

# SZIER

Schweizerische Zeitschrift  
für internationales  
und europäisches Recht

# RSDIE

Revue suisse  
de droit international  
et européen

21. Jahrgang

3/2011

21<sup>e</sup> année

SZIER/RSDIE

## **Steuerrecht: Bundesgericht vs. EuGH?**

CHRISTA TOBLER

## **Die funktionale Immunität internationaler Organisationen und die Rechtsweggarantie**

ANNE PETERS

## **Note sur un problème particulier de «ratification imparfait»**

ROBERT KOLB

## **La divergence d'interprétation d'une convention de droit international privé constitue-t-elle une violation d'un traité?**

ANNE-SOPHIE PAPEIL

## **Praxisberichte/Chroniques**

**La pratique suisse relative aux droits de l'homme 2010** (HOTTELIER/MARTENET),  
**Rechtsprechung zum internationalen Schuld-, Gesellschafts- und Zwangsvoll-  
streckungsrecht** (SCHWANDER), **Chronique de droit pénal suisse/Schweizerische  
Praxis zum Strafrecht** (CASSANI/GLESS/POPP), **Wiener Kaufrecht** (BUNDESAMT FÜR JUSTIZ)

3/2011

Swiss Review  
of International  
and European Law

Schulthess §

Rivista svizzera  
di diritto internazionale  
e europeo

**SZIER – Schweizerische Zeitschrift für internationales und europäisches Recht**

**RSDIE – Revue suisse de droit international et européen**

**RSDIE – Rivista svizzera di diritto internazionale e europeo**

**SRIEL – Swiss Review of International and European Law**

[www.szier.ch](http://www.szier.ch)/[www.rsdie.ch](http://www.rsdie.ch)

**Herausgegeben von / Édité par:**

Schweizerische Vereinigung für internationales Recht (SVIR)

Website/Kontakt: [www.svir-ssdi.ch](http://www.svir-ssdi.ch)

Société suisse de droit international (SSDI)

site/contact: [www.svir-ssdi.ch](http://www.svir-ssdi.ch)

**Publiziert mit Unterstützung der Schweizerischen Akademie für Geisteswissenschaften**

**Publié avec le soutien de l'Académie suisse des sciences humaines et sociales**

**Redaktionskomitee / Comité de rédaction:**

Prof. Dr. Daniel Girsberger, Universität Luzern

(Vorsitz/Président; Internationales Privatrecht/Droit international privé)

Prof. Dr. Andreas Furrer, Universität Luzern (Internationales Privatrecht/Droit international privé)

Prof. Dr. Christine Kaddous, Université de Genève (Europarecht/Droit européen)

Prof. Dr. Robert Kolb, Universités de Neuchâtel, de Berne et de Genève

(Völkerrecht/Droit international public)

Prof. Dr. Christa Tobler, Universität Basel (Europarecht/Droit européen)

Prof. Dr. Ursula Cassani, Université de Genève (Strafrecht/Droit pénal)

Prof. Dr. Oliver Diggelmann, Universität Zürich (Völkerrecht/Droit international public)



**Managing Editor:**

Lic. iur. et phil. Lorenz Langer, M.Phil.

**Regelmässige Beiträge von / Collaborateurs:**

Dr. Jürg Borer, Prof. Dr. Andreas Bucher, Prof. Dr. Lucius Caflisch, Prof. Dr. Ursula Cassani

Prof. Dr. Christian Dominicé, Prof. Dr. Sabine Gless, Prof. Dr. Michel Hottelier

Prof. Dr. Christine Kaddous, Dr. Laurent Killias, Prof. Dr. François Knoepfler, Prof. Dr. Robert Kolb

Prof. Dr. Vincent Martenet, Dr. Thomas Mayer, Prof. Dr. Peter Popp, Prof. Dr. Robert Roth

Prof. Dr. Ivo Schwander, Dr. Philippe Schweizer, Prof. Dr. Christa Tobler, Dr. Matthias Oesch

**Adresse der Redaktion / Adresse de la rédaction:**

Lorenz Langer

Kirchweg 41, CH-8966 Oberwil-Lieli, Switzerland

Tel.: +41 (0)56 534 48 46

[Lorenz.Langer@szier.ch](mailto:Lorenz.Langer@szier.ch)

Manuskripte bitte an oben stehende Adresse senden oder per Mail übermitteln. Die Richtlinien für Autorinnen und Autoren sind unter [www.szier.ch](http://www.szier.ch) abrufbar.

Les manuscrits doivent être envoyés à l'adresse ci-dessus par courrier ou par mail. Les directives à l'intention des auteurs sont disponibles à l'adresse [www.rsdie.ch](http://www.rsdie.ch).

**Verlag und Abonnementsverwaltung /**

**Edition et administration**

Schulthess Juristische Medien AG, Zwingliplatz 2

Postfach, 8022 Zürich, Telefon: 044 200 29 19

Fax: 044 200 29 08

E-Mail: [zs.verlag@schulthess.com](mailto:zs.verlag@schulthess.com)

Internet: <http://www.schulthess.com>

Erscheint 4mal jährlich/Paraît 4 fois par an

Abonnementspreis/Prix de l'abonnement

CHF 250.–/EUR 179.–

Einzelnummer/Prix du numéro

CHF 71.–/EUR 50.70

ISSN 1019-0406

---

## Inhaltsübersicht/ Table des matières

### Aktuell/Actualité

CHRISTA TOBLER

Der Genfer Quellensteuerentscheid des Bundesgerichts – im Widerspruch zur Rechtsprechung des EuGH zum Freizügigkeitsabkommen..... 389

### Artikel/Article

ANNE PETERS

Die funktionale Immunität internationaler Organisationen und die Rechtsweggarantie..... 397

ROBERT KOLB

Note sur un problème particulier de «ratification imparfaite» (article 46 de la Convention de Vienne sur le droit des traités de 1969)..... 429

ANNE-SOPHIE PAPEIL

La divergence d'interprétation d'une convention de droit international privé constitue-t-elle une violation d'un traité? Le cas particulier de la Convention de Lugano..... 439

### Praxis/Chronique

MICHEL HOTTELIER & VINCENT MARTENET

La pratique suisse relative aux droits de l'homme 2010..... 455

IVO SCHWANDER

Rechtsprechung zum internationalen Schuld-, Gesellschafts- und Zwangsvollstreckungsrecht..... 495

URSULA CASSANI, SABINE GLESS & PETER POPP

Chronique de droit pénal suisse dans le domaine international (2010) Schweizerische Praxis zum Strafrecht im internationalen Umfeld (2010)... 513

BUNDESAMT FÜR JUSTIZ

Rechtsprechung zum Wiener Kaufrecht in der Schweiz..... 539

### Bibliographie

SIMON OTHENIN-GIRARD

Publications suisses en matière de droit international privé 2010 Schweizerische Publikationen zum internationalen Privatrecht 2010 ..... 569

---

## Chronique de droit pénal suisse dans le domaine international (2010)

### Schweizerische Praxis zum Strafrecht im internationalen Umfeld (2010)

par **Ursula Cassani**<sup>1</sup>, **Sabine Gless**<sup>2</sup> & **Peter Popp**<sup>3</sup>

#### Table des matières

- I. La coopération avec les juridictions pénales internationales
- II. Les instruments internationaux et bilatéraux en matière pénale et leur transposition en droit suisse (par Ursula Cassani)
  - A. La Convention du Conseil de l'Europe sur la cybercriminalité
  - B. La Convention du Conseil de l'Europe sur la lutte contre la traite des êtres humains
  - C. Les instruments bilatéraux
- III. Die Schweiz und Europäisches Strafrecht (von Sabine Gless)
  - A. Europäische Strafverfolgung – Prinzip der gegenseitigen Anerkennung
    - 1. Allgemein
    - 2. Instrumente auf der Grundlage gegenseitiger Anerkennung
    - 3. Kritik an europäischer Strafverfolgung
  - B. Bilaterale – die Schengen-Zusammenarbeit
    - 1. Allgemein
    - 2. Umbau des Schengener Informationssystems SIS?
    - 3. Anwendung des Schengen-Acquis in Liechtenstein
  - C. Perspektiven
- IV. Internationale Rechtshilfe in Strafsachen: Aus der Praxis des Bundesstrafgerichts (von Peter Popp)
  - A. Auslieferung
    - 1. Politische Verfolgung
    - 2. Auslieferungshaft
  - B. Übrige Rechtshilfe
    - 1. Gefährdung von Menschenrechten
    - 2. Voraussetzung der Strafbarkeit
    - 3. Rechtshilfe in Steuerstrafsachen
    - 4. Ne bis in idem
    - 5. Herausgabe von Vermögenswerten
    - 6. Beteiligung von Dritten an der Durchführung
  - C. Vollstreckungshilfe

<sup>1</sup> Professeure, Université de Genève, juge à la Cour d'appel du pouvoir judiciaire de Genève, avocate.

<sup>2</sup> Professorin, Universität Basel.

<sup>3</sup> Honorarprofessor der Universität Bern, Richter am Bundesstrafgericht.

- D. Rechtshilfeverfahren
  - 1. Anfechtbarkeit von Zwischenverfügungen
  - 2. Verhältnismässigkeit
  - 3. Legitimation
  - 4. Akteneinsicht
  - 5. Anspruch auf rechtliches Gehör
  - 6. Rechtsverweigerung

## I. La coopération avec les juridictions pénales internationales

Le seul développement majeur survenu dans le domaine de la coopération avec les juridictions internationales au cours de l'année qui fait l'objet de la présente chronique est l'adoption, le 18 juin 2010, de la loi fédérale portant modification de lois fédérales en vue de la mise en œuvre du Statut de Rome de la Cour pénale internationale, entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 2011.<sup>4</sup> Les modifications du droit suisse qui en découlent ont été commentées par Robert Roth dans ses contributions à nos précédentes chroniques, auxquelles nous nous permettons de renvoyer.<sup>5</sup>

## II. Les instruments internationaux et bilatéraux en matière pénale et leur transposition en droit suisse (par Ursula Cassani)

L'année 2010 a été marquée par la publication de deux Messages du Conseil fédéral en vue de la ratification de deux Conventions du Conseil de l'Europe, portant l'une sur la cybercriminalité et l'autre sur la traite des êtres humains, ainsi que par l'adoption de la loi sur la restitution des avoirs illicites (LRAI).<sup>6</sup> Même si cette dernière n'est pas issue du processus de transposition d'une convention internationale, le mécanisme de restitution d'avoirs détournés par des représentants de régimes politiques corrompus qu'elle instaure rejoint les préoccupations exprimées à l'art. 57 de la Convention sur la corruption des

<sup>4</sup> RO 2010 4963; FF 2008 3461.

<sup>5</sup> 20 RSDIE/SZIER (2010), 373 ss et 19 RSDIE/SZIER (2009), 47 ss. Voir également MARKUS HUSMANN, *Die neuen Bestimmungen in Art. 264k–n StGB zur Umsetzung allgemeiner Grundsätze des Römer Statuts*, Jusletter, 23 mai 2011.

<sup>6</sup> Loi fédérale du 1<sup>er</sup> octobre 2010 sur la restitution des valeurs patrimoniales d'origine illicite de personnes politiquement exposées (Loi sur la restitution des avoirs illicites, LRAI), RS 196.1. Message relatif à la loi fédérale sur la restitution des valeurs patrimoniales d'origine illicite de personnes politiquement exposées (Loi sur la restitution des avoirs illicites, LRAI), FF 2010 2995.

Nations Unies.<sup>7</sup> Nous ne reviendrons pas sur l'adoption de la LRAI, qui a fait l'objet d'une analyse détaillée dans un récent billet d'actualité.<sup>8</sup>

## A. La Convention du Conseil de l'Europe sur la cybercriminalité

Le 18 juin 2010, le Conseil fédéral a proposé aux Chambres fédérales un Message<sup>9</sup> en vue de la ratification de la Convention du Conseil de l'Europe sur la cybercriminalité,<sup>10</sup> conclue à Budapest le 23 novembre 2001. Le parlement a approuvée la Convention le 18 mars 2011 et a adopté les modifications législatives proposées.<sup>11</sup>

Conclue voici presque dix ans et déjà dépassée sur certains points par les nouvelles formes de la criminalité informatique, la Convention vise à harmoniser le droit pénal des Etats Parties par des exigences minimales en matière de définition des infractions dans le domaine. Par ailleurs, elle oblige les Etats à se doter d'instruments procéduraux permettant la conservation rapide, la perquisition et la saisie de données informatiques stockées et de données relatives au trafic, la collecte en temps réel de données informatiques, ainsi que l'interception de données relatives au contenu. Enfin, la Convention vise à rendre plus efficace la coopération internationale dans la lutte contre la cybercriminalité.

De manière regrettable, au regard du caractère typiquement transnational de la criminalité informatique, la Convention se révèle très conservatrice dans la définition de la compétence juridictionnelle. La seule compétence obligatoire en application de l'art. 22 est la territorialité, dont la portée n'est cependant nullement précisée. Or, il s'agit là d'un point crucial et particulièrement controversé en matière de cybercriminalité, qui mériterait une clarification. Pour le surplus, la Convention prévoit une compétence fondée sur le principe du pa-

<sup>7</sup> Convention des Nations Unies contre la corruption, 31 octobre 2003, 2349 RTNU 41/RS 0.311.56 (CNUCC), en vigueur pour la Suisse depuis le 24 octobre 2009.

<sup>8</sup> URSULA CASSANI, *Les avoirs mal acquis, avant et après la chute du «potentat»*, 20 SZIER/RSDIE (2010), 465 ss, 475 ss.

<sup>9</sup> Message relatif à l'approbation et à la mise en œuvre de la Convention du Conseil de l'Europe sur la cybercriminalité du 18 juin 2010, FF 2010 4275.

<sup>10</sup> STCE 185 (FF 2010 4325). Cet instrument est en vigueur, sur le plan international, depuis le 1<sup>er</sup> juillet 2004. Le Conseil fédéral a renoncé à proposer la ratification simultanée du Protocole additionnel à la Convention sur la cybercriminalité, relatif à l'incrimination d'actes de nature raciste et xénophobe commis par le biais de systèmes informatiques, du 28 janvier 2003 (STCE 189), en vigueur depuis le 1<sup>er</sup> mars 2006 et signé par la Suisse le 9 octobre 2003.

<sup>11</sup> Arrêté fédéral portant approbation et mise en œuvre de la Convention du Conseil de l'Europe sur la cybercriminalité du 18 mars 2011 (RS 311.0), FF 2011 2587. Le délai référendaire est venu à échéance le 7 juillet 2011, sans avoir été utilisé.

villon et celui de l'immatriculation, ainsi que sur la personnalité active. Ces compétences extraterritoriales peuvent toutefois être exclues par chaque Etat Partie, sous réserve de l'obligation d'appliquer le principe *aut dedere aut judicare* lorsqu'il refuse l'extradition d'un ressortissant en raison de sa nationalité.

L'arrêté de ratification prévoit une série de déclarations et réserves, qui ont pour but de préserver la définition des infractions selon le Code pénal suisse (CP), que cela soit en matière de cybercriminalité contre le patrimoine, de falsification informatique ou de pornographie enfantine. La seule infraction modifiée est l'art. 143<sup>bis</sup> CP, réprimant l'accès indu à un système informatique (« *hacking* » ou « piratage informatique »), dont la définition légale n'exigera plus dorénavant que l'auteur ait agi sans dessein d'enrichissement illégitime. Cet élément constitutif négatif était la conséquence d'une maladresse législative, enfin réparée, commise à l'occasion de la révision des infractions contre le patrimoine entrée en vigueur en 1995. Par ailleurs, la disposition se voit ajouter un nouvel alinéa visant celui qui met en circulation ou rend accessible un mot de passe, un programme ou toute donnée destinés à commettre du « *hacking* ».

Aucune modification du droit suisse n'est intervenue au regard de l'art. 12 de la Convention, qui a trait à la responsabilité de la personne morale. Le Message précise, à cet égard, que le régime de la responsabilité de l'entreprise instauré à l'art. 102 CP satisferait « largement » aux exigences découlant de la Convention.<sup>12</sup> Rien n'est moins sûr, car la Convention décrit, à son art. 12, le régime vicarial et parallèle qui tend à s'imposer sur le plan européen, alors que la responsabilité de l'entreprise pour les infractions informatiques est soumise en Suisse au régime ordinaire de l'art. 102 al. 1 CP. Il s'agit là d'une responsabilité *subsidaire* qui n'entre en considération que si la personne physique ayant commis l'infraction au sein de l'entreprise ne peut être identifiée suite à un défaut d'organisation de l'entreprise. Certes, l'art. 12 de la Convention n'exige pas que la responsabilité de la personne morale soit forcément pénale ; elle peut aussi être civile ou administrative. Cependant, l'art. 13 de la Convention exige que les sanctions soient « effectives, proportionnées et dissuasives » et qu'elles incluent la possibilité d'imposer des sanctions pécuniaires aux personnes morales.<sup>13</sup> Le régime subsidiaire découlant de l'art. 102 al. 1 CP ne paraît pas satisfaire à ces critères, nonobstant les arguments avancés dans le Message du Conseil fédéral.<sup>14</sup> Il en va de même des autres sanctions non pénales évoquées,

<sup>12</sup> Message, *supra* n. 9, FF 2010 4275, 4293.

<sup>13</sup> Rapport explicatif à la Convention sur la cybercriminalité (STE 185), § 126 et 129.

<sup>14</sup> Message, *supra* n. 9, FF 2010 4275, 4292. Citant deux auteurs de doctrine, le Message fait valoir qu'au regard de l'art. 102 al. 1 CP, la sanction infligée à l'entreprise ne fait pas obstacle à la punition de la personne physique, si elle est découverte après-coup.

dont la plupart ne constituent d'ailleurs pas des exemples pertinents en matière de cybercriminalité.<sup>15</sup> Il aurait été préférable, dans la perspective de la conformité aux obligations internationales, de soumettre la cybercriminalité au régime direct et parallèle de responsabilité décrit à l'art. 102 al. 2 CP, solution qui est d'ailleurs envisagée dans le Message.<sup>16</sup> Ce dernier régime est plus incisif, même s'il est également lacunaire aux yeux des experts internationaux, notamment en matière de corruption, du fait que l'entreprise échappe à la responsabilité si elle a pris les mesures de prévention exigibles d'elle.

L'approbation de la Convention n'entraîne aucune modification du Code de procédure pénale suisse entré en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 2011 (CPP),<sup>17</sup> car celui-ci permet déjà les mesures d'enquête exigées, notamment la surveillance des communications (art. 269–279 CPP). La Suisse se réserve le droit de limiter la collecte en temps réel de données informatiques aux crimes ou délits en vertu du Code pénal suisse (art. 273 CPP) et de soumettre l'exécution de toute commission rogatoire exigeant l'application d'une mesure coercitive à la condition de double incrimination. Dans le domaine de l'entraide judiciaire, la mise en œuvre de la Convention entraîne néanmoins une innovation importante, destinée à tenir compte du caractère éphémère des données informatiques. Désormais, la transmission à l'étranger de données relatives au trafic informatique sera possible, en vertu de l'art. 18b EIMP,<sup>18</sup> avant la clôture de la procédure d'entraide. Les données relatives au trafic ne concernent pas le contenu du message mais l'expéditeur et le destinataire, la date, la durée, la taille et l'itinéraire de la communication («Randdaten») ; elles ne pourront, par ailleurs, pas être utilisées comme preuves avant que la décision sur l'octroi et l'étendue de l'entraide n'ait acquis force de chose jugée (art. 18b al. 2 EIMP). Cette possibilité de transmission anticipée des données est justifiée au regard du fait que la procédure normale aurait pour conséquence la transmission d'informations inexploitable, car obsolètes, et qu'elle laisserait à la personne concernée la possibilité de détruire les moyens de preuve.<sup>19</sup>

<sup>15</sup> Message, *supra* n. 9, FF 2010 4275, 4292 s.

<sup>16</sup> Message, *supra* n. 9, FF 2010 4275, 4293.

<sup>17</sup> RS 312.0.

<sup>18</sup> Loi fédérale du 20 mars 1981 sur l'entraide internationale en matière pénale (EIMP), RS 351.1.

<sup>19</sup> Message, *supra* n. 9, FF 2010 4275, 4310.



## B. La Convention du Conseil de l'Europe sur la lutte contre la traite des êtres humains

Par un Message du 17 novembre 2010,<sup>20</sup> le Conseil fédéral a proposé aux Chambres fédérales la ratification de la Convention du Conseil de l'Europe sur la lutte contre la traite des êtres humains conclue à Varsovie le 16 mai 2005,<sup>21</sup> ainsi que l'adoption d'une loi sur la protection extraprocédurale des témoins.<sup>22</sup>

La Convention du Conseil de l'Europe est plus large que le Protocole additionnel de l'ONU visant à prévenir et à réprimer la traite des personnes,<sup>23</sup> déjà ratifié par la Suisse, dans le sens qu'elle ne se limite pas au crime organisé transfrontière, mais vise toutes les formes de traite des êtres humains. Elle est, par ailleurs, plus contraignante sous l'angle des exigences en matière de protection des victimes et des témoins. Enfin, les art. 36 à 38 de la Convention instaurent un *mécanisme de suivi* garantissant la mise en œuvre de ses exigences, par un groupe d'experts formé de représentants des Etats Parties (GRETA) et chargé de procéder à des évaluations mutuelles des législations nationales.

Selon le Message, la ratification de la Convention ne nécessite pas de révision du droit pénal de fond ; en particulier, la définition légale de la traite des êtres humains, déjà modifiée en vue de la ratification du Protocole additionnel de l'ONU (art. 182 CP), est suffisante.<sup>24</sup>

A l'instar du point de vue soutenu dans le cadre de la ratification de la Convention sur la cybercriminalité, le Message précise que le régime de la *responsabilité de l'entreprise* instauré à l'art. 102 CP satisferait aux exigences découlant de la Convention sur la traite des être humains.<sup>25</sup> Ici encore, la conclusion est peu convaincante. En effet, l'art. 22 de cette Convention adhère au même régime vicarial et parallèle que la Convention sur la cybercriminalité, alors qu'en droit suisse, la traite des êtres humains et les autres infractions en vertu de la Convention sont soumises à la responsabilité *subsidaire* de l'art. 102 al. 1 CP. L'art. 22 § 4 de la Convention précise que la responsabilité des personnes morales n'exclut pas la responsabilité des personnes physiques ; en vertu de

<sup>20</sup> Message concernant l'approbation et la mise en œuvre de la Convention du Conseil de l'Europe sur la lutte contre la traite des êtres humains et la loi sur la protection extraprocédurale des témoins, du 17 novembre 2010, FF 2011 1, à l'appui du projet d'arrêté fédéral portant approbation et mise en œuvre de la Convention du Conseil de l'Europe sur la lutte contre la traite des êtres humains (10.097), FF 2011 97.

<sup>21</sup> STCE 197, entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> février 2008, texte de la Convention publié dans la FF 2011 115.

<sup>22</sup> Loi fédérale sur la protection extraprocédurale des témoins (Ltém) (Projet), FF 2011 99.

<sup>23</sup> RS 0.311.542

<sup>24</sup> Message, *supra* n. 20, FF 2011 1, 14.

<sup>25</sup> Message, *supra* n. 20, FF 2011 1, 33 s.

l'art. 23 § 2, les sanctions doivent être « effectives, proportionnées et dissuasives » et inclure la possibilité d'imposer des sanctions pécuniaires aux personnes morales.<sup>26</sup> Le Message du Conseil fédéral a recours, en substance, à l'argumentaire déjà invoqué à propos de l'art. 12 de la Convention sur la cybercriminalité pour défendre la solution suisse. Il souligne notamment qu'au regard de l'art. 102 al. 1 CP, la sanction infligée à l'entreprise ne fait pas obstacle à la punition de la personne physique, si elle est découverte après-coup.<sup>27</sup> Cette interprétation n'est manifestement pas conforme à celle qui prévaut aux yeux des auteurs du Rapport explicatif du Conseil de l'Europe. Ces derniers se réfèrent à un cumul de responsabilité et précisent : « Dans un cas concret, la responsabilité peut être établie en même temps à plusieurs niveaux, par exemple la responsabilité d'un organe, à distinguer de la responsabilité de la personne morale dans son ensemble et de la responsabilité individuelle qui peut se combiner avec l'une ou l'autre ». <sup>28</sup> Ici encore, la solution minimale consisterait à soumettre les infractions en vertu de la Convention au régime direct et parallèle en vertu de l'art. 102 al. 2 CP.

Sur un point, cependant, le Conseil fédéral propose de modifier le droit suisse : il s'agit de la *protection des témoins et victimes de traite* contre les menaces et les représailles, voire contre les atteintes à leur intégrité physique. Pour satisfaire aux exigences découlant de la Convention dans ce domaine, le Conseil fédéral propose un projet de *loi sur la protection extraprocédurale des témoins* (P-Ltém), instaurant des mécanismes qui viendront s'ajouter aux mesures protégeant l'anonymat de témoins potentiellement menacés dans le cadre de la procédure pénale. Conformément à l'art. 1<sup>er</sup> P-Ltém, cette loi a pour objet « la mise en œuvre de programmes de protection des témoins pour les personnes qui sont menacées en raison de leur collaboration dans le cadre d'une procédure pénale », ainsi que la mise en place d'un Service de protection des témoins de la Confédération.

Le programme de protection est fixé par le Service de protection des témoins, à la demande de la direction de la procédure compétente (art. 6 P-Ltém), pour les témoins menacés et leurs proches (art. 4 lit. a P-Ltém), dans le but de soutenir la poursuite pénale en préservant la capacité et la volonté de déposer (art. 4 lit. b P-Ltém). Il inclut des mesures telles que le logement en lieu sûr, le changement du lieu de travail et de domicile, le blocage de la communication de données, la constitution d'une nouvelle identité provisoire et le soutien fi-

<sup>26</sup> Rapport explicatif à la Convention sur la lutte contre la traite des êtres humains (STCE 197), § 253.

<sup>27</sup> Message, *supra* n. 20, FF 2011 I, 33 s.

<sup>28</sup> Rapport explicatif à la Convention sur la lutte contre la traite des êtres humains (STCE 197), § 251.

nancier (art. 5 P-Ltém). Le programme est maintenu en principe tant que la menace persiste et peut, si la personne concernée y consent, se poursuivre au-delà de la clôture de la procédure pénale (art. 12 P-Ltém).

En vertu de l'art. 28 P-Ltém, l'Office fédéral de la police «peut transférer une personne à protéger vers l'étranger ou prendre en charge une personne à protéger». Vu l'exiguïté du territoire suisse, la protection du témoin par son déplacement vers un lieu où il ne sera pas reconnu peut effectivement justifier le recours à la coopération internationale. Par ailleurs, le Message du Conseil fédéral envisage également la conclusion d'accords de relocalisation en Suisse de témoins à la demande des juridictions pénales internationales.<sup>29</sup>

Lors de sa séance du 7 juin 2011, le Conseil des Etats, saisi en premier, a approuvé l'arrêté fédéral portant approbation et mise en œuvre de la Convention à l'unanimité, avec une seule retouche formelle.

### C. Les instruments bilatéraux

L'accord entre la Suisse et la Serbie sur la coopération policière en matière de lutte contre la criminalité,<sup>30</sup> déjà évoqué dans notre chronique de l'année 2009,<sup>31</sup> a été approuvé par les Chambres fédérales le 1<sup>er</sup> octobre 2010<sup>32</sup> et est entré en vigueur le 7 février 2011.

La Suisse a poursuivi sa politique d'extension de la coopération judiciaire vers les pays situés en dehors de l'Europe, en concluant un Traité d'entraide avec l'Argentine,<sup>33</sup> dont la ratification a été proposée aux Chambres fédérales le 10 décembre 2010.<sup>34</sup> Par ailleurs, le Conseil fédéral a approuvé un Traité d'entraide judiciaire avec la Colombie le 22 décembre 2010 et une Convention de transfèrement avec le Pérou le 13 octobre 2010. Les négociations d'une Convention de transfèrement avec le Kosovo ont été conclues en octobre 2010.

<sup>29</sup> Message, *supra* n. 20, FF 2011 1, 60.

<sup>30</sup> Accord du 30 juin 2009 entre la Confédération suisse et la République de Serbie sur la coopération policière en matière de lutte contre la criminalité, FF 2009 5529, RS 0.360.682.1; Message portant approbation de l'Accord entre la Suisse et la Serbie sur la coopération policière en matière de lutte contre la criminalité, du 2 septembre 2009, FF 2009 5513.

<sup>31</sup> 20 SZIER/RSDIE (2010), 373, 377.

<sup>32</sup> Arrêté fédéral portant approbation de l'Accord entre la Suisse et la Serbie sur la coopération policière en matière de lutte contre la criminalité, du 1<sup>er</sup> octobre 2010, FF 2010 6029.

<sup>33</sup> Traité d'entraide judiciaire en matière pénale entre la Confédération suisse et la République argentine conclu le 10 novembre 2009, FF 2011 583.

<sup>34</sup> Message concernant le traité d'entraide judiciaire en matière pénale entre la Suisse et l'Argentine du 10 décembre 2010 (10.112), FF 2011 559.

### III. Die Schweiz und Europäisches Strafrecht (von Sabine Gless)

Der Berichtszeitraum 2010 ist für das Europäische Strafrecht im Wesentlichen eine Zeit der Konsolidierung, nach Inkrafttreten des Vertrags von Lissabon am 1. Dezember 2009.<sup>35</sup> Für die Schengen-Zusammenarbeit stehen – etwa durch die Aufnahme von Liechtenstein – einige wenige praktische Veränderungen an.

#### A. Europäische Strafverfolgung – Prinzip der gegenseitigen Anerkennung

##### 1. Allgemein

Ganz oben auf der EU-Agenda<sup>36</sup> steht jetzt der konsequente Umbau der zwischenstaatlichen Zusammenarbeit nach dem Prinzip der «gegenseitigen Anerkennung»<sup>37</sup> und die damit verbundene Etablierung eines gemeinsamen Raums der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts. Das Prinzip gegenseitiger Anerkennung zielt auf eine fast automatisierte Anerkennung einer Entscheidung justizieller Organe anderer EU-Staaten und ersetzt das traditionelle Rechtshilfeinstrumentarium (siehe unten B.).<sup>38</sup>

Für die Schweiz sind diese Instrumente insofern von Belang, als sie einerseits das Umfeld eigener Rechtshilfe in fast allen benachbarten Staaten (mit Ausnahme von Liechtenstein) grundlegend verändern, und andererseits bei einer Übernahme der einschlägigen Rechtsakte in den Schengen-Acquis auch für die Schweiz verbindlich würden.<sup>39</sup>

<sup>35</sup> Dazu: URSULA CASSANI/SABINE GLESS/PETER POPP/ROBERT ROTH, *Schweizerische Praxis zum Strafrecht im internationalen Umfeld, Die Schweiz und Europäisches Strafrecht*, 20 SZIER (2010), S. 373 ff.

<sup>36</sup> Gipfel von Tampere im Jahr 1999 (vgl. ABl. EU C 12 vom 15. Januar 2001); Haager Programm von 2000 ABl. EU C 53 vom 3. März 2005; vgl. auch das Massnahmenprogramm zur Umsetzung ABl. EU C 12 vom 15. Januar 2001.

<sup>37</sup> Ausführlich dazu: BERND HECKER, *Europäisches Strafrecht*, 3. Aufl., Heidelberg 2010, § 12 Rn. 50 ff.; KATALIN LIGETI, *Strafrecht und strafrechtliche Zusammenarbeit in der Europäischen Union*, Berlin 2005, S. 115 ff.

<sup>38</sup> Zum Prinzip der gegenseitigen Anerkennung vgl. etwa: HELMUT SATZGER, *Internationales und Europäisches Strafrecht*, § 10 Rn. 24 ff.

<sup>39</sup> Vgl. URSULA CASSANI/SABINE GLESS/PETER POPP/ROBERT ROTH, *Schweizerisches Internationales Strafrecht und Rechtshilfe in Strafsachen, Die Schweiz und Europäisches Strafrecht*, 19 SZIER/RSDIE (2009), S. 66.

## 2. Instrumente auf der Grundlage gegenseitiger Anerkennung

Die EU-Mitgliedstaaten sind in der Zwischenzeit durch fast ein Dutzend Rahmenbeschlüsse zu einer innerstaatlichen Gesetzgebung verpflichtet, die den Grundsatz gegenseitiger Anerkennung von Justizentscheidungen umsetzt:

Der bekannteste ist sicherlich der Rahmenbeschluss 2002/584/JI vom 13.6.2002 über den Europäischen Haftbefehl und die Übergabeverfahren (*RB-EUHb*).<sup>40</sup> Dieses neue Instrument zeigt nicht nur, wie schnell traditionelle Rechtshilfe durch eine neue Form der Zusammenarbeit verdrängt werden kann, sondern auch, welche Bedeutung einer justiziellen Kontrolle durch den EuGH für eine einheitliche Anwendung von EU-Recht zukommt.<sup>41</sup> Auch der Rahmenbeschluss 2005/214/JI über die gegenseitige Anerkennung von Geldstrafen und Geldbussen vom 24.2.2005 (*RB-Geldstrafen*)<sup>42</sup> dürfte in der Zukunft grosse praktische Relevanz erlangen.<sup>43</sup> Beide gehören nicht zum Schengen-Acquis und es ist auch keine Übernahme vorgesehen. Die Schweiz lehnt eine solche ab,<sup>44</sup> während Island und Norwegen mit einem nordischen Haftbefehl ein entsprechendes Instrument geschaffen haben.<sup>45</sup>

Weniger bekannt und genutzt ist der Rahmenbeschluss 2003/577/JI vom 22.7.2003 über die Vollstreckung von Entscheidungen über die Sicherstellung von Vermögensgegenständen oder Beweismitteln in der Europäischen Union (*RB-Sicherstellung*)<sup>46</sup> oder der Rahmenbeschluss 2006/783/JI vom 6.10.2005 über die Anwendung des Grundsatzes der gegenseitigen Anerkennung auf Einziehungsentscheidungen (*RB-Einziehung*),<sup>47</sup> die jedoch beide etwa in Zusammenhang mit der Durchsetzung von Vermögenseinziehungen Bedeutung erlangen können.

<sup>40</sup> ABl. L 190 vom 18.7.2002, 1, siehe SABINE GLESS, Internationales Strafrecht, Basel 2011, Rn. 490.

<sup>41</sup> Vgl. dazu etwa aus jüngerer Zeit: EuGH (Grosse Kammer) C-261/09 vom 16.11.2010 *«Mantello»*. EuGH C-306/09 vom 21.10.2010 *«I.B.»*

<sup>42</sup> ABl. L 76 vom 22.3.2005, 16, siehe GLESS, *supra* Fn. 40, Rn. 504.

<sup>43</sup> WOLFGANG SCHOMBURG/OTTO LAGODNY/SABINE GLESS/THOMAS HACKNER, Internationale Rechtshilfe in Strafsachen, 5. Aufl. (erscheint demnächst), Hauptteil III C 1 RB-Geldbussen.

<sup>44</sup> Vgl. STEPHAN BREITENMOSER, Die Grundlagen der polizeilichen Zusammenarbeit im Rahmen von Schengen, in: Stephan Breitenmoser/Sabine Gless/Otto Lagodny (Hrsg.), Schengen in der Praxis, Berlin, Zürich, St. Gallen 2009, S. 49. Für die Zusammenarbeit zwischen EU-Staaten hebt der RB-EUHb die Art. 59 ff. SDÜ auf.

<sup>45</sup> Beschluss des Rates vom 27.6.2006 über das Übergabeverfahren zwischen den Mitgliedstaaten der EU und Island und Norwegen, ABl. L 292 vom 21.10.2006, 1; ASBJØRN STRANDBAKKEN, *The Nordic Answer to the European Arrest Warrant: The Nordic Arrest Warrant*, eucrim 2007, S. 138 ff.

<sup>46</sup> ABl. L 196 vom 2.8.2003, 45 siehe GLESS, *supra* Fn. 40, Rn. 501.

<sup>47</sup> ABl. L 328 vom 24.11.2006, 59.

Der Rahmenbeschluss 2006/960/JI vom 18.12.2006 über die Vereinfachung des Austauschs von Informationen und Erkenntnissen zwischen den Strafverfolgungsbehörden der EU-Mitgliedstaaten (*RB-Informationsaustausch*)<sup>48</sup> sowie der Rahmenbeschluss 2008/977/JI vom 27.11.2008 über den Schutz personenbezogener Daten, die im Rahmen der polizeilichen und justiziellen Zusammenarbeit in Strafsachen verarbeitet werden (*RB-Datenschutz*),<sup>49</sup> gehören zum Schengen-Acquis. Sie sichern nicht vorrangig gegenseitige Anerkennung, sondern vor allem einen effizienten Datenaustausch. Die Eidgenossenschaft hat sie bereits durch das Schengener Informationsgesetz (SIaG, SR 262.2) sowie das Bundesgesetz über die Umsetzung des Rahmenbeschlusses 2008/977/JI implementiert.<sup>50</sup>

### 3. Kritik an europäischer Strafverfolgung

Die gegenseitige Anerkennung eröffnet den Strafverfolgungsbehörden der EU-Staaten letztlich einen neuen, europäischen Strafverfolgungsraum. Dieser ist – anders als nationale Verfolgungsräume – bisher nicht umfassend durch ein grund- und menschenrechtliches Regime beschränkt. Zwar bestehen einzelne Anknüpfungspunkte für Garantien zugunsten des betroffenen Individuums, etwa durch die allgemeinen Rechtsgrundsätze, wie sie der EuGH entwickelt hat,<sup>51</sup> über die in der Charta der Grundrechte der EU verankerten Rechte<sup>52</sup> oder – nach Beitritt der EU zur EMRK<sup>53</sup> – über die dort niedergelegten Garantien. Bisher erscheint die Europäisierung der Strafverfolgung jedoch vielen als Gefahr für eine waffengleiche Strafverteidigung im nationalen Strafverfahren.<sup>54</sup> So wird etwa vorgebracht, die gegenseitige Anerkennung justizieller Entscheidungen führe – infolge der damit verbundenen Abschaffung des Erfordernisses

<sup>48</sup> ABl. L 386 vom 29.12.2006, 89 sowie L 75 vom 15.3.2007, 26, siehe GLESS, *supra* Fn. 40, Rn. 507.

<sup>49</sup> ABl. L 350 vom 30.12.2008, 60, siehe GLESS, *supra* Fn. 40, Rn. 473 f.

<sup>50</sup> GLESS, *supra* Fn. 40, Rn. 474 f.

<sup>51</sup> Vgl. Schlussantrag des Generalanwaltes D. Ruiz-Jarabo Colomer vom 12.10.2009, Rs. C-476/93 P. (*Neutral SpA*), Slg. 1995, I-4125, 4131, Rn. 17; zum Recht auf Verteidigung siehe auch EuGH, verbundene Rs. T-305 bis 307/94, T-313 bis 316/94, T-318/94, T-325/94, T-328/94, T-329/94 und T-335/94 (*LVM et al.*), Slg. 1999, II-931, Rn. 246; zu den garantierten Verfahrensrechten allgemein: JENS JOKISCH, *Gemeinschaftsrecht und Strafverfahren*, Berlin 2000, S. 71 ff.

<sup>52</sup> Dazu etwa SABINE GLESS, *Europa – eine Herausforderung für die Strafverteidigung*, StV 2010, S. 405; JÖRG POLAKIEWICZ, *Durchsetzung von EMRK-Standards mit Hilfe des EU-Rechts? Chancen und Risiken Europäischer Rechtsetzung erläutert am Beispiel der Verfahrensgarantien in Strafverfahren*, EuGRZ 2010, S. 11 ff.

<sup>53</sup> Vgl. Art. 6 Abs. 2 EUV; vgl. dazu auch Protokoll Nr. 8 zum AEUV.

<sup>54</sup> ANDRÉ KLIP, *European Criminal Law*, Antwerpen 2009, S. 350 ff.; BERND SCHÜNEMANN, *Die parlamentarische Gesetzgebung als Lakai von Brüssel?*, StV 2003, S. 119 f.; JOACHIM VOGEL/HOLGER MATT, *Gemeinsame Standards für Strafverfahren in der Europäischen Union*, StV 2007, S. 206.

der beidseitigen Strafbarkeit – zu einer materiellen Ausweitung von Straftatbeständen.<sup>55</sup> Das Prinzip der gegenseitigen Anerkennung habe ohne gleichzeitige Anerkennung von Straffreiräumen zur Konsequenz, dass sich stets das Land mit der weitestgehenden Strafordrohung europaweit bei der Strafverfolgung durchsetze.<sup>56</sup> Diese Kritik ist insofern zutreffend, als sich der Einzelne unter dem Regime gegenseitiger Anerkennung grundsätzlich EU-weit der Geltung der verschiedenen nationalen Strafrechtsordnungen gegenüber sieht und nicht mehr, wie bei traditioneller Rechtshilfe, vor einem ausländischen Strafverfolgungsanspruch im Tatortstaat durch das Erfordernis beidseitiger Strafbarkeit geschützt ist.

Wie diesen Kritikpunkten entgegengetreten werden könnte, ist noch umstritten: Denkbar wäre die Etablierung einer eindeutigen Zuständigkeitszuweisung sowie eines grenzüberschreitenden «Strafverfolgungsverbrauchs», welche die Rechtssicherheit des Einzelnen im Auge haben. Ein System eines grenzüberschreitenden Strafklageverbrauchs könnte zum einen auf der Grundlage von Art. 54 Schengener Durchführungsübereinkommen (SDÜ) entwickelt werden.<sup>57</sup> Zum anderen ist dies teilweise auch in den Instrumenten gegenseitiger Anerkennung angelegt.<sup>58</sup>

Doch auch eine eindeutige Strafverfolgungszuständigkeit löst nur einen Teil der Probleme. Weitere Fragen stellen sich in Zusammenhang mit der Kooperation auf der Grundlage des Prinzips der gegenseitigen Anerkennung, wenn etwa verfahrensrechtliche Sicherungen ausser Kraft gesetzt würden, weil Beweise im Ausland unter Verfahrensbedingungen erhoben werden könnten, die nach dem Strafverfahrensrecht nationaler Rechtsordnungen als unzureichend angesehen würden. So könnten beispielsweise Protokolle aus einer Einvernahme von Beschuldigten europaweit verwertet werden, auch wenn aus Sicht der verwertenden Rechtsordnung nur unzureichend über Schweige- und Verteidigungsrechte

<sup>55</sup> So könnte etwa ein EU-Staat mit einem sehr restriktiven Abtreibungsrecht von einem anderen EU-Staat die Auslieferung von solchen Ärzten fordern, die in ihrem Wohnortstaat nach dortigem Gesetz zwar rechtskonform Schwangerschaftsabbrüche vornehmen, sich jedoch nach dem Recht eines anderen EU-Staates strafbar machen, indem sie solche Abbrüche bei dessen Staatangehörigen durchführen.

<sup>56</sup> SCHÜNEMANN, *supra* Fn. 54, S. 119; HELMUT SATZGER, *Gefahren für eine effektive Verteidigung im geplanten europäischen Verfahrensrecht – eine kritische Würdigung des Grünbuchs zum strafrechtlichen Schutz der finanziellen Interessen der Europäischen Gemeinschaften und zur Schaffung einer europäischen Staatsanwaltschaft*, StV 2003, S. 138 ff.

<sup>57</sup> Ausf. dazu: EICKER, *Transstaatliche Strafverfolgung*, Herbolzheim 2004, 81 ff.

<sup>58</sup> Vgl. dazu etwa EuGH, Rs. C-388/08 (*Leymann und Pustarov*), Slg. 2008, I-8993, Rn. 41 ff., abgedruckt in: NSTZ 2010, 35.

belehrt wurde oder aber unzulässigerweise dem Verteidiger die Anwesenheit verwehrt wurde.<sup>59</sup>

Darüber hinaus sehen viele eine weitere Gefahr für Waffengleichheit in der Einrichtung von Zentralstellen für Polizei und Anklagebehörden. Solche Institutionen stehen den Strafverteidigern nicht offen.<sup>60</sup>

Trotz berechtigter Kritik darf jedoch nicht übersehen werden, dass europäische Gesetzgebung und Rechtsprechung den betroffenen Individuen und der Strafverteidigung auch nützen können. Das gilt etwa im Einzelfall, wenn eine EG-Norm Straffreiheit mit Rücksicht auf die Ausübung europäischer Grundfreiheiten gewährt<sup>61</sup> oder auch in Zusammenhang mit der Etablierung eines weitgehenden Strafklageverbrauchs durch den EuGH auf der Grundlage von Art. 54 SDÜ.<sup>62</sup> Prinzipiell positiv für die von europäischer Strafverfolgung Betroffenen hat sich die EuGH-Rechtsprechung zu den allgemeinen Rechtsgrundsätzen ausgewirkt: Mithilfe dieser ungeschriebenen Gerechtigkeitsprinzipien garantieren die Luxemburger Richter ein rechtsstaatliches Verfahren, Rechtsschutz und ein Minimum an Verteidigungsrechten.<sup>63</sup>

Die Bedeutung dieses Richterrechts für die Strafverteidigung hat in jüngerer Zeit das Kadi-Urteil des EuGH spektakulär vor Augen geführt: Das Luxemburger Gericht<sup>64</sup> erklärte das Einfrieren von mutmasslichen Terroristen-Geldern ohne effektive Rechtskontrolle oder Verteidigungsrechte für nichtig und kippte damit die «*smart sanctions*»-Praxis von EU und UNO.<sup>65</sup>

<sup>59</sup> Vgl. etwa SABINE GLESS, *Kommentar zum Vorschlag für einen Rahmenbeschluss über eine «Europäische Beweisanordnung»*, StV 2004, S. 680 f.; zu unterschiedlichen Beweiserhebungsmodalitäten: SABINE GLESS, *Beweisrechtsgrundsätze einer grenzüberschreitenden Strafverfolgung*, Baden-Baden 2007, S. 336 ff.

<sup>60</sup> Vgl. KLIP, *supra* Fn. 54, 22; SCHÜNEMANN, *supra* Fn. 54, S. 118.

<sup>61</sup> EuGH, Rs. 136/78 (*Auer I*), Slg. 1979, 437; EuGH, verbundene Rs. C-338/04, C-359/04 und C-360/04 (*Placanica et al.*), Slg. 2007, I-1891, Rn. 68; SABINE GLESS, *Zum Begriff des mildesten Gesetzes (§ 2 Abs. 3 StGB)*, GA 2000, S. 227 ff. m.w.N.; GÜNTER HEINE, *Neuere Entwicklungen im Schweizerischen und Internationalen Wirtschaftsstrafrecht*, in: W. Wohlers, G. Heine (et al.) (Hrsg.), Zürich 2007, S. 9 ff.

<sup>62</sup> Dazu etwa: KAI AMBOS, *Internationales Strafrecht* 3. Aufl., München 2011, § 12, 38 ff.; vgl. auch MARTIN HEGER, *Perspektiven des Europäischen Strafrechts nach dem Vertrag von Lissabon, Eine Durchsicht des (wohl) kommenden EU-Primärrechts vor dem Hintergrund des Lissabon-Urteils des BVerfG vom 30.6.2009*, ZIS 2009, S. 408; SCHOMBURG/LAGODNY/GLESS/HACKNER, *supra* Fn. 43, Hauptteil III E I Art. 54 SDÜ (erscheint demnächst).

<sup>63</sup> GLESS, *supra* Fn. 52, S. 461; KLIP, *supra* Fn. 54, S. 212 ff., beide mit Verweis auf einschlägige Rechtsprechung.

<sup>64</sup> Zur Entscheidung in der Vorinstanz vgl. EuGH, Rs. T-315/01 (*Kadi*), Slg. 2005, II-3649; EuGH, Rs. T-366/01 (*Yusuf und Al Barakaat International Foundation*), Slg. 2005, II-3533.

<sup>65</sup> SABINE GLESS/DANIEL SCHAFFNER, *Judicial Review of Freezing Orders Due to a UN Listing by European Courts*, in: Stefan Braum/Anne Weyembergh (Hrsg.), *Le contrôle juridictionnel dans l'espace pénal européen/The Judicial Control in EU Cooperation in Criminal Matters*, Bruxelles 2009, S. 163 ff.; vgl. auch BGE 133 II 450.



## **B. Bilaterale – die Schengen-Zusammenarbeit**

### **1. Allgemein**

Mit dem Inkrafttreten des Lissabon-Vertrages unterliegt auch die Schengen-Zusammenarbeit aus der Sicht der EU-Staaten einem neuen Rechtsregime. Für die assoziierten Staaten hat sich demgegenüber wenig geändert: Grundsätzlich haben die EU-Staaten ihren Willen zur Fortführung der Schengen-Zusammenarbeit bekräftigt,<sup>66</sup> auch wenn die Umsetzung in der Praxis teilweise mit Sonderbedingungen und Extraregeln verknüpft ist und dieses «Europa à la carte» nicht ohne Weiteres in das Ideal eines einheitlichen europäischen Rechtsraumes passt.<sup>67</sup> Doch das Vorgehen weniger Staaten – unter Mitnahme von Nicht-EU-Staaten – birgt eben auch Chancen der Weiterentwicklung und nicht nur die Gefahr der Rechtszersplitterung.<sup>68</sup> Jedoch wird weiter moniert, dass es schwierig für Rechtsunterworfenen und Rechtsanwender ist, den aktuellen Bestand des Schengen-Rechts zu finden. Die Eidgenossenschaft hat einen Weg zum Schengen-Recht über <http://admin.ch/ch/d/eur> geöffnet.

### **2. Umbau des Schengener Informationssystems SIS?**

Betreffend das Schengener Informationssystem (SIS) ist auch in diesem Berichtszeitraum nichts Neues zu vermelden. Das SIS bietet den zuständigen Behörden der Mitgliedsstaaten den Zugang zu Informationen über bestimmte Personengruppen und Sachkategorien: zum Beispiel Daten über gesuchte Personen oder Fahrzeuge. Das System ist eine der wichtigsten Ausgleichsmassnahmen, um öffentliche Sicherheit nach dem Wegfall der Kontrollen an den Binnengrenzen uneingeschränkt zu gewährleisten. Seit Jahren soll das Datenaustauschsystem technisch modernisiert werden.

Es erscheint mittlerweile jedoch fraglich, ob das bisherige SIS I, welches durch die Schweiz und andere neue Assoziierungsstaaten mithilfe des SISone-4all<sup>69</sup> genutzt wird, durch ein vorgesehene Informationssystem der zweiten Generation (SIS II) ersetzt werden wird. Die technischen Schwierigkeiten bei der Einrichtung einer Zentraleinheit, über die auch biometrische Daten etc. ausgetauscht und mehr Querverweise im System gespeichert werden können, konnten trotz grosser Investitionen nicht beseitigt werden.

<sup>66</sup> Vgl. Art. 77 AEUV.

<sup>67</sup> Vgl. Art. 20 EUV; KLIP, *supra* Fn. 54, S. 60 f.

<sup>68</sup> Vgl. dazu EuGH, Rs. C-288/05 (Jürgen Kretzinger), Slg. 2007, I-6441 sowie JOËLLE DRUEY, *Le système de Dublin*, in: L. Moreillon (éd.), *Aspects pénaux des Accords bilatéraux Suisse/Union européenne: Accords de Schengen, Dublin et autres engagements bilatéraux*, Basel 2008, 37 ff.

<sup>69</sup> CASSANI/GLESS/POPP/ROTH, *supra* Fn. 39, S. 61.

In der Zwischenzeit hat das EU-Parlament dafür votiert, notfalls das Projekt trotz der bereits getätigten hohen Investitionen nicht weiterzuführen.<sup>70</sup>

### 3. Anwendung des Schengen-Acquis in Liechtenstein

Seit Juni 2011 gilt der Schengen-Acquis auch in Liechtenstein, auf der Grundlage des Protokolls zwischen der EU, der Schweizerischen Eidgenossenschaft und dem Fürstentum über seinen Beitritt zum Schengener Assoziierungsabkommen,<sup>71</sup> das am 28. Februar 2008 unterzeichnet wurde<sup>72</sup> und am 7. April 2011 in Kraft getreten ist.<sup>73</sup>

Damit wird die kuriose Schengen-Aussengrenze, die nach dem Beitritt der Schweiz zu Schengen im Dezember 2008 zwischen den Staaten entstanden war, endlich zur Schengen-Binnengrenze. Die Monitore, die temporär zur behelfsmässigen Personenkontrolle installiert wurden, können abgeschraubt werden. Zuvor hatte Liechtenstein – wie alle Schengen-Staaten – ein Evaluationsverfahren betreffend Polizeikooperation, SIS sowie Datenschutz durchlaufen.

## C. Perspektiven

Die rechtspolitische Diskussion in der Schweiz um die Positionierung zur EU wird immer wieder sehr kontrovers geführt. Die Auseinandersetzungen betreffen in der Regel aber nicht die grenzüberschreitende Zusammenarbeit mit dem Ziel der Strafverfolgung, mit der beide Seiten grundsätzlich zufrieden sind.<sup>74</sup> Das darf jedoch nicht darüber hinwegtäuschen, dass – auch aus der Sicht vieler Bürgerinnen und Bürger der EU-Staaten – der Bereich polizeilicher und justizieller Zusammenarbeit ebenfalls reformbedürftig erscheint. Insbesondere die Frage nach der Verankerung von Individualrechten in der europäischen Strafverfolgung dürfte für die Legitimation des europäischen Strafverfolgungsraumes entscheidend werden.

<sup>70</sup> Entschliessung des Europäischen Parlaments vom 20. Oktober 2010 zu dem Standpunkt des Rates zu dem Entwurf des Gesamthaushaltsplans der Europäischen Union für das Haushaltsjahr 2011 – alle Einzelpläne (12699/2010 – C7-0202/2010 – 2010/2001[BUD]/A7-0284/2010 no. 38).

<sup>71</sup> ABl. L 83 vom 26.3.2008.

<sup>72</sup> Beschlüsse des Rates 2008/261/EG (ABl. L 83 vom 26.3.2008, S. 3) und 2008/262/EG (ABl. L 83 vom 26.3.2008, S. 5).

<sup>73</sup> Vgl. ABl. EU L 160 vom 18.6.2011, 1 ff.

<sup>74</sup> Mit Ausnahme weniger Streitpunkte, etwa der Kooperation zur Strafverfolgung mutmasslicher Hinterzieher direkter Steuern, vgl. dazu: VERA DELNON/MARCEL NIGGLI, *Verkaufen und Kaufen von strafbar erlangten Bankkundendaten durch ausländische Behörden als schweizerisch-deutsches Tatgeschehen*, Jusletter vom 8. November 2010; ANDREAS EICKER, *Zur Strafbarkeit des Kopierens und Verkaufens sowie des Ankaufens von Bankkundendaten als schweizerisch-deutsches Tatgeschehen*, Jusletter vom 30. August 2010.

Das gilt umso mehr, als der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR) in Strassburg den Grundrechtsschutz im integrierten Europa dem Europäischen Gerichtshof (EuGH) in Luxemburg überlassen hat: Mit der Entscheidung *Coöperatieve Prodecenteorganisatie van de Nederlandse Kokkelvisserij ./. Niederlande*<sup>75</sup> bestätigte der EGMR erneut die Vermutung eines äquivalenten Grundrechtsschutzes, wie sie durch die Rechtsprechung in *Bosphorus Airways ./. Irland*<sup>76</sup> begründet wurde. Das heisst: Das Strassburger Gericht überprüft unionsrechtliche Akte grundsätzlich nicht, sondern vermutet deren Konformität mit der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK), solange diese Vermutung nicht widerlegt wird. Dadurch soll verhindert werden, dass in Europa ein doppelter Grundrechtstandard eingeführt wird.<sup>77</sup> Das mag aus Sicht der EU-Staaten wünschenswert sein. Für die Schweiz kann es bedeuten, dass ein harmonisierter EU-EMRK-Grundrechtstandard faktisch auch in der Schweiz Wirkung entfalten könnte.

Die EU selbst muss – allenfalls über den Weg einer Mindestangleichung von strafprozessualen Vorschriften<sup>78</sup> – in nächster Zukunft nicht nur den lange vernachlässigten Opferschutz, sondern auch die Einführung bestimmter Justizgrundrechte vorantreiben, damit der Rechtsraum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts dauerhaft eine Wirkung entfalten kann.

#### **IV. Internationale Rechtshilfe in Strafsachen: Aus der Praxis des Bundesstrafgerichts (von Peter Popp)<sup>79</sup>**

Das Bundesstrafgericht veröffentlicht in der amtlichen Sammlung diejenigen Entscheide, welche es auf dem Gebiet der Strafrechtshilfe für wegleitend erachtet.<sup>80</sup> Es finden sich in der umfangreichen Rechtsprechung jedoch auch weitere Entscheide, in welchen die über die Jahre gewachsene Rechtshilfepraxis verfeinert wird. Sie anzuzeigen bildet Gegenstand dieser regelmässigen Übersicht. Die Entscheide werden allerdings, wie in den früheren Beiträgen,<sup>81</sup> grundsätzlich nicht kommentiert.

<sup>75</sup> EGMR, Urteil vom 20.1.2009, Nr. 13645/05.

<sup>76</sup> EGMR, Urteil vom 30.6.2005, Nr. 40536/98.

<sup>77</sup> JESSICA BAUMANN, *Auf dem Weg zu einem doppelten EMRK-Schutzstandard*, EuGRZ 2011, S. 1 ff.

<sup>78</sup> Vgl. Art. 82 f. AEUV.

<sup>79</sup> Der Autor dankt für ihre Unterstützung bei der Entscheidungsauswahl den Gerichtsschreiberinnen und -schreibern Philippe Boss, David Glassey (nunmehr Richter), Santina Pizzonia, Marion Schmid und Giampiero Vacalli, für Korrekturarbeiten Mónica Ferreira M.A.

<sup>80</sup> Zum Berichtsjahr *siehe* Entscheidungen des Schweizerischen Bundesstrafgerichts, Zürich 2010.

<sup>81</sup> 19 SZIER/RSDIE (2009), S. 67 ff.; 20 SZIER/RSDIE (2010), S. 389 ff.

## A. Auslieferung

### 1. Politische Verfolgung

Wird der Einwand der politischen Gründe für eine ausländische Strafverfolgung erhoben, so befindet über dieses Rechtshilf Hindernis das Bundesstrafgericht erstinstanzlich. Dieses hat sich bei Gelegenheit eines montenegrinischen Gesuchs über das Verhältnis zwischen den Entscheiden über Auslieferung respektive Asyl ausgesprochen. Dabei übernahm es die bundesgerichtlichen Regeln, wonach die Gewährung von Asyl eine Auslieferung verbietet. Grundsätzlich ist die Rechtshilfebehörde auch an die Tatsachenfeststellung und die rechtlichen Folgerungen in einem negativen Asylentscheid gebunden, ausser es lägen neue Fakten oder zwingende Gründe, sie anders zu würdigen, vor. Im konkreten Fall wurden sie, nach eingehender Analyse des verwaltungsgerichtlichen Urteils, verneint.<sup>82</sup>

### 2. Auslieferungshaft

Das Bundesstrafgericht folgt der bundesgerichtlichen Praxis, Haftverschonung nur bei klarer Hafterscheidungsunfähigkeit zu gewähren. Es stellt dabei wesentlich auf die Beurteilung durch Gefängnis- oder Amtsärzte ab. Die Unfähigkeit wird verneint, wenn gesundheitlichen Schwierigkeiten mit medizinischen oder pflegerischen Massnahmen adäquat begegnet werden kann. Darunter fallen etwa spezialärztliche Untersuchungen und Eingriffe im Spital<sup>83</sup> oder aber auch die Betreuung durch eine aussenstehende Person.<sup>84</sup> In einem dieser Urteile wird als Bedingung für eine Haftentlassung gegen Kautions der überzeugende Nachweis der finanziellen Verhältnisse vorausgesetzt.<sup>85</sup>

Wird ein Auslieferungsverfahren durch einen positiven Entscheid abgeschlossen, so steigt die Motivation zu fliehen. Deshalb kann – so das Bundesstrafgericht – die betroffene Person, wenn sie gegen Kautions und weitere Ersatzmassnahmen aus der Haft entlassen worden ist, bis zur Erledigung einer Beschwerde gegen den Auslieferungsentscheid wieder in Haft genommen werden. In einem Nebenpunkt erklärt das Bundesstrafgericht, der Betroffene sei bereits durch die neue Haftverfügung beschwert und könne daher schon vor ihrem Vollzug Beschwerde einlegen.<sup>86</sup>

<sup>82</sup> RR.2009.169 vom 22. Januar 2010, E. 4.2.

<sup>83</sup> RR.2010.76 vom 5. Mai 2010, E. 5.

<sup>84</sup> RR.2010.89 vom 17. Mai 2010, E. 3.4.

<sup>85</sup> Wie *supra* Fn. 84, E. 3.5.

<sup>86</sup> RR.2010.82 vom 5. Mai 2010, E. 2, 5.

## B. Übrige Rechtshilfe

### 1. Gefährdung von Menschenrechten

Im Rahmen dieses beständigen Themas der Rechtshilfepraxis<sup>87</sup> hat sich das Bundesstrafgericht zur Tragweite der Gefährdung von Menschenrechten als Rechtshilfehindernis geäußert. Dabei folgt es der bundesgerichtlichen Rechtsprechung, wonach nur der im Ausland Verfolgte sich darauf berufen könne. Aus diesem Grund verwehrt es einer juristischen Person, gegen welche sich das ausländische Strafverfahren nicht richtet, diesen Einwand.<sup>88</sup> Vielleicht überprüft es diese Praxis bei Gelegenheit;<sup>89</sup> dabei möchte erwogen werden, dass es nicht um den Gehalt der Menschenrechte geht, sondern um die Legitimation zur Beschwerde,<sup>90</sup> die ihrerseits bei faktischer nicht weniger als bei rechtlicher Betroffenheit gegeben ist.

### 2. Voraussetzung der Strafbarkeit

Rechtshilfe darf nur geleistet werden, soweit sie für die ausländischen Strafverfahren erforderlich ist. Das Bundesstrafgericht hat zu dieser Voraussetzung (unter dem Aspekt der Verhältnismässigkeit, welche den Umfang der Rechtshilfe begrenzt) ausgeführt, der Herausgabe von Bankunterlagen stehe nur der Nachweis entgegen, dass die einbezahlten Gelder nachweislich aus legalen Quellen stammten. Das entspricht dem allgemeinen Prinzip, Rechtshilfe bloss zu verweigern, wenn der im Sachverhalt des ersuchenden Staates geschilderte strafbare Verdacht durch verlässlichen Gegenbeweis entkräftet wird. Das Gericht hält es (nur in komplexen Fällen?) für angezeigt, dass die ersuchende Behörde in die Lage versetzt wird, sich selbst ein Bild über die Strafbarkeit von mutmasslich illegalen Mitteln zu machen; es vertraut darauf, dass diese das Beweisverfahren auch zur Entlastung des Beschuldigten durchzuführen gehalten ist. Im Ergebnis wird die Rechtshilfe für die Gesamtheit von Unterlagen einzelner Bankkonti über einen weiten Zeitraum bewilligt.<sup>91</sup>

<sup>87</sup> Vgl. je lit. A Ziff. 2, 20 SZIER/RSDIE (2010) und 19 SZIER/RSDIE (2009).

<sup>88</sup> Beispielsweise RR.2009.212 vom 18. März 2010, E. 6 (der anonymisierte Entscheid zeigt nicht an, dass eine liechtensteinische Anstalt Beschwerde führte).

<sup>89</sup> Das Bundesgericht ist selbst davon schon abgewichen (vgl. den bei ROBERT ZIMMERMANN, *La coopération judiciaire internationale en matière pénale*, 3. Aufl., Bern 2009, Rn. 531 Fn. 2228 zitierten Entscheid).

<sup>90</sup> Vgl. die ähnliche Konstellation bei der Frage, ob der Verfolgte legitimiert sei, der verhindern möchte, dass eine bestimmte Information an den ersuchenden Staat gelange, aber am Träger der Information nicht berechtigt ist (zu diesem Zusammenhang lit. D.3).

<sup>91</sup> RR.2009.178 vom 12. Januar 2010, E. 5.2.1 und E. 5.2.3.

### 3. Rechtshilfe in Steuerstrafsachen

Herkömmlicherweise beschränkt die Schweiz Strafrechtshilfe in Steuersachen auf Hinterziehungshandlungen, welche den Charakter eines Abgabebetrugs aufweisen (Art. 24 Abs. 1 IRSV). Gemäss Schengener Abkommen muss Rechtshilfe auf dem Gebiet der indirekten Steuern auch bei einfachen Hinterziehungshandlungen geleistet werden (Art. 50 SDÜ). Das Bundesstrafgericht bejaht die landesinterne Verbindlichkeit dieser erweiterten Rechtshilfepflicht, ohne in die Details von deren Anwendungsbereich einzutreten. Ob die konkrete Handlungsweise auch das Kriterium der Arglist erfülle und damit Rechtshilfe auf der Basis des Europäischen Übereinkommens über die Rechtshilfe in Strafsachen (EÜR) zu leisten sei, wird angetönt, aber letztlich offengelassen.<sup>92</sup>

Am Rande beschäftigte auch der Steuerstreit mit den USA das Bundesstrafgericht: Unabhängig von Art und Tragweite der amerikanischen Verfahren, für welche die von der ausländischen Steuerbehörde verlangten Bankunterlagen verwendet werden sollen, unterliegt der Herausgabeentscheid der Eidgenössischen Steuerverwaltung nicht der Beschwerde an das Bundesstrafgericht, da es an einem entsprechenden Anfechtungsobjekt fehlt, welches Art. 17 Abs. 1 BGRVUS als Verfügung des Bundesamtes für Justiz (als Zentralstelle) umschreibt. Zur Auswahl stehen nur verwaltungsrechtliche Behelfe.<sup>93</sup>

### 4. Ne bis in idem

Dieser Grundsatz bildet festen Bestandteil des für die Schweiz massgeblichen Gesetzes- und Vertragsrechts.<sup>94</sup> Fragen stellen sich allerdings bei der Auslegung der beiden Sperrvoraussetzungen: Tatidentität und Charakter der vorangegangenen Entscheidung. Das Bundesstrafgericht referiert die höchstrichterliche Praxis zum zweiten Element und gibt in der Folge einer Einstellung mangels hinreichenden Schuldverdachts keine Sperrwirkung.<sup>95</sup> Weiterer Vertiefung bedarf zweifellos die Bedeutung der *Ne-bis-in-idem*-Regel von Art. 54 SDÜ, die nur erwähnt wird, und zu welcher sich das Bundesgericht bisher in Bezug auf

<sup>92</sup> RR.2009.315 vom 29. März 2010, E. 3. Dies bildete den Hintergrund dafür, dass das Bundesgericht im Beschwerdeverfahren die Frage des Anwendungsbereichs von Art. 50 SDÜ offenliess (Urteil 1C\_208/2010 vom 28. April 2010, E. 2). Ferner RR.2009.260 vom 18. März 2010, E. 4.

<sup>93</sup> Bundesgesetz vom 3. Oktober 1975 zum Staatsvertrag mit den Vereinigten Staaten von Amerika über gegenseitige Rechtshilfe in Strafsachen, SR 351.93; RR.2010.211 vom 13. Oktober 2010.

<sup>94</sup> Zur intranationalen Bedeutung siehe Art. 4 7. ZP zur EMRK.

<sup>95</sup> RR.2009.196 vom 26. März 2010, E. 2.

Einstellungen ersichtlich noch nicht geäußert hat, die es jedoch als *lex specialis* einstuft.<sup>96</sup>

## 5. Herausgabe von Vermögenswerten

Vermögenswerte und Objekte, welche in dem ersuchenden Staat zur strafrechtlichen Einziehung oder Rückerstattung dienen können, werden in der Regel zwar sofort beschlagnahmt, aber erst aufgrund eines vollstreckbaren Urteils herausgegeben (Art. 74a Abs. 3 IRSG). Die Rechtshilfebehörden sind immer wieder mit langen Vermögensblockaden befasst, welche sich aus der Dauer des ausländischen Strafverfahrens ergeben. Sie haben die beschlagnahmten Werte vorzeitig freizugeben, wenn die Einziehung oder Rückerstattung sich als nicht möglich erweisen, weil es an den materiellrechtlichen Voraussetzungen dazu fehlt. Das Bundesstrafgericht befasste sich mit einem Einwand anderer Art, nämlich dem eines Dritten, der glaubhaft macht, gutgläubig Recht an den beschlagnahmten Werten oder Gegenständen erworben zu haben. Es beurteilte ihn als verfrüht, weil über ein solch besseres Recht im Rahmen der Schlussverfügung über die Herausgabe entschieden werde. Es verweist einen solchen Dritten an das ausländische Gericht, bei welchem er die Aufhebung des Beschlagnahmebeschlusses anstreben könne.<sup>97</sup> Wenn dies allerdings nicht geschieht und das Herausgabebegehren aufrecht erhalten bleibt, würde letztlich ein Schweizer Gericht über den Anspruch des Dritten entscheiden (Art. 74a Abs. 5 lit. a IRSG). Es spricht eigentlich nichts dagegen, ein entsprechendes inländisches Verfahren vor dem ausländischen strafrechtlichen Hauptentscheid einzuleiten.

## 6. Beteiligung von Dritten an der Durchführung

Die Anwesenheit ausländischer Amtsträger wird von der Praxis in weitem Umfang zugelassen. Zurückhaltung ist gemäss Bundesstrafgericht angezeigt, wenn es um die Präsenz des von Art. 65a IRSG ebenfalls erfassten Strafklägers geht. Im konkreten Fall lässt es eine Ersatzmassnahme zu, nämlich die Erstellung eines Fragenkatalogs für die rechtshilfweise Befragung.<sup>98</sup> Auch bei Teilnahme ausländischer Beamter müssen ausreichende Sicherheiten bestehen, dass keine Informationen aus dem geschützten Geheimbereich vorweg in ausländische Verfahren fliessen. Dabei genügt den Rechtshilfebehörden in der Regel eine entsprechende Verpflichtungserklärung. Die Praktiken der deutschen Fiskalbe-

<sup>96</sup> BGE 136 IV 88, E. 3.2 (ergangen nach dem referierten Entscheid des Bundesstrafgerichts). Zu diesem Thema etwa die Entscheidung EuGH C-491/07 vom 22. Dezember 2008.

<sup>97</sup> RR.2010.169 vom 26. August 2010, E. 2.

<sup>98</sup> RR.2010.23 vom 8. April 2010.

hören, sich auf aussergesetzlichem Wege steuerrelevante Informationen aus dem Geheimbereich zu beschaffen, veranlassten das Bundesstrafgericht, diese Rechtsprechung in Bezug auf diesen Staat zu überprüfen. Sie trotzdem beizubehalten begründet es im Wesentlichen mit dem Argument, dass Deutschland, um ungestörte Rechtshilfebeziehungen aufrecht zu erhalten, sich hüten werde, die Verlässlichkeit von Vertraulichkeitszusagen zu untergraben.<sup>99</sup> Das Bundesstrafgericht wäre folglich nicht bereit, eine notorische Missachtung solcher Zusagen, wie sie im Verkehr mit Italien zu beobachten war, hinzunehmen.

### C. Vollstreckungshilfe

Damit ein ausländisches Urteil auf Ersuchen des Urteilsstaates in der Schweiz vollstreckt werden kann, braucht es die Zustimmung zweier Instanzen: des Bundesamtes und des inländischen Richters.<sup>100</sup> Dieser hat sich mit dem vorgelegten Urteil zu befassen, und zwar mit abschliessend definierten Aspekten, während das Bundesamt wegen der Bedeutung der Tat oder aus wichtigen Gründen die Vollstreckbarkeit ablehnen kann. Ist die Vollstreckung zulässig, wird die kantonale Vollzugsbehörde mit der Vollstreckung betraut. In einem dem Bundesstrafgericht unterbreiteten Fall erliess diese Behörde einen Vollzugsentscheid, wobei aus dem referierten Entscheid nicht hervorgeht, ob die kantonale Behörde die Vollziehbarkeit des ausländischen Urteils feststellte oder einen Vollzugsbefehl erliess. Die kantonale Rekursinstanz hob diesen auf, wogegen das Bundesamt beim Bundesstrafgericht Beschwerde führte. Dasselbe trat nicht ein<sup>101</sup> und überwies das Dossier zuständigkeitshalber an das Bundesgericht, welches die Beschwerde als unzulässig deklarierte, weil kein Entscheid in Rechtshilfesachen vorliege.<sup>102</sup> Aus den beiden Entscheiden geht nicht hervor, ob sich die kantonale Behörde mit der Vollziehbarkeit des ausländischen Urteils und mit Einwendungen gegen die Durchführung des Vollzugauftrages befasste, oder ob die Beschwerde des Bundesamtes auf den ersteren Gesichtspunkt abzielte; jedenfalls ist es gemäss der Sachverhaltsdarstellung des Bundesstrafgerichts höchst unwahrscheinlich, dass bereits ein richterlicher Exequaturrentscheid vorlag. Die Entscheide der eidgenössischen Gerichte zeigen die Schwierigkeit, die jeweiligen Beurteilungsrahmen der an Vollstreckungsfällen beteiligten Behörden voneinander abzugrenzen. Es wäre hier also zu wünschen gewesen, dass sie, wie es nicht selten geschieht, die rechtlich gebotene Vorgehensweise umschreiben.

<sup>99</sup> RR.2010.9 vom 15. April 2010, E. 5.

<sup>100</sup> Art. 104 Abs. 1, 106 Abs. 1 IRSG.

<sup>101</sup> RR.2010.90 vom 10. Juni 2010.

<sup>102</sup> Entscheid des Bundesgerichts 1B\_194/2010 vom 20. Juli 2010.



## D. Rechtshilfeverfahren

### 1. Anfechtbarkeit von Zwischenverfügungen

Wird von der ersuchenden Behörde die Auslieferung von Unterlagen sowie die Sperre von Guthaben eines Bankkontos verlangt, und ist der Berechtigte nur mit der Herausgabe der Unterlagen einverstanden, aber nicht mit der Kontosperrung, so riskiert er, mit einer dagegen gerichteten Beschwerde nicht zugelassen zu werden; denn bezüglich der Herausgabe der Unterlagen ist keine Schlussverfügung erforderlich (sogenannte vereinfachte Ausführung) und die Sperre ist als Zwischenverfügung nur unter der Voraussetzung eines unmittelbaren, nicht wieder gutzumachenden Nachteils anfechtbar. Um den Betroffenen nicht von der Zustimmung abzuhalten, behandelt das Bundesstrafgericht die Sperre im Sinne einer Schlussverfügung, gegen welche die Beschwerde frei zulässig ist. Verlangt der ausländische Staat nur eine Kontosperrung, so erachtet es trotz ihres Charakters als Zwischenverfügung den Rechtsweg wenigstens nach einer gewissen Zeit als voraussetzungslos offen. Der Rechtsweg wird in dieser Weise erleichtert, um dem Umstand Rechnung zu tragen, dass das Gesetz für die Herausgabe von Vermögenswerten als Regelfall eine definitive materielle Entscheidung des ausländischen Gerichts voraussetzt (Art. 74a Abs. 3 IRSG).<sup>103</sup>

Diese Grundsätze wendet das Bundesstrafgericht auch auf Rechtshilfe an die USA an, obwohl die Verfahrensregeln spezialgesetzlich (BG-RVUS) mit denjenigen des allgemeinen Rechts nicht übereinstimmen: Der nicht wieder gutzumachende Nachteil ist schon Voraussetzung für eine Zwischenverfügung und damit nicht (mehr) für die Beschwerde.<sup>104</sup>

### 2. Verhältnismässigkeit

In Beschwerden wird häufig vorgetragen, die rechtshilfweise verlangte Kontosperrung beraube den Betroffenen seiner wirtschaftlichen Bewegungsfreiheit. Im innerschweizerischen Strafverfahren kann dieser Einwand nur gegen die Beschlagnahme von Ersatzwerten, nicht aber von deliktisch erlangtem Vermögen und seinen Surrogaten vorgebracht werden. Das Bundesstrafgericht prüft diesen Aspekt unter dem Titel der Verhältnismässigkeit. Wenn dabei im Rechtshilfeverfahren eine unverhältnismässige Beschlagnahme eher bejaht zu werden scheint, hat dies in erster Linie damit zu tun, dass die ausländischen Begehren knapp formuliert sind und meist nicht erkennen lassen, ob eine direkte oder

<sup>103</sup> RR.2009.351 vom 15. April 2010, E. 1.4.3.

<sup>104</sup> RR.2009.159 vom 8. März 2010, E. 2.1–2.3.

eine Werteinziehung beabsichtigt ist. Eine solche Einschränkung kann jedoch nur derjenige erlangen, der seinen finanziellen Hintergrund evident macht.<sup>105</sup>

### 3. Legitimation

Die Anwendung von Art. 9a lit. a IRSV beschäftigt die Beschwerdeinstanz regelmässig. Das Bundesstrafgericht bekräftigt die Rechtsprechung, wonach der wirtschaftlich Berechtigte eines Bankkontos normalerweise nicht legitimiert ist, die Herausgabe von Kontounterlagen anzufechten; ausnahmsweise, falls nämlich Kontoinhaberin eine liquidierte juristische Person war, wird der wirtschaftlich Berechtigte zugelassen. Wenn eine aufgelöste Gesellschaft, gestützt auf Art. 164 Abs. 1 lit. b HRV, die Wiedereintragung zum Zwecke der Rechtsverfolgung erlangt, vermag dies den Nachweis einer materiellen Berechtigung an einem Bankkonto nicht zu ersetzen.<sup>106</sup> Die für Bankauskunft geltenden Grundsätze wendet das Bundesstrafgericht auch auf Kunden von Effekthändlern mit dem Argument an, diese unterständen einer dem Bankgeheimnis nachgebildeten Verschwiegenheitspflicht.<sup>107</sup>

Die Legitimation setzt eine persönliche und direkte Betroffenheit voraus. Die Beispiele, welche Art. 9a IRSV dafür gibt, knüpfen an physische oder wenigstens materiale Eigenschaften des Gegenstandes der kleinen Rechtshilfe an. Diese Norm begrenzt gemäss ständiger Praxis das generelle Verständnis von Betroffenheit. Das Bundesstrafgericht hält im Blick auf dieselbe fest, dass nur der Zeuge die Herausgabe des Befragungsprotokolls (falls sich die Aussage überhaupt auf ihn bezieht) und der von ihm beigebrachten Schriftstücke anfechten kann, nicht aber ein durch die darin enthaltenen Informationen tangierter Dritter oder der Aussteller des Dokuments.<sup>108</sup>

Eine wichtige Frage ist die Legitimation der im Ausland verfolgten Person, wenn die um Rechtshilfe ersuchte Behörde die fraglichen Informationen bereits im Wege eines früheren, nationalen Strafverfahrens erlangte. Das Bundesgericht bejaht sie für den Zeugen, wenn er ein Zeugnisverweigerungsrecht hat, oder für ihn und den Beschuldigten, wenn der Inhalt der Information sie persönlich und direkt berührt. Das Bundesstrafgericht schliesst sich dieser Praxis an, verlangt allerdings, dass die persönliche direkte Betroffenheit im Falle von Aussagen Dritter nachgewiesen werde. Es stellt den Einvernahmen die Protokolle über Telefonabhörungen gleich.<sup>109</sup>

<sup>105</sup> RR.2010.50 vom 18. Mai 2010, E. 3.4.

<sup>106</sup> RR.2010.93 vom 10. Juni 2010, E. 3.1–3.2.

<sup>107</sup> RR.2009.212 vom 18. März 2010, E. 2.2.

<sup>108</sup> RR.2009.363 vom 2. September 2010, E. 2.2.

<sup>109</sup> RR.2010.60 vom 8. Juli 2010, E. 1.3.

#### 4. Akteneinsicht

Die Schweiz liefert eigene Staatsbürger nicht aus, verfolgt jedoch im Gegenzug Inländer für die im Ausland verübten Straftaten, welche die Bedeutung eines Auslieferungsdeliktes haben (Art. 32 IRSG *e contrario*, Art. 7 Abs. 1 StGB). Es stellte sich verschiedentlich die Frage, ob die Rechtshilfebehörden einen Schweizer über eine vom Ausland angestrebte Auslieferung informieren müssen, damit er sich gegen das mit Auslandsreisen verbundene Risiko schützen könne. Die frühere ablehnende Haltung der Behörden hat das Bundesgericht in einem Verfahren wegen Staatshaftung als rechtswidrig erachtet mit der Begründung, in einem solchen Fall wäre eine Nichteintretensverfügung erforderlich und zu eröffnen.<sup>110</sup> Mit der umgekehrten faktischen Situation wurde das Bundesstrafgericht befasst, in welcher nämlich ein in Israel wohnender israelischer Staatsangehöriger, bevor er eine Reise in die Schweiz antrat, von den hiesigen Behörden die Zusicherung erlangen wollte, dass er weder an Russland ausgeliefert noch in Auslieferungshaft genommen werde; er wusste, dass dieser Staat ehemals seine Verhaftung via INTERPOL angestrebt, aber nicht, ob er sein Ersuchen aufrecht erhalten hatte. In der Entscheidung wird diese Frage unter dem Aspekt der Beschwerdelegitimation behandelt, welche das Gericht zu einem negativen Entscheid mit der Begründung führte, es fehle an einem rechtlich geschützten Interesse, die Verweigerung der verlangten Garantie anzufechten; denn diese müsse dem (ausländischen!) öffentlichen Interesse, Auslieferungsbestrebungen geheim zu halten und damit den Zugriff auf die verdächtige Person zu erlangen, weichen. Konsequenterweise blieb dem Beschwerdeführer auch verwehrt, zu den gesuchten Informationen über das Akteneinsichtsrecht zu gelangen.<sup>111</sup> Auf eine gegen dieses Ergebnis erhobene Beschwerde trat das Bundesgericht nicht ein, weil kein Entscheid über Auslieferung oder Auslieferungshaft vorliege. Zusätzlich erwog es, darin dem Bundesstrafgericht folgend, dass kein Anspruch auf eine derartige Zusicherung bestehe, solange kein formelles Auslieferungsbegehren vorliege.<sup>112</sup> In der Sache strebte der Beschwerdeführer an, über die nationale Behörde eine persönliche Information aus dem Bereich von INTERPOL zu erhalten. Die diesbezüglichen Normen stellen einen entsprechenden Rechtsbehelf zur Verfügung; indessen sind die INTERPOL-Organe auf ein *nulla obstat* des Staates, von dem das Fahndungersuchen stammt, angewiesen.<sup>113</sup> Es ist daher zu hoffen, dass die beiden Instanzen diese Problematik bei anderer Gelegenheit unter dem Aspekt des Verwaltungsverfahrensrechts

<sup>110</sup> Entscheid des Bundesgerichts 2A.212/2006 vom 9. Oktober 2006, E. 4.

<sup>111</sup> RR.2010.146 vom 5. August 2010.

<sup>112</sup> 1C\_361/2010 vom 6. September 2010.

<sup>113</sup> Vgl. BGE 132 II 342 E. 3.

überprüfen: Art. 25 VwVG verleiht auch bei bloss tatsächlichem Interesse Anspruch auf eine Feststellungsverfügung, ja selbst wenn das Interesse erst in der Zukunft aktuell werden kann.<sup>114</sup>

In einer beiläufigen, aber ausführlichen Erwägung hat sich das Bundesstrafgericht zur konkreten Tragweite des Anspruchs auf Übersetzung der wesentlichen Akten geäussert.<sup>115</sup>

Ist das Auslieferungsgesuch gegenstandslos, weil der ausländische Haftbefehl aufgehoben wurde, kann der Betroffene nur dann beanspruchen, die Akten des Rechtshilfeverfahrens einzusehen, wenn er ein besonderes schützenswürdiges Interesse an der Einsichtnahme hat. Das Bundesstrafgericht lässt es nicht genügen, dass er vom (ehemals) ersuchenden Staat weiterhin strafrechtlich verfolgt wird.<sup>116</sup>

## 5. Anspruch auf rechtliches Gehör

Einem im Ausland Wohnhaften werden Verfügungen regelmässig nur dann zugestellt, wenn er ein inländisches Zustelldomizil bezeichnet hat. Dies kann er nur, falls er weiss, dass ein Rechtshilfeverfahren gegen ihn im Gange ist. Deshalb werden die entsprechenden Verfügungen an die inländische Bank zugestellt, mit der er in Geschäftsbeziehungen steht. Das Bundesstrafgericht sieht in dieser Ordnung keine Gehörsverletzung, auch wenn die Bank die Orientierung ihres Kunden unterlässt; ein Schweigegebot (Art. 80n Abs. 1 IRSG) war ihr nicht auferlegt worden.<sup>117</sup>

## 6. Rechtsverweigerung

Die ausführende Behörde ist verpflichtet, ein Gesuch um vollständige oder teilweise Aufhebung einer Kontosperrung an die Hand zu nehmen und darüber zu entscheiden. Das Bundesstrafgericht bestätigt die bundesgerichtliche Praxis in diesem Punkt, wendet also auf Zwangsmassnahmen im Rechtshilfeverfahren dieselben Grundsätze an, wie sie im nationalen Strafverfahren gelten. Auf diese Weise wird auch der Nachteil gemildert, den ein im Ausland wohnhafter Betroffener dadurch erleidet, dass ihm die Sperrverfügung nicht ins Ausland zugestellt werden muss (Art. 9 IRSV).<sup>118</sup>

<sup>114</sup> Etwa BEATRICE WEBER-DÜRLER, in C. Auer/M. Müller/B. Schindler (Hrsg.), Kommentar VwVG, Zürich/St. Gallen 2008, Art. 25 N. 18.

<sup>115</sup> RR.2009.169 vom 22. Januar 2010, E. 4.2.

<sup>116</sup> RR.2010.35 vom 10. November 2010, E. 3.

<sup>117</sup> RR.2009.86 vom 29. April 2010, E. 4.2.

<sup>118</sup> RR.2009.356 vom 15. April 2010, E. 6–7.