

Burgstaller/Nowak (Hg.)

Aut dedere aut iudicare

Fragen der internationalen Zusammenarbeit
in Auslieferungsverfahren



Recht

Symposium

Zur Anwendung des Prinzips „aut dedere aut iudicare“ in der Schweiz

1. Vorbemerkung

„Aut dedere aut iudicare“ – „Wer ihn hat, der muss ihn ausliefern oder (selber) richten.“ Dies ist ein althergebrachter Rechtshilfegrundsatz, der bis auf Hugo Grotius zurückgeführt wird („aut dedere aut punire“). Ursprünglich ging es vor allem darum, eigene Staatsangehörige nicht ausliefern zu müssen und gleichzeitig nicht als „safe haven“ für Rechtsbrecher zu erscheinen.¹

Im Laufe der Jahrhunderte hat sich der Rechtsgrundsatz weiter entwickelt und wirkt heute unterschiedlich in verschiedenen Modellen. So variiert das Verhältnis zwischen „dedere“ und „iudicare“ je nach Kontext und Deliktsart: Während im „Haager Modell“ keine Hierarchie zwischen „dedere“ und „iudicare“ anerkannt wird, gilt nach den „Genfer Konventionen“ regelmäßig der Vorrang des „iudicare“, wohingegen Auslieferungsverträge zwischen Staaten regelmäßig einen Vorrang des „dedere“ zu etablieren suchen.² Grundsätzlich gilt:

Will die Staatengemeinschaft verhindern, dass Rechtsbrecher sich durch Grenzübertritt ihrer Strafe entziehen, dann müssen sie Rechtsinstitute schaffen, die diese Situation adä-

* Besonderer Dank gilt meiner Assistentin Frau Dr. iur. Stephanie Eymann bei der Vorbereitung dieses Beitrages.

1 Ausführliche historische Aufarbeitung des Prinzips bei *Maierhöfer*, „Aut dedere – aut iudicare“ – Herkunft, Rechtsgrundlagen und Inhalt des völkerrechtlichen Gebotes zur Strafverfolgung oder Auslieferung (2006) S 54 ff.; zum Begriff auch *Bassiouni/Wise*, Aut Dedere aut Iudicare – The Duty to Extradite or Prosecute in International Law (1995) S 3 ff.

2 Zu den einzelnen Modellen ausführlich: *Maierhöfer*, „Aut dedere – aut iudicare“ (2006) S 354 ff.

quat regeln. Der vorliegende Beitrag beschränkt sich in diesem Zusammenhang vor allem auf zwei Fragenkomplexe:

- Wie ist die schweizerische Rechtshilfepraxis zu bewerten, die es erlaubt, Personen in ein Land auszuliefern, obwohl ernsthafte Gründe dafür sprechen, dass dem Ausgelieferten Verletzungen der Rechte nach der Europäischen Konvention vom 4. November 1950 zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten (EMRK) und dem Internationalen Pakt vom 16. Dezember 1966 über bürgerliche und politische Rechte (UNO-Pakt II) drohen, solange durch förmliche diplomatische Garantieerklärungen zugesichert wird, dass im konkreten Einzelfall die Menschen- und Verfahrensrechte der ausgelieferten Person respektiert werden?
- Wie sichert die Schweiz die Einhaltung der eingeholten Zusagen ab in einer Situation, in der eine effektive Kontrolle nach Auslieferung schwierig wenn nicht gar unmöglich ist?

Vorab soll aber die Position der Schweiz zum im Tagungsprogramm genannten Themenschwerpunkt der Stellung der Opfer im Auslieferungsverfahren skizziert werden.

2. Opferstellung ausländischer Opfer auch im Auslieferungsverfahren?

Es ist noch nicht einmal 50 Jahre her, dass man begonnen hat, anstelle der zweidimensionalen, dh rein zwischenstaatlichen, Sicht der Rechtshilfe zu einer dreidimensionalen Sichtweise überzugehen, die auch den von der Rechtshilfe-maßnahme Betroffenen in den Blick nimmt.³ Und es wäre sicherlich eine sehr positive Interpretation, wenn man sagen würde, dass diese Entwicklung bereits abgeschlossen ist. Tatsächlich hat man in der Schweiz jedoch dem Betroffenen, der ja häufig mit einem schweren Vorwurf bzw im Falle der Auslieferung mit schweren Nachteilen konfrontiert wird, eine

Rechtstellung eingeräumt, die materiell derjenigen des Beschuldigten in einem Strafverfahren entspricht. Man muss allerdings auch überlegen, welche Beschuldigtenrechte der Betroffene in einem Rechtshilfeverfahren tatsächlich braucht, denn es ist dies ja in der Regel kein *fact-finding*-Prozess, vielmehr geht es nur *prima facie* um die Frage, ob das Rechtshilfeersuchen begründet ist und ob es allenfalls Vorbehalte hierzu gibt.

Über diese Sichtweise hinaus nunmehr eine vierte Dimension der Rechtshilfe zu entwickeln und auch Opferrechte im Auslieferungsverfahren anzuerkennen, scheint noch ein recht langer Weg zu sein. Sicher ist, dass es Opferrechte in einem weiteren Sinne geben muss. Dies liegt gleichsam in der Luft, und man spürt in vielen Situationen, dass es dazu kommen wird. Ob man aber klug beraten ist, dies tatsächlich Opferrechte zu nennen, erscheint zweifelhaft. Denn ob jemand ein Opfer ist, muss ja zunächst belegt werden, es handelt sich also in einem Rechtshilfeverfahren immer erst um ein *mutmaßliches* Opfer. Angesichts der Besonderheiten des Rechtshilfeverfahrens erscheint es sehr schwierig, die Opferstellung in diesem Rahmen festzustellen. Was in der Schweiz bereits besteht, ist allerdings die Möglichkeit für Personen, die durch ein Rechtshilfeverfahren in ihren rechtlich begründeten Interessen betroffen sind und ein schutzwürdiges Interesse an der Änderung oder Aufhebung eines Entscheids haben, Rechtsmittel einzulegen (Art 80h lit.b IRSG). Hierzu gehört auch zwingend das Recht, orientiert zu werden, d.h. Akteneinsicht zu nehmen etc. (Art 65a; Art 80b Abs 1 IRSG). Allerdings spricht das Gesetz in diesen Fällen nicht von Opfern, sondern von Personen, die ein rechtlich begründetes Interesse haben.⁴ Gemäß Rechtsprechung des Bundesgerichts liegt ein schutzwürdiges Interesse nicht schon vor, „wenn jemand irgendeine Beziehung zum Streitobjekt zu haben behauptet.“⁵ Der angefochtene Entscheid muss den Beschwerdeführer in stärkerem Masse als die Allgemeinheit betreffen, „d.h. es ist eine vom einschlägigen

3 Maßgeblich hat Lagodny, Die Rechtsstellung des Auszuliefernden in der Bundesrepublik Deutschland (1987) S 4 f, und 11 ff. diese Perspektive entwickelt.

4 Popp, Grundzüge der internationalen Rechtshilfe in Strafsachen (2001) S 323 f.

5 BGE 1A.90/2004 vom 26.8.2004, E. 2.2.1.

Bundesrecht erfasste spezifische Beziehungsnähe vorausgesetzt.⁶ Daraus folgt ein Ausschluss der Beschwerdebefugnis bloß mittelbar betroffener Personen.

Der Grund für diese Entwicklung im schweizerischen Recht betreffend die rechtlich begründeten Interessen von Drittpersonen ist der Umstand, dass in der Schweiz sich Konten mit Geld befinden, die in einem Strafverfahren eine Rolle spielen. Es stellt sich häufig die Frage, wie mit deliktisch erlangten Vermögenswerten verfahren werden soll. Personengruppen, die man materiell als Opfer klassifizieren könnte, erheben häufig Anspruch auf Kompensation aus diesen Beträgen. Deshalb steht die Schweizer Justiz dann vor der Aufgabe zu entscheiden, welche Drittpersonen hierzu eigentlich qualifiziert sind.⁷ Und diese Verfahren zeigen, wie schwer es oft ist zu sagen, wer als Opfer angesehen werden muss, so dass Kompensation verlangt werden kann. Aber es zeigt auch, dass im Grundsatz anerkannt wird, dass eben Personen, die rechtlich betroffene Interessen haben, auch Rechte geltend machen können müssen.

3. Zusagen und Auflagen zur Ermöglichung der Auslieferung bei drohenden EMRK-Verletzungen

3.1. Rechtsgrundlagen in der Schweiz

3.1.1. Im Allgemeinen

Die Schweiz hat sich gegenüber vielen Staaten in multi- und bilateralen Verträgen zur Rechtshilfe verpflichtet. Innerstaatlich und im vertraglosen Rechtshilfeverkehr gilt das Bundesgesetz vom 20. März 1981 über internationale Rechtshilfe in Strafsachen (IRSG).⁸ Für den Rechtshilfeverkehr gelten darüber hinaus noch andere rechtliche Schranken:

6 BGE 1A.90/2004 vom 26.8.2004, E. 2.2.1.

7 So wurde im *Abacha-Fall* der Staat Nigeria als geschädigte Partei zugelassen, BGE 1A.157/2001 vom 7.12.2001, E. 5.

8 SR 351.1, abrufbar unter www.admin.ch.

Auslieferungersuchen an die Schweiz unterliegen (a) grundrechtlichen und völkerrechtlichen Verpflichtungen gegenüber den Betroffenen sowie (b) einer innerstaatlichen Überprüfung nach dem einschlägigen Rechtshilferecht (eben die genannten vertraglichen Vereinbarungen sowie IRSG, IRSV). Eine besondere Rolle spielen dabei EMRK, UNO-Pakt II und die Bundesverfassung, die ua einen *fair trial* garantieren und Folter und jede andere Art grausamer und unmenschlicher Behandlung oder Bestrafung verbieten.

Die in den Menschenrechtsverträgen (EMRK und UNO-Pakt II) verankerten Garantien sind auch in der Rechtshilfe verbindlich.⁹ Deshalb ist die Schweiz verpflichtet, Rechtshilfe zu verweigern, wenn die konkrete Gefahr besteht, die betroffene Person werde im ersuchenden Staat Opfer von Verletzungen dieser Menschenrechte – in erster Linie des Folterverbotes und des Diskriminierungsverbotes,¹⁰ aber auch der Garantie des *fair trial*.¹¹ Das gilt aufgrund des Vorrangs von zwingendem Völkerrecht (*ius cogens*) auch dann, wenn die Schweiz staatsvertraglich zur Leistung von Rechtshilfe verpflichtet ist und im Abkommen ein Menschenrechtsvorbehalt nicht ausdrücklich verankert ist.¹²

3.1.2. Rechtshilferechtliche Vorgaben und Schranken

Nach Art 2 lit a IRSG wird deshalb einem Ersuchen um Zusammenarbeit in Strafsachen nicht entsprochen, wenn angenommen werden muss, dass das Verfahren im Ausland die in der EMRK oder im UNO-Pakt II festgelegten Verfahrensgrundsätzen verletzt.

In diesen Fällen, in denen ernsthafte Gründe dafür sprechen, dass ein ersuchender Staat eine ausgelieferte Person nicht entsprechend den für die Schweiz insoweit verbindlichen grundrechtlichen und völkerrechtlichen Verpflichtungen

9 Cassani/Gless/Popp/Roth, Schweizerisches Internationales Strafrecht und Rechtshilfe in Strafsachen, SZIER 2009, S 68.

10 Art 3 EMRK, Art 7 UNO-Pakt II; Art 14 EMRK, Art 26 UNO-Pakt II. Entscheide zu den Verfahrensgarantien (Art 6 EMRK, Art 14 UNO-Pakt II) sind noch nicht ersichtlich.

11 Entscheid BStGer RR.2007.186 vom 30.4.2008, E. 4.1–4.2.

12 So aber Art 3 Ziff 2 EAÜ für die politische Verfolgung.

behandeln wird, verbietet sich eine Auslieferung, insbesondere wegen des *non-refoulement*-Grundsatzes.¹³ Eine Möglichkeit zur generellen Ausnahme von dieser Rechtsverpflichtung ist im IRSG nicht vorgesehen.

Allerdings erlaubt Art 80p IRSG die Möglichkeit der Gewährung von Rechtshilfe unter Auflagen im Einzelfall. Art 80p IRSG wurde durch die „Änderung des Rechtshilfegesetzes und des Bundesgesetzes zum Staatsvertrag mit den USA über gegenseitige Rechtshilfe in Strafsachen sowie den Bundesbeschluss über einen Vorbehalt zum Europäischen Übereinkommen über die Rechtshilfe in Strafsachen vom 29. März 1995“ eingefügt. Die Vorschrift ist jedoch nicht Teil der vorangestellten Allgemeinen Bestimmungen, sondern steht *unter dem 3. Titel „Andere Rechtshilfe“ – „Verfahren“*. Art 80p IRSG gehört also gesetzessystematisch grundsätzlich zum Verfahren der „kleinen Rechtshilfe“, nicht aber zu den Vorschriften über das Auslieferungsverfahren. Es fragt sich daher, ob Art 80p IRSG im Auslieferungsverfahren überhaupt anwendbar ist.

Das Bundesgericht hat dies bereits im Jahr 1997 (in BGE 123 II 511) – recht apodiktisch – bejaht. Es hat seine Rechtsprechung vor allem mit dem Verweis auf die Begründung des Gesetzgebers für die Einführung des Art 80p IRSG in der IRSG-Botschaft begründet:

„En effet, même si l'art. 80p EIMP ne mentionne que l'entraide, il ne fait aucun doute qu'il régit aussi l'extradition (cf. le Message du Conseil fédéral du 29 mars 1995, FF 1995 III p. 34/35).“¹⁴

Die Rechtsfortbildung wird ferner auf Art 37 Abs 3 IRSG gestützt, der explizit festhält, dass eine *Auslieferung abgelehnt wird*, „wenn der ersuchende Staat *keine Gewähr* bietet, dass der Verfolgte im ersuchenden Staat nicht zum Tode

verurteilt oder dass eine bereits verhängte Todesstrafe nicht vollstreckt wird oder der Verfolgte nicht einer Behandlung unterworfen wird, die seine körperliche Integrität beeinträchtigt.“ In einem *e contrario*-Schluss halten die Gerichte eine Auslieferung für zulässig, wenn der ersuchende Staat eben diese Gewähr bietet.¹⁵

Fraglich ist jedoch, ob eine solche Gewähr tatsächlich erlangt werden kann, insbesondere von einem Staat, von dem bekannt ist, dass er die Menschenrechte nicht wahrt.

3.2. Schweizerische Rechtspraxis

3.2.1. Frühere Rechtsprechung des Bundesgerichts

Das Bundesgericht hat in seiner älteren Rechtsprechung Rechtshilfe und insbesondere Auslieferung verweigert, wenn ernsthaft angenommen werden musste, dass der ersuchende Staat die Menschenrechte allgemein nicht einhielt.¹⁶ Bestand demgegenüber lediglich eine bestimmte Gefahr, wie zB die Befangenheit eines in einem Einzelfall tätigen Richters, so konnte eine Auslieferung bewilligt werden, wenn der ersuchende Staat eine Zusicherung abgab, die so ausgestaltet war, dass diese konkrete Gefahr abgewendet erschien.¹⁷

3.2.2. Heutige Haltung des Bundesgerichts

Heute gewährt das Bundesgericht in ständiger Praxis auch in menschenrechtlich heiklen Fällen Rechtshilfe – insbesondere auch Auslieferung – unter Auflage.¹⁸

So haben sich Schweizer Behörden in verschiedenen Fällen, in denen ernsthafte Gründe dafür sprachen, dass Aus-

13 Wehrenberg/Bernhard, Auslieferung trotz kritischer Menschenrechtslage – Einhaltung von Menschenrechten durch diplomatische Garantien? Jusletter 21.4.2008, Rz 7.

14 BGE 123 II 511 E.4a; BGE 1C.205/2007 vom 18.12.2007, E. 6.10.a.E.; Gesetzgebungsbotschaft: BBl 1995 III, S 33/34 in der deutschen Fassung.

15 BGE 1A.172/2006 vom 7.11.2005, E. 5.3; 1A.17/2005 vom 11.4.2005, E. 3.4; 1A.42/1998 vom 8.4.1998, E. 4c; 1A.159/1997 vom 30.7.1997, E. 3c). BGE 1C.205/2007 vom 18.12.2007, E. 6.10.

16 BGE 109 Ib 64 ff. (72), E. 6.b.

17 BGE 117 Ib 64 ff. (92), E. 5.f.: Zum Ganzen: Popp, Grundzüge der internationalen Rechtshilfe in Strafsachen (2001) S.254.

18 Wehrenberg/Bernhard, Auslieferung, Rz. 4; BGE 123 II 511 ff.

gelieferten Verletzungen der Rechte nach EMRK und UNO-Pakt II drohen, durch diplomatische Zusicherungen förmliche Garantieerklärungen bezüglich der Einhaltung der Grund- und Menschenrechte geben lassen, um eine Person aus der Schweiz auszuliefern.¹⁹ Solche Garantien verfolgen den Zweck, das Risiko einer drohenden Grundrechtsverletzung zu beheben oder auf ein so geringes Mass herabzusetzen, dass es nur noch als ein „theoretisches“ erscheint.²⁰ Die Schweizer Behörden versuchen so die Gratwanderung zwischen hohen Anforderungen an das Auslieferungsverfahren einerseits und dem Anspruch des Bundesgerichts andererseits, Rechtshilfe auch Ländern mit einem für unsere Vorstellung eher instabilen, undurchsichtigen und für Missbrauch anfälligen Rechtssystem zu gewähren.²¹

In concreto sieht das folgendermaßen aus:

a. Erlangung der Zusage und Durchsetzung

Sobald ernsthafte Gründe für den Verdacht bestehen, dass einer auszuliefernde Person im ersuchenden Staat konkret Verletzungen ihrer Grund- und Menschenrechte drohen, wird ein Verfahren in Gang gesetzt, um allenfalls eine förmliche Zusage auf Einhaltung der Menschenrechte zu erlangen.

Ob eine solche konkrete Gefahr besteht, prüft etwa das Bundesstrafgericht mit einer Kategorisierung der ersuchenden Staaten in drei Klassen:

Die *erste Klasse* wird gebildet aus denjenigen Staaten, in denen nach allgemeiner Erfahrung keine Menschenrechtsverletzungen geschehen, namentlich diejenigen der westlichen Welt.²²

19 Vgl BGE 1C.205/2007 vom 18.12.2007, E. 6.3.

20 BGE 1C.205/2007 vom 18.12.2007, E. 6.7.

21 Ziegler, Auslieferung an Kasachstan, Vereinbarkeit mit den Verpflichtungen der Schweiz unter der EMRK und dem UN-Pakt II im Rahmen des revidierten IRSG. Funktionale Immunität von Staatsverträgen, BGE 12.9.1997 (1A.160/1997), AJP 1998 S 855.

22 Cassani/Gless/Popp/Roth, Schweizerisches Internationales Strafrecht, SZIER 2009 S 68 f.

In die *zweite Kategorie* fallen Staaten, in denen nach allgemeinen Erkenntnissen zwar einerseits Menschenrechte verletzt werden, die sich aber andererseits einem Menschenrechtsvertrag angeschlossen haben und durch die entsprechenden Organe überwacht werden. Hier gilt die Vermutung, dass sie sich allenfalls an eine von ihnen förmlich abgegebene Zusicherung halten würden.

Die übrigen Staaten bilden die *dritte Klasse*; an sie wird auch nach Abgabe einer förmlichen Zusage nicht ausgeliefert.²³

Maßgeblich für die Abgrenzung zwischen der ersten und der zweiten Gruppe sind allgemein anerkannte Berichte über die Menschenrechtssituation im entsprechenden Land.²⁴ Die Einordnung eines ersuchenden Staates in die zweite oder die dritte Gruppe hängt von einer Prognose des Gerichts ab.²⁵

Anschließend prüft das Bundesamt für Justiz (BJ) oder das Gericht, ob resp. welche Zusagen vom ersuchenden Staat gemacht werden müssen, damit eine Auslieferung in Betracht kommt. Gegebenenfalls kann auch die Rechtsmittelinstanz, hier also das Bundesgericht, die Gewährung der Rechtshilfe an Auflagen knüpfen (Art 80p IRSG).²⁶ Diese werden dann dem ersuchenden Staat mitgeteilt.

Erklärt sich der ersuchende Staat grundsätzlich bereit, die Zusicherung zu geben, prüft das BJ oder das Gericht genau, ob die angebotene Zusage mit der eingeforderten übereinstimmt. Überprüft werden die Fehlerfreiheit der Übersetzung, eine amtliche Bescheinigung der Übersetzung, genaue An-

23 Entscheid BStGer RR.2008.18+33 vom 20.3.2008 E. 4.4, Entscheid BStGer RR.2008.47 vom 30.4.2008, E. 3.3, Entscheid BStGer RR.2008.180 vom 2.10.2008, E. 2.3.

24 Das Bundesstrafgericht stützt sich auf Berichte entsprechender zwischenstaatlicher (OSZE), überstaatlicher (UNICEF) oder nichtstaatlicher Organisationen und die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes: Entscheid BStGer RR.2008.18+33 vom 20.3.2008 (Moldova), E. 3.3–4.2.

25 Das Bundesstrafgericht deutete an, die Einordnung in die zweite Kategorie auch der Türkei, Russland, Albanien und Kasachstan zuzubilligen (Entscheid BStGer RR.2008.47 vom 30.4.2008 (Ukraine), E. 3.3, Entscheid BStGer RR.2008.180 vom 2.10.2008 (Ukraine), E. 2.4; BGE 134 IV 156, E. 6.8).

26 Vgl BGE 133 IV 134.

gabe des Absenders der Garantie, einwandfreie Übermittlungsnote etc.²⁷

Gibt der ersuchende Staat eine Zusage, so geht man von Schweizer Seite nach dem Vertrauensgrundsatz im Rechtshilfeverkehr davon aus, dass die Behörden des ersuchenden Staates ihren Garantieerklärungen nachkommen. Als Begründung dafür wird angeführt, dass sie ansonsten Gefahr liefen, dass zum einen künftig Rechtshilfe an den eine Zusage brechenden Staat (nicht nur von der Schweiz) verweigert werde, und dass zum zweiten diplomatische Konsequenzen gezogen würden.²⁸ In einem Fall, in dem ein ersuchendes Land eine Zusage nicht eingehalten hat und die Schweizer Behörden Kenntnis davon erlangt haben, hat die Schweiz keine Auslieferungersuchen in dieses Land mehr genehmigt.²⁹

Wird Rechtshilfe an eine Zusage geknüpft, so muss das BJ in enger Zusammenarbeit mit dem Departement für auswärtige Angelegenheiten (EDA) sicherstellen, dass die schweizerische diplomatische Vertretung die Einhaltung der Garantien überwacht.³⁰ Gemäß Rechtsprechung ist davon auszugehen, dass im konkreten Einzelfall nur ausgeliefert werden darf, wenn konkret die Möglichkeit besteht, dass die Schweizer Botschaft zur Überprüfung der Zusage im Einzelfall vor Ort Kontrollen durchführen kann (wie Beobachtung des Strafverfahrens, unangekündigte Haftbesuche etc.).³¹

Der ersuchende Staat kann gemäß Art 80p Abs 2 IRSG in der gesetzten Frist die Annahme oder Ablehnung einer solchen Auflage erklären, sie jedoch nicht abändern.³²

Insgesamt gilt es zu beachten, dass es immer um einen konkreten Einzelfall geht, in dem es bestimmte Menschenrechte und Verfahrensgarantien zu wahren gilt, die generelle

Einhaltung von Menschenrechten im ersuchenden Staat ist nach dieser Rechtspraxis aus Schweizer Sicht für die Gewährung von Rechtshilfe resp. die Auslieferung nicht erforderlich und auch nicht gefordert.³³ Das Bundesgericht hat sich mit der an seiner Rechtsprechung betreffend die Zusagepraxis geübten Kritik (insbesondere durch die Menschenrechtsorganisationen) vertieft im Urteil BGE 134 IV 156 auseinandergesetzt und ausdrücklich daran festgehalten.

b. Inhaltliche Anforderungen an die Zusage

Die Zusagen müssen als Garantie der Achtung der Menschenrechte in jedem Einzelfall so wirksam wie möglich ausgestaltet werden.³⁴ So genügte etwa im Falle eines Ersuchens um Auslieferung an einen Staat, in dem der ernsthafte Verdacht bestand, dass der auszuliefernden Person Verletzungen ihrer Grund- und Menschenrechte drohen, die Abgabe folgender Zusicherung nicht:

„Die Haftbedingungen dürfen nicht unmenschlich oder erniedrigend im Sinne von Art 3 EMRK sein; die physische und psychische Integrität der ausgelieferten Person muss gewahrt sein (vgl auch Art 7, 10 und 17 des UNO-Pakts II). Die Gesundheit des Häftlings muss in angemessener Weise sichergestellt werden, insbesondere mittels Zugang zu genügender medizinischer Versorgung. Die diplomatische Vertretung der Schweiz ist berechtigt, die ausgelieferte Person ohne jegliche Überwachungsmaßnahmen zu besuchen. Die ausgelieferte Person hat jederzeit das Recht, sich an diese zu wenden.“³⁵

Vielmehr muss aus der Zusage auch noch klar hervorgehen,

„dass die diplomatische Vertretung der Schweiz das Recht haben muss, den Beschwerdeführer jederzeit

27 Entscheid BStGer RR.2008.54 vom 13.5.2008 (www.admin.ch); Urteile des Bundesgerichts 1A.268/2005 vom 17.11.2005, E. 4.2; 1A.240/1999 vom 17.3.2000, E. 2b.

28 BGE 1A.4/2005 vom 28.2.2005, E. 4.5.

29 Vgl BGE 134 IV 156, E. 6.6.3 und 6.12.

30 BGE 134 IV 156 (1C_205/2007), Urteil vom 18.12.2007; E. 6.14.6; BGE 123 II 511 E. 7c am Schluss S. 525; Urteil 1A.4/2005 vom 28.2.2005 E. 4.6).

31 BGE 1A.149/2004 vom 20.7.2004.

32 BGE 1A.320/2005 vom 23.1.2006.

33 BGE 1A.149/2004 vom 20.7.2004, E. 4.3.

34 BGE 134 IV 156 (1C_205/2007), Urteil vom 18.12.2007; 6.14.

35 Vgl BGE 134 IV 156 (1C_205/2007), Urteil vom 18.12.2007; 6.14.

und unangemeldet zu besuchen. Eine solche Zusicherung ist nach der Rechtsprechung erforderlich.³⁶

Aus Sicht der Schweizer Behörden soll so vermieden werden, dass Behörden des ersuchenden Staates die schweizerische diplomatische Vertretung gegebenenfalls so lange hinhalten, bis Spuren einer menschenrechtswidrigen Behandlung beseitigt sind.

In einer Zusicherung ist zudem von den zuständigen Behörden zu verlangen,

„dass sie der schweizerischen diplomatischen Vertretung den Ort der Inhaftierung des Beschwerdeführers bekannt geben und sie die schweizerische Vertretung über eine allfällige Verlegung des Beschwerdeführers in ein anderes Gefängnis unverzüglich orientieren.“³⁷

Denn die schweizerische diplomatische Vertretung muss jederzeit wissen, wo sie den Beschwerdeführer finden kann.³⁸

Im Weiteren ist die Auslieferung von der Zusicherung abhängig zu machen, dass der Beschwerdeführer das Recht hat, mit seinem Wahl- oder Officialverteidiger uneingeschränkt und unbewacht zu verkehren.³⁹

Der Schutz des Beschwerdeführers kann schliesslich dadurch verstärkt werden, dass auch seinen Angehörigen das Recht eingeräumt wird, ihn im Gefängnis zu besuchen.⁴⁰

36 BGE 134 IV 156 (1C_205/2007), Urteil vom 18.12.2007; 6.14; vgl a. BGE 133 IV 76 E. 4.8 S. 91; 123 II 511 E. 6c S. 523; Urteile 1A.4/2005 vom 28.2.2005 E. 4.3 und 4.6; 1A.149/2004 vom 20.7.2004 E. 4.3; 1A.118/2003 vom 26.6.2003 E. 4.4; 1A.75/1993 vom 18.3.1994 E. 5b; 1A.195/1991 vom 19.3.1992 E. 5e.

37 BGE 134 IV 156 (1C_205/2007), Urteil vom 18.12.2007; 6.14.

38 BGE 134 IV 156 (1C_205/2007), Urteil vom 18.12.2007; 6.14.2 (BGE 122 II 373 E. 2d S. 380; Urteile 1A.172/2006 vom 7.11.2006 E. 5.2; 1A.75/1993 vom 18.3.1994 E. 5b).

39 BGE 134 IV 156 (1C_205/2007), Urteil vom 18.12.2007; 6.14.4 ebenso BGE 133 IV 76 E. 4.2 S. 86 und E. 4.7 S. 90 f.; Urteile 1A.13/2007 vom 9.3.2007 E. 3.5; 1A.172/2006 vom 7.11.2006 E. 5.2; 1A.184/1997 vom 16.9.1997 E. 4e und f.

40 BGE 134 IV 156 (1C_205/2007), Urteil vom 18.12.2007; 6.14.5; (ebenso Urteil 1A.13/2007 vom 9.3.2007 E. 3.5). 6.15.

Bei drohenden unmenschlichen Haftbedingungen, insbesondere bei Gefahr einer unzureichenden medizinischen Versorgung, bedarf es nicht nur einer pauschalen Zusicherung, dass die Haftbedingungen des Auszuliefernden nicht unmenschlich oder erniedrigend im Sinne von Art 3 EMRK sein dürfen und seine physische und psychische Integrität gewahrt sein muss (vgl Art 7, 10 und 17 UNO-Pakt II). Darüber hinaus muss konkret zugesichert werden, dass die Gesundheit des Auszuliefernden sichergestellt wird und der Zugang zu genügender medizinischer Betreuung, insbesondere den notwendigen Medikamenten, gewährleistet ist.⁴¹

Auch in diesem Falle muss die diplomatische Vertretung der Schweiz ermächtigt werden, den Ausgelieferten jederzeit und unangemeldet ohne jegliche Überwachungsmassnahmen zu besuchen. Dem Auszuliefernden ist zudem das Recht einzuräumen, sich jederzeit an die diplomatische Vertretung der Schweiz zu wenden.⁴²

Die zuständigen Behörden müssen der diplomatischen Vertretung der Schweiz den Ort der Inhaftierung des Ausgelieferten bekannt geben. Wird er in ein anderes Gefängnis verlegt, müssen die Behörden die diplomatische Vertretung der Schweiz unverzüglich über den neuen Ort der Inhaftierung informieren.⁴³

Die Einhaltung der Zusicherung ist darüber hinaus dadurch abzusichern, dass auch den Angehörigen des Auszuliefernden ein Besuchsrecht einzuräumen ist.⁴⁴

Die eingeholten diplomatischen Zusagen müssen wirksam ausgestaltet sein. Das heisst unter anderem:

- die konkrete menschenrechtliche Situation in dem ersuchenden Staat muss zunächst umfänglich abgeklärt werden;
- damit eine förmliche Zusage der zuständigen Behörden erlangt werden kann, in deren Obhut die auszuliefernde Person stehen wird,

41 Entscheid BStGer RR.2008.54 vom 13.5.2008.

42 Entscheid BStGer RR.2008.54 vom 13.5.2008.

43 Entscheid BStGer RR.2008.54 vom 13.5.2008.

44 Entscheid BStGer RR.2008.54 vom 13.5.2008.

- die formell einwandfrei ist und korrekt die von den Schweizer Behörden oder Gerichten geforderten Zusagen enthält und
- konkret überprüfbar ist, etwa durch die Botschaft durch Kontrolle vor Ort (wie Beobachtung des Strafverfahrens, unangekündigte Haftbesuche ohne Überwachung etc)
- und in der inhaltlich die im konkreten Einzelfall notwendigen Auflagen betreffend Haft, Durchführung des Strafverfahrens etc hervorgehen.

3.3. EGMR-Judikatur

Auch der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR) hat in strittigen Auslieferungsfällen bei der Beurteilung, ob ein ersuchter Staat mit einer Auslieferung Art 3 EMRK verletze, diplomatische Zusicherungen als Garantie für die Einhaltung von Grund- und Menschenrechten grundsätzlich berücksichtigt.⁴⁵ Dabei ist immer die konkrete Situation im Einzelfall maßgeblich. So kann eine Zusage in bestimmten Fällen eine ausreichende Garantie darstellen, in anderen nicht.⁴⁶ Die grundsätzliche Anerkennung einer durch diplomatische Garantien abgesicherte Auslieferungspraxis in Staaten, bei denen begründet die Vermutung besteht, dass Grund- und Menschenrechte der Ausgelieferten verletzt werden könnten, durch den EGMR ist vor dem Hintergrund dieser einzelfallorientierten und differenzierten Beurteilung und auch der Kritik an bestimmten Modalitäten der Auslieferungspraxis zu verstehen.⁴⁷ Unstreitig ist, dass das Bestehen innerstaatlicher Gesetze und die Ratifikation völkerrechtlicher Verträge allein nicht als Schutz gegen unmenschliche

Behandlung ausreichen, insbesondere, wenn vertrauenswürdige Quellen über Folter berichten.⁴⁸

3.4. Bewertung in der Rechtswissenschaft

Die Schweizer Rechtspraxis, nach der Personen an Staaten ausgeliefert werden, obwohl im Einzelfall ernsthafte Gründe dafür sprechen, dass die Grund- und Menschenrechte der ausgelieferten Person im ersuchenden Staat verletzt werden könnten, ist in der Rechtswissenschaft umstritten:

Manche Autoren erläutern die Rechtsfortbildung und beschreiben die Rechtspraxis ohne weiteren Kommentar⁴⁹ oder bejahen deren Notwendigkeit ohne kritische Hinterfragung.⁵⁰

Andere Rechtswissenschaftler kritisieren diese Praxis heftig. Ihres Erachtens ist die Rechtsfortbildung des Bundesgerichtes in verschiedener Hinsicht fehlerhaft: Zum einen wird in Abrede gestellt, dass Art 80p IRSG im Wege des Analogieschlusses auf die große Rechtshilfe übertragen werden könne,⁵¹ denn die Lücke im Gesetz sei weder planwidrig noch könne die Regelung des Art 80p IRSG vom Sinn und Zweck her auf die Auslieferung übertragen werden. Zum anderen wird moniert, dass eine solche Rechtsfortbildung unzulässigerweise nur die Interessen der an der Rechtshilfe beteiligten Staaten berücksichtige, nicht aber die schutzwürdigen Interessen der betroffenen Person.⁵² Letzteres Bedenken greife bei drohender Folter oder unmenschlicher Behandlung immer durch, da diplomatische Zusicherungen diese Rechtsverpflichtung aus zwingendem Völkerrecht nicht

45 Vgl EGMR vom 10.08.2006, *Olachea vs Spain*, § 30 ff.; EGMR vom 4. Februar 2005, *Mamadkulov and Askarov vs Turkey*, § 56 ff. = Recueil Cour EDH 2005 – I S. 225; EuGRZ 2005, 357; vgl a. BGE 1C.205/2007 vom 18.12.2007, E. 6.5.

46 EGMR vom 15.11.1996, *Chahal vs. United Kingdom* § 72 ff. = Recueil Cour EDH 1996 – V 1831.

47 Vgl etwa EGMR vom 15.11.1996, *Chahal vs United Kingdom* § 72 ff. = Recueil Cour EDH 1996 – V 1831.

48 EGMR vom 24.2.2009, *Ben Khemais vs Italien*, Nr. 246/07; dazu Caroni, Die Praxis des Europäischen Gerichtshofes für Menschenrechte im Bereich des Ausländer- und Asylrechts, in: Achermann Alberto et al: Jahrbuch für Migrationsrecht 2008/2009, S 243 f.

49 Moreillon, Entraide internationale en matière pénale, commentaire Romand (2004) Art. 80p, Rz 1.

50 Zimmermann, La coopération judiciaire internationale en matière pénale (3. Aufl., 2009) N. 317.

51 Insb Wehrenberg/Bernhard, Auslieferung, Rz 12 ff.

52 Popp, Grundzüge der internationalen Rechtshilfe in Strafsachen (2001) S 255.

abbedingen könnten. Eine Verpflichtung aus Staatsvertrag oder Rechtshilfegesetz muss gegenüber einer Verpflichtung aus *ius cogens* zurücktreten.⁵³

Kritik an der Schweizer Zusicherungspraxis kommt auch aus dem UNO-Hochkommissariat für Menschenrechte. Denn die Einforderung einer Zusicherung, etwa im Einzelfall nicht zu foltern, enthalte zugleich die Annahme, dass im ersuchenden Staat das Risiko von Folter etc. bestehe. Diese Annahme sei aber nach dem *non-refoulement*-Grundsatz Grund genug, nicht auszuliefern.⁵⁴ Zudem sei das Abstellen auf den konkreten Einzelfall problematisch, denn dadurch werde akzeptiert, dass die Verletzung von Menschenrechten als Normalfall weiterhin besteht. Diverse Menschenrechtsorganisationen haben deshalb die Staaten des Europarates aufgefordert, auf diplomatische Zusicherungen zu verzichten.⁵⁵

Die Kritik greift jedenfalls in denjenigen Fallkonstellationen durch, in denen die Gefahr der Verletzung zwingenden Völkerrechts besteht. Denn ist eine Person erst einmal ausgeliefert worden, ist eine Kontrolle der Auflagen zwar noch (bedingt) möglich, faktisch werden Strafverfahren und Haftumstände aber durch den anderen Staat bestimmt.

Gleichwohl bleibt der Konflikt bestehen, denn es lässt sich nicht ohne weiteres rechtfertigen, dass ein mutmaßlicher Rechtsbruch gar nicht verfolgt wird. Das wäre aber die Konsequenz, wenn die Voraussetzungen von Art 85 Abs 1 lit a-c IRSG nicht erfüllt sind. Dies erscheint dann stoßend, wenn das Unrecht der Tat in der Schweiz grundsätzlich nicht *per se* bestritten wird. Letztlich würde so die Entstehung zufälliger „safe havens“ begünstigt.

3.5. Schlussbetrachtung

Das Schweizer Bundesgericht hat den Konflikt zwischen Auslieferungsverpflichtung einerseits und Auslieferungshindernis andererseits folgendermassen beschrieben:

53 Wehrenberg/Bernhard, Auslieferung, Rz 77 bzgl Möglichkeit nach EAUE auszuliefern.

54 Wehrenberg/Bernhard, Auslieferung, Rz 34.

55 Dazu: Wehrenberg/Bernhard, Auslieferung, Rz 37 f.

„[Es] gibt ... Fälle, in denen zwar ernsthafte Gründe für die Annahme bestehen, dass der Verfolgte im ersuchenden Staat einer menschenrechtswidrigen Behandlung ausgesetzt sein könnte, dieses Risiko aber mittels diplomatischer Garantien behoben oder jedenfalls auf ein so geringes Maß herabgesetzt werden kann, dass es als nur noch theoretisch erscheint. Ein solches theoretisches Risiko einer menschenrechtswidrigen Behandlung kann, da es praktisch immer besteht, für die Ablehnung der Auslieferung nicht genügen. Sonst wären Auslieferungen überhaupt nicht mehr möglich und könnten sich Straftäter durch Grenzübertritt vor der Verfolgung schützen.“⁵⁶

Auch wenn der Hinweis auf den Konflikt sowie der Ansatz einer Differenzierung nach Fallgruppen grundsätzlich zutreffend erscheint, ist fraglich, ob eine solche Feststellung wirklich alle betroffenen Interessen adäquat berücksichtigt resp. ob sie der dreidimensionalen Betrachtung des Rechtshilfeverfahrens im Lichte der Menschenrechte gerecht wird.

Rechtshilfe tangiert nicht nur die Beziehung der beteiligten Staaten, sondern hat immer auch Auswirkungen auf die betroffenen Einzelpersonen. Rechtshilfe findet ihre Grenze deshalb etwa an den Vorgaben des zwingenden Völkerrechts, wozu das Verbot der Folter und sonstiger menschenunwürdiger Behandlung zu zählen ist.

Besteht der Verdacht einer Verletzung der Rechte nach EMRK oder UNO-Pakt II im ersuchenden Staat, sind die heute bestehenden gesetzlichen Vorgaben an sich klar: insbesondere Art 2 lit a IRSG legt fest, dass einem Ersuchen um Rechtshilfe nicht entsprochen wird. Auch gemäß Art 37 Abs 3 IRSG wird eine Auslieferung abgelehnt, wenn der ersuchende Staat keine Gewähr bietet, die dort genannten Strafen oder Maßnahmen nicht zu vollziehen. Fraglich bleibt, ob eine solche Gewähr überhaupt geboten werden kann. Aus Verlautbarungen von Menschenrechtsorganisationen geht hervor, dass es nicht oder nur unter ganz besonderen Bedingungen möglich ist, die Einhaltung einer solche Zusi-

56 BGE 134 IV 156 S 170.

cherung jenseits der Schweizer Staatsgrenze in jeder Polizeistation, in jedem Durchgangsgefängnis, in jeder Haftanstalt zu überprüfen. Der Trend, Rechtshilfe auch für solche Länder regelmäßig unter Auflage zu gewähren, ist deshalb sehr problematisch und bedarf in jedem Fall einer genauen Prüfung des Einzelfalls.