Bundesgericht
Tribunal fédéral
Tribunale federale
Tribunal federal

{T 0/2}

6B 57/2015, 6B 81/2015

Urteil vom 27. Januar 2016

Strafrechtliche Abteilung

Besetzung
Bundesrichter Denys, Präsident,
Bundesrichterin Jacquemoud-Rossari,
Bundesrichter Oberholzer, Rüedi,
Bundesrichterin Jametti,
Gerichtsschreiber Moses.

Verfahrensbeteiligte
6B 57/2015
A.X._____,
vertreten durch Rechtsanwalt Lorenz Hirni,
Beschwerdeführer 1,

und

6B 81/2015
B.X._____,
vertreten durch Fürsprecher Thomas Wenger,
Beschwerdeführer 2,

gegen

Schweizerische Bundesanwaltschaft, Taubenstrasse 16, 3003 Bern,
Beschwerdegegnerin.

Gegenstand
Unterstützung einer kriminellen Organisation; Urkundenfälschung,

Beschwerden gegen das Urteil des Bundesstrafgerichts, Strafkammer, vom 2. Mai 2014.

Sachverhalt:

A.
Das Bundesstrafgericht erklärte B.X._____ und A.X._____ am 2. Mai 2014 der Unterstützung einer kriminellen Organisation und der (mehrfachen) Urkundenfälschung schuldig. Es bestrafte B.X._____ mit einer Freiheitsstrafe von 3 Jahren und 3 Monaten und A.X._____ mit einer bedingten Freiheitsstrafe von 2 Jahren.

B.
B.X._____ und A.X._____ führen je einzeln Beschwerde in Strafsachen. Sie beantragen, das Strafver-

fahren gegen sie sei einzustellen. Eventualiter seien sämtliche Beweismittel aus den Akten zu entfernen und sie seien von Schuld und Strafe freizusprechen. B.X._____ ersucht um unentgeltliche Rechtspflege und Verbeiständung.

C.
Die Bundesanwaltschaft beantragt, die Beschwerde sei abzuweisen, soweit darauf eingetreten werden könne. Das Bundesstrafgericht reichte eine Vernehmlassung ein. B.X._____ replizierte am 8. Juni 2015.

Erwägungen:

1.
Die Beschwerden richten sich gegen dasselbe Urteil und stimmen weitgehend überein. Die Verfahren sind daher zu vereinigen und die Beschwerden in einem einzigen Entscheid zu beurteilen (Art. 71 BGG i.V.m. Art. 24 Abs. 2 lit. b BZP; BGE 133 IV 215 E. 1).

2.

2.1. Die Bundesanwaltschaft eröffnete das Strafverfahren gegen die Beschwerdeführer aufgrund eines Berichtes des Dienstes für Analyse und Prävention des Bundesamtes für Polizei (DAP) vom 17. Dezember 2007. Sie ordnete ebenfalls die Überwachung des Fernmeldeverkehrs an. Die Beschwerdeführer rügen, der Bericht des DAP beruhe auf nicht genehmigten Überwachungen ausländischer Dienste oder auf anderen illegalen Beweiserhebungsmethoden. Daraus folge, dass das Strafverfahren gegen sie gar nicht hätte eröffnet werden dürfen, zumal dafür kein hinreichender Verdacht bestanden habe. Ebenso seien die Erkenntnisse aus der Telefonüberwachung unverwertbar. Eine unbewilligte ausländische Überwachung sei in unzulässiger Weise zur Anordnung weiterer Überwachungen verwendet worden. Die Beschwerdeführer bringen ausserdem vor, sie hätten versucht, die illegale Herkunft der im Bericht des DAP enthaltenen Informationen zu belegen. Der Nachrichtendienst des Bundes (NDB) sei aber nicht bereit gewesen, Fragen zu beantworten, und die Vorinstanz habe einen entsprechenden Beweisantrag abgelehnt.

2.2. Das Bundesstrafgericht erwägt im Wesentlichen, der Bericht des DAP habe den Charakter einer Strafanzeige. Es sei nicht seine Aufgabe, die nachrichtendienstliche Tätigkeit des Bundes auf ihre Rechtmässigkeit hin zu kontrollieren. Würde sich jedoch herausstellen, dass dem Bericht des DAP rechtswidrig erlangte Beweise zugrunde liegen, wären die auf den Anfangsverdacht aufbauenden Beweise unverwertbar. Dies betreffe insbesondere die von der Bundesanwaltschaft angeordneten Überwachungsmassnahmen, zumal im Bewilligungsverfahren der dringende Tatverdacht im Sinne des damaligen Art. 3 Abs. 1 lit. a des Bundesgesetzes vom 6. Oktober 2000 betreffend die Überwachung des Post- und Fernmeldeverkehrs (BÜPF; SR 780.1) mit den Informationen des DAP-Berichts dargetan worden sei.
Die Beschwerdeführer hätten im Vorverfahren bezweifelt, dass die im Bericht des DAP enthaltenen Informationen rechtmässig beschafft worden seien und die Offenlegung der Quellen verlangt. Der NDB habe daraufhin - als Nachfolger des DAP - versichert, dass diese Informationen von "europäischen Partnerdiensten des NDB" stammen würden und davon auszugehen sei, "dass die Informationsbeschaffung rechtsstaatlich korrekt und unter Achtung der Menschenrechte erfolgte". Der NDB habe aber abgelehnt, die Quellen offenzulegen, weil dies die Weiterführung der Kooperation mit ausländischen Diensten gefährden würde.
Bei einem amtlichen Bericht des Inlands sei ohne Weiteres zu vermuten, dass die darin enthaltenen Informationen rechtmässig beschafft worden seien. Es würden keine Indizien dafür bestehen, dass der DAP nicht rechtmässig in den Besitz seiner Informationen gekommen sei. In den rechtshilfeweise beigezogenen ausländischen Akten seien weder konkrete Hinweise darauf zu finden, dass Beweisabnahmen unrechtmässig erfolgt sein sollen, noch dass Beweise in der Schweiz oder im Ausland als unrechtmässig erhoben gerügt worden wären. Unter diesen Umständen würde dem Strafverfahren die gesetzliche Grundlage nur dann fehlen, wenn der DAP-Bericht denknotwendig auf Informationen beruht, welche auf illegale Weise beschafft worden sind. Dies sei nicht der Fall. Dem Einwand des Beschwerdeführers, der im Bericht des DAP beschriebene Informationsaustausch habe nur via Telefon, Internet oder E-Mail erfolgen können, sei nicht beizupflichten. Auch persönliche Überwachungen oder Offenlegung von Doppelagenten ausländischer Dienste könnten dies erschlossen haben.

Selbst wenn diese sich elektronischer Überwachung bedient haben sollten, müsse es nicht zwingend an einer nach dortigem Recht legalen Grundlage gefehlt haben. Auch das Argument, ausländische Dienste hätten in der Schweiz operiert, sei aufgrund der Mossad-Affäre nicht ohne Beispiel, aber keineswegs denknotwendige oder nur wahrscheinliche Tatsache (Urteil, S. 15 ff., insbesondere S. 18).

3.

3.1. Nach dem bis zum 31. Dezember 2010 geltenden Art. 101 Abs. 1 des Bundesgesetzes vom 15. Juni 1934 über die Bundesstrafrechtspflege (BstP; AS 2001 3308, 3311) ordnete der Bundesanwalt bei hinreichendem Verdacht strafbarer Handlungen, die der Bundesgerichtsbarkeit unterstanden, die Eröffnung des Ermittlungsverfahrens an. Die Bundeskriminalpolizei übermittelte am 17. Dezember 2007 der Bundesanwaltschaft den Bericht des DAP selben Datums. Dieser enthält ausreichende Hinweise auf ein strafbares Verhalten des Beschwerdeführers 2, weshalb die Bundesanwaltschaft ein Verfahren eröffnen musste. Ob der Bericht des DAP als Beweis verwertbar ist, betrifft nicht die Eröffnung des Strafverfahrens.

3.2.

3.2.1. Der Präsident der I. Beschwerdekammer des Bundesstrafgerichts bewilligte am 21. Dezember 2007 die von der Bundesanwaltschaft angeordnete Überwachung des Fernmeldeverkehrs des Beschwerdeführers 2, welche in der Folge auf den Beschwerdeführer 1 ausgedehnt wurde. Die Überwachung wurde den Beschwerdeführern im Jahr 2009 mitgeteilt (Urteil, S. 19). Eine Beschwerde im Sinne von Art. 10 Abs. 5 lit. a BÜPF (in der bis zum 31. Dezember 2010 geltenden Fassung) unterblieb. Das Bundesgericht ist verschiedentlich auf Beschwerdeentscheide nach aArt. 10 Abs. 5 BÜPF nicht eingetreten, mit der Begründung, dass die Frage der Rechtswidrigkeit der Überwachung noch vor dem Sachrichter geltend gemacht werden könne und daher ein nicht wieder gutzumachender Nachteil im Sinne von Art. 93 Abs. 1 lit. a BGG nicht vorliege (Urteile 6S.488/2004 vom 12. Mai 2005 E. 2.2.3; 1B 101/2010 vom 13. April 2010 E. 2; 1B 194/2008 vom 2. September 2009 E. 1.2). In BGE 140 IV 40 E. 1.1 trat das Bundesgericht auf eine solche Beschwerde ein, zumal es nicht möglich sei, die entsprechenden Fragen vor dem Sachrichter nochmals aufzuwerfen. In BGE 141 IV 284 präzisierte das Bundesgericht seine Rechtsprechung. Es hielt fest, dass der alleinige Umstand, dass ein Beweismittel, dessen Verwertbarkeit der Beschwerdeführer bestreitet, in den Akten bleibt, grundsätzlich keinen Nachteil rechtlicher Natur darstellt, da der Beschwerdeführer seinen Einwand bis zum Abschluss des Strafverfahrens erneut vorbringen kann. Er kann die Frage der Verwertbarkeit des Beweismittels namentlich dem Sachrichter unterbreiten (Art. 339 Abs. 2 lit. d StPO). Von diesem kann erwartet werden, dass er in der Lage ist, die unzulässigen Beweise von den zulässigen zu unterscheiden, und sich bei der Würdigung ausschliesslich auf Letztere stützt. Der Betroffene kann das Urteil des Sachrichters in der Folge mit Berufung anfechten (Art. 398 StPO) und die Angelegenheit schliesslich an das Bundesgericht weiterziehen. Von dieser Regel bestehen jedoch Ausnahmen. Eine solche liegt insbesondere vor, wenn das Gesetz ausdrücklich die sofortige Rückgabe aus den Akten bzw. Vernichtung rechtswidriger Beweise vorsieht (vgl. z.B. Art. 248, 271 Abs. 3, 277 und 289 Abs. 6 StPO). Ebenso verhält es sich, wenn aufgrund des Gesetzes oder der Umstände des Einzelfalles die Rechtswidrigkeit des Beweismittels ohne Weiteres feststeht. Derartige Umstände können nur angenommen werden, wenn der Betroffene ein besonders gewichtiges rechtlich geschütztes Interesse an der unverzüglichen Feststellung der Unverwertbarkeit des Beweises geltend macht. Nach Art. 42 Abs. 2 BGG muss der Beschwerdeführer die Tatsachen darlegen, aus denen sich seine Beschwerdeberechtigung und der nicht wieder gutzumachende Nachteil ergeben sollen, sofern dies nicht offensichtlich ist (E. 2.2 und 2.3 mit Hinweisen). Ob dieser Entscheid vorliegend von Bedeutung ist, kann offenbleiben. Nach der zum Zeitpunkt der Mitteilung der Überwachung herrschenden Rechtsprechung hatte der Beschwerdeführer keinen Anlass, von der in aArt. 10 Abs. 5 lit. a BÜPF vorgesehenen Beschwerdemöglichkeit Gebrauch zu machen. Der Beschwerdeführer durfte daher auch im Hauptverfahren und in der Folge vor Bundesgericht geltend machen, die Überwachung des Fernmeldeverkehrs sei zu Unrecht bewilligt worden.

3.2.2. Sowohl nach aArt. 3 Abs. 1 lit. a i.V.m. Abs. 2 und 3 BÜPF als auch nach Art. 269 Abs. 1 lit. a i.V.m. Abs. 2 StPO kann eine Überwachung des Fernmeldeverkehrs nur dann angeordnet werden, wenn der dringende Verdacht besteht, eine in der Bestimmung genannte Straftat (Katalogtat) sei begangen worden. Die Überwa-

chungsanordnung bedarf der richterlichen Genehmigung (aArt. 7 BÜPF; Art. 272 Abs. 1 StPO). Ergebnisse nicht genehmigter Überwachungen sind nicht verwertbar (aArt. 7 Abs. 4 BÜPF; Art. 277 Abs. 2 StPO).
Die Bundesanwaltschaft war wie dargelegt verpflichtet, aufgrund des DAP-Berichts ein Strafverfahren gegen die Beschwerdeführer zu eröffnen. Der sich aus diesem Bericht ergebende Tatverdacht bezieht sich auf eine in aArt. 3 Abs. 2 lit. a BÜPF erwähnte Katalogtat, weshalb die Überwachung des Fernmeldeverkehrs grundsätzlich zulässig war. Art. 7 Abs. 1 des Bundesgesetzes vom 3. Oktober 2008 über die Zuständigkeiten im Bereich des zivilen Nachrichtendienstes (ZNDG; SR 121) ermächtigt den Bundesrat, den Quellenschutz entsprechend den Schutzbedürfnissen der verschiedenen Quellen zu regeln. Nach Art. 29 der Verordnung vom 4. Dezember 2009 über den Nachrichtendienst des Bundes (V-NDB; SR 121.1) schützt der NDB seine nachrichtendienstliche Informationsquellen. Er führt dabei im Einzelfall eine Abwägung zwischen den Interessen der zu schützenden Quellen und denjenigen der informationsersuchenden Stelle durch (Abs. 1). Bei dieser Einzelfallabwägung ist die Identität ausländischer Sicherheitsorgane geheim zu halten, ausser wenn das ausländische Sicherheitsorgan der Weitergabe zustimmt oder diese die Weiterführung der Zusammenarbeit mit dem ausländischen Sicherheitsorgan nicht gefährdet (Abs. 3). Die Einsichtsrechte der Aufsichtsbehörden des
NDB bleiben gewahrt (Abs. 5). Gestützt auf diese Bestimmungen durfte der NDB Erklärungen zur Herkunft seiner Informationen verweigern und die Vorinstanz sah zu Recht davon ab, in diesem Zusammenhang weitere Beweise abzunehmen. Der DAP bzw. der NDB untersteht sowohl einer parlamentarischen Kontrolle als auch einer Verwaltungskontrolle, welche die Tätigkeit der Nachrichtendienste unter anderem auf Rechtmässigkeit überprüfen (Art. 25 des Bundesgesetzes vom 21. März 1997 über Massnahmen zur Wahrung der inneren Sicherheit [BWIS; SR 120]i.V.m. Art. 26 des Bundesgesetzes vom 13. Dezember 2002 über die Bundesversammlung [ParlG; SR 171.10]und Art. 26 BWIS). Die Vorinstanz durfte daher davon ausgehen, dass die in einem Bericht des DAP bzw. des NDB enthaltenen Informationen legaler Herkunft sind. Es bestehen vorliegend auch keine konkreten Hinweise auf eine unrechtmässige Beschaffung, weshalb die Überwachung des Fernmeldeverkehrs zu Recht bewilligt wurde. Die dadurch erlangten Erkenntnisse sind verwertbar.

4.
Die Beschwerdeführer rügen, ihnen sei nie die Gelegenheit eingeräumt worden, den Zeugen Fragen zu stellen. Die Einvernahmeprotokolle seien daher unverwertbar. Das Bundesstrafgericht erwägt diesbezüglich, dass die Einvernahmen von Zeugen und Auskunftspersonen nicht das einzige bzw. ausschlaggebende Beweismittel seien. Vielmehr würden die Erkenntnisse aus geheimen Überwachungsmassnahmen die hauptsächliche Grundlage für den Schuldspruch darstellen. Die gestützt auf diese Erkenntnisse erfolgten Einvernahmen seien beim Schuldspruch, wenn überhaupt, nur von untergeordneter Bedeutung und würden nicht das ausschlaggebende Beweismittel darstellen. Es könne daher auf sämtliche Einvernahmen abgestellt werden, unabhängig davon, ob die Beschwerdeführer oder ihre Verteidiger daran teilnehmen konnten oder nicht (Urteil, S. 20 ff.). Die Beschwerdeführer legen nicht dar, inwiefern sich welche Zeugenaussagen konkret zu ihren Ungunsten ausgewirkt haben sollen. Die Beschwerden enthalten diesbezüglich keine den Anforderungen von Art. 42 Abs. 2 BGG genügende Begründung. Darauf ist nicht einzutreten.

5.

5.1. Der Beschwerdeführer 2 kritisiert die Strafzumessung. Die Vorinstanz gehe zu Unrecht von hartnäckigem Bestreiten sowie fehlender Reue und Einsicht aus. Dass er irgendetwas hartnäckig bestritten habe, sei aktenwidrig. Die Vorinstanz erwähne keine einzige Stelle, welche diesen Schluss zulassen würde. Es sei vielmehr so, dass er zu Beginn des Verfahrens gewisse Aussagen gemacht habe und danach weitere Aussagen verweigert habe. Dies könne nicht als hartnäckiges Bestreiten qualifiziert werden. Im Übrigen gebe es in seinen Erklärungen Passagen, in welchen er Reue gezeigt habe. So habe er im Zusammenhang mit den Urkundendelikten gesagt, dass er sich schäme. Die Strafe sei daher auf 36 Monaten zu reduzieren und teilweise bedingt aufzuschieben.

5.2. Gemäss Art. 47 Abs. 1 StGB misst das Gericht die Strafe nach dem Verschulden des Täters zu. Es berücksichtigt das Vorleben, die persönlichen Verhältnisse sowie die Wirkung der Strafe auf das Leben des Täters. Es liegt im Ermessen des Sachgerichts, in welchem Umfang es den verschiedenen Strafzumessungsfaktoren Rechnung trägt. Das Bundesgericht greift auf Beschwerde hin nur in die Strafzumessung ein, wenn die Vorinstanz den gesetzlichen Strafrahmen über- oder unterschritten hat, wenn sie von rechtlich nicht massgebenden

Kriterien ausgegangen ist oder wesentliche Gesichtspunkte ausser Acht gelassen bzw. in Überschreitung oder Missbrauch ihres Ermessens falsch gewichtet hat (BGE 136 IV 55 E. 5.6 mit Hinweis). Das Gericht erfüllt seine Begründungspflicht (Art. 50 StGB), wenn es die Überlegungen, die es bei der Bemessung der Strafe vorgenommen hat, in den Grundzügen wiedergibt (BGE 134 IV 17 E. 2.1).

Die Vorinstanz erwägt, dass - soweit der Beschwerdeführer 2 Aussagen machte - sich sein hartnäckiges Bestreiten erschwerend auswirke, da es auf fehlende Einsicht und Reue schliessen lasse. Ausserdem habe er in Bezug auf die Urkundendelikte gar sein Handeln gerechtfertigt, was diese Einschätzung untermauere (Urteil, S. 100 f.). Davon, dass die Vorinstanz das Schweigen des Beschwerdeführers 2 als hartnäckiges Schweigen qualifizierte, kann keine Rede sein. Der Beschwerdeführer stellt nicht in Abrede, dass er in Bezug auf die Urkundendelikte sein Handeln rechtfertigte. Genau und lediglich in diesem Zusammenhang sagte er, er schäme sich dafür. Die Vorinstanz überschreitet das ihr zustehende Ermessen nicht, wenn sie im Ergebnis annimmt, dem Beschwerdeführer 2 fehle Einsicht und Reue. Letzterer bringt auch keine weiteren Elemente vor, die geeignet wären, dies zu widerlegen. Die Strafzumessung ist nicht zu beanstanden. Bei einer Freiheitsstrafe von 3 Jahren und 3 Monaten ist ein teilbedingter Vollzug von vornherein ausgeschlossen (Art. 43 Abs. 1 StGB). Es erübrigt sich, auf diese Frage weiter einzugehen.

6.
Die Beschwerden sind abzuweisen, soweit darauf eingetreten werden kann. Die Anträge waren nicht von vornherein aussichtslos und die Bedürftigkeit des Beschwerdeführers 2 ist ausgewiesen. Dessen Antrag auf unentgeltliche Rechtspflege und Verbeiständung ist folglich gutzuheissen. Ihm sind keine Kosten aufzuerlegen und sein Vertreter ist aus der Bundesgerichtskasse angemessen zu entschädigen (Art. 64 Abs. 1 und 2 BGG). Der Beschwerdeführer 1 beantragt keine unentgeltliche Rechtspflege oder Verbeiständung. Ihm sind die Kosten des ihn betreffenden Verfahrens aufzuerlegen (Art. 66 Abs. 1 BGG).

Demnach erkennt das Bundesgericht:

1.
Die Verfahren 6B 57/2015 und 6B 81/2015 werden vereinigt.

2.
Die Beschwerden werden abgewiesen, soweit darauf einzutreten ist.

3.
Das Gesuch des Beschwerdeführers 2 um unentgeltliche Rechtspflege und Verbeiständung wird gutgeheissen.

4.
Dem Beschwerdeführer 1 werden Gerichtskosten von Fr. 2'000.– auferlegt.

5.
Der Vertreter des Beschwerdeführers 2, Fürsprecher Thomas Wenger, wird aus der Bundesgerichtskasse mit Fr. 3'000.– entschädigt.

6.
Dieses Urteil wird den Parteien und dem Bundesstrafgericht, Strafkammer, schriftlich mitgeteilt.

Lausanne, 27. Januar 2016

Im Namen der Strafrechtlichen Abteilung
des Schweizerischen Bundesgerichts

Der Präsident: Denys

Der Gerichtsschreiber: Moses