberté.

Article 11

L'AP-DPA renonce à revenir sur les délais de prescription figurant aux al. 1 et 2, qui ont été modifiés par la loi fédérale du 17 décembre 2021 sur l'harmonisation des peines, entrée en vigueur le 1^{er} juillet 2023.

Ces délais sont plus longs que celui prévalant pour les contraventions dans le droit pénal ordinaire (art. 109 CP). Il n'est donc pas souhaitable de faciliter l'interruption de la prescription. Durant les travaux parlementaires relatifs à l'harmonisation des peines, les Chambres fédérales n'ont pas réussi à s'accorder sur le point de savoir si seul un jugement de première instance pouvait interrompre la prescription de l'action pénale, ou si un prononcé

pénal devait produire le même effet. Au Conseil national notamment, l'avis selon lequel seul un jugement de première instance devait interrompre la prescription a alors été clairement affirmé (cf. BO CN 2021 2163). L'AP-DPA propose à nouveau la solution préconisée par le Conseil fédéral, selon laquelle un prononcé pénal – ou de confiscation – devrait interrompre la prescription de l'action pénale. Certes, cette suggestion correspond à la jurisprudence du Tribunal fédéral – fortement critiquée par la doctrine – en la matière (cf. ATF 147 IV 274, consid. 1). Ce nonobstant, la révision de la DPA représente une occasion de renforcer les protections procédurales accordées au prévenu. De ce point de vue, il serait hautement souhaitable de prévoir que seul un jugement de première instance est propre à interrompre la prescription.

Il est en effet très discutable d'affirmer qu'un prononcé pénal serait plus proche d'un jugement de première instance que d'une ordonnance pénale, impropre quant à elle à interrompre la prescription. L'autorité délivrant le prononcé pénal ou de confiscation n'est pas une autorité judiciaire. La procédure conduite jusqu'à la délivrance d'un tel acte est certes en principe contradictoire, comme l'indique le Tribunal fédéral (ATF 147 IV 274, consid. 1.5). Cependant, en cas d'opposition à un mandat de répression ou à une ordonnance de confiscation, l'administration peut ordonner un débat oral, mais n'en a pas l'obligation (art. 69 al. 1 DPA ; art. 272 al. 1 AP-DPA). Par ailleurs, la procédure pénale menant au prononcé d'une ordonnance pénale est également contradictoire. En outre, si *de lege lata* le prononcé pénal ou de confiscation doit être rendu sur la base d'une opposition motivée (art. 68 al. 2 DPA), cette exigence devrait être abandonnée à l'avenir (cf. *infra*, ad art. 271 AP-DPA). Cela doit conduire à relativiser fortement le caractère contradictoire de la procédure pénale administrative infrajudiciaire (cf. CAPUS/BERETTA, *op. cit.*, N 227). De manière générale, le prononcé pénal a de commun avec l'ordonnance pénale qu'il ne s'agit que d'une proposition de jugement, vu le défaut d'indépendance de l'autorité administrative fédérale, qui ne revêt pas la qualité de tribunal au sens de l'art. 6 CEDH. Si le prononcé pénal est attaqué selon les délais et les formes prescrits, il cesse d'avoir existé *ex tunc* et tient lieu d'acte d'accusation, tout comme l'ordonnance pénale (art. 277 al. 1 AP-DPA). C'est d'ailleurs pour un motif similaire que la jurisprudence ne reconnaît au jugement par défaut la qualité de jugement de première instance interruptif de la prescription au sens de l'art. 97 al. 3 CP qu'à la condition résolutoire qu'aucune demande de nouveau jugement ne soit déposée ultérieurement et que le jugement par défaut ne soit pas remplacé par un nouveau jugement (ATF 146 IV 59, consid. 3.4).

En conséquence, il n'y a aucune raison de traiter l'institution de la prescription différemment en droit pénal administratif et en droit pénal ordinaire.

Article 14

L'al. 1 propose une clarification bienvenue. Il est ainsi expressément mentionné qu'une escroquerie en matière de prestations et de contributions peut être commise tant lorsque le prévenu obtient – en réalisant les conditions de l'infraction – une « autre prestation des

pouvoirs publics » que lorsqu'il évite le recouvrement d'une « autre prestation des pouvoirs publics » (cf. BSK VStrR-MAEDER, art. 14 N 92).

On a renoncé à juste titre, dans l'AP-DPA, à définir précisément – en mentionnant des sommes fixes dans le texte légal – les notions de « montant important » (al. 2) et d'avantage illicite « particulièrement important » (al. 3). De tels concepts doivent pouvoir être interprétés de manière évolutive par la jurisprudence. Les montants évoqués dans le rapport pourraient de surcroît se révéler en pratique inadéquats, ou apparaître surannés après quelques années.

Partie 3 Procédure pénale administrative

De manière générale, les propositions comprises dans la partie 3 de l'AP-DPA sur la procédure pénale administrative (art. 25 ss) sont bienvenues, dans la mesure où elles complètent et clarifient le droit pénal administratif formel en le rapprochant au mieux des règles de la procédure pénale ordinaire. La jurisprudence valant en droit de procédure pénale ordinaire devra également être appliquée dans le droit pénal administratif.

Les art. 25 à 32 de l'AP-DPA reproduisent les principes généraux, les devoirs des autorités et les droits des personnes valant en procédure pénale. Comme l'indique le rapport, il s'agit d'une simple reprise des principes énoncés dans le droit supérieur ou – plus directement – aux art. 3 à 11 CPP. La répétition de ces principes revêt un intérêt essentiellement symbolique, puisque de toute manière – même en l'absence d'un renvoi de la DPA aux règles de la procédure pénale ordinaire – celles-ci s'appliquent par analogie lorsque la procédure pénale administrative ne règle pas une question de façon complète (ATF 139 IV 246, consid. 1.2 ; TF 7B_96/2022 du 28 septembre 2023, consid. 2).

Article 28

Le principe du caractère impératif de la poursuite ancré dans cette norme – et repris directement de l'art. 7 CPP – n'est en soi pas critiquable. Il est cependant difficile de comprendre dans quelle mesure cette disposition rendrait possible « une exception à l'obligation de poursuivre fondée sur la culture juste ou la culture positive de l'erreur », comme l'affirme le rapport (p. 15). L'art. 29 AP-DPA traite certes la question de l'opportunité, mais prévoit une exception au caractère impératif de la poursuite pour les cas « de très peu de gravité », ce qui ne recouvre pas la problématique de la « culture juste » ou « culture positive de l'erreur ».

Article 31

L'AP-DPA renonce de manière surprenante à reprendre intégralement dans cette disposition les garanties ancrées à l'art. 10 CPP. Le rapport indique que le principe *in dubio pro reo*, consacré à l'art. 10 al. 3 CPP, ne trouverait application que dans le cadre d'une éventuelle

procédure judiciaire, mais pas devant l'autorité administrative (p. 43). Pourtant, le doute doit profiter au prévenu y compris dans le cadre de la procédure pénale administrative (EICKER/FRANK/ACHERMANN, *Verwaltungsstrafrecht und Verwaltungs-strafverfahrensrecht*, Berne 2012, p. 150). L'autorité administrative délivre des mandats de répression ou des prononcés pénaux, qui, s'ils ne sont pas attaqués, peuvent être assimilés à un jugement entré en force. D'ailleurs, en procédure pénale ordinaire, le ministère public ne peut pas rendre une ordonnance pénale en cas de doutes – *a fortiori* insurmontables – quant aux éléments factuels justifiant une condamnation (cf. art. 352 al. 1 CPP *a contrario*) ; il doit dans ce cas-là renvoyer en jugement.

Article 35

L'al. 3 permet la mise en œuvre de mesures urgentes lorsque les organes de l'administration fédérale ou la police surprennent une personne en flagrant délit d'infraction ou interceptent l'intéressé immédiatement après un tel acte. Le rapport indique qu'il est justifié d'appliquer ce principe y compris en cas de contravention, en respectant le principe de proportionnalité (p. 45). Il serait bon de préciser que le terme « infraction » n'englobe pas, en l'occurrence, les simples inobservations de prescriptions d'ordre, pour lesquelles des mesures urgentes ne sauraient être considérées comme proportionnées (cf. art. 154 al. 3 AP-DPA ; BSK VStrR-VEST, art. 19 N 43).

Article 37

Le rapport explique pourquoi l'idée de créer une base légale permettant une large délégation des compétences en matière d'enquête pénale administrative à des tiers extérieurs à l'administration fédérale a été écartée (pp. 50 s.). Cette décision doit être approuvée. En effet, la poursuite pénale administrative – compte tenu de sa nature et des atteintes aux droits fondamentaux des individus qu'elle peut impliquer – apparaît comme une tâche étatique qui ne saurait souffrir une telle délégation.

L'art. 37 prévoit donc uniquement la possibilité de faire appel à des tiers externes pour sécuriser, sauvegarder, préparer, analyser et stocker des données dans le cadre d'une procédure pénale administrative. Si les motifs invoqués pour autoriser un tel mécanisme sont convaincants, ceux pour dénier aux parties la possibilité de s'exprimer sur le choix des spécialistes le sont moins. Il est certes possible, comme l'évoque le rapport, que les parties ne soient pas encore en mesure de formuler des questions précises au moment de faire appel à des spécialistes extérieurs à l'administration fédérale. Cela n'empêcherait pourtant aucunement l'unité administrative d'interpeller les parties pour leur laisser l'occasion de se déterminer sur cette délégation de compétences. Les parties devraient à tout le moins être invitées à faire part de leurs éventuels motifs pour s'opposer au choix d'un spécialiste extérieur. Cela vaut à plus forte raison dans la mesure où – contrairement à ce qui est prévu à l'art. 90c de la loi fédérale sur les médicaments et les dispositifs médicaux (ci-après : LPTh)

– les tiers devraient pouvoir être chargés de toutes les étapes relatives au traitement des données concernées, y compris leur tri en vue d'analyse.

Article 41

L'al. 1 prévoit de confier à l'unité administrative chargée de la poursuite pénale administrative la compétence de décider si les réquisitions envisagées nécessitent la saisine du tribunal compétent. Cette décision n'aurait donc plus à être approuvée par le département auquel l'unité administrative en question est subordonnée. Cette modification doit être approuvée, car on ne voit pas pourquoi le département pourrait faire un choix plus éclairé sur ce point.

Il faut aussi saluer la volonté de faire disparaître le mécanisme (art. 21 al. 3 DPA) permettant au Conseil fédéral de confier une affaire à la Cour des affaires pénales du Tribunal pénal fédéral. Cette compétence discrétionnaire peut conduire à priver le prévenu de son juge naturel pour des motifs qui n'ont pas trait à son acte, voire pour des raisons tactiques, comme le relève d'ailleurs le rapport (p. 56).

Article 45

L'AP-DPA propose de confier à l'autorité compétente pour les mineurs la connaissance de toutes les causes dans lesquelles l'acte punissable est commis par un mineur. Cette délégation systématique est bienvenue. L'inégalité de traitement se créant entre, d'une part, un mineur soumis à la loi fédérale sur la procédure pénale applicable aux mineurs (PPMin) et pris en charge par la justice des mineurs et, d'autre part, celui soumis au DPA et confronté à l'autorité pénale administrative, ne se justifie aucunement. Cette inégalité est d'autant moins admissible que le rapport rappelle le caractère tout à fait marginal des infractions de droit pénal administratif commises par des mineurs (p. 58).

Article 48

L'al. 1 litt. a prévoit – dans les domaines qui ne concernent pas les mesures de contrainte – que les plaintes dirigées contre des actes et omissions du responsable d'enquête devraient dans un premier temps être adressées au chef de la poursuite pénale. Dans un second temps, la décision de celui-ci pourrait être déferée à la Cour des plaintes du Tribunal pénal fédéral (al. 4).

On ne perçoit pas pourquoi de telles plaintes ne pourraient pas directement être déposées auprès de la Cour des plaintes du Tribunal pénal fédéral. Les explications du rapport sont quelque peu déroutantes à cet égard. Tout en reconnaissant l'allongement de la procédure inhérent à ce mécanisme et les désagréments causés de la sorte au prévenu, le rapport conclut à la possibilité de maintenir le *statu quo* eu égard à l'absence de « ferme opposition » (p. 61). Une généralisation de la compétence directe de la Cour des plaintes du Tribunal pénal fédéral dans ce domaine semble au contraire expédiente et souhaitable.

Article 80

L'al. 1 clarifie de manière heureuse le statut du prévenu, en particulier en précisant que celui-ci n'a pas l'obligation de déposer contre lui-même ou de collaborer (cf. aussi l'art. 121 al. 3 litt. b AP-DPA).

L'art. 39 al. 2 DPA présente sur ce point une ambiguïté inadmissible en procédure pénale, en suggérant que le prévenu devrait nécessairement s'exprimer sur les charges et fournir activement les éléments de preuves à décharge.

Article 94

Le Tribunal fédéral répète depuis des années que l'application de l'art. 88 al. 4 CPP est problématique au regard des garanties déduites des art. 29 Cst., 29a Cst. et 6 ch. 1 CEDH (cf. TF 6B_467/2022 du 12 décembre 2022, consid. 1.1.3). Pourtant, le législateur a récemment renoncé à proposer une modification de l'art. 88 al. 4 CPP, au regard des critiques adressées à cette velléité (cf. le message du 28 août 2019 concernant la modification du CPP, FF 2019 6351, 6372).

Il est assez paradoxal de constater que le rapport juge le mécanisme de l'art. 88 al. 4 CPP inadéquat, en épousant les vues des contempteurs de la fiction de notification prévalant pour les ordonnances de classement et les ordonnances pénales (p. 82). Il paraîtrait plus cohérent de calquer le régime de la notification des ordonnances de classement, des mandats de répression, des ordonnances de confiscation, des prononcés pénaux et des prononcés de confiscation sur celui du CPP.

Le rapport ajoute que le principe de l'art. 88 al. 4 CPP ne peut être repris à l'identique dans la DPA, car les décisions sont rendues par des autorités administratives (p. 82). Or, en droit pénal ordinaire, des ordonnances pénales émanent aussi parfois d'autorités administratives, puisque celles-ci peuvent se voir déléguer la poursuite et le jugement des contraventions (art. 17 al. 1 et 357 CPP).

Article 134

L'AP-DPA propose une protection des sources des professionnels des médias qui ne souffre aucune exception comparable à celle de l'art. 172 al. 2 CPP. Ce choix n'est guère cohérent avec l'affirmation de l'importance des biens juridiques pouvant être protégés par la DPA, notamment utilisée dans le rapport pour justifier l'élargissement du catalogue des mesures de contrainte (p. 100). Indépendamment de l'importance du bien juridiquement protégé par une norme pénale, il ne paraît pas logique que les personnes concernées soient obligées de témoigner à propos de faits constitutifs d'une infraction punie par exemple d'une peine privative de liberté d'un an au plus (art. 305^{ter} CP) mais puissent refuser de le faire en lien avec des crimes passibles de sanctions bien supérieures (par exemple sur la base de l'art. 26 al. 2

de la loi fédérale sur la circulation des espèces de faune et de flore protégées, ou de l'art. 86 al. 2 et 3 LPT).

Articles 153 ss (mesures de contrainte)

L'AP-DPA propose d'autoriser les autorités de poursuite pénale administratives à recourir aux mêmes mesures de contrainte que celles utilisées dans le droit pénal ordinaire. Cela doit être approuvé. Le droit pénal administratif protège une multitude de biens juridiques dont on ne peut considérer qu'ils seraient tous de faible importance. De surcroît, il semble plus indiqué de grouper les règles procédurales prévalant en la matière dans la DPA que de laisser celles-ci subsister dans diverses lois administratives spéciales. Sur certains points, par exemple dans le domaine de la perquisition ou de la levée de scellés (art. 50 DPA), il semble par ailleurs tout à fait indiqué de compléter une réglementation lacunaire.

Enfin, le catalogue de crimes compris aux art. 218 al. 2 et 239 al. 2 AP-DPA permet de réserver les mesures particulièrement incisives aux infractions les plus sérieuses, portant atteinte à des intérêts précieux.

Article 198

L'AP-DPA propose de s'écarter de la procédure pénale ordinaire (art. 221 al. 1 CPP) en permettant – comme le fait l'art. 52 al. 1 DPA – la détention provisoire et la détention pour des motifs de sûreté du prévenu soupçonné d'avoir commis une contravention.

Cette solution n'est pas cohérente. Le rapport indique que les mesures de surveillance secrètes devraient être exclues en lien avec des contraventions – comme c'est le cas en procédure pénale ordinaire – malgré le fait que les contraventions de droit administratif peuvent concerner des comportements bien plus graves (p. 104). De même, les analyses de l'ADN ne devraient entrer en ligne de compte que pour élucider un crime ou un délit, mais pas une contravention de droit administratif (art. 186 al. 1 AP-DPA). Or, une mise en détention provisoire constitue une mesure manifestement plus incisive qu'une analyse ADN ou une autre mesure de surveillance secrète.

Article 256

Les modifications proposées à l'al. 2 s'agissant du procès-verbal final doivent être approuvées. Il est en particulier pertinent de prévoir un délai de 30 jours – prolongeable – pour permettre au prévenu de prendre position, de consulter le dossier et de requérir un « complément d'enquête », expression qui pourrait être remplacée par « réquisition de preuves ».

Il est également bienvenu de permettre le dépôt d'une plainte contre le rejet d'une réquisition de preuves en cas de risque de préjudice juridique, sur le modèle de l'article 394 litt. b CPP (al. 4).

Articles 259 ss (décisions de l'unité administrative)

Les modifications proposées relativement aux décisions de l'administration afin de se baser au maximum sur les dispositions du CPP sont généralement bienvenues.

Article 271

L'al. 2 propose de continuer à demander – comme le fait l'art. 68 al. 2 DPA – que l'opposition à un mandat de répression comprenne des conclusions précises, une motivation et la désignation des moyens de preuve. Le rapport indique bien que cette exigence est problématique eu égard aux difficultés qu'elle peut impliquer pour les prévenus non assistés d'un avocat. Il ajoute que l'exigence en question doit toutefois être maintenue car une reconsidération du mandat « n'a de véritable chance d'intervenir que si l'autorité est confrontée à une critique, un argument ou un moyen de preuve déterminé » (p. 147).

La même remarque pourrait être formulée à propos de l'opposition à une ordonnance pénale. Or, l'opposition émanant du prévenu n'a pas à être motivée (art. 354 al. 2 CPP). Cette règle devrait être reprise dans l'AP-DPA et aucune raison sérieuse ne justifie de s'en écarter.

Une opposition du prévenu – même dénuée de motivation – pourrait dans certains cas conduire l'unité administrative à ordonner un débat oral, voire un complément d'enquête au sens de l'art. 69 al. 1 DPA (ou 272 al. 1 AP-DPA) afin de clarifier la situation ou les griefs de l'intéressé. Même tempérée par le mécanisme ressortant de l'art. 68 al. 3 DPA (ou 271 al. 3 AP-DPA), l'exigence d'inclure les éléments mentionnés à l'al. 2 dans l'opposition risque – en cas de refus d'entrer en matière de la part de l'unité administrative – de priver le prévenu de la possibilité d'accéder à un tribunal (cf. BSK VStrR-KREIT, art. 68 N 9).

Article 277

Les propositions de modification relatives à la mise en accusation devant le tribunal de première instance vont dans le bon sens. Il est en particulier nécessaire qu'un acte d'accusation répondant aux exigences de l'art. 325 CPP définisse l'objet du procès et informe le prévenu dans l'optique d'une défense efficace.

Article 282

L'AP-DPA prévoit la possibilité de révoquer le mandat de répression, l'ordonnance de confiscation, le prononcé pénal ou le prononcé de confiscation tant que le jugement de première instance n'a pas été notifié. Jusqu'à ce moment, le prévenu devrait aussi pouvoir retirer sa demande de jugement. Le terme choisi n'est pas très heureux (cf. BSK VStrR-HEIMGARTNER/KESHELAVA, art. 78 N 2). Il est ainsi possible qu'un jugement rédigé et prêt à l'envoi devienne caduc en raison d'un retrait de demande de jugement de dernière minute, ce qui

n'est pas satisfaisant d'un point de vue de la préservation des ressources de la justice. L'issue des plaidoiries (cf. art. 356 al. 3 CPP) paraît constituer une limite plus adéquate.



Prof. Katia Villard



Prof. Numa Graa

Prof. Andrew M. Garbarski et Prof. Alain Macaluso
Faculté de droit, des sciences criminelles
et d'administration publique
Centre de droit pénal
Bâtiment Internef
CH – 1015 Lausanne

Par courriel : info.strafrecht@bj.admin.ch

Lausanne, le 7 mai 2024

Procédure de consultation 2022/20

Révision totale de la loi sur le droit pénal administratif (DPA) (Mise en œuvre de la motion Caroni 14.4122 « Pour un droit pénal administratif moderne »)

Prise de position de la Faculté de droit de l'Université de Lausanne

Madame, Monsieur,

Nous vous remercions de l'opportunité qui nous a été donnée de participer à la procédure de consultation, au nom et pour le compte de la Faculté de droit, des Sciences criminelles et d'Administration publique de l'Université de Lausanne.

Nous avons notamment pris connaissance de l'Avant-projet de Loi fédérale sur le droit pénal administratif et la procédure pénale administrative (**AP-DPA**), ainsi que du rapport explicatif du Département fédéral de justice et police qui l'accompagne (**Rapport explicatif**).

L'AP-DPA appelle selon nous notamment les commentaires suivants :

A. Appréciation globale ; maintien d'une loi spéciale dédiée au droit pénal administratif

De manière générale, nous saluons l'approche préconisée, consistant à maintenir la DPA en tant que loi spéciale dédiée au droit pénal administratif. Cette matière se démarque en effet à de nombreux égards du droit pénal ordinaire, non seulement du fait que l'instruction est menée par une unité administrative (par opposition à un ministère public), mais également du fait de l'existence de liens souvent étroits avec une procédure administrative menée en amont ou parallèlement à la procédure pénale administrative, ou encore au vu de la technicité de la matière et des impératifs de célérité dans certains domaines, qui donnent lieu dans la pratique à un contentieux dit de masse.

Le maintien de la DPA en tant que loi spéciale répond, en définitive, à un réel besoin et cela nous semble être dans l'intérêt non seulement des autorités (unités) administratives, mais aussi des justiciables et, *in fine*, de la justice. Nous saluons également dans ce contexte la reconnaissance limpide et sans détour, à l'appui du Rapport explicatif (ch. 2.1.1.2), que le droit pénal administratif « constitue du droit pénal », c'est-à-dire que la matière relève de la notion d'accusation en matière pénale aux termes de l'art. 6 § 1 CEDH.

Nous observons cependant que, d'un point de vue quantitatif, l'AP-DPA comporte désormais plus de 300 articles, en comparaison de la DPA actuelle qui en compte une centaine. Cela représente un triplement du volume de la loi actuellement en vigueur. Cette densification n'est pas en soi surprenante, eu égard aux objectifs poursuivis par la présente révision.

Cela étant, la multiplication des dispositions de procédure et des instruments procéduraux à disposition des unités administratives (notamment s'agissant des mesures de contrainte) comportera nécessairement un alourdissement de la procédure pénale administrative, lequel ne se conciliera pas toujours avec les impératifs de célérité et d'efficacité et les besoins de flexibilité qui caractérisent ce domaine. Il nous semble important de garder cet état des choses à l'esprit.

B. Alignement de principe sur le Code de procédure pénale (CPP)

L'AP-DPA part du postulat que la première partie de la DPA, consacrée au droit pénal administratif matériel, ne présente qu'un besoin limité de révision, eu égard notamment à la récente harmonisation des peines, entrée en vigueur le 1^{er} juillet 2023. L'essentiel de la présente révision concerne donc la procédure pénale administrative et le choix opéré à cet égard aux termes de l'AP-DPA est celui d'un alignement, aussi large que possible, sur le Code de procédure pénale (CPP).

Plus concrètement, cet alignement prend la forme d'une « importation » dans l'AP-DPA de très nombreuses dispositions du CPP, parfois moyennant certains aménagements, mais sur la base de ce que nous avons pu observer en comparant les deux textes, il apparaît que la plupart des dispositions reprises du CPP ont été « copiées-collées ».

L'approche choisie ne nous semble pas dénuée d'inconvénients, voire de risques. En effet, les unités administratives disposeront d'une marge de manœuvre certaine dans l'interprétation et l'application des dispositions procédurales de l'AP-DPA, sans être nécessairement tenues de se calquer sur l'interprétation suivie à l'aune du CPP. Il pourrait *in fine* en résulter des divergences, voire des contradictions dans l'appréhension de dispositions de procédure au contenu pourtant identique.

Par ailleurs, dans le prolongement de ce qui précède, il existe également le risque que les nombreuses unités administratives qui mènent des procédures de droit pénal administratif développent des pratiques hétérogènes à l'aune de l'AP-DPA, ce risque étant exacerbé par le nombre important de dispositions que comporte l'avant-projet de loi.

A cela s'ajoute le fait que certaines dispositions du CPP laissent clairement à désirer au niveau de la précision du texte légal. C'est notamment le cas, parmi d'autres, s'agissant des règles en matière de scellés (art. 248 et 248a CPP), dont la nouvelle teneur est entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2024. Il y sera revenu ci-après (voir ch. 5). La reprise extensive des dispositions du CPP, dans le sens d'un alignement aussi large que possible sur cette loi, ne va donc pas toujours simplifier la tâche des usagers de l'AP-DPA.

C. Commentaires en rapport à certains sujets déterminés

Nous abordons ci-après certains sujets qui nous paraissent mériter que l'on s'attarde un instant à la solution retenue par l'AP-DPA.

1. Responsabilité pénale du chef d'entreprise (art. 6 AP-DPA)

L'AP-DPA propose de clarifier à l'art. 6 al. 2 que la responsabilité du chef d'entreprise suppose la violation, par ce dernier, d'une obligation juridique *spécifique* d'agir. Cette clarification doit selon nous être saluée, d'autant plus que la jurisprudence du Tribunal fédéral – que la modification de l'art. 6 al. 2 AP-DPA est censée codifier – ne s'est pas toujours avérée limpide en la matière.

En effet, contrairement à ce que pourrait laisser penser le considérant-type du Tribunal fédéral, repris aussi par le Rapport explicatif¹, il nous paraît important d'insister sur un point : le fait d'occuper la position de « chef d'entreprise » aux termes de l'art. 6 al. 2 AP-DPA ne comporte pas encore *eo ipso* celle de garant dont découle l'obligation juridique d'éviter la survenance d'une infraction pénale ou d'en atténuer les effets. Encore faut-il, dans chaque cas particulier, établir la violation d'une obligation juridique spécifique d'agir. La modification proposée de l'art. 6 al. 2 AP-DPA, aussi ciblée et concise soit-elle, nous semble faire ressortir cela de manière suffisante et adéquate.

2. Responsabilité pénale de l'entreprise (art. 7 AP-DPA)

Le Rapport explicatif consacre de très longs développements à la responsabilité pénale de l'entreprise, une matière actuellement appréhendée par l'art. 7 DPA et au centre de nombreuses controverses doctrinales – également rappelées par le Rapport explicatif (pp. 21 ss) – que la jurisprudence n'aura jamais eu l'occasion de trancher depuis l'entrée en vigueur de la DPA en 1975, soit il y a bientôt cinquante ans.

En effet, au-delà des problèmes d'interprétation et des questions que soulève l'art. 7 DPA, à commencer par la nature juridique de la responsabilité postulée par cette disposition, se pose

¹ « ... dans la mesure où, dans la règle, c'est au chef d'entreprise que s'adressent les normes de droit administratif, il faut admettre que celui-ci est juridiquement tenu d'en garantir l'application, c'est-à-dire d'en empêcher la violation ».

également la question de son articulation avec l'art. 102 CP consacré à la responsabilité pénale de l'entreprise en droit pénal ordinaire.

Or, au final, au lieu de modifier l'art. 7 DPA d'une manière qui le rende conforme aux principes fondamentaux du droit pénal, notamment en ce qui concerne l'exigence d'une faute (*nulla poena sine culpa*), le Rapport explicatif fait prévaloir le principe d'économie de procédure en remplaçant celui-ci « *au centre du mécanisme* », afin de « *justifier une condamnation de l'entreprise sans faute de celle-ci* » (Rapport explicatif, p. 25). A cette fin, l'AP-DPA s'en tient, fondamentalement, au mécanisme actuellement en vigueur, moyennant deux modifications : d'une part, le plafond de l'amende qui peut être infligée à l'entreprise est augmenté à CHF 50'000.-, d'autre part, les mesures d'instruction nécessaires à l'identification des personnes physiques responsables doivent apparaître hors de proportion non plus avec la peine encourue, mais avec la gravité de l'infraction en cause.

L'approche choisie et, à sa suite, les modifications superficielles proposées par l'AP-DPA sont, il faut le souligner, très décevantes et, sur le fond, n'emportent pas la conviction notamment pour les motifs suivants.

En premier lieu, s'agissant de la nature juridique de la responsabilité instaurée par l'art. 7, force est de constater que l'AP-DPA ne prend pas clairement position sur cette question fondamentale. Le fait que l'AP-DPA ait choisi de donner la priorité au principe d'économie de procédure n'est, selon nous, pas une raison suffisante pour éluder ce point, d'autant moins que de nombreux éléments plaident en faveur du caractère pénal de la responsabilité postulée par l'art. 7, c'est-à-dire relevant de l'accusation en matière pénale aux termes de l'art 6 CEDH. Ces éléments sont encore renforcés aujourd'hui par le montant générique de l'amende pouvant être imposé à une entreprise à teneur de l'AP-DPA, lequel se situe clairement au-delà des seuils qui conduisent, en application des critères développés par la CourEDH, à retenir le caractère pénal de la sanction. Nous renvoyons à cet égard au commentaire détaillé de cette disposition dans le BSK VStrR². Cela pose à l'évidence la question du sort qui serait réservé par les organes conventionnels aux procédures DPA qui ne satisferaient pas aux garanties en matière pénale offertes par la CEDH, en particulier sous l'angle du principe « *nulla poena sine culpa* ».

Nous relevons, au demeurant, que le Rapport explicatif n'est pas libre de toute contradiction à cet égard, puisqu'il admet que la personne physique qui représente l'entreprise dans la procédure pénale administrative ne saurait être tenue de collaborer activement à l'enquête, « *par exemple en faisant des dépositions ou en produisant des pièces à charge de l'entreprise* » (Rapport explicatif, p. 25), ce qui semble également militer en faveur de la nature pénale de l'accusation que comporte l'art. 7 AP-DPA.

En second lieu, il ne nous paraît pas acceptable de s'affranchir, comme le propose l'AP, des principes fondamentaux du droit pénal, uniquement pour des considérations d'économie de

² BSK VStrR-Macaluso/Garbarski, art. 7 N 27 ss.

procédure. En droit pénal suisse, il existe d'autres instruments qui sont guidés par la même préoccupation d'économie de procédure (réparation, procédure d'ordonnance pénale, procédure simplifiée, médiation, etc.), sans pour autant que leur mise en œuvre ne se fasse au mépris des principes élémentaires du droit pénal. Ceux-ci doivent être respectés et la présente révision de la DPA constitue une occasion unique pour rendre l'art. 7 compatible avec notamment l'exigence de la faute. Il est également rappelé dans ce contexte que le Message du Conseil fédéral de 1971 précédant l'adoption de la DPA soulignait que « la punition de l'entreprise présuppose évidemment qu'une culpabilité soit établie »³. Même si ce passage du Message se rapporte à la réalisation de l'infraction dite sous-jacente, dont on veut faire répondre l'entreprise⁴, il démontre que les principes fondamentaux du droit pénal et en particulier l'exigence d'une faute ne sont pas étrangers au mécanisme de l'art. 7 DPA. Le respect de ces principes fondamentaux du droit pénal s'impose d'autant plus eu égard au montant d'amende de CHF 50'000.- désormais prévu par l'art. 7 AP-DPA. Un tel montant ne permet assurément plus de parler de « cas bagatelle », contrairement à ce que semble soutenir le Rapport explicatif (p. 24). La conception originaire de l'art. 7 DPA, conçu pour lutter contre ce type de délinquance, est ainsi clairement dépassée⁵. Or l'AP-DPA ne tient selon nous pas compte de manière satisfaisante de cette réalité.

Aussi, à l'appui de leur commentaire de l'art. 7 DPA dans le BSK VStrR⁶, les soussignés avaient proposé dans une perspective *de lege ferenda* que la responsabilité pénale de l'entreprise soit subordonnée à l'existence d'un défaut d'organisation en tant que faute propre à l'entreprise. La formulation proposée se lit comme suit (traduit de l'allemand) :

*« Lorsque l'amende entrant en ligne de compte ne dépasse pas 5000 francs et que, **en raison du manque d'organisation de l'entreprise**, l'enquête rendrait nécessaires à l'égard des personnes punissables selon l'art. 6 des mesures d'instruction hors de proportion avec la peine encourue, il est loisible de renoncer à poursuivre ces personnes et de condamner à leur place au paiement de l'amende la personne morale, la société en nom collectif ou en commandite ou l'entreprise individuelle »*

L'idée qui sous-tend cette proposition est que la difficulté que l'administration éprouve dans l'identification des personnes physiques responsables selon l'art. 6 DPA doit être due à l'organisation défaillante de l'entreprise.

Dans cette approche, la préoccupation d'économie de procédure conserve cependant toute sa pertinence : l'administration ne doit pas mener une enquête exhaustive (contrairement à ce que suppose l'art. 102 CP), mais elle doit aboutir au constat, après les premiers actes d'enquête, que l'organisation défaillante de l'entreprise ne lui permet pas d'identifier immédiatement les personnes physiques susceptibles d'avoir commis l'infraction. Par ailleurs,

³ FF 1971, 1029.

⁴ Garbarski, RPS 2012, 421 s.

⁵ Garbarski, RPS 2012, 424.

⁶ BSK VStrR-Macaluso/Garbarski, art. 7 N 33 ss et N 39 s.

il va sans dire que plus une affaire présente les traits d'un cas bagatelle, moins on se montrerait exigeant s'agissant de l'admission d'un défaut d'organisation, afin de ne pas éclipser les considérations d'économie de procédure qui sous-tendent l'art. 7 AP-DPA.

Nous sommes en outre convaincus, contrairement à ce qu'indique le Rapport explicatif (p. 24), que le « taux d'acceptation » d'un modèle introduisant la notion de défaut d'organisation serait tout aussi élevé que le modèle de l'art. 7 DPA actuellement en vigueur. En effet, dans l'hypothèse où une entreprise dispose d'un intérêt propre à accepter qu'une amende lui soit infligée en lieu et place de ses organes ou collaborateurs, on ne voit pas qu'elle s'opposera au constat que son organisation, par hypothèse défailante, a compliqué l'identification des auteurs physiques. Il faut rappeler à cet égard que l'un des objectifs visés par la disposition précitée est aussi « *d'épargner à l'entreprise le désagrément d'une enquête* »⁷ et cet état des choses ne changera pas, même si à l'avenir le texte légal devait postuler l'existence d'une faute de l'entreprise.

En troisième lieu, la modification envisagée, consistant à mesurer, à l'avenir, le caractère disproportionné des mesures d'instruction nécessaires à l'identification des responsables physiques à l'aune de la gravité de l'infraction en cause, ne constitue pas une révolution en comparaison du régime actuel, qui se réfère à la peine encourue dans le cas d'espèce. En effet, la gravité de l'infraction constitue le plus souvent le principal critère de fixation de l'amende encourue, comme cela ressort du reste expressément du texte de l'art. 7 al. 3 AP-DPA. On peut donc se demander si cette modification est vraiment nécessaire, d'autant plus que l'AP-DPA n'indique pas que le critère actuel de l'amende encourue aurait soulevé des difficultés particulières dans le cadre de la mise en œuvre de la norme par les administrations fédérales.

A la lecture du Rapport explicatif (p. 24 s.), il semblerait, en réalité, que le remplacement du critère de l'amende encourue par celui de la gravité de l'infraction vise principalement à déplacer le curseur qui permet de définir les cas bagatelle passibles de l'art. 7. Pour le motif exposé ci-dessus, nous doutons cependant que cette modification soit opportune, d'autant moins que le texte légal continuera, à l'avenir aussi, à se référer à un seuil chiffré (CHF 50'000.-) qui délimite le champ d'application de la disposition légale.

Cinquièmement, il résulte de l'AP-DPA et du Rapport explicatif qui l'accompagne qu'il est envisagé, parallèlement aux modifications sus-évoquées de l'art. 7 DPA, d'abolir les nombreuses dispositions relevant d'autres lois administratives, qui en ont repris le mécanisme, parfois avec des montants revus à la hausse (CHF 20'000.-, CHF 50'000.- voire CHF 100'000.-). Selon le Rapport explicatif, qui ne consacre que quelques lignes à ce point (pp. 3 et 25), l'idée est d'aboutir à une « *réglementation unique de la punissabilité pour les infractions commises dans le cadre d'une entreprise* ».

A notre avis, cette proposition doit être rejetée. Compte tenu du plafond de l'amende arrêté par l'art. 7 AP-DPA à CHF 50'000.-, cela revient à restreindre de manière significative la portée

⁷ Message, FF 1971, 1029.

de la responsabilité de l'entreprise dans les nombreux domaines où, actuellement, l'autorité peut sanctionner l'entreprise en lieu et place des personnes physiques en lui infligeant une amende pouvant aller jusqu'à CHF 100'000.- (voir, par exemple, LTVA, LD, LTab, etc.). La flexibilité et la marge de manœuvre des autorités administratives concernées par ces domaines s'en trouvent limitées dans la même mesure, ce qui nous paraît être un net recul par rapport au droit en vigueur.

Sixièmement, nous déplorons que le Rapport explicatif ne comporte aucun développement clair sur la manière dont l'art. 7 AP-DPA s'articulera à l'avenir avec l'art. 102 al. 1 CP, alors que cette dernière disposition peut également trouver à s'appliquer en droit pénal administratif, par le jeu des art. 2 DPA et 333 CP.

Le Rapport explicatif fait certes état des différentes positions soutenues dans la doctrine (pp. 22-23), mais s'agissant là aussi d'une question depuis longtemps controversée, sans que la jurisprudence n'ait jamais eu l'occasion de la trancher, elle nous semblait mériter une réflexion approfondie et, surtout, une prise de position univoque.

Le Rapport explicatif ne comporte en réalité qu'une timide allusion à la problématique de l'articulation avec l'art. 102 al. 1 CP, que l'on discerne dans la phrase suivante (p. 25) : « *L'application de l'art. 7 est désormais clairement exclue pour les peines pécuniaires, puisque seule une peine d'amende peut donner lieu à son application* ».

Il est intéressant de noter que, dans une première version du Rapport explicatif mise en ligne le 31 janvier 2024 (possiblement par inadvertance), mais remplacée peu de temps après, le passage concerné avait la teneur suivante, qui était beaucoup plus explicite : « *L'application de l'art. 7 est désormais clairement exclue pour les délits et les crimes, puisque seule une peine d'amende au sens de l'art. 103 CP peut donner lieu à son application. L'articulation de cette disposition avec l'art. 102, al. 1, CP s'en trouve simultanément clarifiée : la première s'applique uniquement aux contraventions et le second uniquement aux délits et aux crimes* ».

Nous ignorons les motifs pour lesquels ce paragraphe du Rapport explicatif a été édulcoré de la sorte. Quoi qu'il en soit, si l'affirmation selon laquelle l'application de l'art. 7 serait à l'avenir « *exclue pour les peines pécuniaires, puisque seule une peine d'amende peut donner lieu à son application* », vise à exprimer l'idée que la disposition serait dorénavant limitée aux contraventions, elle ne saurait être suivie.

En effet, c'est le lieu de rappeler que le champ d'application de l'art. 7 ne dépend pas de la typologie de l'infraction en cause (contravention, délit ou crime), mais essentiellement de la gravité de l'acte, laquelle est à son tour étroitement liée au montant de l'amende concrètement encouru dans le cas d'espèce⁸. A cela s'ajoute que le mécanisme de responsabilité instauré à l'art. 7 DPA pouvait déjà être mis en œuvre pour des délits bien avant l'entrée en vigueur de l'art. 102 CP, cette possibilité ayant été envisagée et acceptée par le

⁸ BSK VStrR-Macaluso/Garbarski, art. 7 N 17.

législateur lors de l'adoption de la DPA⁹. En outre, le Tribunal fédéral a récemment souligné que l'art. 7 constitue une *lex specialis* par rapport aux normes du CP¹⁰.

Pour tous ces motifs, il ne nous apparaît pas opportun ni légitime de vouloir limiter le champ d'application de l'art. 7 aux seules contraventions et de réserver l'art. 102 al. 1 CP aux délits et crimes, d'autant moins que cette dernière disposition obéit à des conditions de mise en œuvre différentes¹¹. Il nous semble être dans l'intérêt de toutes les parties prenantes que l'art. 7 AP-DPA puisse à l'avenir également continuer à trouver application en matière de délits (voire de crimes), lorsque la gravité de l'infraction en cause débouche sur le prononcé d'une amende à l'égard de l'entreprise qui ne dépasse pas le plafond fixé, en l'état actuel de la disposition, à CHF 50'000.-. Nous précisons à cet égard que le fait que l'entreprise ne puisse être punie que d'une amende (que ce soit en application de l'art. 7 DPA ou de l'art. 102 CP) ne signifie évidemment pas que seules les infractions qui comportent l'amende comme peine menace pourrait lui être imputée. C'est même tout le contraire s'agissant de l'art. 102 CP qui ne s'applique précisément pas aux contraventions. Ainsi, la peine particulière qui peut être infligée à l'entreprise (ici : l'amende) ne modifie-t-elle pas le type d'infraction (crime, délit ou contravention) qui peut lui être imputée.

En conclusion, pour tous les motifs exposés ci-dessus, nous invitons le Conseil fédéral à réexaminer de manière sérieuse et attentive l'art. 7 AP-DPA, de sorte que les différents points abordés plus haut soient dûment pris en compte au stade d'un éventuel projet de loi à venir.

Il en va de la sécurité du droit et du respect des principes fondamentaux du droit pénal.

Par ailleurs, en plus de ces différentes considérations de droit matériel, nous souhaitons encore revenir ici sur les aspects de procédure qui sont abordés dans le Rapport explicatif (pp.25-26). En bref, ce dernier indique qu'il serait trop fastidieux d'adopter une réglementation analogue à l'art. 112 CPP (désignation d'un représentant de l'entreprise) puisqu'il s'agit « *de liquider la procédure pénale administrative efficacement et à moindres frais* » (p. 25). En somme, il suffirait que le mandat de répression soit notifié à l'entreprise et que cette dernière fasse, le cas échéant, valablement opposition. Par ailleurs, toujours selon le Rapport explicatif (p. 25 s.), la personne physique qui représente l'entreprise doit être entendue en qualité de personne appelée à donner des renseignements, ce qui sera traité par l'art. 122 let. f AP-DPA.

Plusieurs observations s'imposent. D'une part, il nous semble impératif que le statut procédural de l'entreprise recherchée sur le fondement de l'art. 7 AP-DPA soit clairement défini et réglé dans la loi. En effet, cette question fondamentale, source de controverses doctrinales et de pratiques divergentes des autorités administratives, ne saurait être éludée dans le cadre de la présente révision au seul motif qu'il s'agirait « *de liquider la procédure*

⁹ BSK VStrR-Macaluso/Garbarski, art. 7 N 17.

¹⁰ ATF 144 IV 242, c. 3.1.1.

¹¹ BSK VStrR-Macaluso/Garbarski, art. 7 N 62.

pénale administrative efficacement et à moindres frais ». D'autre part, le statut procédural de l'entreprise ne doit pas être confondu avec la problématique de son représentant, c'est-à-dire de la personne physique qui constitue en quelque sorte le « visage » et le porte-parole de l'entreprise dans ses rapports avec l'autorité de poursuite pénale. Or, le Rapport explicatif (p. 25) semble faire l'amalgame entre ces deux questions.

La réticence exprimée dans le Rapport explicatif s'agissant de l'adoption d'une règle similaire à l'art. 112 CPP nous paraît d'autant moins justifiée que l'art. 122 let. f AP-DPA fait expressément référence à la personne physique qui « *a été ou pourrait être désignée représentant de l'entreprise...* ». Or, en l'absence d'une règle comparable à l'art. 112 CPP, il nous paraît d'ores et déjà acquis que le point de savoir qui peut être assimilé au représentant de l'entreprise sera source de discussions et d'incertitudes, ce qui compliquera inutilement les procédures. A cela s'ajoute que la formulation de l'art. 122 let. f AP-DPA est particulièrement ambiguë. En effet, son texte fait notamment référence à une « *...procédure dirigée contre celle-ci ou dans une procédure selon l'art. 7, ainsi que ses collaborateurs* ». Or, on ne discerne pas quelle différence il y a entre une procédure dirigée contre l'entreprise et une procédure menée selon l'art. 7 AP-DPA. De même, on ne comprend pas ce qu'il faut entendre par la mention « *ainsi que ses collaborateurs* » : songe-t-on à l'hypothèse d'une procédure dirigée aussi bien contre l'entreprise que contre certains de ses collaborateurs sur le fondement de l'art. 6 ?

La situation est rendue encore plus confuse par le commentaire du Rapport explicatif relatif à l'art. 122 let. f AP-DPA. Il y est exposé que cette disposition vise « *l'hypothèse d'une procédure au sens de l'art. 7 AP-DPA, cas dans lequel la procédure n'est pas dirigée contre l'entreprise, mais contre inconnu* », ce qui est directement contredit par le texte de l'art. 122 let. f AP-DPA, qui parle de « *procédure dirigée contre celle-ci [i.e. l'entreprise]* ».

Vu ce qui précède, il nous semble indispensable que le texte de l'art. 122 let. f AP-DPA soit revu de manière attentive, au stade d'un éventuel projet de loi, de manière à en clarifier la portée.

Une dernière remarque, en ce qui concerne la liste des entreprises visées à l'art. 7 al. 1 AP-DPA. La disposition fait référence à la personne morale, à la société en nom collectif ou en commandite et à l'entreprise individuelle. L'art. 7 AP-DPA précise que l'al. 1 est applicable par analogie aux collectivités sans personnalité juridique. L'AP n'apporte pas de changements par rapport à l'art. 7 al. 1 DPA. Cela étant, à y regarder de plus près, on constate que cette liste d'entreprises n'est pas dénuée d'incohérences et mériterait aussi d'être toilettée. Par exemple, les sociétés en nom collectif ou en commandite sont des collectivités sans personnalité juridique aux termes de l'art. 7 al. 2 AP-DPA, de sorte qu'il n'apparaît pas nécessaire de les mentionner également à l'al. 1. En outre, la société simple est une société de personnes dénuée de la personnalité juridique¹². L'art. 7 al. 2 AP-DPA (inchangé par rapport au droit actuel) parle de « *collectivités sans personnalité juridique* », alors que la terminologie

¹² BSK OR II-Truniger/Handschin, art. 530 N 6.

allemande, qui évoque les « *Personengesamtheiten ohne Rechtspersönlichkeiten* », fait encore davantage ressortir l'idée d'une société de personnes, à l'instar de la société simple. Or, il n'est pas clair si cette dernière tombe également sous le coup de l'art. 7 et, à notre connaissance, ni la doctrine ni la jurisprudence ne se sont prononcées sur cette question à ce jour. Il serait donc opportun de la clarifier à la faveur de la présente révision.

3. Escroquerie en matière de prestations et de contributions (art. 14 AP-DPA)

La jurisprudence publiée ces dernières années montre que l'escroquerie en matière de prestations et de contributions (art. 14 DPA) continue à gagner progressivement en importance dans la pratique¹³. A cela s'ajoute que les montants en jeu peuvent être substantiels comme le montre certaines affaires récentes¹⁴. Il est donc indispensable que les conditions d'application de cette infraction soient clairement définies. Or, comme cela ressort du Rapport explicatif (p. 34 s.), le texte de l'art. 14 DPA fait référence à plusieurs notions indéterminées (« *montant important* », « [avantage illicite] *particulièrement important* », « *concours de tiers* ») qui donnent lieu à des interprétations divergentes aussi bien dans la doctrine que dans la pratique des autorités administratives¹⁵.

Cette situation n'est pas satisfaisante sous l'angle de la prévisibilité et la sécurité du droit.

Dans ces conditions, il est décevant de lire dans le Rapport explicatif qu'il « *appartient à la jurisprudence de préciser les notions considérées* », sachant que les décisions des tribunaux font cruellement défaut et qu'à ce jour, les contours de ces notions restent flous. A notre sens, il est indispensable de saisir l'occasion de la présente révision pour arrêter des seuils chiffrés dans le texte légal.

Dans le même ordre d'idées, il nous paraît indispensable que la notion de « *concours de tiers* » mentionnée à l'art. 14 al. 3 AP-DPA soit davantage explicitée, voire remplacée, de manière que le justiciable sache clairement si cela implique la participation de deux personnes au moins, sous la forme d'une coactivité comme suggéré par le Rapport explicatif (p. 35) ou, au contraire, trois personnes comme le laisse entendre la formulation du texte légal¹⁶.

4. Prescription de l'action pénale (art. 11 AP-DPA)

L'art. 11 al. 4 AP-DPA dispose que « *La prescription ne court plus si un prononcé pénal ou de confiscation ou un jugement de première instance a été rendu avant l'échéance du délai de prescription* ».

¹³ Voir par exemple ATF 144 IV 228 ; TF, 6B_1031/2021 du 28 novembre 2021.

¹⁴ TF, 6B_1031/2021 du 28 novembre 2021.

¹⁵ BSK VStrR-Maeder, art. 14 N 117 ss.

¹⁶ BSK VStrR-Maeder, art. 14 N 143 s.

L'AP-DPA propose de codifier la jurisprudence désormais récurrente du Tribunal fédéral, laquelle assimile le prononcé pénal de l'administration à un jugement de première instance, interruptif donc de prescription de l'action pénale aux termes de l'art. 97 al. 3 CP (Rapport explicatif, p. 31 s.). Nous avons déjà eu l'occasion d'exposer les motifs pour lesquels cette jurisprudence est critiquable¹⁷. Aussi, nous réaffirmons ici avec détermination qu'il est illégitime et inéquitable qu'une décision de l'administration qui, du fait de la demande à être jugé par un tribunal, cesse totalement d'exister comme prononcé à vocation juridictionnelle et ne subsiste que comme acte d'accusation (art. 277 AP-DPA), puisse être néanmoins assimilé à un jugement d'un tribunal sous l'angle de la prescription de l'action pénale. Si l'on se met à la place du justiciable, il y a quelque chose de choquant et d'arbitraire dans l'idée que le jugement que le tribunal indépendant et impartial est appelé à rendre au terme de la phase judiciaire de la procédure est totalement inopérant sous l'angle de la prescription de l'action pénale.

Cela étant, que l'on souscrive ou non à l'approche du Tribunal fédéral, sa jurisprudence subordonne en réalité à deux conditions supplémentaires l'assimilation du prononcé pénal à un jugement de première instance : d'une part, le prononcé pénal doit avoir été rendu à l'issue d'une « procédure contradictoire » et, d'autre part, il doit reposer sur une « base circonstanciée »¹⁸. Or, on constate que ces deux conditions ne ressortent absolument pas du texte de l'art. 11 al. 4 AP-DPA, ce qui signifie que ce dernier va même au-delà du cadre posé par la jurisprudence, contrairement à la volonté affichée à l'appui du Rapport explicatif.

Il convient également de souligner que la notion de « base circonstanciée » est juridiquement indéterminée et, partant, source d'incertitudes. Il s'agit d'une création du Tribunal fédéral qui, à ce jour, n'a pas été définie plus avant par ce dernier. Les rares auteurs de doctrine qui se sont penchés sur la question considèrent que le prononcé pénal doit avoir été rendu à l'issue d'une instruction complète¹⁹. Cela suppose notamment que les éventuelles auditions de témoins ou de personnes appelées à donner des renseignements soient intervenues en amont du prononcé pénal²⁰.

Un jugement récent du Tribunal pénal fédéral (non encore définitif) a également abordé le sujet²¹. Il découle du jugement que, dans l'affaire concernée, le Tribunal pénal fédéral avait pris l'initiative d'auditionner pendant les débats plusieurs témoins qui n'avaient pas été entendus par le Département fédéral des finances au stade de l'enquête. Dans son raisonnement, le Tribunal pénal fédéral semble avoir attaché une importance décisive au fait que, selon l'art. 41 DPA, l'audition de personnes durant l'enquête revêtirait un caractère

¹⁷ Voir par exemple CR LBA-Garbarski/Macaluso, art. 37 N 70 ss et les références citées.

¹⁸ Voir parmi d'autres ATF 147 IV 274, c. 1.5.

¹⁹ Capus/Beretta, N 227.

²⁰ Garland, Aktuelle Entwicklungen im Verwaltungs- und Finanzmarktstrafrecht, in JEAN-RICHARD-DIT-BRESSEL/ZOLLINGER, Rechnungswesen und Kapitalschutz im Strafrecht, 12. Schweizerische Tagung zum Wirtschaftsstrafrecht, Tagungsband 2021, Zurich, 177.

²¹ TPF, jugement du 15.11.2023, SK.2022.47, c. 3.

subsidaire, la procédure pénale administrative étant principalement conduite de manière écrite²².

Sans nous prononcer ici sur le bienfondé du raisonnement du Tribunal pénal fédéral, d'autant plus que son jugement n'est pas encore définitif, force est de constater que l'argument tiré de l'art. 41 DPA perd totalement de sa pertinence et tombe en désuétude à l'aune de l'AP-DPA, puisque la procédure telle que décrite par ce dernier change radicalement de physionomie et présente les traits d'une procédure menée sous l'égide du CPP, dont les dispositions sont d'ailleurs reprises extensivement. Il faut donc en déduire que, pour mériter le qualificatif de « jugement de première instance » sous l'angle de la prescription de l'action pénale, il appartiendra à l'autorité administrative de mener une enquête complète et d'administrer toutes les preuves pertinentes, puisqu'il ne sera plus question de se « réfugier » derrière la nature prétendument écrite de la procédure. Nous suggérons par conséquent de biffer la disposition proposée afin de laisser la jurisprudence continuer, de manière évolutive, à connaître de la question de l'acte interruptif de la prescription et de ses conditions.

5. Procédure de levée des scellés (art. 180 ss AP-DPA)

En matière de scellés, l'AP-DPA se calque sur les dispositions du CPP, dont la mouture révisée est entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2024. Or, la réglementation du CPP soulève bon nombre d'incertitudes, de sorte qu'on peut s'interroger s'il est opportun de la reprendre telle quelle.

Sans aucune prétention à l'exhaustivité, voici quelques-unes des questions que soulèvent les nouvelles dispositions du CPP :

- Selon l'art. 248 al. 1 CPP (correspondant à l'art. 180 al. 1 AP-DPA), « *le détenteur doit requérir la mise sous scellés dans les trois jours suivant la mise en sûreté* ». Quid si le détenteur n'est informé de la mise en sûreté qu'après l'écoulement de ce délai de trois jours ?
- Selon l'art. 248 al. 2 CPP (correspondant à l'art. 180 al. 2 AP-DPA), « *Dès que l'autorité pénale constate que le détenteur n'est pas l'ayant droit, elle donne à ce dernier la possibilité de demander, dans un délai de trois jours, la mise sous scellés des documents, enregistrements ou autres objets* ». Comment concilier cette disposition avec, par exemple, une ordonnance de mise au secret (art. 73 al. 2 CPP, correspondant à l'art. 70 al. 2 AP-DPA) notifiée au détenteur, précisément dans le but d'éviter, pendant une certaine durée, que l'ayant droit ne soit informé de la mise en sûreté des données ou pièces concernées ?

²² TPF, jugement du 15.11.2023, SK.2022.47, c. 3.3 et 3.3.1.

- L'art. 248a al. 3, 1^{ère} phrase CPP (correspondant à l'art. 181 al. 3 AP-DPA) dispose que *“Le tribunal impartit à l'ayant droit un délai non prolongeable de dix jours pour s'opposer à la demande de levée des scellés et indiquer la mesure dans laquelle il souhaite que les scellés soient maintenus”*. Ce délai court et non prolongeable comporte-t-il l'obligation, instaurée par la jurisprudence, de se déterminer déjà à ce stade « pièce par pièce » sur les données ou pièces scellées, notamment lorsque celle-ci présentent un certain volume ?
- L'art. 310 al. 1 AP-DPA dispose que *“Les procédures pendantes au moment de l'entrée en vigueur de la présente loi se poursuivent selon le nouveau droit”*, étant précisé que, selon l'art. 311 al. 2 AP-DPA, *« Les procédures pendantes auprès de la Cour des plaintes du Tribunal pénal fédéral qui relèvent de la compétence du tribunal des mesures de contrainte selon le nouveau droit se poursuivent devant la Cour des plaintes du Tribunal pénal fédéral »*. Ces dispositions ne règlent qu'imparfaitement la question du droit transitoire, notamment en matière de scellés dans l'hypothèse où un recours devait être pendant devant le Tribunal fédéral. Contrairement au CPP, qui consacre des dispositions transitoires à la procédure de recours (cf. art. 453 ss CPP), l'AP-DPA est totalement muet à ce sujet et pourrait, en réalité, même laisser à penser que la DPA révisée sera immédiatement applicable aux procédures de recours. En fonction de la nature des griefs en jeu devant le Tribunal fédéral, cela pourrait rendre les recours pendants sans objet, ce qui ne peut avoir été l'intention des auteurs de l'AP.

Par ailleurs, l'AP-DPA propose de faire passer la compétence en matière de levée des scellés de la Cour des plaintes du Tribunal pénal fédéral aux TMC cantonaux (voir art. 181 al. 1 AP-DPA). Nous laisserons le soin à ces derniers de commenter cette modification dans le cadre de la procédure de consultation, mais eu égard à la surcharge chronique des TMC cantonaux, en particulier ceux établis dans les cantons qui sont appelés à traiter les affaires pénales relevant du Ministère public de la Confédération (Berne, Zurich, Vaud et Tessin), nous ne sommes pas convaincus de l'opportunité de ce transfert de compétences sous l'angle de la célérité et de la bonne administration de la justice. Cela d'autant moins que la jurisprudence publiée par le Tribunal pénal fédéral démontre que les procédures de levée des scellés dans le domaine du droit pénal administratif, actuellement traitées par la Cour des plaintes, sont de plus en plus nombreuses.

Au demeurant, par le jeu des art. 44 et 42 al. 2 AP-DPA (ce dernier renvoyant à son tour aux art. 31 à 37 CPP), la compétence *ratione loci* en matière de scellés pourrait revenir à un TMC sis dans un canton dont la langue officielle ne correspond pas à la langue de la procédure menée par l'administration fédérale. Un justiciable francophone pourrait être amené à plaider sa cause par-devant un TMC germanophone, ou vice-versa, ce qui ne nous paraît pas satisfaisant sous l'angle de l'économie de procédure et du principe de la saine administration de la justice.

6. Mise en accusation (art. 276 ss AP-DPA)

L'AP-DPA propose de formaliser davantage la mise en accusation, ce qui doit être salué sur le principe car le régime ayant actuellement cours à l'aune de la DPA est marqué par de trop nombreuses incertitudes.

Cela étant, l'art. 277 AP-DPA semble faire une différence de traitement entre le prononcé pénal et le mandat de répression d'une part, et l'acte d'accusation « ad hoc » qui doit être établi à défaut de tels prononcés, d'autre part. Or, il nous semble important de clarifier que les exigences posées par l'art. 277 al. 2 AP-DPA en ce qui concerne le contenu de l'acte d'accusation valent *mutatis mutandis* en présence d'un prononcé pénal ou d'un mandat de répression qui en tient lieu.

Un élément mérite à cet égard une mention toute particulière, savoir l'art. 277 al. 2 let. g AP-DPA, lequel prescrit que l'acte d'accusation doit « *désigner le plus brièvement possible, mais avec précision, les actes reprochés au prévenu...* ». Cette exigence doit en effet être mise en perspective avec la tendance actuelle de certaines administrations fédérales, qui accouchent de plus en plus souvent des mandats de répression ou des prononcés pénaux « fleuves », excèdent parfois 100 pages et agrémentés de plusieurs centaines de notes de bas de page.

Si à l'avenir de tels prononcés tiendront lieu d'acte d'accusation, on peut douter qu'ils satisfèrent l'exigence de concision ancrée à l'art. 277 al. 2 let. g AP-DPA. Par ailleurs, cela soulève également la question de l'égalité des armes entre l'administration et le prévenu au stade des débats devant le tribunal, puisque le prononcé s'apparenterait alors davantage à une plaidoirie écrite de l'administration.

Nous sommes conscients qu'il n'est pas possible d'imposer une limite de pages dans la définition de l'acte d'accusation et que chaque affaire est différente, mais il nous semble néanmoins important que la tendance susvisée et les difficultés qu'elle comporte du point de vue des droits de la défense soient connues et correctement appréhendées.

Pour y pallier, il pourrait être par exemple songé à imposer à l'administration fédérale la rédaction d'un acte d'accusation « ad hoc » dans tous les cas de figure, c'est-à-dire également dans l'hypothèse où l'administration a rendu un prononcé (mandat de répression ou prononcé pénal) contre lequel le prévenu a formé une demande de jugement par un tribunal. Cela obligerait l'administration à rédiger un acte d'accusation plus concis que son prononcé, solution plus respectueuse de l'égalité des armes et des droits du prévenu. Une telle solution n'aurait rien d'« absurde », contrairement à ce qu'indique péremptoirement le Rapport explicatif (p. 150).

D. Conclusion

La révision de la DPA est, à n'en pas douter, un projet ambitieux et important. Comme mentionné en introduction, nous avons fait le choix de commenter certains thèmes et/ou dispositions ciblés de l'AP-DPA.

Nous avons cependant le sentiment que certaines questions, depuis toujours controversées et sources de grandes incertitudes dans la pratique, n'ont pas été traitées de manière aboutie dans le cadre de l'AP-DPA. Cela est dommage, car la révision nous semble être une occasion unique pour clarifier ces points et renforcer ainsi la sécurité du droit.

Nous espérons, en ce sens, que les réflexions partagées à l'appui de la présente prise de position seront utiles pour la suite du processus législatif.

Nous vous remercions de votre attention et vous prions d'agréer, Madame, Monsieur, nos salutations distinguées.



Prof. Andrew Garbarski



Prof. Alain Macaluso

Eidgenössisches Justiz- und Polizeidepartement (EJPD)
Herr Bundesrat Beat Jans
Bundeshaus West
3003 Bern

Eingabe per E-Mail: info.strafrecht@bj.admin.ch

Wohlen, 10. Mai 2024

**Stellungnahme zur Vernehmlassung über die Totalrevision des Gesetzes über
das Verwaltungsstrafrechts (VStrR)**

Eingabe von:

VFAS – Verband freier Autohandel Schweiz
Bremgarterstrasse 75
5610 Wohlen
Telefon 056 619 71 32
info@vfas.ch

Sehr geehrter Herr Bundesrat Jans

Mit Schreiben vom 31. Januar 2024 lädt das Eidgenössische Justiz- und Polizeidepartement EJPD ein, sich zur Totalrevision des Gesetzes über das Verwaltungsstrafrecht (VStrR) zu äussern. Der VFAS dankt für die Möglichkeit zur Stellungnahme.

Seit 1956 vertritt der VFAS die Interessen des unabhängigen und freien Autohandels in der Schweiz und setzt sich für dessen Förderung sowie Standards für eine hohe Qualität ein.

Der Verband setzt sich nebst 800 Unternehmungen auch für die Konsumenten ein, in dem er sich gegen sämtliche Einschränkungen und Behinderungen im freien Autohandel wehrt und faire Rahmenbedingungen fordert. Der VFAS vertritt KMUs im Schweizer Autohandel, die sowohl mit Occasions- als auch mit Neufahrzeugen handeln. Dabei vertreten sind freie Händler, Markenvertreter, Parallelimporteure und auch Generalimporteure.

Wir vertreten liberale Werte und setzen uns unter anderem für pragmatische, wirtschafts- und konsumentenfreundliche Lösungen ein.

Der VFAS begrüsst grundsätzlich die Stossrichtungen des Vorentwurfs zur Totalrevision des Verwaltungsstrafrechts (VE VStrR).

In der Vergangenheit wurde das geltende Gesetz über das Verwaltungsstrafrecht (VStrR) vom 22. März 1974 insbesondere dafür kritisiert, die in der Bundesverfassung und der EMRK kodifizierten strafrechtlichen Verfahrensgarantien und generell die Beschuldigtenrechte nicht ausreichend zu gewährleisten. Der VFAS begrüsst es, dass die Totalrevision anstrebt, diese Defizite zu korrigieren.

Folgende Punkte sind aus Sicht des VFAS jedoch verbesserungswürdig:

- Verfolgungsverjährung:

Der Vorentwurf kodifiziert die bestehende Praxis des Bundesgerichts zum geltenden Verwaltungsstrafrecht, wonach die Verjährung bereits dann nicht mehr eintritt, wenn vor Ablauf der Verjährungsfrist eine Strafverfügung ergangen ist (Art. 11 Abs. 4 VE VStrR).

Der VFAS beurteilt Art. 11 Abs. 4 VE VStrR aus nachstehenden Gründen als kritikwürdig:

- Im Kernstrafrecht tritt die Verjährung erst dann nicht mehr ein, wenn vor Ablauf der Verjährungsfrist ein erstinstanzliches Gerichtsurteil ergangen ist (Art. 97 Abs. 3 StGB).
- Art. 11 Abs. 4 VE VStrR setzt eine Strafverfügung weiterhin einem erstinstanzlichen Urteil gleich. Dies, obwohl Verwaltungsbehörden Strafverfügungen erlassen und diese weder in institutioneller noch personeller Hinsicht Gerichte sind.
- Die Strafverfügung nach Art. 273 VE VStrR ist vergleichbar mit einem Strafbefehl nach Art. 352 ff. StPO, welcher auch kein erstinstanzliches Urteil darstellt und deshalb die Verjährung auch nicht hindert.
- Art. 11 Abs. 4 VE VStrR führt zu Inkonsequenz: Je nachdem, ob die Verwaltungsbehörde eine Einsprache auf Antrag des Beschuldigten an das Gericht weiterleitet (Art. 274 VE VStrR) oder selbst über die Einsprache entscheidet (Art. 273 VE VStrR), tritt die Verjährung zu unterschiedlichen Zeitpunkten nicht mehr ein.

Der VFAS schlägt deshalb vor, dass die Verjährung auch im Verwaltungsstrafrecht erst dann nicht mehr eintritt, wenn vor Ablauf der Verjährungsfrist ein erstinstanzliches Gerichtsurteil.

- Ordnungsbussenprinzip:

Art. 8 VE VStrR ermöglicht es den Verwaltungsbehörden für die Bemessung von Bussen bis zu 5000 Franken die persönlichen und wirtschaftlichen Verhältnisse des Täters im Zeitpunkt des Urteils nicht zu berücksichtigen.

Die Norm ist vergleichbar mit dem Ordnungsbussenverfahren. Der Wortlaut stellt es allerdings ins Ermessen der Verwaltungsbehörde zu entscheiden, ob sie die persönlichen und wirtschaftlichen Verhältnisse berücksichtigen. Der VFAS würde eine vertiefte Erörterung von Art und Umfang der Berücksichtigung des Ordnungsbussenprinzips im Verwaltungsstrafrecht begrüssen:

- In diesem Zusammenhang stellt sich einerseits die Frage, ob das Ordnungsbussenverfahren aufgrund seiner Effizienzvorteile bis zu einem gewissen Betrag als verpflichtend einzuführen wäre.
- Sinnvoll erscheint, das Ordnungsbussenprinzip jedenfalls in einzelnen Spezialerlassen (z.B. Verordnung über die technischen Anforderungen an Strassenfahrzeuge, VTS) bzw. für einzelne Delikte festzuschreiben, für die die Effizienzvorteile dieses Verfahrens definitiv überwiegen.
- Andererseits stellt sich die Frage, ob und unter welchen Umständen die persönlichen und wirtschaftlichen Umstände sanktionsmindernd berücksichtigt werden sollen: Die Effizienzgewinne des Ordnungsbussenverfahrens sind dort ausser Acht zu lassen, wo einem Individuum im konkreten Fall eine unverhältnismässige Strafe droht.

Der VFAS schlägt deshalb vor, jedenfalls in einzelnen Spezialerlassen (z.B. VTS, PBV, CO₂-VO) das Ordnungsbussenprinzip vorzuschreiben. Gleichzeitig sollen die persönlichen und wirtschaftlichen Umstände sanktionsmindernd berücksichtigt werden, falls das Ordnungsbussenprinzip im konkreten Fall eine unverhältnismässige Strafe zur Folge hätte.

- **Kein Zwang zur Selbstbelastung:**

Art. 80 Abs. 1 VE-VStrR lautet wie folgt: *«Die beschuldigte Person muss sich nicht selbst belasten. Sie hat namentlich das Recht, die Aussage und ihre Mitwirkung im Verwaltungsverfahren zu verweigern.»*

Der VFAS begrüsst es, dass die Bestimmung das Defizit im geltenden Recht beseitigen soll, welches nicht ausdrücklich festhält, dass sich die beschuldigte Person nicht selbst belasten muss bzw. keine Mitwirkungspflichten hat.

Die Bestimmung äussert sich allerdings nicht zu ihrem Verhältnis zu verwaltungsrechtlichen Spezialnormen, die den Rechtsadressaten etwa Auskunftspflichten (z.B. Art. 40a CO₂-Gesetz) auferlegen:

- Nach dem Grundsatz des Vorrangs der Spezialgesetzgebung würde Art. 80 Abs. 1 VE VStrR bei anderslautender spezialgesetzlicher Regelung obsolet.
- Nach dem Grundsatz des Vorrangs des jüngeren Rechts sollte Art. 80 Abs. 1 VE VStrR eine entgegenstehende Norm in einem Spezialgesetz hingegen verdrängen.

Der VFAS schlägt deshalb vor, dass folgender Absatz in Art. 80 VE VStrR hinzugefügt wird, um den Vorrang der Bestimmung klar festzuhalten: *«Dieser Artikel geht entgegenstehenden Normen in verwaltungsrechtlichen Spezialgesetzen des Bundes vor.»*

Wir danken für die Möglichkeit der Stellungnahme und stehen für Rückfragen oder Ergänzungen gerne zur Verfügung!

Freundliche Grüsse

VFAS – Verband freier Autohandel Schweiz



Roger Kunz
Präsident



Stephan Jäggi
Geschäftsleiter



CH-3003 Bern, WEKO

Einschreiben

Bundesamt für Justiz
Herr Patrick Rohner
Bundesrain 20
3003 Bern

Vorab per E-Mail an info.strafrecht@bj.admin.ch
Unser Zeichen: 041.2-0002/bas
Direktwahl: 058 462 63 05
Bern, 08.05.2024

041.2-0002: Totalrevision des Verwaltungsstrafrechts – Vernehmlassung

Sehr geehrter Herr Rohner
Sehr geehrte Damen und Herren

Am 31. Januar 2024 hat der Bundesrat die Vernehmlassung zur Totalrevision des Verwaltungsstrafrechtsgesetzes (VStrR¹) eröffnet. Die vorliegende Vernehmlassung wird innert der bis zum 10. Mai 2024 dauernden Vernehmlassungsfrist eingereicht.

Die Wettbewerbskommission (WEKO) ist nicht auf der Liste der Vernehmlassungsadressaten, auch wurde das Sekretariat der WEKO (Sekretariat) nicht vorgängig im Rahmen der Ämterkonsultation berücksichtigt. Das ist unbefriedigend, da das VStrR für kartellrechtliche Strafsanktionen integral anwendbar ist (Art. 57 Abs. 1 KG²). Darüber hinaus kommt es bei der Durchführung der vorgesehenen Zwangsmassnahmen zur Anwendung. Die zentrale Bedeutung dieser Zwangsmassnahmen für die Verfahren der Wettbewerbsbehörden kann nicht genug betont werden, weshalb sich die WEKO erlaubt, zunächst deren Relevanz darzustellen, um anschliessend zu den vorgesehenen Anpassungen Stellung zu nehmen und Änderungs- und Ergänzungsanträge zu stellen.

¹ Bundesgesetz über das Verwaltungsstrafrecht vom 22.3.1974 (VStrR; SR 313.0).

² Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen vom 6.10.1995 (Kartellgesetz, KG; SR 251).

1. Bedeutung des VStrR für die Durchsetzung des Kartellgesetzes

Das Kartellgesetz enthält zwei Verweise auf das VStrR, einerseits einen integralen Verweis im Zusammenhang mit den Strafsanktionen im 5. Kapitel (Art. 57 Abs. 1 KG) und andererseits einen partiellen Verweis für die Durchführung der vorgesehenen Zwangsmassnahmen (Art. 42 Abs. 2 KG).

a. Anwendung des VStrR bei den Strafsanktionen

Gemäss Art. 57 Abs. 1 KG ist das VStrR anwendbar für die Verfolgung und Beurteilung von strafbaren Handlungen gemäss Art. 54 KG (Widerhandlungen gegen einvernehmliche Regelungen und behördliche Anordnungen) und Art. 55 KG (Andere Widerhandlungen). Bei beiden Bestimmungen geht es darum, Verstösse gegen Verfügungen der WEKO zu ahnden.

Diese Strafsanktionen gegen natürliche Personen haben in der Praxis bislang zu keinen Verfahren geführt. Dies dürfte vor allem daran liegen, dass sich Verfügungen der WEKO gegen Unternehmen richten. Verstösse gegen diese Verfügungen werden daher mit den ebenfalls gegen Unternehmen gerichteten Verwaltungssanktionen nach Art. 50 ff. KG geahndet.

Vor diesem Hintergrund verzichtet die WEKO darauf, sich zum gesamten Revisionsvorhaben zu äussern, und beschränkt sich auf die nachfolgenden, für sie relevanten Bereiche.

b. Anwendung des VStrR bei der Durchführung von Zwangsmassnahmen

Gemäss Art. 42 Abs. 2 KG können die Wettbewerbsbehörden Hausdurchsuchungen anordnen und Beweisgegenstände sicherstellen. Für diese Zwangsmassnahmen sind die Art. 45–50 VStrR sinngemäss anwendbar. Dieser Verweis auf das VStrR wurde anlässlich der Kartellgesetzrevision 2003 eingeführt.³ Hauptbestandteil dieser Revision war die Einführung direkter Sanktionen für die schwersten Verstösse gegen das Kartellgesetz.

Bei diesen Sanktionen nach Art. 49a KG handelt es sich um sogenannte pekuniäre Verwaltungssanktionen,⁴ welche eine beträchtliche Höhe erreichen können (bis zu 10 % des in den letzten drei Jahren in der Schweiz erzielten Umsatzes) und daher über strafrechtsähnlichen Charakter verfügen.⁵ Der Gesetzgeber rechnete damit, dass die Einführung von direkten Sanktionen dazu führen könnte, dass Kartelle vermehrt verdeckt operieren, weshalb er gleichzeitig die Instrumente zur Aufdeckung von verborgenen unzulässigen Verhaltensweisen verbessert hat.⁶

Seit dieser Revision haben sowohl die direkten Sanktionen als auch Hausdurchsuchungen und Beweismittelbeschlagnahmen eine grosse praktische Bedeutung in den Verfahren der Wettbewerbsbehörden erhalten.⁷ Die WEKO hat seit der ersten Sanktionsverfügung im Jahr 2006 insgesamt Sanktionen in der Höhe von rund CHF 1,3 Mrd. ausgesprochen, wovon bislang rund CHF 711 Mio. rechtskräftig verhängt worden sind. Es handelt sich um sehr komplexe Wirtschaftsverwaltungsverfahren in denen die Anforderungen an die Erstellung des

³ BBI 2002 2022 5506.

⁴ Vgl. hierzu umfassend BBI 2022 776, Pekuniäre Verwaltungssanktionen – Bericht des Bundesrates in Erfüllung des Postulats 18.4100 SPK-N vom 1.11.2018.

⁵ Was zur grundsätzlichen Anwendbarkeit des strafrechtlichen Teils von Art. 6 EMRK führt; EGMR, *Menarini Diagnostics S.R.L. gegen Italien* vom 27.9.2011, Nr. 43509/08 § 44. Vgl. weiter BGE 139 I 72 E. 2, *Publigroupe*; BGE 147 II 72 E. 8.2., *Hors Liste/Pfizer AG*.

⁶ Vgl. Botschaft über die Änderung des Kartellgesetzes vom 7.11.2001, BBI 2002 2022, 2028.

⁷ Es ist international unbestritten, dass Hausdurchsuchungen für die Verfolgung unzulässiger Kartelle unabdingbar sind. Vgl. etwa OECD, *Recommendation of the Council concerning Effective Action against Hard Core Cartels* vom 2.7.2019 (OECD/LEGAL/0452), II.2.

Sachverhalts und den Nachweis des Verstosses aufgrund des strafrechtsähnlichen Charakters der drohenden Sanktion hoch sind. Wegen der hohen Sanktionssummen werden die Verfügungen der WEKO regelmässig angefochten und durch die Rechtsmittelinstanzen überprüft.

Der strafrechtsähnliche Charakter der kartellrechtlichen Sanktionsverfahren führt dazu, dass die Unternehmen nicht dazu verpflichtet sind, sich selbst zu belasten. Deswegen kommt in diesen Verfahren der zwangsweisen Beweiserhebung eine zentrale Bedeutung zu. Untersuchungen gegen mutmassliche Kartelle werden regelmässig mit Hausdurchsuchungen bei den mutmasslich beteiligten Unternehmen eröffnet. Seit dem Jahr 2006 haben die Wettbewerbsbehörden in insgesamt 48 Hausdurchsuchungsaktionen rund 180 Unternehmen in 19 Kantonen (und in allen Sprachregionen) durchsucht. Die Zwangsmassnahmen haben dabei sehr unterschiedliche Branchen (z. B. Baubranche, Luftfracht, Banken, Pharma) betroffen und es wurden sowohl sehr grosse (z. B. Novartis, UBS, Credit Suisse, Swiss, Givaudan) als auch sehr kleine (z. B. im Fall der Fahrlehrer im Oberwallis) Unternehmen durchsucht.

Der Nachweis von Kartellrechtsverstössen erfolgt in der Regel durch Dokumente, insbesondere durch solche, welche die Kommunikation zwischen den beteiligten Konkurrenten belegen wie beispielsweise Schreiben, E-Mails, Chats etc. Die Wettbewerbsbehörden stellen zu diesem Zweck regelmässig grössere Datenmengen sicher. Ebenso regelmässig enthalten diese Daten Unterlagen, welche vor Durchsuchung und Beschlagnahme geschützt sind (namentlich Anwaltskorrespondenz). Um nicht in jedem dieser Fälle ein gerichtliches Entsiegelungsverfahren durchlaufen zu müssen, wurde das Verfahren der «informellen Entsiegelung» entwickelt. Dabei nimmt die Behörde mit den Betroffenen – sofern jene dieser Möglichkeit zustimmen – eine Bereinigung des sichergestellten Datensatzes vor, indem eine der eigentlichen Durchsuchung vorgelagerte Vortriage durchgeführt wird. Im Rahmen dieser Vortriage entfernen nicht mit dem Fall betraute Mitarbeitende des WEKO-Sekretariats zusammen mit der Vertretung der betroffenen Unternehmen die geschützten Dokumente aus dem Datensatz, der erst danach den Fallverantwortlichen übergeben wird.⁸ Ein gerichtliches Verfahren ist nur noch dann erforderlich, wenn sich die Parteien nicht einigen können.

Die Vorgehensweise der Wettbewerbsbehörden geniesst eine sehr hohe Akzeptanz seitens der Unternehmen und der Anwaltschaft. Seitdem die Wettbewerbsbehörden Hausdurchsuchungen durchführen, ist es lediglich in acht Fällen zur Eröffnung eines gerichtlichen Entsiegelungsverfahrens gekommen. Davon wurde in zwei Fällen die Einsprache wieder zurückgezogen⁹ und in fünf Fällen die Entsiegelung gutgeheissen,¹⁰ bisher einmal höchstinstanzlich.¹¹ Ein Fall ist aktuell noch hängig und das Bundesstrafgericht wurde vom Bundesgericht angewiesen, eine Ausscheidung der geschützten Korrespondenz vorzunehmen.¹²

Das aktuelle VStrR wies genügend Flexibilität auf, um die besonderen Bedürfnisse der kartellrechtlichen Verfahren zu berücksichtigen. Die WEKO wird vor diesem Hintergrund zu den im Rahmen der Totalrevision geplanten Anpassungen Stellung nehmen und Anträge unterbreiten, um die bisherige effiziente und erfolgreiche Vorgehensweise zu erhalten.

2. Beurteilung der geplanten Anpassungen

⁸ Vgl. detailliert das Merkblatt «Ausgewählte Ermittlungsinstrumente» vom 6.1.2016, Rz 35 ff, <www.weko.admin.ch> Rechtliches/Dokumentation > Merkblätter.

⁹ BStrGer, BE.2009.20 vom 17.11.2009; BE.2021.8 vom 5.8.2021.

¹⁰ BStrGer, BE.2007.10–13 vom 14.3.2008 (= TPF 2008 20); BE.2009.21 vom 14.1.2010 (= TPF 2010 53); BE.2012.4 vom 11.7.2012; BE.2013.1 vom 24.10.2013; BE.2021.9 vom 26.10.2021.

¹¹ BGer, 1B_101/2008 vom 28.10.2008.

¹² Vgl. BStrGer, BE 2020.16 vom 24.2.2021 (Gutheissung der Entsiegelung); BGer, 2C_295/2021 und 2C_307/2021 vom 1.12.2021 (Bestätigung Rechtmässigkeit der Hausdurchsuchung, Rückweisung an das Bundesstrafgericht wegen Verletzung des rechtlichen Gehörs).

Die bisher in den Art. 45–50 VStrR normierten Inhalte werden neu detaillierter in den Art. 173–183 des Vorentwurfes (VE) VStrR geregelt. Die WEKO begrüsst die Modernisierung der Bestimmungen. Es erscheint beispielsweise sinnvoll, das Vorgehen in Bezug auf Zufallsfunde (Art. 175 VE VStrR) und die Kompetenz zur Vornahme geeigneter Sicherheitsvorkehrungen zum Schutz des Ziels der Massnahme (Art. 174 VE VStrR) gesetzlich zu regeln.

Die WEKO hat indes Vorbehalte gegenüber zwei geplanten Anpassungen des Vorentwurfs, welche die Siegelung bzw. das Entsiegelungsverfahren betreffen. Es handelt sich einerseits um die Frist für das Entsiegelungsgesuch gemäss Art. 180 Abs. 3 VE VStrR und andererseits um die Zuständigkeit für den Entsiegelungsentscheid gemäss Art. 181 Abs. 1 VE VStrR.

a. Frist für das Entsiegelungsgesuch (Art. 180 Abs. 3 VE VStrR)

Art. 180 Abs. 3 VE VStrR lautet wie folgt: «Stellt die Verwaltungseinheit nicht innert zwanzig Tagen ein Entsiegelungsgesuch, so werden die versiegelten Aufzeichnungen und Gegenstände der Inhaberin oder dem Inhaber zurückgegeben». Diese Frist entspricht der in Art. 248 StPO¹³ vorgesehenen Lösung. Gemäss dem erläuternden Bericht¹⁴ gilt diese Frist auch für komplexe und umfangreiche Fälle der ordentlichen Strafverfolgungsbehörden. Es sei daher nicht angezeigt, eine längere Frist vorzusehen.¹⁵

Bisher sah das VStrR keine Frist für das Stellen des Entsiegelungsgesuchs vor. Das Bundesstraengericht hat in einem kartellrechtlichen Entsiegelungsverfahren festgehalten, der Frist von zwanzig Tagen komme der Charakter einer Empfehlung zu.¹⁶ Massgebend nach der Rechtsprechung des Bundesstraengerichts ist, ob dem Beschleunigungsgebot unter Würdigung sämtlicher Umstände genügend Rechnung getragen wurde. Es hat längere Fristen zugelassen, wenn Abklärungen bezüglich des Festhaltens an der Einsprache oder bezüglich des Umfangs der Einsprache erfolgten.¹⁷ Diese Rechtsprechung des Bundesstraengerichts hat den für den Prozess der «informellen Entsiegelung» notwendigen Spielraum geschaffen.

Die aktuelle Lösung der Wettbewerbsbehörden führt in einer Mehrheit der Fälle zu raschen, einvernehmlichen Entsiegelungen. Dies ist nicht nur für die kartellrechtlichen Verfahren vorteilhaft, deren schnelle Erledigung nicht zuletzt ein ausdrückliches Anliegen von Parlament¹⁸ und Bundesrat¹⁹ ist. Sie führt auch zu einer Entlastung der Gerichte, indem die aufwändigen Datentriagen durch die Behörde selbst gemacht werden und nur noch (in der Regel wenige) strittige Fragen gerichtlich geklärt werden müssen. Schliesslich bietet das Vorgehen Vorteile für die betroffenen Unternehmen. Diese verfügen namentlich über ein grösseres Zeitfenster, um sich intern einen Überblick zu verschaffen und zu entscheiden, ob sie mit der Behörde kooperieren wollen. Denn in kartellrechtlichen Verfahren kann das erste Unternehmen, welches eine Selbstanzeige einreicht, Beweismittel liefert und im Verfahren voll kooperiert, von einer Sanktion befreit werden (sogenannte Bonusregelung gemäss Art. 49a Abs. 2 KG in Verbindung mit der SVKG²⁰). Spätere Selbstanzeigen können zu einer Reduktion der Sanktion von bis zu 50 % führen, je nach Bedeutung des Beitrags des Unternehmens für die Aufklärung

¹³ Schweizerische Strafprozessordnung vom 5.10.2007 (Strafprozessordnung, StPO; SR 312.0).

¹⁴ Totalrevision des Bundesgesetzes über das Verwaltungsstrafrecht (VStrR), Erläuternder Bericht zur Eröffnung des Vernehmlassungsverfahrens vom 31. Januar 2024.

¹⁵ Erläuternder Bericht (Fn 14), S. 119.

¹⁶ BStrGer, BE.2012.4 vom 11.7.2012, E. 1.3.2.

¹⁷ Vgl. BStrGer, BE.2023.11 vom 28.9.2023, E. 2.1. f. m. w. H.

¹⁸ Vgl. die angenommene Motion 16.4049 Fournier, Verbesserung der Situation der KMU in Wettbewerbsverfahren.

¹⁹ Vgl. Art. 44a E KG und die dazugehörige Botschaft, S. 46 f., <www.seco.admin.ch> > Wirtschafts- & Wirtschaftspolitik > Wirtschaftspolitik > Wettbewerb > Kartellgesetz > Kartellgesetzrevision.

²⁰ Verordnung vom 12.3.2004 über die Sanktionen bei unzulässigen Wettbewerbsbeschränkungen (KG-Sanktionsverordnung, SVKG).

des Sachverhalts. Allerdings wissen die Unternehmen zum Zeitpunkt der Hausdurchsuchung und beim Erheben der Einsprache oftmals noch nicht, ob ihre Mitarbeitenden tatsächlich an einem Kartellrechtsverstoss beteiligt waren. Die Unternehmen benötigen daher Zeit, um die eigene Beteiligung abzuklären und mit ihrer Rechtsvertretung eine passende Verteidigungsstrategie festzulegen. Dazu gehört auch der Entscheid, ob ein gerichtliches Entsiegelungsverfahren angestrebt werden soll. Mit anderen Worten führt das aktuelle Verfahren dazu, dass die Untersuchungsadressatinnen ihre verfassungsmässigen Verteidigungsrechte informiert ausüben können und namentlich auch dem Beschleunigungsgebot besser nachgekommen wird, als wenn bei jeder Einsprache eine gerichtliche Entsiegelung erfolgen müsste.

Schliesslich fallen bei einer «informellen Entsiegelung» geringere Verfahrens- und Anwaltskosten für die Unternehmen an, zumal keine sachverständigen Personen mit dieser Aufgabe mandatiert werden müssen (vgl. Art. 180 Abs. 6 VE VStrR).

Daher beantragt die WEKO, dass entweder auf die Festlegung der Frist von zwanzig Tagen für die Einreichung des Entsiegelungsgesuchs verzichtet wird oder Art. 180 VE VStrR in dem Sinne ergänzt wird, dass Raum für die bisherige Lösung geschaffen wird. Möglich wäre etwa eine Ergänzung des dritten Absatzes, wonach mit dem Einverständnis der Inhaberin oder des Inhabers die Frist zum Zweck einer einvernehmlichen Datentriage verlängert werden kann. Die WEKO unterbreitet nachfolgend einen Formulierungsvorschlag, verschliesst sich aber nicht anderen Varianten, welche ihr Anliegen gesetzestechisch auf andere Weise umsetzen (etwa indem der Beginn des Fristenlaufes der Frist von zwanzig Tagen einvernehmlich aufgeschoben werden oder indem der Fristenlauf einvernehmlich sistiert werden kann).

Antrag 1: Art. 180 Abs. 3 VStrR sei mit folgendem Zusatz zu ergänzen:

«Die Inhaberin oder der Inhaber und die Verwaltungseinheit können zum Zweck der einvernehmlichen Bestimmung des Umfangs der Einsprache eine Verlängerung der Frist vereinbaren».

In der Botschaft sei dazu auszuführen, dass mit dieser Bestimmung die Möglichkeit geschaffen wird, dass die Verwaltungseinheit gemeinsam mit dem Inhaber oder der Inhaberin geschützte Inhalte ausscheiden können.

b. Zuständigkeit für das Entsiegelungsverfahren (Art. 181 Abs. 1 VE VStrR)

Art. 181 Abs. 1 VE VStrR sieht vor, dass das Zwangsmassnahmengericht (ZMG) für den Entsiegelungsentscheid zuständig ist. Heute ist dafür gemäss Art. 50 Abs. 3 VStrR die Beschwerdekammer des Bundesstrafgerichts zuständig. Damit verschiebt sich die Zuständigkeit für das Entsiegelungsverfahren von einer einzigen Bundesbehörde auf zahlreiche kantonale ZMG.

Dem erläuternden Bericht ist als Begründung für diese Änderung zu entnehmen, für den Entscheid über Entsiegelungsgesuche sei normalerweise (im ordentlichen Strafverfahren) das ZMG zuständig. Zudem fungiere die Beschwerdekammer des Bundesstrafgerichts grundsätzlich als zweite Instanz, was nicht der Fall sei, wenn sie die erwähnte Aufgabe übernehme.²¹

Diese Begründung überzeugt generell nur teilweise. Zudem erscheint die geplante neue Regelung insbesondere für das kartellrechtliche Entsiegelungsverfahren nicht angebracht.

Zunächst kann generell festgehalten werden, dass das ZMG bei einer Entsiegelung gemäss Art. 181 Abs. 5 VE VStrR endgültig entscheidet, ein Weiterzug an die Beschwerdekammer des Bundesstrafgerichts ist nicht möglich. Vielmehr muss ein Entscheid des ZMG direkt beim

²¹ Erläuternder Bericht (Fn 14), S. 3 und 119.

Bundesgericht angefochten werden.²² Das Argument, die Beschwerdekammer des Bundesstrafgerichts fungiere grundsätzlich als zweite Instanz trifft in diesem Kontext gerade nicht zu.

Für Entsiegelungsverfahren, die nach Hausdurchsuchungen in kartellrechtlichen Untersuchungen durchgeführt werden, ist eine Beibehaltung der aktuellen Zuständigkeit vorzuziehen. Im Entsiegelungsverfahren wird nach konstanter Rechtsprechung des Bundesstrafgerichts vorfrageweise die Rechtmässigkeit der Hausdurchsuchung überprüft, namentlich ob ein hinreichender Tatverdacht bestand. Für die Beantwortung dieser Frage ist das materielle Kartellrecht anzuwenden. Das Instrument der Hausdurchsuchungen wird hauptsächlich zur Untersuchung mutmasslicher harter Kartellabreden gemäss Art. 5 Abs. 3 KG eingesetzt (Preis-, Mengen- und Gebietsabreden). Diese zeichnen sich dadurch aus, dass begriffsnotwendig mehrere Unternehmen involviert sind. Die Hausdurchsuchungsaktionen der Wettbewerbsbehörden betreffen daher regelmässig mehrere Unternehmen an verschiedenen Standorten, häufig auch in unterschiedlichen Kantonen, wobei die Verfolgungshandlungen gegen aussen üblicherweise gleichzeitig aufgenommen werden (vgl. die Regelung zur Zuständigkeit der ZMG in Art. 44 in Verbindung mit Art. 42 Abs. 2 VE VStrR in Verbindung mit Art. 33 StPO). Eine Zuständigkeit der kantonalen ZMG könnte dazu führen, dass mehrere ZMG in parallelen Entsiegelungsverfahren über die Frage zu befinden hätten, ob ein hinreichender Tatverdacht für einen Kartellrechtsverstoss vorliegt. Dies birgt die Gefahr widersprechender Urteile und erhöht die Wahrscheinlichkeit von Beschwerden an das Bundesgericht. Zudem ist zu berücksichtigen, dass es sich beim Kartellrecht um ein Rechtsgebiet handelt, mit welchem die ZMG ansonsten nicht konfrontiert sind. Die Anzahl kartellrechtlicher Untersuchungen ist weiter nicht derart hoch, dass zu erwarten wäre, dass sich in den Kantonen bei den ZMG eine Praxis bilden könnte (pro Jahr werden im Schnitt schweizweit etwa zehn Unternehmen durchsucht). Vor diesem Hintergrund erscheint es ineffizient, wenn sich die kantonalen ZMG zur Bearbeitung sporadischer Einzelfälle mit der technischen und komplexen Materie des Kartellrechts auseinandersetzen müssten. Die Folge wäre ein massives Rechtsunsicherheitsrisiko für die betroffenen Unternehmen, da die Vorhersehbarkeit der Beurteilung der kartellrechtlichen Fragestellungen durch mehrere dezentrale Instanzen beeinträchtigt würde. Es könnte sich weiter die Frage nach der Gleichbehandlung der Parteien im Verfahren stellen, wenn etwa bei der Ausscheidung geschützter Unterlagen in derselben Untersuchung unterschiedliche Massstäbe angewendet würden.

Schliesslich sei darauf hingewiesen, dass auch im Strafprozessrecht eine abweichende Zuständigkeitsordnung zur Anwendung gelangt, wenn es um die Beurteilung von Fällen der Bundesgerichtsbarkeit geht. Gemäss Art. 65 Abs. 1 des Strafbehördenorganisationsgesetzes²³ werden diese Fälle durch die ZMG am Sitz der Bundesanwaltschaft oder ihrer Zweigstellen entschieden, wobei gemäss Abs. 2 das kantonale ZMG des Ortes zuständig ist, an dem das Verfahren geführt wird. Dadurch erfolgt eine Konzentration der Fälle auf die ZMG in Bern, Lausanne, Zürich und Lugano,²⁴ so dass der BA eine gewisse Wahlfreiheit zukommt, an welchem dieser Orte sie ihr Verfahren führen will. Der Gesetzgeber hat damit anerkannt, dass eine Verteilung der Fälle der Bundesgerichtsbarkeit auf alle kantonalen ZMG keinen Sinn macht.²⁵ Dasselbe muss für den Bereich des Kartellgesetzes gelten.

Es erscheint daher sinnvoller, die Kompetenz bei der Beschwerdekammer des Bundesstrafgerichts zu belassen. Diese konnte sich bereits in der Vergangenheit ein kartellrechtliches

²² Vgl. Erläuternder Bericht (Fn 14), S. 168 zur vorgesehenen Anpassung von Art. 80 Abs. 2 dritter Satz des Bundesgesetzes vom 17.6.2005 über das Bundesgericht.

²³ Bundesgesetz über die Organisation der Strafbehörden des Bundes vom 19.3.2010 (Strafbehördenorganisationsgesetz, StBOG; SR 173.71).

²⁴ Vgl. Botschaft StBOG, BBl 2008 8125, 8173 f.

²⁵ Vgl. demgegenüber die frühere Zuständigkeit gemäss Art. 47 Abs. 2 BStP (Bundesgesetz vom 15.6.1934 über die Bundesstrafrechtspflege) bei der jeweils örtlich zuständigen kantonalen Gerichtsbehörde.

Know-how aufbauen und würde auch künftig durch die Kompetenz für die Entsiegelung in sämtlichen kartellrechtlichen Verfahren eine gewisse kritische Masse erreichen, um eine konsistente Praxis zu pflegen. Entscheidend ist aber vor allem, dass so die Gefahr widersprechender ZMG-Urteile bei der Beurteilung desselben kartellrechtlichen Sachverhalts gebannt werden kann.

Daher beantragt die WEKO, entweder generell die Kompetenz bei der Beschwerdekammer des Bundesstrafgerichts zu belassen (möglicherweise sind die oben für das Kartellgesetz vorgebrachten Argumente auch für die Anwendung anderer Spezialgesetze zutreffend) oder zumindest eine abweichende Zuständigkeit für kartellrechtliche Fälle vorzusehen (die entsprechende Verweisnorm ist allerdings Gegenstand der aktuellen Kartellgesetzrevision, welche derzeit im Stadium der parlamentarischen Beratungen ist; sollte dem nachfolgenden Antrag 2 nicht nachgekommen werden, werden die Wettbewerbsbehörden gerne einen Formulierungsvorschlag für die Verweisnorm unterbreiten, sobald deren revidierter Wortlaut feststeht).

Antrag 2: Art. 181 Abs. 1 VE VStrR sei wie folgt anzupassen:

«Stellt die Verwaltungseinheit ein Entsiegelungsgesuch, so ist die Beschwerdekammer des Bundesstrafgerichts für den Entscheid zuständig.»

Die WEKO bedankt sich für die Kenntnisnahme und Berücksichtigung ihrer Anliegen. Sie erwartet darüber hinaus, dass die Wettbewerbsbehörden als mitinteressierte Verwaltungseinheiten in die weiteren Revisionsarbeiten miteinbezogen werden.

Mit freundlichen Grüßen

Wettbewerbskommission



Dr. Laura Melusine Baudenbacher
Präsidentin



Prof. Dr. Patrik Ducrey
Direktor