

---

# SWISS REVIEW OF INTERNATIONAL AND EUROPEAN LAW

---

Schweizerische Zeitschrift  
für internationales und europäisches Recht  
Revue suisse de droit international et européen

Volume 26 (2016), Number 3

Schulthess 

---

## TABLE OF CONTENTS

---

### FROM THE EDITORS

- Anmerkungen zu den Unschärfen des  
völkerrechtlichen Rechtsbegriffs (Oliver Diggelmann) ..... 381

### ARTICLES

- Der Streit um die Investor-Staat-Streitbeilegung im Kontext von CETA  
und TTIP – Erkenntnisse und Lösungsansätze  
(Ludwig Gramlich & Claudia Conen) ..... 391
- Le crime international de changement anticonstitutionnel de gouvernement  
(Abdoulaye Soma) ..... 417

### RECENT PRACTICE

- Jurisprudence suisse en matière de droit international privé de la famille  
(Andreas Bucher) ..... 443
- Chronique de droit pénal suisse dans le domaine international /  
Schweizerische Praxis zum Strafrecht im internationalen Umfeld (2015)  
(Ursula Cassani, Sabine Gless, Robert Roth & Christian Sager) ..... 477
- La pratique suisse relative aux droits de l'homme 2015  
(Michel Hottelier & Vincent Martenet) ..... 505
- Rechtsprechung zum internationalen Schuld- und Zwangsvollstreckungsrecht  
(Ivo Schwander) ..... 537

### DOCTORAL & POST-DOCTORAL THESES

- Exclusion from Public Space: A Comparative Constitutional Analysis  
(Daniel Moeckli) ..... 557
- Freizügigkeit im Mehrebenensystem Eine Rechtsvergleichung der  
Liberalisierungsprinzipien im Binnenmarkt-, Außenwirtschafts- und  
Europarecht (Nicolas F. Diebold) ..... 560

# Chronique de droit pénal suisse dans le domaine international

## Schweizerische Praxis zum Strafrecht im internationalen Umfeld (2015)

Ursula Cassani,\* Sabine Gless,\*\* Robert Roth\*\*\* & Christian Sager\*\*\*\*

### Table des matières/Inhalt

- I. Les instruments internationaux en matière pénale et leur transposition en droit suisse (par Ursula Cassani)
  - A. La mise en œuvre des standards internationaux en matière de corruption
  - B. Le blocage et la restitution des valeurs patrimoniales de potentats
  - C. Les autres instruments internationaux et bilatéraux
- II. Die Schweiz und das Europäische Strafrecht (von Sabine Gless)
  - A. Einleitung
  - B. EU-Datenschutz und grenzüberschreitende Zusammenarbeit mit der Schweiz
  - C. Reform der Rechtsgrundlagen von Europol
  - D. Fazit
- III. Internationale Rechtshilfe in Strafsachen: Aus der Praxis der Gerichte der Schweizerischen Eidgenossenschaft (von Christian Sager)
  - A. Auslieferung
  - B. Kleine Rechtshilfe
- IV. Le droit pénal international de la Suisse (par Robert Roth)

\* Professeure ordinaire, Université de Genève, Juge à la Cour d'appel du pouvoir judiciaire de Genève, membre du comité de rédaction. L'auteure remercie son assistante Nadia Meriboute de son aide précieuse dans le repérage des actualités et la relecture du manuscrit.

\*\* Ordinaria, Universität Basel.

\*\*\* Professeur ordinaire, Université de Genève, Directeur de l'Académie de droit international humanitaire et des droits humains.

\*\*\*\* Dr. iur., LL.M. (Cambridge), wissenschaftlicher Mitarbeiter im Bundesamt für Justiz (BJ), Direktionsbereich Internationale Rechtshilfe. Der Autor hat den vorliegenden Beitrag als Privatperson verfasst. Allenfalls erkennbare Wertungen und Ansichten sind seine eigenen und decken sich nicht notwendigerweise mit denjenigen des Bundesamts für Justiz. Für Inputs und kritische Lektüre dankt der Autor Dr. iur. Susanne Kuster (Vizedirektorin BJ).

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

### A. La mise en œuvre des standards internationaux en matière de corruption

Le processus de révision des infractions en matière de corruption, dont il a été question dans nos précédentes chroniques,<sup>1</sup> s'est achevé le 25 septembre 2015. La modification du Code pénal suisse (Dispositions pénales incriminant la corruption),<sup>2</sup> baptisée « *lex FIFA* » par certains parlementaires en référence à l'actualité,<sup>3</sup> est entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> juillet 2016.

Le point saillant en est la révision de la corruption active et passive d'agent privé. Réprimées jusqu'à présent dans la LCD<sup>4</sup> (art. 4a et 23), ces infractions sont déplacées dans le Code pénal (art. 322<sup>octies</sup> et 322<sup>novies</sup> CP<sup>5</sup>). Il en résulte l'abandon de l'exigence d'un lien avec la concurrence économique qui découlait de l'insertion systématique de ces infractions dans la LCD, dont l'application se limite aux actes contraires à la loyauté de la concurrence économique (art. 1 et 2 LCD). Le but principal poursuivi par ce déplacement du *sedes materiae* était de mettre fin à une controverse concernant la corruption dans le sport qui avait été suscitée par le Message du Conseil fédéral dans le cadre de la précédente révision législative en matière de corruption. Ce dernier mettait en doute l'application de la corruption privée à des agents de fédérations telles que la FIFA ou le CIO monnayant leur soutien à des candidats à l'organisation d'une manifestation sportive.<sup>6</sup> A l'époque, le gouvernement suisse considérait d'ailleurs

1 URSULA CASSANI, ROBERT ROTH, CHRISTIAN SAGER & NADINE ZURKINDEN, Chronique de droit pénal suisse dans le domaine international (2014), Schweizerische Praxis zum Strafrecht im internationalen Umfeld (2014), 25 Swiss Rev. Int'l & Eur. L. (SziER/RSDIE) (2015), p. 421; URSULA CASSANI, SABINE GLESS, ROBERT ROTH & CHRISTIAN SAGER, Chronique de droit pénal suisse dans le domaine international (2013), Schweizerische Praxis zum Strafrecht im internationalen Umfeld (2013), 24 Swiss Rev. Int'l & Eur. L. (SziER/RSDIE) (2014), p. 385 ss.

2 FF 2015 6551. Message du 30 avril 2014 concernant la modification du code pénal (Dispositions pénales incriminant la corruption), FF 2014 3433.

3 La FIFA s'est opposée à la modification législative lors de la consultation et de son audition par la commission des affaires juridiques du Conseil des Etats, au contraire de l'UEFA et du CIO (BOCE 2015 363 [Christian Levrat] et 368 [Géraldine Savary]).

4 Loi fédérale contre la concurrence déloyale, RS 241.

5 Code pénal suisse du 21 décembre 1937, RS 311.0.

6 Message du 10 novembre 2004 concernant l'approbation et la mise en œuvre de la Convention pénale du Conseil de l'Europe sur la corruption et du Protocole additionnel à ladite convention (Modification du code pénal et de la loi fédérale contre la concurrence déloyale), FF 2004 6549, p. 6575. La doctrine dominante ne partageait pas cette opinion. Cf., entre autres, DIEGO R. GFELLER, Die Privatbestechung, Art. 4a UWG, Konzeption und Kontext, thèse, Bâle 2010 p. 73 s.; DANIEL JOSITSCH, «Der Straftatbestand der Privatbestechung (Art. 4a i.V.m. Art. 23 UWG)», sic! 2006 p. 829 ss, p. 833; MARK PIETH, «Korruptionsstrafrecht» in: Jürg-Beat Ackermann & Günter Heine (éd.), Wirtschaftsstrafrecht der Schweiz, Berne 2013, p. 677 ss, N 93.

qu'aucune sanction pénale n'était requise, compte tenu des « procédures internes disciplinaires et d'autres mesures afin de garantir l'impartialité » prises par ces organisations sportives elles-mêmes.<sup>7</sup> Cette conviction a manifestement été ébranlée au regard des scandales de corruption ayant entaché les décisions de certaines fédérations sportives internationales établies en Suisse.<sup>8</sup>

Les travaux préparatoires n'ont pas approfondi l'impact sur la *définition du bien juridique protégé* du déplacement de la corruption privée dans le CP, même si les arguments avancés en faveur de la poursuite d'office de ces infractions suggèrent que les intérêts en jeu sont ceux de la collectivité.<sup>9</sup> La position systématique au sein du titre 19<sup>e</sup>, consacré jusqu'à présent à la seule corruption d'agent public et situé dans la partie du CP protégeant des biens juridiques collectifs, conforte cette interprétation. Toutefois, à côté des intérêts collectifs, ces dispositions protègent aussi des intérêts individuels, au premier chef l'intérêt du principal à l'exercice objectif, intégrer et loyal des tâches qu'il a confiées à son agent.<sup>10</sup>

Dans l'ancien droit, la corruption privée, contrairement à la corruption d'agent public, était punissable sur plainte (art. 23 LCD), exigence qui n'était probablement pas sans lien avec l'absence de condamnations pénales dans le domaine. Le projet de révision prévoyait donc la poursuite d'office. Toutefois, le Conseil des Etats s'est prononcé en faveur du retour à la poursuite sur plainte « si aucun intérêt public n'est touché ou menacé »,<sup>11</sup> décision qui a essuyé les protestations immédiates du GRECO.<sup>12</sup> En fin de compte, les Chambres fédérales ont consacré une solution proposée par le conseiller national Fässler,<sup>13</sup> en dotant les art. 322<sup>octies</sup> et 322<sup>novies</sup> d'un deuxième alinéa, selon lequel « [d]ans les cas de peu de gravité, l'infraction n'est poursuivie que sur plainte ». Dans sa motivation écrite,<sup>14</sup> le conseiller national a proposé des critères pour définir le « cas de peu de gravité » qui restent toutefois vagues et ambigus et dont la réalisation sera difficile à apprécier au stade précoce auquel le ministère public doit se déterminer sur l'ouverture d'une procédure.

Enfin, la corruption d'agent privé reste *un simple délit*, de sorte que les valeurs patrimoniales qui en sont issues ne sont pas susceptibles de blanchiment d'argent au regard de l'art. 305<sup>bis</sup> CP, ni de donner lieu à des soupçons de blanchiment obligeant les intermédiaires financiers à faire des vérifications approfondies, et, le cas échéant, une communication (art. 9 LBA). Le législateur a ainsi renoncé à un instrument de

7 FF 2004 6549, p. 6575.

8 FF 2014 3433, p. 3437.

9 FF 2014 3433, p. 3439 s.; cf. également les prises de positions lors des débats parlementaires (BOCE 2015 368 s. [Claude Janiak]; BOCN 2015 1357 [Giovanni Merlini] et 1359 [Simonetta Sommaruga]).

10 FF 2014 3433, p. 3440 s.

11 BOCE 2015 372.

12 Groupe d'Etats contre la corruption (GRECO), Troisième Cycle d'Evaluation, Deuxième Rapport de Conformité intérimaire sur la Suisse du 19 juin 2015, n. 10.

13 BOCN 2015 1361 ss.

14 BOCN 2015 1361 ss.

lutte contre la corruption privée que le GRECO considère comme essentiel, en tout cas pour les cas graves.<sup>15</sup> Ce choix est particulièrement surprenant s'agissant de la corruption des dirigeants d'organisations sportives faîtières internationales, dont il a reconnu par ailleurs qu'ils représentaient un risque accru *en leur conférant le statut de personnes politiquement exposées* (PEP, *Politically Exposed Persons*) dans le cadre de la mise en œuvre des recommandations du GAFI.<sup>16</sup>

Le GRECO, quant à lui, a publié un deuxième rapport de conformité intermédiaire sur la Suisse le 19 juin 2015 (Troisième Cycle d'évaluation), soulignant à nouveau le problème du manque de transparence dans le financement des partis politiques déjà pointé à de réitérées reprises<sup>17</sup>. La procédure de non-conformité du GRECO est poursuivie à l'encontre de la Suisse.<sup>18</sup>

## B. Le blocage et la restitution des valeurs patrimoniales de potentats

Le 18 décembre 2015, les Chambres fédérales ont adopté la loi fédérale sur le blocage et la restitution des valeurs patrimoniales d'origine illicite de personnes politiquement exposées à l'étranger (LVP),<sup>19</sup> entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> juillet 2016.

La procédure d'élaboration de cette loi a fait l'objet d'un examen dans notre précédente chronique,<sup>20</sup> qui a mis en exergue l'affaiblissement du projet lors des délibérations du Conseil national pendant la session d'été 2015. La loi finalement adoptée renoue avec le projet initial sur les points les plus cruciaux.

Un des points d'achoppement, jusqu'à la fin de la procédure parlementaire, fut la notion de « *proches* » d'une personne politiquement exposée (PEP), que le Conseil national entendait restreindre aux proches « *impliqués* ».<sup>21</sup> Cette restriction a finalement été abandonnée.<sup>22</sup> Dès lors, les proches dont les avoirs peuvent être bloqués et, cas échéant, confisqués au même titre que ceux des PEP sont les « personnes physiques qui, de manière reconnaissable, sont proches des personnes [politiquement exposées] pour des raisons familiales, personnelles ou pour des raisons d'affaires » (art. 2 lit. b LVP). La cohérence du droit suisse est ainsi rétablie, puisque cette défini-

15 GRECO, Premier et Deuxième Cycles d'Evaluation conjoints, Rapport d'Evaluation sur la Suisse du 4 avril 2008, n. 104.

16 Loi fédérale du 12 décembre 2014 sur la mise en œuvre des recommandations du Groupe d'action financière, révisées en 2012, RO 2015 1389; cf. Chronique de droit pénal suisse 2015, supra note 1, p. 419.

17 <<https://www.bj.admin.ch/dam/bj/sicherheit/kriminalitaet/korruption/grecoberichte/ber-iii-2015-6ff.pdf>>.

18 Communiqué de presse du Conseil fédéral du 12 novembre 2014.

19 FF 2015 8731. Cf. le Message du 21 mai 2014 relatif à la loi sur les valeurs patrimoniales d'origine illicite, FF 2014 5121.

20 Chronique de droit pénal suisse 2015, supra note 1, p. 421 ss.

21 BOCN 2015 1010.

22 BOCN 2015 1936.

tion plus large correspond, à un détail rédactionnel près, à celle consacrée par l'art. 2a al. 2 LBA.<sup>23</sup>

L'autre point de cristallisation des controverses fut l'art. 14 al. 3 LVP, selon lequel la *prescription* de l'action pénale ne fait pas obstacle à la confiscation, par le Tribunal administratif fédéral, des valeurs patrimoniales bloquées. Le Conseil national aurait voulu exclure la confiscation administrative en cas de prescription de l'action pénale,<sup>24</sup> ce qui aurait rendu la nouvelle LVP inapte à remplir son but consistant à permettre la restitution des avoirs détournés à leur pays d'origine alors même que la procédure d'entraide a échoué. Sur ce point également, le Conseil national<sup>25</sup> s'est finalement rallié au Conseil des Etats<sup>26</sup>; ainsi, la LVP n'a pas été privée d'une clause essentielle, contenue déjà dans la LRAI actuelle.<sup>27</sup>

Sur un autre point, c'est en revanche le Conseil des Etats qui s'est rallié<sup>28</sup> à un amendement du Conseil national<sup>29</sup>, que le Conseil fédéral avait d'ailleurs accueilli favorablement.<sup>30</sup> Il s'agit de l'art. 13 LVP autorisant le bureau de communication en matière de blanchiment à transmettre à l'Etat d'origine « toute information, y compris bancaire [...], pour permettre à cet Etat d'adresser une demande d'entraide judiciaire à la Suisse ou de compléter une demande insuffisamment étayée » (art. 13 LVP). Selon l'al. 3 ajouté par les Chambres fédérales, la transmission des informations est exclue non seulement si « la vie ou l'intégrité corporelle des personnes concernées devait s'en trouver menacée » (al. 3 lit. b), mais aussi si « l'Etat d'origine se trouve dans une situation de défaillance » (al. 3 lit. a). L'al. 4 précise qu'il s'agit de transmettre des informations sous la forme d'un rapport et non des moyens de preuve qui devront être demandées par la voie de l'entraide.

### C. Les autres instruments internationaux et bilatéraux

Saisies d'un Message concernant l'approbation des troisième et quatrième Protocoles additionnels à la convention européenne d'extradition du 20 mai 2015,<sup>31</sup> les Chambres fédérales ont adopté l'arrêté de ratification le 18 mars 2016, sans délibérations en plénum. Ces instruments visant à accélérer et à simplifier la procédure d'extradition ne nécessitaient aucune modification du droit suisse.

23 Loi sur le blanchiment d'argent du 10 octobre 1997, RS 955.0 selon sa teneur issue de la révision législative du 12 décembre 2014.

24 BOCN 2015 1019.

25 BOCN 2015 1938.

26 BOCE 2015 1056.

27 Loi sur la restitution des avoirs illicites du 1<sup>er</sup> octobre 2010 (RO 2011 275), art. 5 al. 3.

28 BOCE 2015 1055.

29 BOCN 2915 1011.

30 BOCN 2015 1008.

31 FF 2015 3567. Texte des Protocoles FF 2015 3585 et 3593.

Le Protocole additionnel à la Convention du Conseil de l’Europe pour la prévention du terrorisme (STCE 217), signé à Riga le 22 octobre 2015, fera l’objet d’une chronique ultérieure (cf. Sect. IV infra).

Enfin, les Chambres fédérales ont approuvé l’accord sur la coopération policière avec le *Kosovo*,<sup>32</sup> entré en vigueur le 15 juillet 2015, et l’accord sur la coopération policière et douanière avec l’*Italie*.<sup>33</sup> Par ailleurs, le Conseil fédéral a approuvé le 5 juin 2015 un traité avec le Brésil sur le transfèrement des personnes condamnées.<sup>34</sup>

## II. Die Schweiz und das Europäische Strafrecht (von Sabine Gless)

### A. Einleitung

Die Bedeutung des Europäischen Strafrechts für die Schweiz ist bekanntlich geprägt durch den bilateralen vertraglichen Unterbau,<sup>35</sup> der derzeit neu verhandelt wird.<sup>36</sup> Ob und wie sich EU-Recht auf Schweizer Straf- und Strafverfahrensrecht auswirkt, hängt insofern von einem vielschichtigen Regelsystem ab, das zudem Gegenstand gerichtlicher Einzelentscheidungen und politischer Feinjustierung auf Schweizer und auf europäischer Ebene sein kann.<sup>37</sup> Im Europäischen Strafrecht hat es im letzten Jahr in verschiedenen Bereichen Entwicklungen gegeben, die sich auf die Kooperation zwischen der Schweiz und der EU und ihren Mitgliedstaaten auswirken können. Von besonderem Interesse sind die Reform des Datenschutzrechts sowie die Neustrukturierung von EU-Agenturen, namentlich von Europol, denn sie dürften sich nicht nur unmittelbar auf die grenzüberschreitende Zusammenarbeit, sondern langfristig auch auf das nationale Schweizer Recht auswirken.

32 Arrêté fédéral du 20 mars 2015 portant approbation de l'accord entre la Suisse et le Kosovo sur la coopération policière en matière de lutte contre la criminalité (FF 2015 2553). Texte de l'accord du 6 novembre 2013: RS 0.360.475.1; Message du 3 septembre 2014 (FF 2014 6623).

33 Arrêté fédéral du 19 juin 2015 portant approbation de l'accord entre la Suisse et l'Italie sur la coopération policière et douanière (FF 2015 4573). Texte de l'accord du 14 octobre 2013: FF 2014 4109; Message du 28 mai 2014 (FF 2014 4087).

34 <<https://www.news.admin.ch/message/index.html?lang=fr&cmsg-id=57532>>.

35 SABINE GLESS, Internationales Strafrecht, Grundriss für Studium und Praxis, 2., vollständig überarbeitete Aufl., Basel 2015, Rn. 605 ff.

36 <<https://www.eda.admin.ch/dea/de/home/verhandlungen-offene-themen/verhandlungen.html>>.

37 Vgl. etwa zum Grundsatz der EuGH-konformen Auslegung im Bereich der Schengen-Assozierung PAUL-LUKAS GOOD, Die Schengen-Assozierung der Schweiz, Dissertation St. Gallen 2010, S. 247 f. m.w.Nw.

## B. EU-Datenschutz und grenzüberschreitende Zusammenarbeit mit der Schweiz

Datenschutz ist ein hochaktuelles und sehr umstrittenes Thema. Das zeigten bereits die früheren Auswirkungen des EU-Datenschutzrechts auf das Schweizer Recht: Seit den Verhandlungen über den Beitritt der Schweiz zum Schengen-Raum gab der Datenschutz immer wieder Anlass zu kontroversen Auseinandersetzungen.<sup>38</sup> Auch EU-intern illustriert die Diskussion um den Datenschutz – gerade im Bereich Justiz und Inneres – nicht nur rechtspolitische Differenzen der Mitgliedstaaten, sondern wirft Schlaglichter auf das komplexe Gefüge der justiziellen und polizeilichen Zusammenarbeit.<sup>39</sup> Im Verhältnis EU und Schweiz entsteht durch bilaterale Regelungen eine weitere Ebene.<sup>40</sup> Die Wechselwirkungen zwischen den unterschiedlichen Rechtsgrundlagen sind bis heute in vieler Hinsicht ungeklärt, weil auch die Grenze zwischen verschiedenen Rechtsgebieten, etwa zwischen Schengen-Recht und anderen Formen grenzüberschreitender polizeilicher und justizieller Zusammenarbeit, kaum haarscharf zu ziehen ist.<sup>41</sup> Das kann zu einem – nicht unproblematischen – spill-over-Effekt führen. Denn EuGH-Entscheidungen im (weiten) Bereich des Datenschutzes, die sich gar nicht auf eine Schengen-Materie beziehen, können mittelbar dafür relevant werden. Sie müssen dann gleichwohl in der Schengen-Zusammenarbeit Berücksichtigung finden, damit der Rechtsrahmen insgesamt kohärent bleibt. Eine parallele Entwicklung sieht man bereits seit Längerem in der Dublin-Zusammenarbeit.<sup>42</sup>

### 1. EU-Datenschutzrecht im Bereich Zusammenarbeit Justiz und Inneres

Die Ausgestaltung eines adäquaten Datenschutzes in der polizeilichen und justiziellen Zusammenarbeit war und ist auch deshalb immer wieder Gegenstand kontroverser Diskussionen, weil strafrechtliche Ermittlungen und polizeiliche Arbeit oft gerade der Informationsbeschaffung dienen. Sie können deshalb mit bestimmten datenschutzrechtlichen Anliegen in ein Spannungsverhältnis geraten. Deshalb waren

<sup>38</sup> Dazu etwa: ASTRID EPINEY, «Datenschutz und <Bilaterale II>. Zu den Auswirkungen der Schengen-Assoziiierung auf das schweizerische Datenschutzrecht – ausgewählte Aspekte», 102 SJZ (2006), S. 121 ff.

<sup>39</sup> ANDRÉ KLIP, European Criminal Law, An Integrative Approach, 3. Aufl., Cambridge 2016, S. 438 ff.

<sup>40</sup> JÖRG EISELE, «Datenverkehr und Datenschutz in der PJZS», in: Ulrich Sieber u.a. (Hrsg.), Handbuch Europäisches Strafrecht, 2. Aufl., Baden-Baden 2014, § 49 Rn. 3, § 50, Rn. 2.

<sup>41</sup> Vgl. THOMAS WAHL, «Datenschutz im Rahmen der polizeilichen Zusammenarbeit unter besonderer Berücksichtigung des SIS», in: Astrid Epiney & Sarah Theuerkauf (Hrsg.), Datenschutz in Europa und der Schweiz/La protection des données en Europe et la Suisse, Zürich 2006, S. 80.

<sup>42</sup> Dazu PETER UEBERSAX, «Dublin in der Rechtsprechung der Schweiz», in: Stephan Breitenmoser, Sabine Gless & Otto Lagodny (Hrsg.), Rechtsschutz bei Schengen und Dublin, Zürich, St. Gallen 2013, S. 187–208.

Datenschutzregelungen für die gemeinsame europäische Strafverfolgung oft nur fragmentarisch an- und ausgelegt. Bis heute findet man datenschutzrechtliche Einzelregelungen, etwa im Europol-Übereinkommen und im Schengen-Acquis.<sup>43</sup> Gleichzeitig hat der EU-Gesetzgeber aber einen Ansatz für eine Rahmenregelung gesucht, insbesondere mit dem Rahmenbeschluss 2008/977/JI vom 27.11.2008 über den Schutz personenbezogener Daten, die im Rahmen der polizeilichen und justiziel- len Zusammenarbeit in Strafsachen verarbeitet werden (RB Datenschutz).<sup>44</sup> Ge- meinsames Ziel aller Regelungen war es, einen Mindeststandard zum Schutz berech- tigter datenschutzrechtlicher Interessen von Betroffenen beim Informationsaustausch im Rahmen grenzüberschreitender Strafverfolgung zu etablieren. Das zeigen bei- spielhaft die Vorgaben für einen Austausch von Daten zwischen Europol und Dritt- staaten.<sup>45</sup> Die allgemeinen Rahmenregelungen werden zudem teilweise durch Son- derregelungen für spezielle Situationen modifiziert, etwa für die Zusammenarbeit zur Bekämpfung von Terrorismus und/oder durch neue Instrumente eines automa- tisierten Datenaustausches.<sup>46</sup> Insgesamt ist die Rechtslage sehr unübersichtlich.

## 2. Allgemeine Entwicklung des EU-Datenschutzrechtes

### a) Stärkung des Individualrechtsschutzes

Durch die Regelungen des EU-Vertrages von Lissabon (EUV)<sup>47</sup> sowie des Vertrages über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV)<sup>48</sup> und die Charta der Grundrechte der EU (EU-Grundrechtecharta)<sup>49</sup> hat der Individualrechtsschutz in allen Bereichen an Bedeutung gewonnen. Das zeigt sich auch im Bereich des Daten- schutzes. So statuiert etwa Art. 8 EU-Grundrechtecharta ein direkt anwendbares Grundrecht auf Datenschutz, das allen EU-Bürgern den Schutz personenbezogener

43 Zum Schengen-Acquis siehe GLESS, *supra* Fn. 39, Rn. 429. Zu den Datenschutzregelungen im Schengen- Acquis siehe EPINEY, *supra* Fn. 42, S. 121 ff.

44 ABl. L 350 vom 30.12.2008, 60.

45 SABINE GLESS & INGEBORG ZERBES, «Zusammenarbeit von Europol mit Drittstaaten und Dritt- stellen», in: Jürgen Wolter, Wolf-Rüdiger Schenke, Hans Hilger, Josef Ruthig & Mark Zöller (Hrsg.), *Alternativentwurf Europol und europäischer Datenschutz*, Heidelberg 2008, S. 346–363.

46 Vgl. etwa SABINE GLESS, «Abkommen vom 26. Juli 2007 zwischen der Europäischen Union und den Vereinigten Staaten von Amerika über die Verarbeitung von Flugdatensätzen (Passenger Name Records – PNR) und deren Übermittlung durch die Fluggesellschaften an das United States Department of Home- land Security (DHS) (FluggastdatenAbk EU–USA)», in: Wolfgang Schomburg, Otto Lagodny, Sabine Gless & Thomas Hackner (Hrsg.), *Internationale Rechtshilfe in Strafsachen, International Cooperation in Criminal Matters*, 5. Aufl., München 2012, S. 1306 ff.

47 ABl. C 115 vom 09.05.2008, 13.

48 ABl. C 115 vom 09.05.2008, 47.

49 ABl. C 364 vom 18.12.2000, 1.

Daten gegenüber jeder Unionsbehörde und jedem Mitgliedsstaat in der mitgliedstaatlichen Umsetzung des Unionsrechts gibt.<sup>50</sup>

Pionierarbeit für die Stärkung des Individualrechtsschutzes im Bereich des Datenschutzes haben zwei jüngere Entscheidungen des Europäischen Gerichtshofs (EuGH) geleistet: das Urteil zum «Recht auf Vergessen»<sup>51</sup> und das Urteil zur Safe-Harbour-Freizeichnungspolitik.<sup>52</sup> Beide EuGH-Entscheide beziehen sich per se nicht auf die Zusammenarbeit in den Bereichen Justiz und Inneres. Gleichwohl könnten sie dort langfristig eine grundsätzlichere Wirkung entfalten als andere einschlägige Rechtsregelungen,<sup>53</sup> gerade mit Blick auf Drittstaaten wie die Schweiz.

Durch das erstgenannte Urteil hat der EuGH den Internetkonzern Google dazu verpflichtet, Webseiten mit personenbezogenen Inhalten nicht mehr in einer Google-search-Ergebnisliste anzuzeigen, wenn Betroffene dies beantragen. Dieser EuGH-Entscheid hat auch in Staaten direkte Auswirkungen, die nicht Mitglied in der EU sind. Das zeigt die Google-Unternehmenspolitik: Obwohl das EuGH-Urteil nur in EU-Mitgliedsstaaten bindend ist, zog Google auch für die Schweiz praktische Konsequenzen, wohl um einen undurchsichtigen Flickenteppich in Europa zu vermeiden. Deshalb steht auch in der Schweiz ein Webformular zur Verfügung, mit dem die Entfernung von Ergebnissen aus der Suchmaschine beantragt werden kann,<sup>54</sup> damit der Suchzugriff auf bestimmte Artikel auf Antrag gesperrt werden kann.<sup>55</sup> Über ein Recht auf Vergessen hat der EuGH formal nur mit Blick auf eine bestimmte Situation der Websuche entschieden. Es stellt sich vor diesem Hintergrund aber ganz generell die Frage, welche Konsequenzen man langfristig etwa für das Vergessen von strafrechtlichen Verurteilungen in allen möglichen Formen der Informationsgenerierung und des Datenaustausches ziehen müsste; unabhängig davon, ob ein Erkenntnistransfer zwischen Privaten und Strafverfolgern oder zwischen unterschiedlichen staatlichen Stellen zum Zwecke der grenzüberschreitenden Strafverfolgung erfolgt.<sup>56</sup>

Das zweitgenannte EuGH-Urteil beendete eine Datenschutz-Freizeichnungspolitik, die zuvor durch die sog. Safe-Harbour-Regulatorien möglich war: U.S.-amerikanische Unternehmen, die Personendaten aus der EU bearbeiten (etwa soziale Netzwerke oder Internetdiensteanbieter), konnten sich darauf berufen, durch die

50 NORBERT BERNSDORF, in: Jürgen Meyer (Hrsg.), *Charta der Grundrechte der Europäischen Union*, 4. Aufl., Baden-Baden 2014, Art. 8 Rn. 18.

51 Urteil C-131/12 vom 13. Mai 2014, ECLI:EU:C:2014:317.

52 Urteil C-362/14 vom 6. Oktober 2015, ECLI:EU:C:2015:650.

53 Vgl. zum Urteil DANIEL HÜRLIMANN, «Das Google-Urteil des EuGH und die Entfernungspflicht von Suchmaschinen nach schweizerischem Recht», *sui-generis* 2014, S. 1 ff.

54 <<http://www.nzz.ch/schweiz/zwischenbilanz-von-google-1.18402393>>; <[http://www.edoeb.admin.ch/daten\\_schutz/00683/01173/index.html?lang=de](http://www.edoeb.admin.ch/daten_schutz/00683/01173/index.html?lang=de)>.

55 HÜRLIMANN, *supra* Fn. 57, S. 1 ff.

56 THOMAS HOEREN & CHRISTOPH BUCHMÜLLER, «Entwicklung des Internet- und Multimedia-rechts im Jahr 2013», *MultiMedia und Recht*, MMR-Beil. 01/2014, S. 1 ff.

Einhaltung von Safe-Harbour-Regelungen im eigenen Land ein angemessenes Datenschutzniveau bei Speicherung und Verarbeitung der Daten ausserhalb der EU zu wahren.<sup>57</sup> Praktisch bedeutete dies etwa, dass Facebook Personendaten aus Europa in den U.S.A. speichern und verarbeiten konnte, obwohl dort die einschlägigen Vorgaben gelten, etwa über den Zugriff von Strafverfolgungsorganen und Nachrichtendiensten, deren Praktiken nach den Enthüllungen durch Edward Snowden publik wurden. Nicht nur die EU, auch die Schweiz hatte mit den USA vor mehreren Jahren eine Safe-Harbour-Politik etabliert, die nach Aussage des Eidgenössischen Datenschutzbeauftragten (EDÖB) einen angemessenen Datenschutz gewährleistete, sofern sich Firmen der amerikanisch-schweizerischen Safe-Harbour-Regelung unterwarfen.<sup>58</sup> Der EuGH beendete diesen Umgang mit dem europäischen Datenschutz durch US-Firmen unter anderem mit dem Hinweis auf die Verpflichtung amerikanischer Unternehmen zur Zusammenarbeit mit staatlichen Stellen, welche mit europäischen Vorgaben kollidierten.<sup>59</sup> Als der EuGH einen Datenaustausch mit den USA nach den bis dahin geltenden Regelungen für ungültig erklärte, war die Zusammenarbeit zwischen der EU und der Schweiz gefährdet, so lange letztere an der Safe-Harbour-Praxis festhielt.<sup>60</sup> Am 22. Oktober 2015 teilte der EDÖB mit, dass auch das CH-USA-Safe-Harbour-Regelwerk für den Transfer von Personendaten aus der Schweiz in die USA keine ausreichende Rechtgrundlage mehr bilde.<sup>61</sup> Diese Entwicklung dürfte langfristig in verschiedener Hinsicht Auswirkungen auf den Datenaustausch im Bereich Justiz und Inneres haben, da nunmehr klargestellt erscheint, dass bestimmte europäische Mindeststandards gewährleistet sein müssen.<sup>62</sup>

b) EU-Vorgaben für den Datenschutz – im Bereich Justiz und Inneres

Im April 2016 wurde die neue Verordnung (EU) 2016/679 zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten, zum freien Datenverkehr

57 JENS AMBROCK, «Nach Safe Harbor: Schiffsbruch des transnationalen Datenverkehrs?», in: NZA 2015, S. 1493; TIMON GRAU & THOMAS GRANETZNY, «EU-US-Privacy Shield – Wie sieht die Zukunft des transnationalen Datenverkehrs aus?», 33 Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht (2016), S. 405 ff.

58 <<http://br-news.ch/faq-auswirkungen-des-eugh-urteils-zum-safe-harbor-abkommen-schweiz-deutschland>>.

59 Urteil C-362/14, *supra*, Fn. 52, Rn. 22; JOHANNES EICHENHÖFER, „e-Privacy im europäischen Grundrechtsschutz: Das ‚Schrems‘-Urteil des EuGH“, EuR 01/2016, S. 76.

60 Nach der Entscheidung der Kommission Nr. 2000/518/EG vom 26. Juli 2000 etwa geniesst die Schweiz den Status eines Drittlands mit angemessenem Schutzniveau, die USA hingegen nicht.

61 EDÖB, Nach Safe-Harbor-Urteil: Hinweise zur Datenübermittlung in die USA, 22. Oktober 2015, zuletzt aktualisiert am 28. Juni 2016, <[www.edoeb.admin.ch/daten-schutz/00626/00753/00970/01320/in-dex.html](http://www.edoeb.admin.ch/daten-schutz/00626/00753/00970/01320/in-dex.html)>; EDÖB, Weiterführende Hinweise zur Datenübermittlung in die USA, 28. Oktober 2015, zuletzt aktualisiert am 28. Juni 2016, <[www.edoeb.admin.ch/daten-schutz/00626/00753/00970/01325/in-dex.html](http://www.edoeb.admin.ch/daten-schutz/00626/00753/00970/01325/in-dex.html)>.

62 Vgl. IAN BROWN & DOUWE KORFF, «Foreign Surveillance: Law and Practice in a Global Digital Environment», 3 Eur. Human Rights L. Rev. (2014), S. 243 ff.

und zur Aufhebung der Richtlinie 95/46/EG (Datenschutz-Grundverordnung, DS-GVO) angenommen, mithilfe derer das europäische Datenschutzrecht an sich vereinheitlicht werden soll.<sup>63</sup> Die wohl im Laufe des Jahres 2018 in Kraft tretende Neuregelung löst die bisherige EG-Datenschutzrichtlinie RL 95/46/EG («zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten und zum freien Datenverkehr») ab, welche Ende der 90er-Jahre in die nationalen Rechtssysteme der Mitgliedstaaten umgesetzt wurde und von der Schweiz im Rahmen der Schengen-Assoziiierung implementiert wurde.<sup>64</sup> Die DS-GVO entfaltet als Verordnung automatisch in allen Mitgliedstaaten unmittelbar Geltung und ist direkt anwendbar. Damit wird ein einheitlicher Datenschutzstandard implementiert. Inwieweit die Schweiz die Regelungen der DS-GVO übernehmen muss, ist umstritten.<sup>65</sup> Sicher ist, dass alle Vorgaben umzusetzen sind, die schengen-relevant sind. Allerdings bezieht sich das Regelwerk ausdrücklich nicht auf Zusammenarbeit und Datenaustausch mit dem Ziel gemeinsamer Straftatenbekämpfung.<sup>66</sup>

Für diesen speziellen Bereich soll die neue Richtlinie 2016/680 zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten durch die zuständigen Behörden zum Zweck der Verhütung, Aufdeckung, Untersuchung oder Verfolgung von Straftaten oder der Strafvollstreckung sowie zum freien Datenverkehr (RL2016/680) gelten.<sup>67</sup> Als Richtlinie entfaltet dieser EU-Rechtsakt für den einzelnen prinzipiell (bis zum Ablauf der Umsetzungsfrist) keine unmittelbare Wirkung, sondern verpflichtet lediglich die einzelnen Mitgliedstaaten. Sie müssen die Richtlinien-Vorgaben so umsetzen, dass die Ziele der Richtlinie erreicht werden. Das heisst, sie müssen im Bereich der grenzüberschreitenden Zusammenarbeit eine angemessene Balance zwischen dem Schutz der Privatsphäre einzelner<sup>68</sup> und einem effizienten grenzüberschreitenden Datenaustausch finden, der eine wirkungsvolle Strafverfolgung ermöglicht.<sup>69</sup>

### 3. Auswirkungen der Entwicklung auf die Schweiz

Die neuere Entwicklung des EU-Datenschutzrechtes wird das Schweizer Recht zuvörderst über die Schengen-Zusammenarbeit beeinflussen, wobei hier die Wirkung noch von der – eingangs erwähnten – Neugestaltung des institutionellen Rahmens

63 Abl. EU L 119 vom 4.5.2016, 1.

64 SABINE GLESS, (siehe supra Fn. 35), EPINEY, supra Fn. 42, S. 121 f.

65 MIRA BURRI, RAHESCHÄR, «Die Reform der Datenschutzgesetzgebung der Europäischen Union: die wichtigsten Veränderungen und ihre Eignung für eine datengesteuerte Wirtschaft», EuZ 2016, S. 107 f.

66 Art. 2 Abs. 2 lit. e DS-GVO.

67 Abl EU L 119 v. 04.05.2016, 89.

68 Erwägungsgründe 1 und 2 RL2016/680.

69 Erwägungsgründe 4 und 7 RL2016/680.

abhängen dürfte. Bekanntlich handelt es sich bei der Schengen-Zusammenarbeit um eine sog. dynamische Kooperation: Die Schweiz implementiert nicht nur das Schengen-Recht, das zum Zeitpunkt des Beitritts existierte,<sup>70</sup> sondern integriert grundsätzlich den kompletten sich immer weiter entwickelnden Rechtsbestand in ihr Rechtssystem.<sup>71</sup>

#### a) Schengen-Acquis als Ausgangspunkt

*Rechtliche* Grundlage dafür bietet Art. 7 SAA.<sup>72</sup> Die Assozierung ist dynamisch auf die Weiterentwicklung der Zusammenarbeit für künftige Bedürfnisse angelegt.<sup>73</sup> Eine institutionalisierte Verpflichtung zur Übernahme künftiger Rechtsakte ist ungewöhnlich. Problematisch ist, dass bisher materielle Kriterien fehlen, anhand derer ein Rechtsakt eindeutig als «schengen-relevant» qualifiziert werden kann.<sup>74</sup> Es besteht faktisch ein politischer Spielraum.

Schengen-Recht wird von der Schweiz nach den allgemeinen Regeln ratifiziert. Die zuständigen Stellen informieren Rat und EG-Kommission<sup>75</sup> über die allfällige Annahme jedes neuen Rechtsaktes. Scheitert die Übernahme eines Schengen-Rechtsaktes in das eidgenössische Recht,<sup>76</sup> droht mit der sog. Guillotine-Klausel ein Beendigungsmechanismus, der zu einem Ausschluss aus der gesamten Schengen-Zusammenarbeit führen kann. Diese «Alles-oder-Nichts»-Politik folgt aus dem Ziel der Schengen-Zusammenarbeit: Integration in einem Rechtsraum. Ob resp. wann die Guillotine in der Praxis tatsächlich fallen würde, erscheint aber unklar: Als vorgängige Sicherung dient der Einigungsprozess im Gemischten Ausschuss.<sup>77</sup> Diesem Prozess fehlt es aber an einer adäquaten rechtlichen Struktur, da bereits abstrakt-generelle Kriterien fehlen, um Rechtsakte als «Änderung» oder «Ergänzung» des

70 Der Schengen-Acquis zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses ist in zwei Anhängen zum Vertrag festgehalten.

71 ROBERT ROTH & EMMANUEL BARBE AMIRDIVANI, «Sécurité et justice», in: Gilles de Kerchove, Anne Weyembergh (éds.), Brüssel 2008, S. 247.

72 Art. 2 Abs. 1–3 SAA, Botschaft, BBl 2004, S. 6130.

73 Gemäss Art. 17 SAA steht aber beiden Seiten ein Kündigungsrecht zu.

74 Dazu auch ASTRID ÉPINÉY, «Schengen, Dublin und die Schweiz», AJP 2002, S. 305; ASTRID ÉPINÉY, ANNEKATHRIN MEIER & ANDREA EGBUNA-JOSS, in: Daniel Thürer et al. (Hrsg.), Bilaterale Verträge I & II, Zürich 2007, Rn. 22 f.; NICOLE WICHMANN, «The Participation of the Schengen Associates: Inside or Outside?», 11 European Foreign Affairs Review (2006), S. 105.

75 Art. 7 Abs. 2 SAA; die Frist dafür beträgt 20 Tage.

76 Art. 7 Abs. 4 SAA; vgl. URSULA CASSANI, SABINE GLESS, PETER POPP & ROBERT ROTH, Chronique de droit pénal suisse dans le domaine international/Schweizerische Praxis zum Strafrecht im internationalen Umfeld (2007/2008), 19 Swiss Rev. Int'l & Eur. L. (SIZER/RSDIE) (2009), S. 59; EPINÉY, supra Fn. 79, S. 307.

77 Nach Art. 6 SAA. Der Gemischte Ausschuss setzt sich aus Vertretern der Schweiz, Liechtensteins, Norwegens und Islands, des Rates und der EG-Kommission zusammen, vgl. STEPHAN BREITENMOSER & ROBERT WEYENETH, Europarecht: unter Einbezug des Verhältnisses Schweiz–EU, 2. Aufl., Zürich 2014, Rn. 760.

Schengen-Acquis zu qualifizieren.<sup>78</sup> Langfristig ist für die Schweiz die frühe Einflussnahme auf die Rechtsetzung in der Schengen-Zusammenarbeit im Gemischten Ausschuss von grosser Bedeutung. Nach Art. 6 SAA sollen Schweizer Experten hier ihre Vorstellungen einbringen (*decision shaping*).<sup>79</sup> In den Abstimmungen über Annahme von Schengen-Recht, die auf EU-Ebene stattfinden, dürfen die Vertreterinnen und Vertreter der Schweiz nicht mitentscheiden, sondern fungieren als Beobachter (no decision making).<sup>80</sup>

In diesem ständig laufenden Entwicklungsprozess sind die jeweils aktuellen Rechtsgrundlagen oft nur schwer auffindbar, denn die geltenden Regelungen müssen parallel zur Evolution des Schengen-Acquis nachvollzogen werden, auch im Bereich Datenaustausch und Datenschutz.<sup>81</sup>

Der oben bereits erwähnte RB Datenschutz (B.1) gehört zum Schengen-Acquis und wurde für die Schweiz mit dem Bundesgesetz über die Umsetzung des Rahmenbeschlusses 2008/977/JI<sup>82</sup> umgesetzt. Die Umsetzung des Schengen-Datenschutzrechtes in das Schweizer Recht hat etwa die Unabhängigkeit der Datenschutzbeauftragten in den Kantonen befördert.<sup>83</sup> Der Schengen-Acquis umfasst spezielle Datenschutz- und Datensicherheitsvorschriften, welche selbst von einem unabhängigen Datenschutzbereich überwacht werden. Personen, die sich in Zusammenhang mit dem SIS in ihren Rechten beeinträchtigt sehen, können vor jedem Gericht eines Schengen-Staates klagen.<sup>84</sup>

78 Dazu etwa EPINEY, *supra* Fn. 75, S. 305; ASTRID EPINEY, ANNEKATHRIN MEIER & ANDREA EGBUNA-JOSS, *supra* Fn. 79, Rn. 22 f.; WICHMANN (*supra* Fn. 75), S. 105; sowie BERTHELET, *supra* Fn. 75, S. 242; STEPHAN BREITENMOSER, «Die Grundlagen der polizeilichen Zusammenarbeit Im Rahmen von Schengen», in: Stephan Breitenmoser, Sabine Gless & Otto Lagodny (Hrsg.), *Schengen in der Praxis*, Zürich 2009, S. 49.

79 Vgl. EPINEY, MEIER & EGBUNA-JOSS, *supra* Fn. 79, Rn. 35 f.

80 Art. 7 Abs. 1 Satz 1 SAA; vgl. auch CASSANI, GLESS, POPP & ROTH, *supra* Fn. 81, S. 58; BREITENMOSER, *supra* Fn. 83, S. 47 f.

81 Siehe dazu etwa GLESS, *Internationales Strafrecht*, 2. Aufl. Basel 2015, Rn. 474 und 475.

82 Bundesgesetz über die Umsetzung des Rahmenbeschlusses 2008/977/JI über den Schutz von Personendaten im Rahmen der polizeilichen und justiziellen Zusammenarbeit in Strafsachen vom 19.03.2010 (BBl 2010, 3387 ff.).

83 MARKUS SCHEFER & SANDRA STÄMPFLI, «Die Grundlagen des Datenschutzes im Rahmen von Schengen», in: Stephan Breitenmoser, Sabine Gless & Otto Lagodny (Hrsg.), *Schengen in der Praxis – Erfahrungen und Ausblicke*, Zürich, St. Gallen 2009, S. 135 ff.; BERNARD WALDMANN & ANDRE SPIELMANN, *Unabhängigkeit der Datenschutzaufsicht*, Zürich 2010, S. 28 ff.

84 Art. 111 SDÜ. Zur Weiterentwicklung vgl. Beschluss 2007/533/JI vom 12.06.2007 über die Einrichtung, den Betrieb und die Nutzung des Schengener Informationssystems der zweiten Generation (SIS II), ABl. L 205 vom 07.08.2007, 63.

### b) Entwicklungsperspektiven

Für die Zukunft stellt sich einerseits vor allem die Frage, wie sich die Vorgaben der RL2016/680 auf die grenzüberschreitende Zusammenarbeit insgesamt und die Schengen-Zusammenarbeit im Einzelnen auswirken werden. Man darf insofern auf die Umsetzung in das Schweizer (Datenschutz-)Recht gespannt sein.

Andererseits drängen sich verschiedene, darüber hinausgehende Fragen auf – mit Blick auf die Kohärenz des Datenschutzrechts insgesamt: Welche Bedeutung haben das Recht auf Vergessen (wie es im Google-Fall entwickelt wurde) oder die Safe-Harbour-Rechtsprechung für die Umsetzung von Datenschutzvorgaben in Drittstaaten wie der Schweiz? Denn im Internet haben nationale Grenzen kaum Wirkung. Wie kann der erstarkende Individualrechtsschutz langfristig überhaupt in den Schweizer Schengen-Kontext übersetzt werden?

Diese Fragen führen letztlich wieder zurück zu einer alten Grundsatzdiskussion, die bereits in Zusammenhang mit der Schweizer Schengen-Assoziierung um Anhang B des Assoziierungsbereinkommens geführt wurde. Danach «wendet [die Schweiz] den Inhalt der [...] aufgeführten Rechtsakte» an, zu denen auch die bereits erwähnte Datenschutzrichtlinie RL 95/46 gehört. Gestritten hat man darum, ob dies bedeutet, dass die Schweiz die RL 95/46 «flächendeckend» beachten müsse, also letztlich ebenso wie ein EU-Mitgliedstaat, oder ob sie deren Anwendung auf die von der Schengen-Assoziierung erfassten Bereiche beschränken könne.<sup>85</sup>

## C. Reform der Rechtsgrundlagen von Europol

Eine weitere für die Schweiz relevante Reform im Bereich des Europäischen Strafrechts betrifft das Europäische Polizeiamt (Europol).

### 1. Grundlegendes

Europol ist heute vor allem eine zentrale Datenaustauschstelle, die sich aber zunehmend mit moderner «Intelligence» beschäftigt, also nicht nur dem Austausch, der Speicherung und der Analyse polizeilicher Daten, sondern mit einer automatisierten Mustersuche in Big Data.<sup>86</sup> Ziel der Tätigkeit ist die Bekämpfung grenzüberschreitender Kriminalität, insbesondere organisierter Kriminalität und Terrorismus.<sup>87</sup> Die Schweiz kooperiert seit 2006 mit Europol auf einer vertraglichen Grundlage.<sup>88</sup> Euro-

85 EPINEY, supra Fn. 42, S. 121 ff.

86 Vgl. dazu etwa <<https://www.europol.europa.eu/content/page/intelligence-analysis-1852>>.

87 Vgl. etwa FRÉDÉRIC GISLER, La coopération policière internationale, Zürich 2009, S. 405 ff.; SABINE GLESS, «Europol», NStZ 2001, S. 623 f.

88 Abkommen zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und dem Europäischen Polizeiamt vom 24.09.2004 (SR 0.362.2).

pol arbeitet – mit Sitz in Den Haag – nach dem Europol-Beschluss von 2009 als Agentur der Europäischen Union.<sup>89</sup>

Ursprünglich entstand das Polizeiamt auf der Grundlage des Europol-Übereinkommens von 1995<sup>90</sup> als Institution der 3. Säule der EU.<sup>91</sup> Es war nie als europäisches FBI, sondern eher als eine (schon im Ausgangspunkt recht komplexe) Schaltstelle aller nationalen Polizeien geplant. Hier liegt auch das institutionelle Grundproblem: Europol wurde zwar von Anfang an jenseits der nationalen Ebenen eingerichtet, aber nicht in eine vergleichbare Verwaltungs- und Hierarchiestruktur auf europäischer Ebene integriert.<sup>92</sup> Damit fehlten auch effiziente Kontrollmechanismen. Der Lissaboner Vertrag setzt den Schritt in Richtung einer nunmehr zentralisierteren und effizienteren Polizeibehörde fort, der durch die Umwandlung in eine EU-Agentur begonnen wurde. Teil dieses Reformpakets ist eine konsequenterere Kontrolle Europols auf europäischer Ebene,<sup>93</sup> aber auch eine modernere Ausrichtung, was Arbeitsbereich und Arbeitsmethoden betrifft. Art. 88 AEUV skizziert den Weg vor,<sup>94</sup> der nun durch verschiedene Reformschritte sukzessive verwirklicht werden soll.

## 2. Reformen

Im vergangenen Jahr haben verschiedene EU-Instanzen sukzessive neue Regelungen für die Arbeit von Europol diskutiert und in bindende Regelungen gefasst, die am 1. Mai 2017 in Kraft treten sollen.<sup>95</sup> Dazu gehört eine Ausweitung der Befugnisse zur Bekämpfung von Terrorismus, Cyber-Kriminalität und anderen Straftaten,<sup>96</sup> ein vereinfachtes Vorgehen, um mit spezialisierten Teams rasch auf sich abzeichnende Bedrohungen zu reagieren,<sup>97</sup> spezifische Datenschutzregelungen.<sup>98</sup> Strittig bleibt das

<sup>89</sup> Beschluss des Rates vom 06.04.2009 zur Errichtung des Europäischen Polizeiamts (Europol-Beschluss), ABl. L 121 vom 15.05.2009, 37 (in Kraft seit 01.01.2010).

<sup>90</sup> Europol-Übereinkommen vom 26.07.1995, ABl. C 316 vom 27.11.1995, 1.

<sup>91</sup> Zu Europol etwa GÜNTER HEINE, Europol und Europäisierung des Rechts – Grundprobleme und Perspektiven, auch für die Schweiz, in: Andreas Donatsch, Marc Forster & Christian Schwarzenegger (Hrsg.), Strafrecht, Strafprozessrecht und Menschenrechte, Festschrift für Stefan Trechsel zum 65. Geburtstag, Zürich 2002, S. 237 ff.

<sup>92</sup> GLESS, *supra* Fn. 92, S. 625 ff.; STEVE PEERS, EU Justice and Home Affairs Law, 4. Aufl., Oxford 2016, S. 505 f.; vgl. auch GISLER, *supra* Fn. 92, S. 420 ff.

<sup>93</sup> Vgl. Art. 88 Abs. 2 AEUV.

<sup>94</sup> Art. 88 Abs. 2 lit. b AEUV; OLIVER SUHR, «Die polizeiliche und justizielle Zusammenarbeit in Strafsachen nach dem <Lissabon>-Urteil des Bundesverfassungsgerichts», 12 ZEuS (2009), S. 690 ff.

<sup>95</sup> Vgl. <<http://www.consilium.europa.eu/en/press/press-releases/2016/03/10-updated-rules-for-europol>>; <<https://www.europol.europa.eu/content/european-parliamentadopts-new-regulation-europol>>.

<sup>96</sup> SABINE GLESS, «Europol», in: Valsamis Mitsilegas et al (Hrsg.), Research Handbook on EU Criminal Law, Cheltenham, Northampton 2016, S. 465 f.

<sup>97</sup> Zu neuen Spezialeinheiten gehören etwa das European Counter Terrorism Centre (ECTC) und das European Union Internet Referral Unit (EU IRU).

<sup>98</sup> Der Rechtstext ist abrufbar unter <<http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+TA+P8-TA-2016-0215+0+DOC+XML+V0//EN>>.

konkrete Zusammenwirken von Europol und der Europäischen Ausbildungsakademie CEPOL.

Wie die einzelnen Schritte in Zukunft tatsächlich in die Praxis umgesetzt werden, insbesondere wie die parlamentarischen Kontrollinstrumente über Europol tatsächlich funktionieren werden, erscheint noch unklar. Gerade der Ausschuss für bürgerliche Freiheiten, Justiz und Inneres (LIBE<sup>99</sup>), war in den letzten Jahren ausserordentlich aktiv und hat sich mit vielen Initiativen positioniert – nicht zuletzt bei den Verhandlungen über die neue Ausgestaltung der Datenschutzregelungen bei Europol.<sup>100</sup>

Praktisch weitaus am interessantesten ist das Ziel, Europol – entsprechend der rechtspolitischen Agenda der EU – zu einem «Hub» des Informationsaustausches zwischen den nationalen Behörden der Mitgliedstaaten zu machen und es – in Zusammenhang mit dem neu etablierten European Cybercrime Centre (EC3) – mit neuen Intelligence-Instrumenten auszustatten.<sup>101</sup> Für diese Arbeit müssen die Datenschutzinstrumente entsprechend weiterentwickelt werden.<sup>102</sup> Nach den heutigen Datenschutzvorgaben wäre weder ein «Profiling» nach ethnischen Kriterien ausgeschlossen noch ist der Geist eines individualrechtsschützenden Datenrechtes gewahrt.<sup>103</sup>

Das neue hochgesteckte Ziel in Datenaustausch und Datenauswertung kann nur erreicht werden, wenn alle Mitgliedstaaten an einem Strang ziehen und entsprechendes Datenmaterial anliefern und bei der Verarbeitung kooperieren. In der Vergangenheit waren einige Mitgliedstaaten mit der Lieferung ihrer Daten zurückhaltend. Deswegen hat man neu ein Anreizsystem für Datenmeldungen von nationalen Behörden an Europol und ein Monitoring-System für den Datenaustausch etabliert.

Offen bleibt, wie das in dem Reformvorhaben konzipierte System in der Praxis umgesetzt werden soll. Ein solches Vorgehen lässt sich jedoch kaum mit dem bisherigen Verständnis auf EU-Ebene vereinbaren, das dem Datenaustausch mit dem Ziel der grenzüberschreitenden Bekämpfung von Straftaten zugrunde liegt. Das traditionelle Verständnis kommt unter anderem in dem Übereinkommen vom 29.05.2000 über die Rechtshilfe in Strafsachen zwischen den Mitgliedstaaten der EU (EU-

99 <<http://www.europarl.europa.eu/committees/en/libe/home.html>>.

100 Für weitere Informationen siehe: <[http://www.europarl.europa.eu/news/en/news-room/20151130I\\_PR05456/Europol-deal-on-new-powers-to-step-up-EU-police-cooperation-and-fight-terrorism](http://www.europarl.europa.eu/news/en/news-room/20151130I_PR05456/Europol-deal-on-new-powers-to-step-up-EU-police-cooperation-and-fight-terrorism)>.

101 GLESS supra Fn. 97, S. 472 ff.

102 Vgl. dazu etwa STEVE PEERS, The Reform of Europol: Modern EU Agency, or Intergovernmental Dinosaur? Data processing and data protection, of 18 June 2014, <<http://eulawanalysis.blogspot.ch/2014/06/the-reform-of-europol-modern-eu-agency.html>>.

103 Vgl. dazu etwa MARIE MARTIN, Growing Racism in the EU, not just a Member State Issue, June 2012, <<http://www.statewatch.org/analyses/no-196-eu-racism.pdf>>; grundsätzlich zur Problematik von polizeilichem Profiling: SABINE GLESS, Predictive Policing und Operative Verbrechensbekämpfung, in: Felix Herzog, Reinhold Schlothauer, Wolfgang Wohlers & Jürgen Wolter, Gedächtnisschrift für Edda Wesslau, Schriften zum Strafrecht, Berlin 2016 (im Erscheinen).

RhÜbk)<sup>104</sup> sowie dessen Zusatzprotokoll<sup>105</sup> zum Ausdruck: Dessen Art. 23 etabliert eine strikte Zweckbindung, die (nach Abs. 1) nur unter engen Voraussetzungen aufgelöst werden darf. Eine flächendeckende automatisierte Auswertung aller möglichen Daten wäre nach diesem Ansatz sicher nicht möglich.

Fraglich ist, wie sich die Schweiz mit ihren Verbindungsbeamten in einem so modernisierten Europäischen Polizeiamt einbringen wird. Die Zusammenarbeit zwischen den EU-Staaten richtet sich in bestimmten Bereichen von Justiz- und Polizeiarbeit immer weiter am Prinzip der gegenseitigen Anerkennung aus.<sup>106</sup> Dieses Prinzip gehört aber aus Sicht der Schweiz nicht zum Schengen-Acquis.<sup>107</sup> Mit der geplanten europäischen Intelligence-Polizeiarbeit betreten die EU-Mitgliedstaaten eine neue Dimension der Big-Data-Nutzung zur Strafverfolgung.

Nach dem Plan der EU soll der Datenabgleich über Europol komplett neu aufgestellt werden: Datenschutz soll einerseits durch einen «privacy by design»-Ansatz gewährleistet werden, also dadurch dass technischer Aufbau und Programmierung sich an den vordefinierten Datenschutzzielen orientieren.<sup>108</sup> Andererseits soll eine institutionalisierte Datenschutzaufsicht durch die eigenen Kontrollgremien von Europol und durch die Zusammenarbeit mit dem Europäischen Datenschutzbeauftragten einen Missbrauch bei der Datenverarbeitung verhindern.

In der Zukunft dürfte Europol insgesamt mehr Einfluss in der europäischen Kriminalpolitik gewinnen. Europol darf aber weiterhin – auch im Rahmen von Gemeinsamen Ermittlungsteams – nur in Absprache mit den Behörden der Mitgliedstaaten, deren Territorium betroffen ist, operativ tätig werden.<sup>109</sup> In die Schweiz können weiterhin keine Europol-Bediensteten als Teilnehmer einer Gemeinsamen Ermittlungsgruppe, die in der Schweiz ermittelt, entsandt werden. Denn dafür gibt es keine rechtliche Grundlage.<sup>110</sup> Gleichzeitig dürfte aber die Weiterentwicklung der Intelligence-Arbeit von Europol, an der das Fedpol durch Zusammenarbeit partizipiert, den Fortgang der Polizeiarbeit in diesem Bereich langfristig beeinflussen.

<sup>104</sup> ABl. C 197 vom 12.07.2000, 1.

<sup>105</sup> Protokoll vom 16.10.2001 zu dem Übereinkommen über die Rechtshilfe in Strafsachen zwischen den Mitgliedstaaten der Europäischen Union, ABl. C 326 vom 21.11.2001, 1.

<sup>106</sup> Vgl. dazu etwa KLIP, *supra* Fn. 43, 470 ff.; PEERS, *supra* Fn. 97, S. 474 ff.

<sup>107</sup> Art. 2 EU-RhÜbk; dazu LAURENT MOREILLON & ALINE WILLI-JAYET, *Coopération judiciaire pénale*, Basel 2005, 210 f.; GLESS, *supra* Fn. 50, III B, Art. 2 EU-RhÜbk, Rn. 1 ff.

<sup>108</sup> MIREILLE HILDEBRANDT, «Legal Protection by Design. Objections and Refutations», *Legisprudence* (2011), abrufbar unter [https://works.bepress.com/mireille\\_hildebrandt/43/](https://works.bepress.com/mireille_hildebrandt/43/).

<sup>109</sup> Art. 88 Abs. 3 AEUV, NADINE ZURKINDEN, *Joint Investigation Teams. Chancen und Grenzen von gemeinsamen Ermittlungsgruppen in der Schweiz, Europa und den USA*, Berlin 2013, S. 40 ff.

<sup>110</sup> ZURKINDEN, *supra* Fn. 114, S. 46.

## D. Fazit

Das Europäische Strafrecht stellt mit den neuen Entwicklungen im Bereich des Datenschutzes und dem Umbau von Europol die Schweiz vor neue Herausforderungen in der bilateralen Zusammenarbeit mit der EU und ihren Mitgliedstaaten. Von besonderem Interesse ist die Frage, ob es gelingen wird, die neueren Entwicklungen – etwa bei der Stärkung des Individualrechtsschutzes – so in das Rechtssystem der Schweiz zu verankern, dass den verschiedenen betroffenen Interessen Rechnung getragen wird und so eine nachhaltig tragende Kooperation auch in der Zukunft be werkstellt werden kann. Trotz der vielen Krisen in der EU ist man sich nämlich einig, dass die Zusammenarbeit im Bereich Justiz und Inneres eine Erfolgsgeschichte ist.

## III. Internationale Rechtshilfe in Strafsachen: Aus der Praxis der Gerichte der Schweizerischen Eidgenossenschaft (von Christian Sager)

Die vorliegende Übersicht will Praktikern den Zugang zur aktuellsten Rechtsprechung der Eidgenössischen Gerichte im Bereich der Rechtshilfe in Strafsachen erleichtern. Es wird folglich eine praxisorientierte Auswahl an Urteilen präsentiert, wobei der Schwerpunkt sachgemäß auf der Praxis des Bundesstrafgerichts liegt. Die Entscheide werden, wie in dieser Übersicht gebräuchlich, grundsätzlich nicht kommentiert.

### A. Auslieferung

#### 1. Leitentscheid zur Konkurrenz von Asyl- und Auslieferungsverfahren

Im Auslieferungsverfahren ist nur mit gutem Grund von den Sachverhaltsfeststellungen der Asylbehörden abzuweichen. Ein solcher Grund liegt bloss dann vor, wenn feststeht, dass die Auffassung der Asylbehörde unzureichend ist. Dieses Beweismass müssen entsprechende Abklärungen des Bundesamts für Justiz (BJ), das in der Schweiz für den erstinstanzlichen Auslieferungsentscheid zuständig ist, ohne jeglichen Zweifel erreicht haben. Diese hohe Schwelle verpflichtet das BJ dazu, im Zweifelsfalle eine gesicherte Entscheidgrundlage zu schaffen und entsprechende Abklärungen vorzunehmen, welche ein allfälliges Abweichen von den Entscheiden der Asylbehörden rechtfertigen könnten.<sup>111</sup>

111 Urteil des Bundesgerichts 1C\_274/2015 vom 12. August 2015, E.6.3.6. f.

Im vorliegenden Fall war ein türkischer Staatsangehöriger in der Türkei im Jahr 1989 wegen eines Mordes, begangen als «Blutrache», zu einer lebenslänglichen Freiheitsstrafe verurteilt worden. Der Verfolgte selbst gab an, das vorgeworfene Delikt nicht verübt zu haben, hingegen habe er als Sympathisant die kurdischen Rebellen der PKK unterstützt. Der Mord sei bloss vorgeschoben, um eine politische Verfolgung zu kaschieren. Er befand sich seit 1992 in der Schweiz, nachdem er sich dem türkischen Freiheitsentzug durch Flucht entzogen hatte. Ein erstes Asylbegehren war 1994 abgelehnt worden, da ein Ausschlussgrund der Flüchtlingseigenschaft nach Art. 1 (F) lit. b der Flüchtlingskonvention<sup>112</sup> vorlag; Schwerwiegende Gründe deuteten darauf hin, dass der Verfolgte ein nichtpolitisches Verbrechen ausserhalb des Aufnahmelandes begangen habe. Allerdings hatte er 1996 die vorläufige Aufnahme in der Schweiz erlangt. 2010 hatte ihm das damalige Bundesamt für Migration (BFM) ausserdem wegen Vorliegens eines persönlichen Härtefalls die Aufenthaltsbewilligung B erteilt. 2011 stellte die Türkei ein Auslieferungsersuchen an die Schweiz. Das BJ versetzte den Verfolgten kurzfristig in Auslieferungshaft, liess ihn allerdings gegen Kautions wieder frei. Es nahm anschliessend verschiedene eigene Abklärungen vor. Der Verfolgte stellte 2012 ein zweites Asylbegehren, welches das BFM am 29. Januar 2014 erneut ablehnte, wobei es gleichzeitig festhielt, es sei davon auszugehen, dass die Vorbringen des Verfolgten geeignet wären, materiell die Flüchtlingseigenschaft zu begründen. Dennoch sei diese aufgrund des Ausschlussgrundes des Art. 1 (F) lit. b der Flüchtlingskonvention nicht gegeben. Abschliessend erkannte das BFM, der Verfolgte könne nicht aus der Schweiz weggewiesen werden, da er über eine Aufenthaltsbewilligung B verfüge. Mit Auslieferungsentscheid vom 18. Juli 2014 bewilligte das BJ die Auslieferung an die Türkei unter Vorbehalt des Entscheids des Bundesstrafgerichts über die Einrede des politischen Delikts gemäss Art. 55 Abs. 2 IRSG.<sup>113</sup> Mit Entscheid vom 7. Mai 2015 verneinte das Bundesstrafgericht das Vorliegen eines politischen Delikts.<sup>114</sup> Das Bundesgericht hiess die dagegen erhobene Beschwerde teilweise gut. Trotz des politischen Kontexts der vorgeworfenen Tat wurde nicht deren grundsätzliche Qualifikation als gemeinrechtliches Delikt beanstandet,<sup>115</sup> sondern die Unterlassung des BJ, die beschriebenen Unklarheiten hinsichtlich einer gegen Art. 3 EMRK verstossenden Behandlung des Verfolgten in der Türkei vertieft abzuklären und auszuschliessen.<sup>116</sup> Es wies die Sache an das BJ zurück.

112 Abkommen über die Rechtsstellung der Flüchtlinge vom 28. Juli 1951, SR 0.142.30.

113 Bundesgesetz über internationale Rechtshilfe in Strafsachen vom 20. März 1981, SR 351.1.

114 Entscheid des Bundesstrafgerichts RR.2014.208 + RR.2014.227 vom 7. Mai 2015.

115 Vgl. Urteil des Bundesgerichts 1C\_274/2015 vom 12. August 2015, E.5.8.

116 Ibid., E.6.3.6.

## 2. Störung der Mutter-Kind-Beziehung kein Auslieferungshindernis

Das Recht auf Familienleben, welches sowohl von Art. 8 EMRK<sup>117</sup> als auch von Art. 13 Abs. 1 BV<sup>118</sup> gewährleistet wird, kann ein Auslieferungshindernis darstellen. Allerdings liegt diese Konstellation gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung nur in absoluten Ausnahmefällen vor, namentlich wenn die Auslieferung völlig disproportionale Auswirkungen auf das Familienleben des Verfolgten hätte. Das Bundesgericht hat diesen Fall etwa angenommen, als die hochschwangere und zu 100% invalide Ehefrau eines Verfolgten aufgrund dessen drohender Auslieferung in einen depressiv-suizidalen Zustand geriet. Die blosse Tatsache hingegen, dass die Auslieferung zu einer Störung der Mutter-Kind-Beziehung führen könnte, vermag gemäss der Perspektive des Bundesgerichts kein Auslieferungshindernis darzustellen. Diese Problematik wohne jeder Freiheitsstrafe inne und beinhalte demnach nicht per se die erwähnte Disproportionalität.<sup>119</sup>

In casu war eine portugiesische Staatsangehörige im Jahr 2011 in Portugal zu einer Freiheitsstrafe verurteilt worden. Im Jahr 2012 hatte sich die Person gemeinsam mit ihrem Kleinkind in der Schweiz niedergelassen. Portugal hatte im Juni 2014 die Auslieferung verlangt. Obwohl die Verfolgte die alleinerziehende Mutter eines inzwischen eingeschulten Kindes war, in einer Beziehung mit einem Schweizer lebte und in der Schweiz einer Arbeit nachging, konnte sie nach Portugal ausgeliefert werden. Entscheidend war für das Bundesgericht, dass das Kind in Portugal geboren worden war, es sich erst im Kindergarten befand und die portugiesische Grossmutter das Kind während der Ferien in der Schweiz betreute. Entsprechend sei dem Kind die Rückreise nach Portugal zuzumuten. Ausserdem hielt das Bundesgericht deutlich fest, dass die familiären Gründe in einem früheren Stadium des Auslieferungsverfahrens hätten vorgebracht werden müssen. Die Verfolgte hatte sie erst vor Bundesgericht angeführt.<sup>120</sup>

## 3. Verjährung als Auslieferungshindernis und prima-facie-Mordqualifikation

Ist die Schweiz in einem Auslieferungsverfahren der ersuchte Staat, wird grundsätzlich nach Art. 10 EAUe<sup>121</sup> in Verbindung mit Art. 5 Abs. 1 lit. c IRSG die Ausliefe-

117 Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten vom 4. November 1950, SR 0.101.

118 Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999, SR 101.

119 Urteil des Bundesgerichts IC\_173/2015 vom 27. April 2015, E.1.3.

120 Ibid., Sachverhalt sowie E. 1.2.

121 Europäisches Auslieferungsübereinkommen vom 13. Dezember 1957, SR 0.353.1.

rung nicht bewilligt, wenn die Tat nach schweizerischem Recht verjährt ist.<sup>122</sup> Ist vor diesem Hintergrund die Qualifikation einer Tat als Mord gemäss Art. 112 StGB<sup>123</sup>, der in der Schweiz nach 30 Jahren verjährt, in Abgrenzung zur vorsätzlichen Tötung gemäss Art. 111 StGB, wo die Verjährungsfrist in der Schweiz 15 Jahren beträgt, entscheidend, so kann nicht verlangt werden, dass die ersuchende Behörde die Tatvorwürfe bereits abschliessend mit Beweisen belegt. Vielmehr ist zu prüfen, ob der im Auslieferungsersuchen geschilderte Sachverhalt auf den ersten Blick (prima facie) die Tatbestandsmerkmale einer schweizerischen Strafnorm erfüllen würde, wäre er hier begangen worden. Grundsätzlich brauchen die Strafnormen in der Schweiz und im ersuchenden Staat nicht identisch zu sein. Ist jedoch die Mordqualifikation gemäss schweizerischem Strafrecht für die Frage der Verjährung entscheidend, so ist vom BJ zu prüfen, ob die im Sachverhalt geschilderte Handlung prima facie den schweizerischen Mordtatbestand zu erfüllen vermöge.<sup>124</sup>

#### 4. Bessere Resozialisierung als Kriterium bei der Überstellung gegen den Willen ?

Das Überstellungsübereinkommen<sup>125</sup> ermöglicht Ausländern, denen wegen der Begehung einer Straftat die Freiheit entzogen ist, die Strafverbüßung in deren Heimatstaat, wenn sowohl der Urteils- wie auch der Heimatstaat Mitglied des Überstellungsübereinkommens und beide mit der Überstellung einverstanden sind. Hauptziel dabei ist die bessere Resozialisierung des Verurteilten. Unter anderem darum bedarf die Überstellung grundsätzlich der Zustimmung des Verurteilten. Gemäss Art. 3 des Zusatzprotokolls<sup>126</sup> zum Überstellungsübereinkommen ist jedoch die Überstellung gegen den Willen des Verurteilten möglich, wenn sowohl der Urteils- als auch der Vollstreckungsstaat das Zusatzprotokoll ratifiziert haben. Ausserdem muss der Fall so gelagert sein, dass der Verurteilte Staatsangehöriger des Vollstreckungsstaates ist, ein rechtskräftiges Urteil vorliegt, zum Zeitpunkt des Eingangs des Ersuchens beim Vollstreckungsstaat eine Reststrafe von mindestens sechs Monaten zu vollstrecken ist, die Handlung in beiden Staaten strafbar ist und sich der Urteils- und der Vollstreckungsstaat auf die gemeinsame Resozialisierung des Verurteilten einigen.

<sup>122</sup> Zu beachten ist allerdings, dass gewisse bilaterale Verträge bereits heute die Prüfung der Verjährung nur nach dem Recht des ersuchenden Staates vorschreiben, vgl. z.B. den Auslieferungsvertrag mit den USA (SR 0.353.933.6) oder den Zusatzvertrag zum EAU mit Deutschland (0.353.913.61). Ausserdem hat die Bundesversammlung im Mai 2016 das Dritte und das Vierte Zusatzprotokoll zum EAU genehmigt. Diese werden voraussichtlich noch 2016 ratifiziert. Das Vierte Zusatzprotokoll sieht in Art. 1 ebenfalls vor, dass die Verjährung nur noch nach dem Recht des ersuchenden Staates zu prüfen sei; vgl. dazu die entsprechende Botschaft, BBI 2015 3963, 3973.

<sup>123</sup> Schweizerisches Strafgesetzbuch vom 21. Dezember 1937, SR 311.0.

<sup>124</sup> Entscheid des Bundesstrafgerichts RR.2014.333 + RP.2014.81 vom 21. Januar 2015, E.3.2. f.

<sup>125</sup> Übereinkommen vom 21. März 1983 über die Überstellung verurteilter Personen, SR 0.343.

<sup>126</sup> Zusatzprotokoll vom 18. Dezember 1997 zum Übereinkommen über die Überstellung verurteilter Personen, SR 0.343.1.

ckungsstaat auf die Überstellung geeinigt haben. Die Frage, ob der Verurteilte in seinem Heimatstaat tatsächlich die besseren gesellschaftlichen Reintegrationschancen hat, kann zumindest in jenen Fällen, wo der Verurteilte im Anschluss an den Strafvollzug ohnehin sein Aufenthaltsrecht in der Schweiz verlore, offenbleiben. Massnahmen, welche auf die Integration ausländischer Gefangener in das schweizerische Umfeld abzielen, sind nicht zweckmässig, wenn diese Gefangenen nach der Entlassung nicht in der Schweiz bleiben dürfen. In diesen Fällen muss die Wiedereingliederung ohnehin im Heimatstaat erfolgen, und so ist es generell sinnvoller, wenn die Strafe bereits in diesem verbüsst wird.<sup>127</sup>

## 5. Pflicht zur Überwachung von Garantien

Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung kann die Auslieferung selbst in Fällen bewilligt werden, wo die Gefahr besteht, dass der Verfolgte im ersuchenden Staat einer gegen Art. 3 EMRK verstossenden unmenschlichen oder erniedrigenden Behandlung ausgesetzt sein könnte, sofern diese Gefahr durch die Abgabe einer förmlichen Garantieerklärung des ersuchenden Staates ausgeschlossen werden kann.<sup>128</sup> Wird eine Auslieferung bloss unter entsprechenden Auflagen genehmigt, kommt dem Monitoring von deren Einhaltung eine entscheidende Bedeutung zu. Das Bundesstrafgericht hat vor diesem Hintergrund die Überwachung der Einhaltung der Garantien zu einem wesentlichen Bestandteil der einzuholenden Garantieerklärung erhoben.<sup>129</sup>

In einem Auslieferungsverfahren mit der Ukraine verlangte das Bundesstrafgericht vor diesem Hintergrund die explizite Garantie, dass Vertreter der Schweiz in der Ukraine den Ausgelieferten jederzeit, ohne Vorankündigung und ohne Kontrolle durch die Organe des ersuchenden Staates, in der Haftanstalt besuchen können. Zu diesem Zwecke seien die Schweizer Behörden laufend über dessen Haftort sowie unverzüglich über eine allfällige Verlegung zu informieren. Außerdem müsse sich der Ausgelieferte jederzeit an einen Vertreter der Schweiz in der Ukraine wenden können. Letztere wiederum müssten sich nach dem Verfahrensstand erkundigen und am Justizverfahren teilnehmen können. Schliesslich sei der schweizerischen Vertretung in der Ukraine ein Exemplar des Schlussentscheids im Verfahren gegen den Ausgelieferten zu übergeben.<sup>130</sup>

127 Entscheid des Bundesstrafgerichts RR.2014.297 + RP.2014.76 vom 21. April 2015, E.5.2.

128 Vgl. den Beitrag dieses Autors in der Chronique 2012, 23 Swiss Rev. Int'l & Eur. L. (SIZER/RSDIE) (2013), S. 491f., bestätigt u.a. in Entscheid des Bundesstrafgerichts RR.2014.328 vom 23. April 2015, E.5.2.2.

129 Entscheid des Bundesstrafgerichts RR.2014.328 vom 23. April 2015, E.5.2.6.

130 Ibid., E.5.2.5.

## B. Kleine Rechtshilfe

### 1. Zusammenspiel von IRSG und StPO bei der Siegelung

Gemäss Art. 80e Abs. 2 IRSG sind Zwischenverfügungen dann selbstständig anfechtbar, wenn sie durch die Beschlagnahme von Vermögenswerten und Wertgegenständen oder die Anwesenheit von Personen, die am ausländischen Prozess beteiligt sind, einen unmittelbaren und nicht wiedergutzumachenden Nachteil bewirken. Diese Regelung gilt abschliessend für alle Anordnungen der ausführenden Behörden im Rechtshilfeverfahren. Darunter fallen auch Entscheide des Entsiegelungsrichters. Nach konstanter Rechtsprechung handelt es sich beim Entsiegelungsentscheid in einem Rechtshilfeverfahren im Sinne von Art. 80e Abs. 2 IRSG *e contrario* grundsätzlich um eine nicht selbstständig anfechtbare Zwischenverfügung.<sup>131</sup>

Verkompliziert wird die Rechtslage allerdings durch den Verweis in Art. 9 IRSG auf die StPO<sup>132</sup>: Bei der Ausführung von Rechtshilfeersuchen richtet sich der Schutz des Geheimbereichs nach den Bestimmungen über das Zeugnisverweigerungsrecht. Für die Durchsuchung von Aufzeichnungen und die Siegelung gelten die Art. 246–248 StPO *sinngemäß*. Gemäss Art. 248 StPO sind Aufzeichnungen und Gegenstände, die nach Angaben der Inhaberin oder des Inhabers wegen eines Aussage- oder Zeugnisverweigerungsrechts oder aus anderen Gründen nicht durchsucht oder beschlagnahmt werden dürfen, zu versiegeln, und dürfen von den Strafbehörden weder eingesehen noch verwendet werden. Der Antrag auf Siegelung ist in unmittelbarem zeitlichem Zusammenhang mit der Sicherstellung der Aufzeichnungen oder Gegenstände zu stellen. Stellt die Strafbehörde nicht innert 20 Tagen ein Entsiegelungsgesuch, so werden die versiegelten Aufzeichnungen und Gegenstände der befreiteten Person zurückgegeben. Stellt sie hingegen ein solches Gesuch, so ist *darüber vom zuständigen Entsiegelungsgericht innert eines Monats zu entscheiden*.

Das Bundesstrafgericht hat dazu zunächst festgehalten, dass die sinngemäss Anwendung des Art. 248 StPO im Rechtshilfeverfahren bedeute, dass auch in diesem Verfahren grundsätzlich das Entsiegelungsgericht über den Schutz des Geheimnisbereichs zu entscheiden habe – und nicht etwa die ausführende Behörde selber. Abschliessend hat es aber einen grundlegenden Unterschied zwischen Straf- und Rechtshilfeverfahren erkannt: Während im Strafverfahren die Strafverfolgungsbehörde ohne Siegelung die fraglichen Aufzeichnungen und Gegenstände grundsätzlich durchsuchen kann, erhält im Rechtshilfeverfahren die ausländische Strafverfolgungsbehörde auch ohne Siegelung noch keinen Einblick. Schliesslich kann der Zwischenentscheid betreffend Entsiegelung gemäss Art. 80e Abs. 1 IRSG zusammen mit der Schlussverfügung beim Bundesstrafgericht angefochten werden.<sup>133</sup> Erst nach

<sup>131</sup> Entscheid des Bundesstrafgerichts RR.2014.280 + RP.2014.73 vom 15. Januar 2015, E.2.2.

<sup>132</sup> Schweizerische Strafprozessordnung vom 5. Oktober 2007, SR 312.0.

<sup>133</sup> Entscheid des Bundesstrafgerichts RR.2014.280 + RP.2014.73 vom 15. Januar 2015, E.2.3.

dessen positivem Entscheid werden die fraglichen Aufzeichnungen und Gegenstände an das Ausland herausgegeben.

Im Lichte dieser Erkenntnis hat das Bundesstrafgericht entschieden, der Entscheidungentscheid sei im Rechtshilfeverfahren weiterhin als nicht selbstständig anfechtbare Zwischenverfügung zu betrachten.<sup>134</sup>

## 2. Verwendung national erhobener Telefonprotokolle im Rechtshilfeverfahren

Gemäss Art. 18a Abs. 2 lit. a IRSRG kann die mit einem Rechtshilfeersuchen befasste schweizerische Staatsanwaltschaft im Rahmen der Ausführung des Ersuchens die Überwachung des Post- oder Fernmeldeverkehrs anordnen. Gemäss Abs. 3 dieser Bestimmung muss die Überwachung vom zuständigen Zwangsmassnahmengericht angeordnet werden und gemäss Abs. 4 richten sich die Voraussetzungen für die Überwachung nach den Art. 269–279 StPO.

Das Bundesstrafgericht hat entschieden, dass diese Regelung per analogiam auch für Fälle gelte, in welchen eine schweizerische Staatsanwaltschaft in einem nationalen Strafverfahren Informationen aus der Überwachung des Post- oder Fernmeldeverkehrs gewonnen hat – in casu Telefonprotokolle – und diese später in einem Rechtshilfeverfahren an das Ausland weitergeben möchte.<sup>135</sup> Sofern die entsprechende im nationalen Strafverfahren angeordnete Überwachungsmassnahme auch direkt aufgrund des Rechtshilfeverfahrens hätte angeordnet werden können, ist somit die Weitergabe der national erhobenen Beweismittel an das Ausland zulässig. Dies gilt auch für Zufallsfunde, sofern die Voraussetzungen des Art. 278 StPO eingehalten worden sind.<sup>136</sup>

## 3. Erforderliche Genauigkeit der Sachverhaltsdarstellung im Rechtshilfeersuchen

Gemäss Art. 28 Abs. 3 lit. a IRSRG in Verbindung mit Art. 10 IRSV<sup>137</sup> ist dem Rechtshilfeersuchen eine kurze Darstellung des wesentlichen Sachverhalts beizufügen, welche mindestens die Angaben über Ort, Zeit und Art der Begehung der Tat enthält. Diese Angaben müssen der ersuchten Behörde die Prüfung erlauben, ob die beidseitige Strafbarkeit gegeben ist, ob die Handlungen, für welche um Rechtshilfe ersucht wird, nicht politische oder fiskalische Delikte darstellen und ob die Verhältnismä-

134 Ibid., E.2.4.

135 Entscheid des Bundesstrafgerichts RR.2015.37–RR.2015.18 + RP.2015.5–RP.2015.6 vom 9. Februar 2015, E.5.3. sowie RR.2015.10–RR.2015.36 + RP.2015.3–RP.2015.4 vom 22. April 2015, E. 5.2.

136 Entscheid des Bundesstrafgerichts RR.2015.10–RR.2015.36 + RP.2015.3–RP.2015.4 vom 22. April 2015, E. 5.5.

137 Verordnung über die internationale Rechtshilfe in Strafsachen vom 24. Februar 1982, SR 351.11.

sigkeit gewahrt ist. Die Rechtsprechung stellt allerdings keine hohen Anforderungen an die Darstellung des Sachverhalts. Insbesondere kann von den Behörden des ersuchenden Staates nicht verlangt werden, dass sie den Sachverhalt des hängigen Strafverfahrens bereits lückenlos und völlig widerspruchsfrei darstellen können. Es kann ausserdem nicht erwartet werden, dass die Tatvorwürfe bereits abschliessend mit Beweisen belegt sind. Zu verlangen sind demnach bloss ausreichende Anhaltspunkte für das Vorliegen einer rechtshilfefähigen Straftat.<sup>138</sup>

Zur Prüfung der Verhältnismässigkeit hielt das Bundesstrafgericht fest, das Rechtshilfegericht trete keineswegs an die Stelle des Strafgerichts und nehme ebenso wenig inhaltlich eine Art Anklagezulassung vor,<sup>139</sup> sondern habe sich an den Grundsätzen der Art. 5 Abs. 2 sowie Art. 36 Abs. 3 BV zu orientieren. Es erkannte, die Rechtshilfemassnahmen müssten für ihren Zweck tauglich, erforderlich und massvoll sein, also nicht über das hinausgehen, was zu dessen Erreichung notwendig sei. Vor diesem Hintergrund habe die ersuchende Behörde aufzuzeigen, dass zwischen dem Gegenstand der Strafuntersuchung und den verlangten Rechtshilfemassnahmen eine ausreichende inhaltliche Konnexität bestehe und inwiefern diese Massnahmen für das hängige Strafverfahren potenziell erheblich seien.<sup>140</sup>

#### 4. Beschwerdelegitimation aufgelöster ausländischer Gesellschaften

Gemäss Art. 80b lit. b IRSG ist im Bereich der kleinen Rechtshilfe beschwerdelegitimiert, wer persönlich und direkt von einer Rechtshilfemassnahme betroffen ist und ein schutzwürdiges Interesse an deren Aufhebung oder Änderung hat.

In einem Rechtshilfeverfahren mit Frankreich stellte sich die Frage der Beschwerdelegitimation einer aufgelösten panamaischen Gesellschaft. In casu war unbestritten, dass die panamaische Gesellschaft von der Rechtshilfemassnahme – der Herausgabe von Kontoinformationen – als Kontoinhaberin persönlich und direkt betroffen war und sie ein schutzwürdiges Interesse an deren Aufhebung hatte.<sup>141</sup> Fraglich war hingegen die Prozessfähigkeit der an sich beschwerdelegitimierten Gesellschaft. Das Bundesstrafgericht stellte fest, dass die Frage der Prozessfähigkeit einer Gesellschaft weder im schweizerischen Rechtshilferecht noch im VwVG<sup>142</sup>, auf welches der Art. 39 Abs. 2 StBOG<sup>143</sup> für das Rechtshilfeverfahren verweist, geregelt ist. Demnach seien in der Sache die einschlägigen zivilrechtlichen Regelungen anzuwenden.

<sup>138</sup> BGE 136 IV 4, E.4.1. S. 8 sowie m.w.H. Entscheid des Bundesstrafgerichts RR.2014.275–277 vom 8. Juli 2015, E.4.3.

<sup>139</sup> Entscheid des Bundesstrafgerichts RR.2014.275–277 vom 8. Juli 2015, E.4.3.

<sup>140</sup> Ibid., E.4.6.

<sup>141</sup> Vgl. dazu explizit Art. 9a lit. a IRSV sowie Entscheid des Bundesstrafgerichts RR.2015.71–72 vom 12. August 2015, E.1.3.

<sup>142</sup> Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren vom 20. Dezember 1968, SR 172.021.

<sup>143</sup> Bundesgesetz über die Organisation der Strafbehörden des Bundes vom 19. März 2010, SR 173.71.

Da es sich bei der Frage der Beschwerdelegitimation einer aufgelösten panamaischen Gesellschaft in einem Rechtshilfeeverfahren zwischen der Schweiz und Frankreich eindeutig um einen internationalen Sachverhalt handle und kein Staatsvertrag Anwendung finde, sei das IPRG<sup>144</sup> anzuwenden. Gemäss Art. 154 Abs. 1 IPRG unterstehen Gesellschaften grundsätzlich dem Recht des Staates, nach dessen Vorschriften sie organisiert sind. Aus Art. 155 lit. c IPRG folgt ausserdem, dass dieses Recht insbesondere auch die Handlungs- und Prozessfähigkeit einer Gesellschaft bestimmt. Es war also zu prüfen, ob die Gesellschaft in jenem Moment, in welchem sie Beschwerde gegen die Rechtshilfemassnahme erhob, nach panamaischem Recht prozessfähig war. Das Bundesstrafgericht stellte bei seiner Analyse des panamaischen Gesellschaftsrechts fest, dass eine aufgelöste Gesellschaft nicht automatisch ihre Rechtspersonlichkeit verliert. Die detaillierte Prüfung der Rechtslage ergab, dass die fragliche Gesellschaft im entscheidenden Zeitpunkt nach panamaischem Recht prozessfähig war. Also sprach das Bundesstrafgericht der aufgelösten Gesellschaft die Beschwerdelegitimation zu.<sup>145</sup>

## 5. Überprüfung des Umfangs der Garantieerklärung

Wie im Bereich der Auslieferung besprochen, kann auch die Gewährleistung anderer Rechtshilfemaßnahmen an Auflagen geknüpft werden.<sup>146</sup> Das BJ teilt die verlangten Garantien dem ersuchenden Staat mit und hat anschliessend zu prüfen, ob die Erklärung des ersuchenden Staates den von der Schweiz verlangten Garantien genügt.<sup>147</sup> Die entsprechende Verfügung des BJ kann gemäss Art. 80*p* Abs. 4 IRSG innert zehn Tagen mit Beschwerde bei der Beschwerdekammer des Bundesstrafgerichts angefochten werden. Deren Entscheid ist endgültig.

In einem Rechtshilfeverfahren mit Burkina Faso hatte die Schweiz Garantien verlangt. Deren Inhalt und Umfang waren bereits Gegenstand eines früheren Beschwerdeverfahrens vor Bundesstrafgericht gewesen.<sup>148</sup> Im Rahmen des Beschwerdeverfahrens gestützt auf Art. 80*p* Abs. 4 IRSG hielt das Bundesstrafgericht daher fest, dessen Gegenstand sei nicht mehr die Frage der grundsätzlichen Gewährung der Rechtshilfe und auch nicht jene des Umfangs und des Inhalts der Garantien. Es gehe einzig um die Kontrolle der Verfügung des BJ hinsichtlich der Überprüfung, ob die Erklärung des ersuchenden Staates den zuvor durch die Schweiz verlangten Garantien – oder in der Sprache des IRSG den Auflagen – genüge.<sup>149</sup> In anderen Worten ist Gegenstand des Beschwerdeverfahrens nach Art. 80*p* Abs. 4 IRSG lediglich die

144 Bundesgesetz über das internationale Privatrecht vom 18. Dezember 1987, SR 291.

145 Entscheid des Bundesstrafgerichts RR.2015.71–72 vom 12. August 2015, E.1.3.2.

146 Vgl. supra, Punkt 5. zur Auslieferung, sowie Art. 80*p* Abs. 1 IRSG.

147 Art. 80*p* Abs. 2 und 3 IRSG.

148 Vgl. Entscheid des Bundesstrafgerichts RR.2011.181 vom 6. Oktober 2011.

149 Entscheid des Bundesstrafgerichts RR.2015.54 + RP.2015.9 vom 15. September 2015, E. 3.2.1.

Frage, ob die von der Schweiz verlangten und die vom ersuchenden Staat tatsächlich abgegebenen Garantien inhaltlich deckungsgleich sind. Dies kann vor dem Hintergrund allenfalls unterschiedlicher Landessprachen und zwischengeschalteter Übersetzungen durchaus problematisch sein.

#### IV. Le droit pénal international de la Suisse (par Robert Roth)

2015 a été une sorte d'année de transition. Sur le plan législatif, les deux seuls événements notables se situent dans le prolongement de nos précédentes chroniques: la convention sur les disparitions forcées a été définitivement ratifiée le 18 décembre 2015,<sup>150</sup> et les amendements au Statut de Rome, en particulier sur le crime d'agression, auxquels était consacrée la chronique l'an passé,<sup>151</sup> ont été définitivement ratifiés le 20 mars 2015.<sup>152</sup> Ils entrent en vigueur pour la Suisse le 10 septembre 2016.<sup>153</sup>

D'un autre côté, la Suisse a signé en 2015 le Protocole additionnel à la Convention du Conseil de l'Europe pour la prévention du terrorisme adopté le 19 mai 2015,<sup>154</sup> qui érige en infractions pénales un certain nombre d'actes, parmi lesquels la participation intentionnelle à un groupe terroriste, la réception d'un entraînement pour le terrorisme, le fait de se rendre à l'étranger à des fins de terrorisme et le financement ou l'organisation de ces voyages, et instaure un réseau de points de contact nationaux aux fins de permettre un échange rapide d'informations. Curieusement, dans son Plan d'action de politique étrangère pour la prévention de l'extrémisme violent d'avril 2016,<sup>155</sup> le Conseil fédéral ne dit rien de la ratification. Ce sera sans doute pour 2017 et que la procédure démarra en 2016. Il me semble plus adéquat de commenter dans cette chronique le Protocole en même temps que la mise en œuvre proposée par le Conseil fédéral.

Sur le plan judiciaire, l'année a été marquée par la condamnation d'Erwin Sperisen, qui a été confirmée en seconde instance cantonale, la Chambre pénale d'appel et de révision du canton de Genève ayant même retenu trois assassinats supplémentaires à l'encontre de l'ancien chef de la police nationale civile du Guatemala, soit dix exécutions extra-judiciaires en tout. Il convient de rappeler que le verdict s'appuie non pas sur l'exercice de la compétence universelle pour crimes internationaux (article 6 CP),

<sup>150</sup> FF 2015 8867. Le délai référendaire est échu le 9 avril 2016.

<sup>151</sup> 24 Swiss Rev. Int'l & Eur. L. (Szier/RSDIE) (2014), p. 452,

<sup>152</sup> BO CN 2015 178 et 599; BO CE 2015 301.

<sup>153</sup> <<https://www.eda.admin.ch/eda/fr/dfa/politique-exterieure/droit-international-public/respect-promotion/justice-internationale/justice-penale-internationale/aenderungen-des-roemer-statuts.html>>, consulté le 1<sup>er</sup> juillet 2016.

<sup>154</sup> <<http://www.coe.int/fr/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/217>>, consulté le 1<sup>er</sup> juillet 2016.

<sup>155</sup> <<https://www.admin.ch/gov/fr/accueil/documentation/communiques.msg-id-61283.html>>, consulté le 1<sup>er</sup> juillet 2016.

mais sur la compétence de représentation (ou de substitution)<sup>156</sup> tirée de la nationalité suisse de l'auteur et fondée sur l'article 7 CP ; cette condamnation n'en est pas moins importante dans le cadre du traitement judiciaire d'exécutions arbitraires, saisies en tant que violations du droit à la vie en droit international des droits de l'homme et qui peuvent être traitées par la justice pénale ordinaire à condition qu'elle puisse s'appuyer sur un titre de compétence indiscuté. L'affaire est maintenant devant le Tribunal fédéral ; elle fera l'objet d'un commentaire une fois rendu l'arrêt de notre cour suprême. S'agissant de l'activité de poursuite des crimes internationaux, on peut se référer à la page du rapport de gestion du Ministre public de la Confédération sur le « Centre de compétence droit pénal international ».<sup>157</sup>

<sup>156</sup> URSULA CASSANI & ROBERT ROTH, « Le juge suisse au service de la < communauté des peuples > ? Réflexions à propos des nouveaux articles 3 à 8 CP », in: Strafrecht, Strafprozessrecht und Menschenrechte: Festschrift für Stefan Trechsel, Zurich 2002, p. 449–475.

<sup>157</sup> <<https://www.news.admin.ch/message/index.html?lang=fr&msg-id=61364>>, p.23, consulté le 1<sup>er</sup> juillet 2016.