

CPP – également applicable par renvoi de l’art. 12 al. 1 EIMP. En effet, selon l’art. 130 let. b CPP, le prévenu doit avoir un défenseur s’il encourt une peine privative de liberté de plus d’un an ou une mesure entraînant une privation de liberté. A cet égard, la seule affirmation du MP-GE selon laquelle «[I]es faits sur lesquels M. A. devait être interrogés (sic), soit des actes d’ordre sexuel sur enfants au sens de l’art. 187 ch. 1 du Code pénal suisse, ne relèvent pas de la défense obligatoire selon l’art. 130 CPP» n’est pas convaincante. S’agissant d’une procédure pénale diligentée par les autorités françaises, l’autorité d’exécution aurait dû faire preuve de plus de retenue et se limiter à constater que la peine maximale encourue en France par le recourant est de sept ans d’emprisonnement et de 100’000 euros d’amende. Ce constat à lui seul suffit, dans le cas d’espèce, à admettre l’application de l’art. 130 let. b CPP. Cette conclusion semble d’autant plus fondée que, même si l’on transposait les faits reprochés au recourant en droit suisse, le plafond de la peine encourue selon l’art. 187 ch. 1 CP serait de cinq ans, soit largement plus que le seuil d’une année prévu par l’art. 130 let. b CPP. A cela s’ajoute, comme l’a d’ailleurs relevé l’autorité d’exécution elle-même, que le recourant était entendu non seulement pour infraction à l’art. 187 CP, mais également à l’art. 189 CP, dont la peine menace est deux fois supérieure, soit de dix ans. L’ensemble de ces éléments devaient amener l’autorité d’exécution à la conclusion que les conditions de la défense obligatoire au sens de l’art. 130 let. b CPP sont ici réalisées.

## TPF 2011 140

31. Auszug aus dem Urteil der Strafkammer in Sachen Bundesanwaltschaft gegen A. vom 18. August 2011 (SK.2011.7)

*Geheimnisbegriff.*

**Art. 293 StGB**

**Konkretisierung des Tatbestandsmerkmals des Geheimnisses im Sinne von Art. 293 Abs. 1 StGB. Ein trotz Fehlens der rechtlichen Voraussetzungen als „vertraulich“ klassifiziertes Dokument ist nicht Tatobjekt von Art. 293 StGB (E. 4.5-4.7).**

*Notion de secret.***Art. 293 CP**

**Concrétisation de l'élément constitutif du secret au sens de l'art. 293 al. 1 CP. Un document classé "confidentiel" malgré l'absence des conditions juridiques n'est pas l'objet de la commission de l'infraction à l'art. 293 CP (consid. 4.5-4.7).**

*Concetto di segreto.***Art. 293 CP**

**Concretizzazione degli elementi del segreto ai sensi dell'art. 293 cpv. 1 CP. Un documento classificato come "confidenziale" nonostante l'assenza delle condizioni legali non ricade sotto l'art. 293 CP (consid. 4.5-4.7).**

**Zusammenfassung des Sachverhalts:**

Am 11. Juli 2010 veröffentlichte die Zeitung B. einen von A., dem stellvertretenden Chefredaktor dieser Zeitung, gezeichneten Artikel, welcher einen Ausschnitt aus einem als „vertraulich“ klassifizierten Dokument von fedpol (Bundesamt für Polizei) enthielt. Die Bundesanwaltschaft erliess gegen A. einen Strafbefehl wegen Veröffentlichung amtlicher geheimer Verhandlungen gemäss Art. 293 Abs. 1 StGB. Nachdem A. dagegen Einsprache erhoben hatte, überwies die Bundesanwaltschaft den Strafbefehl als Anklageschrift an die Strafkammer.

Die Strafkammer sprach A. frei.

**Aus den Erwägungen:**

**4.5** Der (zitierte) Entscheid des EGMR (Grande Chambre) *Stoll c. Suisse* vom 10. Dezember 2007 bezog sich auf das Schweizer Strafverfahren, welches auf nationaler Ebene durch das (...) Bundesgerichtsurteil BGE 126 IV 236 (Nichtigkeitsbeschwerde) und das Bundesgerichtsurteil BGE 127 I 1 (Staatsrechtliche Beschwerde) abgeschlossen worden war. Im Ergebnis hat der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte mit 12 gegen 5 Stimmen festgehalten, dass die Schweiz mit ihren höchstrichterlichen Urteilen in Sachen *Stoll* Art. 10 EMRK nicht verletzt habe. Generell hält der Gerichtshof in § 48 des Entscheids fest, ein Eingriff in das Recht auf freie Meinungsäusserung bedürfe der folgenden Voraussetzungen: (a) einer gesetzlichen Grundlage, (b) legitimer Ziele sowie (c) einer Notwendigkeit

in einer demokratischen Gesellschaft. Aufgrund der vom EGMR benützten Formulierung sind diese Voraussetzungen als kumulativ zu betrachten. Der Bundesrat hat in der Folge mit Antwort vom 7. Mai 2008 auf die Motion Lang für die Aufhebung von Art. 293 StGB darauf hingewiesen, dass in Anbetracht dieses Strassburger Entscheids keine Zweifel daran bestünden, dass die derzeitige bundesgerichtliche Auslegung von Art. 293 StGB kaum haltbar sei. Die Gerichte müssten nämlich dem Inhalt der vertraulichen Informationen Rechnung tragen und eine Interessenabwägung vornehmen können, um festzustellen, ob die Verurteilung berechtigt wäre (06.3038 - Motion).

Im Lichte dieser Rechtsprechung des EGMR und der bundesrätlichen Reaktion darauf ist vorab zu prüfen, ob im konkreten Fall die Klassifizierung als „vertraulich“ anhand der festgelegten Prinzipien überhaupt gerechtfertigt war. Erst wenn dies zu bejahen ist, hat sich das Gericht mit der Frage auseinanderzusetzen, ob die Klassifizierung als solche als Tatbestandselement von Art. 293 StGB ausreichend sei (formeller Geheimnisbegriff) oder ob das klassifizierte Dokument hierzu auch die zusätzlichen Komponenten eines materiellen Geheimnisses (nur einem begrenzten Personenkreis bekannt oder zugänglich; Geheimhaltungswille vorhanden) aufweisen müsse.

## 4.6

**4.6.1** Heute definiert das Bundesgesetz vom 17. Dezember 2004 über das Öffentlichkeitsprinzip der Verwaltung (Öffentlichkeitsgesetz, BGÖ; SR 152.3) die gesetzlichen Grenzen der Meinungsäusserungsfreiheit im Verkehr mit Behörden und Verwaltung. Mit diesem Erlass hat sich der Gesetzgeber für das Prinzip der Öffentlichkeit ausgesprochen (Art. 6 BGÖ). Das Gesetz wurde auf den 1. Juli 2006 in Kraft gesetzt. Es ist auf amtliche Dokumente anwendbar, die nach seinem Inkrafttreten von einer Behörde erstellt oder empfangen wurden (Art. 23 BGÖ) und gilt damit für das der Veröffentlichung im konkreten Fall zugrunde liegende Dokument vom 7. Juni 2006 nicht. Trotzdem gibt der Inhalt des BGÖ mindestens die Grenzen dessen wieder, was auch nach seinem Inkrafttreten unbeachtet einer Klassifizierung sicher nicht öffentlich sein soll, ist doch mit diesem Gesetz eine Lockerung der bisherigen Maximen, ein Wechsel vom Grundsatz der Geheimhaltung zum Öffentlichkeitsprinzip, verbunden (Botschaft vom 12. Februar 2003 zum Bundesgesetz über die Öffentlichkeit der Verwaltung, BBl 2003 S. 1963, 1976).

**4.6.2** Unter anderem gilt das Öffentlichkeitsprinzip auch heute nicht für den Zugang zu amtlichen Dokumenten betreffend Strafverfahren (Art. 3 BGÖ).

---

Die diesbezügliche Akteneinsicht richtet sich nach den Bestimmungen der Gesetzgebung über den Strafprozess.

Das hier interessierende als „vertraulich“ bezeichnete Dokument ist aufgrund eines Auftrags des Departementvorstehers EJPD von der Spitze der fedpol errichtet worden. Der Departementvorsteher verlangte einen „Bericht zu den Medienberichten und zur Stellungnahme der Bundesanwaltschaft vom 2. Juni 2006 im Zusammenhang mit einer Vertrauensperson (VP) vom Land Z“ sowie die Darstellung „der Rollen und Verantwortlichkeiten der BA und der BKP/fedpol bei der Führung dieser VP“. In den Medien wurde der Bundesanwaltschaft unter anderem der Einsatz einer Vertrauensperson aus Land Z. zum Vorwurf gemacht. Dabei wurde auch die Rolle der BKP (Bundeskriminalpolizei) thematisiert. Die Bundesanwaltschaft reagierte auf die Medienberichte, insbesondere der Bundesanwalt in einem Interview in der Zeitung O. vom 2. Juni 2006. Das „vertrauliche“ Dokument vom 7. Juni 2006, welches sich auf diese Umstände bezog, war in Folge dessen ein verwaltungsinternes, dessen Anlass zwar Tätigkeiten von Bundesanwaltschaft und Polizei in einem Strafverfahren waren, welches aber selber nicht dem Strafverfahren als solchem zuzuordnen ist. Dieser Schluss wird auch bestätigt durch die folgende Passage aus dem Papier: „Die Weitergabe von Informationen und konkreten Erkenntnissen aus eröffneten Strafverfahren liegt in der Kompetenz und Verantwortung der verfahrensleitenden BA. Wir können uns deshalb dazu nicht äussern sondern verweisen auf die Stellungnahme der BA vom 02.06.06“.

**4.6.3** Bis zum 30. Juni 2006 war das Handeln der Verwaltung grundsätzlich geheim, unter Vorbehalt von Ausnahmen. Der Bürger oder die Bürgerin verfügte über kein generelles Recht, Informationen über die gesamte Verwaltungstätigkeit zu erhalten. Die Informationsfreiheit, garantiert in Art. 16 BV, verlieh einzig das Recht, sich aus allgemein zugänglichen Quellen zu informieren. Das Bundesgericht hat den Grundsatz der Nicht-Öffentlichkeit der Verwaltung aus der Schweigepflicht der Bundesbediensteten (heute Art. 22 Bundespersonalgesetz) und aus Art. 320 StGB, welcher die Verletzung des Amtsgeheimnisses unter Strafe stellt, abgeleitet (BBl 2003 S. 1963, 1965). Für spezielle Geheimhaltungsbedürfnisse der Verwaltung regelte die Verordnung vom 10. Dezember 1990 über die Klassifizierung und Behandlung von Informationen im zivilen Verwaltungsbereich (AS 1991 44) die Handhabung. Es existierten nur die Klassifizierungen „geheim“ und „vertraulich“ (Art. 6 und 7). Die Informationen wurden von der ausgebenden Stelle entsprechend ihrer Schutzwürdigkeit klassifiziert (Art. 5). Als „geheim“ zu klassifizieren waren Informationen, (a) deren Kenntnis

durch Unbefugte die Beziehungen der Schweiz zum Ausland schwer beeinträchtigen könnte oder wichtige Massnahmen zum Schutz innerer oder äusserer Sicherheit des Landes, wie insbesondere solche zur Sicherstellung der Regierungstätigkeit in ausserordentlichen Lagen und solche der wirtschaftlichen Landesversorgung, stark gefährden würde; und (b) die nur einem eng begrenzten Personenkreis zugänglich gemacht werden (Art. 6). Als „vertraulich“ waren Informationen im Sinne von Art. 6 zu klassifizieren, deren Tragweite weniger schwerwiegend ist und zu welchen generell eine grössere Anzahl Personen Zugang hat (Art. 7 Abs. 1). Es waren aber auch jene Informationen als „vertraulich“ zu klassifizieren, die, wenn sie an Unbefugte zur Kenntnis gebracht wurden, ermöglichten, dass: (a) die Regierungstätigkeit schwer beeinträchtigt wird, (b) die Wirksamkeit wichtiger staatlicher Massnahmen beeinträchtigt wird, (c) bedeutende Fabrikations- oder Geschäftsgeheimnisse verletzt werden, (d) eine Strafverfolgung vereitelt wird oder (e) die Sicherheit von bedeutenden Infrastrukturanlagen schwer beeinträchtigt wird (Art. 7 Abs. 2). Grundsätzlich bestand also im Zeitpunkt, als das hier zur Diskussion stehende Dokument vom 7. Juni 2006 klassifiziert wurde, eine gesetzliche Basis zur Einschränkung der Meinungsäusserungsfreiheit.

Aber auch seit dem Inkrafttreten des BGÖ kann die Verwaltung schutzwürdige Informationen noch klassifizieren, nämlich als „geheim“, „vertraulich“ oder „intern“ (Verordnung über den Schutz von Informationen des Bundes [Informationsschutzverordnung, ISchV] vom 4. Juli 2007, in Kraft seit 1. August 2007 [SR 510.411], insb. Art. 2 lit. a und Art. 4 ff.). Nach Art. 6 ISchV werden Informationen als „vertraulich“ klassifiziert, deren Kenntnisnahme durch Unberechtigte den Landesinteressen Schaden zufügen kann. Unter lit. a-h sind im zitierten Artikel solche Informationen namentlich aufgelistet.

Eine Einschränkung der Meinungsäusserungsfreiheit stand also auch im Zeitpunkt des hier angeklagten Handelns (11. Juli 2010) grundsätzlich auf einer gesetzlichen Basis.

**4.6.4** Generell steht der Behörde bei der Klassifizierung ein Ermessensspielraum zu. Mit Adjektiven wie „schwer“ oder „bedeutend“ brachte der Gesetzgeber jedoch bereits in der Verordnung vom 10. Dezember 1990 zum Ausdruck, dass ein grosser Teil der staatlichen Tätigkeit nicht dem besonderen rechtlichen Schutz einer Klassifizierung unterstehen sollte. Die Nachfolgeverordnung vom 4. Juli 2007 (ISchV) wurde nach Inkrafttreten des BGÖ und somit unter der Geltung des Öffentlichkeitsprinzips erlassen. Damit ist gesagt, dass Klassifizierungen gemäss ISchV nur in umschriebenen Ausnahmefällen zulässig sind. Im

konkreten Fall ist evident, dass mit dem Inhalt des „vertraulichen“ Dokuments – im Lichte der Verordnung vom 10. Dezember 1990 gesehen – weder die Beziehungen der Schweiz zum Ausland noch die innere und äussere Sicherheit des Landes auch nur ansatzweise tangiert waren. Ebenso liegen keine Anhaltspunkte vor, wonach die Stellungnahme der fedpol an den Vorsteher des EJPD zu einem Medienbericht die Regierungstätigkeit oder staatliche Massnahmen schwer beeinträchtigen könnte. Bedeutende Fabrikations- oder Geschäftsgeheimnisse und die Sicherheit von Infrastrukturen waren nicht berührt und eine Strafverfolgung konnte mit der öffentlichen Kenntnisnahme des Inhalts des „vertraulichen“ Dokuments nicht vereitelt werden. Aber auch wenn man nicht die rechtliche Lage zum Zeitpunkt der Klassifizierung sondern jene zum Zeitpunkt der Veröffentlichung des klassifizierten Dokuments berücksichtigt, lassen sich keinerlei Anhaltspunkte dafür finden, dass die Kenntnisnahme des klassifizierten Dokuments durch Unberechtigte den Landesinteressen Schaden zufügen könnte. Zum gleichen Schluss führt die Aussage des von der Bundesanwaltschaft als Auskunftsperson befragten damaligen Generalsekretärs des EJPD, E.: „So brisant ist dieses Dokument auch nicht. Es ist vertraulich und verdiente deshalb eine spezielle Behandlung. Nicht aber vom Inhalt her“. Diese Aussage ist trotz fehlender Konfrontation mit dem Beschuldigten beweistauglich, da sie für ihn nicht belastend ist.

Daraus folgt, dass in concreto das Dokument der fedpol trotz Fehlens der gesetzlichen Voraussetzungen als „vertraulich“ klassifiziert worden ist und dass es auch im Zeitpunkt seiner Veröffentlichung durch den Beschuldigten nicht als „vertraulich“ hätte klassifiziert werden dürfen. Die fedpol handelte nicht „im Rahmen ihrer Befugnis“, wie dies Art. 293 StGB als Tatbestandsmerkmal voraussetzt. Das Dokument ist mangels gesetzlicher Grundlage im Sinne der Rechtsprechung des EGMR (E. 4.5) als nicht klassifiziert zu betrachten. Auch wenn bei seiner Errichtung das Prinzip der Geheimhaltung galt, bildet ein nicht klassifiziertes Dokument nicht Tatobjekt von Art. 293 StGB. Damit braucht nicht weiter geprüft zu werden, ob die fedpol mit ihrer Klassifizierung legitime Ziele im Sinne von §§ 51 ff. des Strassburger Entscheids verfolgte oder ob die Klassifizierung einer Notwendigkeit in einer demokratischen Gesellschaft gemäss §§ 63 ff. [des genannten Ent-

scheids] des Europäischen Gerichtshofs entsprochen hat, wobei Letzteres weder nahe liegend ist, noch behauptet wurde.

4.7 Nachdem die Klassifizierung zu Unrecht erfolgte und kein von einer Behörde im Rahmen ihrer Befugnis als geheim erklärtes Dokument vorliegt, kann unter Hinweis auf das in E. 4.5 Gesagte offen bleiben, ob die Klassifizierung als solche als Tatbestandselement von Art. 293 StGB ausreichend sei oder ob dem klassifizierten Dokument auch ein materielles Geheimnis zugrunde liegen müsse. Der Tatbestand von Art. 293 StGB ist in objektiver Hinsicht nicht erfüllt. Der Beschuldigte ist freizusprechen.

## TPF 2011 146

32. Auszug aus dem Beschluss der I. Beschwerdekammer in Sachen A. gegen Bundesanwaltschaft vom 23. August 2011 (BB.2011.32)

*Einstellung des Verfahrens; Aufhebung der Beschlagnahme.*

**Art. 320 Abs. 2 StPO**

Stellt die Staatsanwaltschaft ein Verfahren ein und kommt keine Einziehung beschlagnahmter Gegenstände in Frage, so sind diese grundsätzlich spätestens mit der Einstellung freizugeben. Beabsichtigt sie, beschlagnahmte Waffen der nach Waffenrecht zur Beschlagnahme bzw. zur Einziehung zuständigen Behörde zu übergeben, so hat sie vor Einstellung ihres eigenen Verfahrens eine Meldung nach Art. 30b des Waffengesetzes vorzunehmen. Im Falle der bloss faktischen Übergabe der Waffen an die andere Behörde nach bereits erfolgter Einstellung fehlt es zwischenzeitlich an einem rechtsgenügenden Titel zur Aufrechterhaltung der Beschlagnahme (E. 2).

*Classement de la procédure; levée de la saisie.*

**Art. 320 al. 2 CPP**

Lorsque le Ministère public classe une procédure et s'il n'y a pas lieu à confiscation des objets saisis, ces derniers doivent en principe être libérés au plus tard au moment du classement. Si le Ministère public envisage de remettre des armes saisies à l'autorité compétente pour la saisie, respectivement la confiscation selon le droit des armes, il doit procéder à une annonce au sens de l'art. 30b de la loi sur les armes avant le classement de sa propre procédure. En cas de remise simplement factuelle des armes à l'autre autorité, un titre juridiquement valable permettant le maintien de la saisie fait dorénavant défaut (consid. 2).