

SZIER

Schweizerische Zeitschrift
für internationales
und europäisches Recht

RSDIE

Revue suisse
de droit international
et européen

22. Jahrgang

3/2012

22^e année

L'impact du droit étranger et international sur les systèmes juridiques nationaux

LUKAS HECKENDORN URSCHELER

La Convention de Lugano devant la Cour internationale de Justice: L'affaire Belgique c. Suisse

CHRISTIAN KOHLER

Le juge national, interlocuteur privilégié de la Cour de justice de l'Union européenne

LJUPCHO GROZDANOVSKI & ARACELI TURMO

Praxisberichte / Chroniques

Chronique de droit pénal suisse dans le domaine international (2011)

Schweizerische Praxis zum Strafrecht im internationalen Umfeld (2011)

(CAPUS, CASSANI & GLESS) – **Rechtsprechung zum internationalen Sachen-,**

Schuld-, Gesellschafts- und Zwangsvollstreckungsrecht (SCHWANDER) –

La pratique suisse relative aux droits de l'homme 2011 (HOTTELIER & MARTENET)

Swiss Review
of International
and European Law

Schulthess §

Rivista svizzera
di diritto internazionale
e europeo

Inhaltsübersicht/ Table des matières

Aktuell/Actualité

LUKAS HECKENDORN URSCHELER

L'impact du droit étranger et international sur les systèmes juridiques nationaux – comparaisons de développement juridique 429

Artikel/Article

CHRISTIAN KOHLER

La Convention de Lugano devant la Cour internationale de Justice:
L'affaire Belgique c. Suisse 441

LJUPCHO GROZDANOVSKI & ARACELI TURMO

Le juge national, interlocuteur privilégié de la Cour de justice de l'Union européenne 487

Praxis/Chronique

NADJA CAPUS, URSULA CASSANI & SABINE GLESS

Chronique de droit pénal suisse dans le domaine international (2011)
Schweizerische Praxis zum Strafrecht im internationalen Umfeld (2011) 505

IVO SCHWANDER

Rechtsprechung zum internationalen Sachen-, Schuld-,
Gesellschafts- und Zwangsvollstreckungsrecht 535

MICHEL HOTTELLIER & VINCENT MARTENET

La pratique suisse relative aux droits de l'homme 2011 563

Chronique de droit pénal suisse dans le domaine international (2011)

Schweizerische Praxis zum Strafrecht im internationalen Umfeld (2011)

par **Nadja Capus**¹, **Ursula Cassani**² & **Sabine Gless**³

Table des matières / Inhaltsverzeichnis

- I. La coopération avec les juridictions pénales internationales
- II. Les instruments internationaux en matière pénale et leur transposition en droit suisse (par Ursula Cassani)
 - A. La ratification de la Convention du Conseil de l'Europe sur la cybercriminalité
 - B. L'approbation et la mise en œuvre de la Convention du Conseil de l'Europe sur la lutte contre la traite des êtres humains
 - C. L'approbation et la mise en œuvre du Protocole de l'ONU sur les armes à feu
 - D. La procédure de consultation portant sur l'approbation et la mise en œuvre de la Convention de Lanzarote
 - 1. Les modifications proposées en matière d'incriminations
 - 2. L'application du principe de l'universalité unilatérale
 - 3. La renonciation à une adaptation en matière de responsabilité de l'entreprise
 - E. La signature de la Convention du Conseil de l'Europe sur la contrefaçon des produits médicaux et les infractions similaires menaçant la santé publique
 - F. Le rapport du GRECO sur la Suisse
 - G. Les instruments bilatéraux
- III. Die Schweiz und Europäisches Strafrecht: Informationsaustausch als Instrument europäischer Strafverfolgung (von Sabine Gless)
 - A. Allgemein
 - B. Traditioneller Informationsaustausch im Schengen-Rahmen
 - C. Informationsaustausch auf der Grundlage gegenseitiger Anerkennung: RB Informationsaustausch
 - 1. Grundsatz
 - 2. Ablehnungsgründe
 - 3. Die Rechtsstellung der betroffenen Individuen
 - D. Modifizierter Informationsaustausch im Schengen-Rahmen?
 - E. Umsetzung durch die Schweiz
 - F. Perspektive: Bedeutung des Informationsaustausches

¹ SNF-Professorin, Universität Basel.

² Professeure ordinaire, Université de Genève, Juge à la Cour d'appel du pouvoir judiciaire de Genève, avocate.

³ Ordinaria, Universität Basel.

- IV. Internationale Rechtshilfe in Strafsachen: Aus der Praxis des Bundesstrafgerichts und des Bundesgerichts (von Nadja Capus)
- A. Ausgewählte Entscheidungen des Bundesgerichts
 1. Fristenwahrung bei vorhandener Banklagernd-Vereinbarung
 2. Vermögenseinzziehung und Herausgabe trotz fehlender Verurteilung
 3. Klärung von Zuständigkeiten bei Entsiegelungsgesuchen
 - B. Ausgewählte Entscheidungen des Bundesstrafgerichts zur Rechtshilfe
 1. Vermögenssperrern zuhanden von Ägypten
 2. Individualrechtliche Rüge der Verletzung des Spezialitätsprinzips
 3. Beschwerdelegitimation auch ohne Erfordernis eines unmittelbaren und nicht wiedergutzumachenden Nachteils
 4. Beschwerdelegitimation gegen die Herausgabe von Einvernahmeprotokollen
 5. Meldeverbot und Melderecht der Bank
 6. Beidseitige Strafbarkeit
 - a) Geldwäscherei und Nachweis der Vortat
 - b) Betrug
 - c) Prozessbetrug
 - C. Ausgewählte Entscheidungen des Bundesstrafgerichts zur Auslieferung
 1. Wahrung der Mindestrechte der Verteidigung
 2. Widerruf der Zustimmung in die vereinfachte Auslieferung

I. La coopération avec les juridictions pénales internationales

L'année 2011 n'a pas donné lieu à des développements importants dans le domaine de la coopération de la Suisse avec les juridictions pénales internationales, mis à part le fait que notre pays assure, depuis le 12 décembre 2011, l'une des vice-présidences du Bureau de l'Assemblée des Etats Parties au Statut de Rome. Il y est représenté par l'ambassadeur Markus Börlin. Par ailleurs, l'on ne saurait passer sous silence le fait qu'en été 2011, Robert Roth, coauteur de cette chronique pour les années 2007 à 2009, a été nommé juge au Tribunal spécial pour le Liban, dont il préside la Chambre de première instance.

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

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

Le 18 mars 2011, l'Assemblée fédérale a adopté l'Arrêté fédéral portant approbation et mise en œuvre de la Convention du Conseil de l'Europe sur la cyber-

criminalité.⁴ Conclue à Budapest le 23 novembre 2001, cette convention est en vigueur sur le plan international depuis le 1^{er} juillet 2004.

Le référendum n'ayant pas été demandé dans le délai au 7 juillet 2011, cette convention a été ratifiée le 21 septembre 2011 et est applicable en Suisse depuis le 1^{er} janvier 2012.

Les rares modifications du droit suisse, également entrées en vigueur le 1^{er} janvier 2012, concernent la rectification d'une maladresse législative dans la définition de l'élément subjectif du « *hacking* » à l'art. 143^{bis} CP,⁵ l'ajout d'un al. 2 à l'art. 143^{bis} CP, réprimant des actes préparatoires, et la création, à l'art. 18b EIMP,⁶ d'une base légale permettant la transmission à l'étranger de données relatives au trafic informatique avant la clôture de la procédure d'entraide.

Pour un aperçu plus complet des obligations découlant de la convention et de la manière dont elles ont été transposées en droit suisse, le lecteur est prié de se reporter à notre précédente chronique.⁷

B. L'approbation et la mise en œuvre de la Convention du Conseil de l'Europe sur la lutte contre la traite des êtres humains

La procédure parlementaire concernant cette convention internationale et sa transposition en droit suisse a également déjà été évoquée dans notre précédente chronique.⁸ Elle a abouti, le 23 décembre 2011, à l'adoption de l'Arrêté fédéral portant approbation et mise en œuvre de la Convention du Conseil de l'Europe sur la lutte contre la traite des êtres humains.⁹ Sur le plan international, cette convention, conclue à Varsovie le 16 mai 2005 (STCE 197), est entrée en vigueur le 1^{er} février 2008.

La transposition en droit suisse des obligations découlant de la convention nécessite la création d'un dispositif de protection des témoins en dehors de ce-

⁴ Arrêté fédéral portant approbation et mise en œuvre de la Convention du Conseil de l'Europe sur la cybercriminalité du 18 mars 2011, FF 2011 2587; RO 2011 6293; cf. aussi le Message relatif à l'approbation et à la mise en œuvre de la Convention du Conseil de l'Europe sur la cybercriminalité du 18 juin 2010, FF 2010 4275.

⁵ Code pénal suisse du 21 décembre 1937, RS 311.0

⁶ Loi du 20 mars 1981 sur l'entraide pénale internationale, RS 351.1.

⁷ 21 RSDIE (2011), p. 515–517.

⁸ 21 RSDIE (2011), p. 518–520.

⁹ FF 2012 125. Cf. aussi le Message concernant l'approbation et la mise en œuvre de la Convention du Conseil de l'Europe sur la lutte contre la traite des êtres humains et la loi sur la protection extraprocédurale des témoins, du 17 novembre 2010, FF 2011 1, à l'appui du projet d'Arrêté fédéral portant approbation et mise en œuvre de la Convention du Conseil de l'Europe sur la lutte contre la traite des êtres humains (10.097), FF 2011 97.

lui qui existe déjà dans le contexte procédural. L'Arrêté fédéral du 23 décembre 2011 traduit cette exigence par l'introduction d'une Loi fédérale sur la protection extraprocédurale des témoins (Ltém).¹⁰ Les Chambres fédérales ont adopté le projet gouvernemental sans modifications de fond, mais avec quelques retouches formelles.

Le délai référendaire au 13 avril 2012 n'ayant pas été utilisé, il est prévu que la nouvelle Ltém entre en vigueur au 1^{er} janvier 2013. Le 18 janvier 2012, un projet d'ordonnance y relative a été mis en consultation.¹¹

C. L'approbation et la mise en œuvre du Protocole de l'ONU sur les armes à feu

Le 25 mai 2011, le Conseil fédéral décida de soumettre au Parlement un Message relatif à l'approbation et à la mise en œuvre du Protocole de l'ONU sur les armes à feu (Projet I) et à la modification de la Loi sur les armes (Projet II).¹² Les deux projets furent adoptés par les Chambres fédérales le 23 décembre 2011.¹³ Le référendum n'a pas été demandé dans le délai au 13 avril 2012.

Le «Protocole contre la fabrication et le trafic illicites d'armes à feu, de leurs pièces, éléments et munitions (Protocole de l'ONU sur les armes à feu)», conclu à New York le 31 mai 2001, constitue le troisième Protocole additionnel à la Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée de 2000. Il a pour but de combattre la criminalité transnationale organisée dans le domaine de la fabrication et du trafic illicites d'armes à feu, par des instruments préventifs et répressifs, comprenant notamment le marquage individuel des armes à feu, leur contrôle à l'exportation, importation et transit, la collaboration dans le traçage, l'application de sanctions pénales en cas de fabrication ou trafic illicites, de manipulation illicite du marquage, ainsi que la confiscation.

Le premier acte législatif adopté, reprenant sans modifications le Projet I du Conseil fédéral, emporte la ratification et la mise en œuvre de ce protocole, qui entraîne une première série de modifications de la législation suisse en matière d'armes (LArm).¹⁴ L'Office central des armes est chargé de gérer un fichier relatif au marquage et de traiter les demandes de traçage concernant les armes à

¹⁰ FF 2012 127; RS 312.2.

¹¹ Le projet d'ordonnance (Otém) et le rapport explicatif y relatif sont disponibles sur les pages internet du Département fédéral de justice et police, avec un communiqué du Conseil fédéral du 18 janvier 2011, <http://www.ejpd.admin.ch/content/ejpd/fr/home/dokumentation/mi/2012/2012-01-180.html>.

¹² FF 2011 4217.

¹³ Arrêté fédéral, FF 2012 143; modification de la LArm, FF 2012 83.

¹⁴ Loi fédérale du 20 juin 1997 sur les armes, les accessoires d'armes et les munitions (Loi sur les armes, LArm, RS 514.54).

feu, composants d'armes, accessoires, munitions et éléments de munitions. Par ailleurs, une lettre a^{bis}, ajoutée à l'art. 33 al. 1 LArm, introduit un délit visant celui qui, intentionnellement, « sans droit, enlève, rend méconnaissable, modifie ou complète le marquage des armes à feu ou de leurs éléments essentiels ou accessoires [...] ».

Le deuxième acte législatif, reprenant – également sans modifications – le Projet II du Conseil fédéral, regroupe d'une part, une série d'autres modifications de la LArm, ne découlant pas du Protocole de l'ONU, et d'autre part, des mesures de mise en œuvre de l'Instrument de traçage de l'ONU. Il s'agit là « d'un rapport adopté par l'Assemblée générale de l'ONU qui engage les Etats membres sur le plan politique, mais n'est pas contraignant sur le plan juridique ».¹⁵ Ce texte international a pour but de compléter et préciser le Protocole de l'ONU dans les domaines du marquage des armes, de la conservation des informations et de la coopération transfrontalière. Il a nécessité l'introduction, dans la Loi fédérale du 3 octobre 2008 sur les systèmes d'information de l'armée,¹⁶ d'une clause en vertu de laquelle les données relatives à la remise et à la reprise de l'arme personnelle sont conservées pendant vingt ans à compter de la libération des obligations militaires (art. 17 al. 4^{bis} LSIA).

D. La procédure de consultation portant sur l'approbation et la mise en œuvre de la Convention de Lanzarote

Le 17 août 2011, le Conseil fédéral a ouvert une procédure de consultation portant sur l'approbation et la mise en œuvre de la Convention du Conseil de l'Europe sur la protection des enfants contre l'exploitation et les abus sexuels, conclue le 25 mai 2007 à Lanzarote (STCE 201).¹⁷ Cette convention, signée par la Suisse le 16 juin 2010, est en vigueur entre les Etats qui l'ont ratifiée depuis le 1^{er} juillet 2010.

L'avant-projet d'« Arrêté fédéral sur l'approbation de la convention du Conseil de l'Europe sur la protection des enfants contre l'exploitation et les abus sexuels (convention de Lanzarote) et sa mise en œuvre (modification du

¹⁵ Message, FF 2011 4219.

¹⁶ LSIA, RS 510.91.

¹⁷ L'avant-projet d'Arrêté fédéral et le rapport explicatif sont accessibles sur le site du Département fédéral de justice et police, <http://www.ejpd.admin.ch/content/ejpd/fr/home/dokumentation/mi/2011/2011-08-18.html>.

code pénal)» prévoit des modifications du droit pénal suisse qui dépassent sur plusieurs points les exigences découlant de cet instrument international.¹⁸

1. Les modifications proposées en matière d'incriminations

Il en va ainsi des propositions de modifications en matière de *prostitution*, disproportionnées et formulées de manière maladroite. Le nouvel art. 196 CP proposé dans l'avant-projet (ci-après «AP-CP») viserait «quiconque, contre rémunération, commet un acte d'ordre sexuel avec une personne mineure ou l'entraîne à commettre un tel acte». D'une part, contrairement à l'art. 19 § 1 lit. c de la Convention de Lanzarote, l'art. 196 AP-CP ne se limite pas à la prostitution enfantine, mais englobe tout acte d'ordre sexuel commis contre un avantage patrimonial. D'autre part, la formulation proposée (en langue allemande autant que française) englobe aussi les cas dans lesquels le mineur (client) rémunère une personne majeure (prostituée). Pour les clients âgés entre 16 et 18 ans, cette «protection» constituerait une discrimination injustifiable.

Les modifications proposées en matière de *pornographie* (art. 197 CP) vont, elles aussi, très nettement au-delà de ce qui est exigible au regard de la Convention de Lanzarote. L'art. 197 AP-CP étend considérablement la définition de la pédopornographie, soumise, en vertu de l'art. 197 ch. 3 et 3^{bis} CP, à un régime juridique d'interdiction absolue. Dans le droit actuel, ce régime s'applique aux représentations, réelles ou fictives, comprenant des actes d'ordre sexuel avec des enfants, par quoi il faut entendre des personnes âgées de moins de 16 ans, voire, selon une partie de la doctrine, des personnes «manifestement impubères».¹⁹ La question de savoir si la limite d'âge est franchie est très délicate à trancher et le deviendrait plus encore s'il fallait considérer comme pédopornographie toute représentation pornographique d'un acte d'ordre sexuel avec une personne de moins de 18 ans ou paraissant comme telle, ainsi que proposé dans l'avant-projet. L'interdiction absolue constituerait une atteinte disproportionnée à la garantie fondamentale de la liberté d'expression au regard du fait qu'en droit suisse, la pornographie dure peut représenter un acte d'ordre sexuel totalement fictif, par exemple un écrit, une peinture, une image de synthèse, une bande dessinée, etc. Par ailleurs, l'avant-projet mis en consultation vise à aggraver la répression du fait que la simple possession et l'acquisition seraient glissées dans l'art. 197 ch. 3 AP-CP, que la simple consommation sans possession deviendrait punissable (art. 197 ch. 3^{bis} AP-CP) et que des aggravantes érigeant

¹⁸ A l'heure où nous écrivons ces lignes, soit le 4 juillet 2012, le Conseil fédéral vient d'adopter le projet de loi avec un Message. Les propositions législatives sont restés les mêmes.

¹⁹ Notamment STEFAN TRECHSEL / CARLO BERTOSSA in Trechsel (éd.), *Schweizerisches Strafgesetzbuch, Praxiskommentar*, Zurich, St.-Gall, 2008, Art. 197 N 11.

l'infraction en crime seraient créées (art. 197 ch. 3 lit. b et ch. 4 lit. b AP-CP). La Convention de Lanzarote, quant à elle, est nettement plus conforme au principe de la proportionnalité: elle ne vise que le «matériel représentant de manière visuelle un enfant se livrant à un comportement sexuellement explicite [...]» (art. 20 § 2) et les «spectacles pornographiques impliquant la participation d'enfants» (art. 21). L'art. 20 § 3 permet, en outre, à chaque Partie de se réserver notamment le droit de ne pas incriminer la production et la possession de matériel pornographique constitué exclusivement de représentations simulées ou d'images réalistes d'un enfant qui n'existe pas. Cette distinction nous paraît pertinente.

Enfin, la Convention de Lanzarote (art. 20 § 4) permet à chaque Partie de se réserver le droit de ne pas incriminer le fait d'accéder, par le biais des technologies de communication et d'information, à de la pornographie enfantine, sans télécharger les contenus. La formulation d'une réserve en ce sens serait souhaitable au regard de la protection de la liberté d'expression.

2. L'application du principe de l'universalité unilatérale

L'avant-projet suisse ne se contente pas de proposer des infractions allant au-delà des exigences découlant de la Convention de Lanzarote. Il prétend, en outre, appliquer ces conceptions aux actes commis dans le monde entier, en soumettant à *l'universalité qualifiée et unilatérale prévue à l'art. 5 CP*, les actes d'ordre sexuel avec des personnes dépendantes âgées entre 16 et 18 ans (art. 188 CP), l'infraction en vertu du nouvel art. 196 AP-CP (actes d'ordre sexuel avec des personnes mineures contre rémunération) et la pornographie qualifiée (art. 197 ch. 2^{bis} (nouveau) et ch. 3 AP-CP). Il est rappelé que l'art. 5 CP ne confère pas seulement au juge suisse la compétence universelle, dès lors que l'auteur se trouve ultérieurement en Suisse et qu'il n'est pas extradé, mais le charge, en outre, d'appliquer le droit suisse unilatéralement, sans tenir compte du droit étranger au lieu de commission. Contrairement à ce qui est exposé dans le Rapport explicatif à l'appui de l'avant-projet mis en consultation,²⁰ l'application de l'art. 5 CP n'est pas soumise à la condition que l'auteur soit domicilié en Suisse ou y ait sa résidence habituelle.

Cette disposition dépasse de loin les principes définissant la compétence pour juger dans la Convention de Lanzarote, qui ne retient pas le principe de l'universalité, mais la personnalité active et la compétence pour juger les auteurs qui ont leur résidence habituelle sur le territoire du pays en question (art. 25 § 1 lit. d et e). Cette dernière compétence doit être considérée comme une forme

²⁰ Avant-projet précité (n. 17), p. 53.

élargie du principe de la personnalité active, dans le sens qu'elle est établie à l'égard de personnes qui entretiennent un rapport étroit avec l'Etat qui établira sa compétence et les principes gouvernant son ordre juridique. Quant au principe « *aut dedere aut iudicare* », il est limité aux cas dans lesquels une personne n'est pas extradée en raison de sa nationalité (art. 25 § 7). Il s'agit donc également d'une hypothèse relevant de la personnalité active.

3. La renonciation à une adaptation en matière de responsabilité de l'entreprise

Sur un point, l'avant-projet reste en deçà des exigences découlant de la Convention de Lanzarote. L'art. 26 de cette dernière exige l'instauration d'une *responsabilité « civile, pénale ou administrative » de la personne morale* selon le modèle vicarial, dans lequel la personne morale répond des fautes commises par ses organes. En vertu de l'art. 26 § 4, cette « responsabilité est établie sans préjudice de la responsabilité pénale des personnes physiques ayant commis l'infraction ». Or, les infractions englobées dans le champ d'application de la Convention de Lanzarote sont soumises, en droit suisse, au régime subsidiaire de la responsabilité de l'entreprise décrit à l'art. 102 al. 1 CP. Pour les motifs déjà exposés dans des chroniques antérieures à propos d'autres conventions internationales,²¹ cette responsabilité résiduelle, n'entrant en jeu que si la personne physique ayant commis l'infraction ne peut être identifiée suite à un manque d'organisation de l'entreprise, ne nous paraît pas satisfaire aux exigences découlant de l'art. 26 de la Convention de Lanzarote.

E. La signature de la Convention du Conseil de l'Europe sur la contrefaçon des produits médicaux et les infractions similaires menaçant la santé publique

Le 28 octobre 2011, la Suisse a signé la Convention du Conseil de l'Europe sur la contrefaçon des produits médicaux et les infractions similaires menaçant la santé publique, conclue le 28 octobre 2011 à Moscou (STCE 211), appelée Convention Médicrime.

Cette Convention criminalise la contrefaçon, la fabrication et la distribution de produits médicaux mis sur le marché sans autorisation ou en violation des normes de sécurité, dans un but de protection de la santé publique. Elle définit les infractions et oblige les Etats à établir leur compétence fondée sur certains principes prévus dans la Convention, ainsi qu'à instaurer des sanctions pénales.

²¹ 21 RSDIE (2011), p. 516-519.

De plus, elle établit des règles en matière de coopération, ainsi que des règles de prévention et de protection.

F. Le rapport du GRECO sur la Suisse

Lors de sa réunion plénière du 17 au 21 octobre 2011, le GRECO a adopté deux rapports du troisième cycle d'évaluation concernant la Suisse ; le premier porte sur les incriminations en matière de corruption,²² alors que le deuxième a pour thème la transparence du financement des partis politiques.²³ Favorable dans l'ensemble, le premier rapport émet des recommandations relativement souples sur les améliorations possibles des incriminations, mais se prononce clairement en faveur de la suppression de « la condition de plainte préalable à l'exercice des poursuites pour corruption dans le secteur privé ».²⁴ Sur la seconde question, le GRECO constate que « le cadre juridique suisse ne connaît pas, au niveau fédéral et dans la quasi-totalité des cantons, de règles relatives à la transparence du financement des partis politiques et des campagnes électorales »²⁵ et recommande²⁶ à la Suisse des mesures en matière de comptabilité, d'identification des donateurs et de contrôle des dons, de transparence du financement des partis politiques et des campagnes électorales, de supervision du financement et d'audit, ainsi que des sanctions « efficaces, proportionnées et dissuasives » en cas de violation de ces règles.²⁷ Suite à ces recommandations, le Conseil fédéral a annoncé, le 8 juin 2012, qu'il chargeait le Département fédéral de justice et police d'élaborer un avant-projet visant à durcir le droit pénal de la corruption. Pour ce qui est d'une éventuelle suite à donner aux recommandations portant sur le financement des partis, le Conseil fédéral a annoncé vouloir prendre une décision après une rencontre avec une délégation du GRECO.

²² Troisième Cycle d'Evaluation, Rapport d'Evaluation sur la Suisse, Incriminations (STE 173 et 191, PDC 2) (Thème I), adopté par le GRECO lors de sa 52^e Réunion Plénière (Strasbourg, 17–21 octobre 2011).

²³ Troisième Cycle d'Evaluation, Rapport d'Evaluation sur la Suisse, Transparence du Financement des Partis Politiques (Thème II), adopté par le GRECO lors de sa 52^e Réunion Plénière (Strasbourg, 17–21 octobre 2011).

²⁴ Rapport Thème I, p. 27.

²⁵ Rapport Thème II, p. 20.

²⁶ Rapport Thème II, p. 21.

²⁷ Il convient de noter que le Douzième rapport général d'activités du GRECO (2011), paru le 23 mars 2012 (p. 9 ss), met en évidence le fait que beaucoup de pays ont des législations ou des pratiques inadéquates dans le domaine de la transparence du financement de la vie politique.

G. Les instruments bilatéraux

Pendant l'année 2011, la Suisse a continué à étendre son réseau de coopération judiciaire en concluant un traité d'entraide judiciaire avec la *République de Colombie*,²⁸ dont l'approbation a fait l'objet d'un Message du Conseil fédéral.²⁹ Par ailleurs, l'Assemblée fédérale a approuvé le traité d'entraide judiciaire du 10 novembre 2009 avec la *République argentine*.³⁰

III. Die Schweiz und Europäisches Strafrecht: Informationsaustausch als Instrument europäischer Strafverfolgung (von Sabine Gless)

Im Europäischen Strafrecht hat sich im Berichtszeitraum aus Schweizer Sicht keine grosse Veränderung ergeben. Es stehen keine Umwälzungen an, vielmehr zeigt sich, dass der EU-Umbau der grenzüberschreitenden Zusammenarbeit in der Europäischen Union (EU) von der klassischen Rechtshilfe zum Prinzip gegenseitiger Anerkennung an vielen Punkten kleine Änderungen bringt, die letztlich aber doch grundsätzliche Bedeutung – auch für die Schengen-Assoziierungsstaaten – haben. Die Dynamik der Umsetzung des Lissabon-Vertrages³¹ und des sich stetig fortentwickelnden EU-Rechtsacquis wirkt in verschiedener Hinsicht in den Alltag der Schengen-Assoziierungsstaaten. Denn gerade die Assoziierungsstaaten, die sich durch den Umstand, dass sie nicht EU-Mitglieder sind, zu eigenen Standards, etwa in Bezug auf die Rechtssicherheit oder demokratische Legitimation von Gesetzen, bekannt haben, müssen sich immer wieder die Fragen stellen, ob und inwieweit eine Fortentwicklung des EU-Acquis auch für sie Bedeutung hat.³²

Ein Beispiel für die fast unmerkliche Umwälzung der grenzüberschreitenden Zusammenarbeit im europäischen Kontext ist das Regelwerk für den grenzüberschreitenden Informationsaustausch. Es hat Bedeutung für den Austausch

²⁸ Traité d'entraide judiciaire en matière pénale entre la Confédération suisse et la République de Colombie, conclu à Davos, le 27 janvier 2011, FF 2011 8549.

²⁹ Message concernant l'approbation du traité d'entraide judiciaire en matière pénale entre la Suisse et la Colombie, du 23 novembre 2011, FF 2011 8525.

³⁰ Arrêté fédéral portant approbation du traité d'entraide judiciaire en matière pénale entre la Suisse et l'Argentine, du 30 septembre 2011, FF 2011 6917; Traité d'entraide judiciaire en matière pénale entre la Confédération suisse et la République argentine, FF 2011 583; Message concernant le traité d'entraide judiciaire en matière pénale entre la Suisse et l'Argentine, du 10 décembre 2010 (FF 2011 559). Le délai référendaire au 19 janvier 2012 n'a pas été utilisé.

³¹ Vgl. dazu bereits: GLESS, in: CASSANI/GLESS/POPP, 21 SZIER (2011), S. 526 ff.

³² Vgl. etwa zu migrationsrechtlichen Fragen PETER ÜBERSAX, Migrationsrechtliche Auswirkungen der Bilateralen II, insbesondere von Schengen und Dublin, AJP 2005, 918, S. 921.

von Einzelinformationen sowie – in der Schengen-Zusammenarbeit von grosser Bedeutung – als automatisierter Datenaustausch über das Schengener Informationssystem (SIS).³³

A. Allgemein

Der Informationsaustausch zwischen Staaten ist ein klassisches Mittel der Zusammenarbeit im Bereich der Strafverfolgung. Als Austausch von Einzelinformationen ist er traditionell in den Rechtshilfeverträgen als sonstige Rechtshilfe vorgesehen, oftmals sogar als sog. spontaner Informationsaustausch, also Datenübermittlung ohne vorherige Anfrage des fremden Staates.³⁴

Vor der grossflächigen Einführung von automatisierten Datenaustauschnetzen, wie wir sie heute etwa im SIS haben, spielte der grenzüberschreitende Informationsaustausch jedoch in der Praxis nicht die bedeutende Rolle, die er heute hat. Mit der Einrichtung von Datenbanken, die aus verschiedenen Staaten mit Informationen verschiedenster Art bestückt und jeweils vor Ort abgefragt werden können, hat sich die Situation verändert. Das ist der Hintergrund, vor dem die Bestrebungen der EU, einen europaweiten Zugang zu Informationen nach dem Prinzip der «gegenseitigen Anerkennung»³⁵ zu gewähren, beurteilt werden muss.³⁶

Das gilt auch für die Schweiz, die zwar an dem generellen Umbau der Rechtshilfe unter dem Dach der Europäischen Union nicht formell teilnimmt, aber trotzdem spürt, dass die traditionellen Instrumente der Rechtshilfe mit Blick auf das Primat gegenseitiger Anerkennung³⁷ modifiziert werden. Die Gesamtentwicklung berührt damit auch die Strafverfolgung in der Eidgenossenschaft: Denn sie verändert einerseits das Umfeld eigener Rechtshilfe in den benachbarten Staaten und bedeutet andererseits im Falle einer Übernahme einschlägiger Rechtsakte in den Schengen-Acquis auch für die Schweiz verbindliche Vorgaben zur eigenen Rechtssetzung.³⁸

³³ Vgl. dazu bereits: GLESS, in: CASSANI/GLESS/POPP, 21 SZIER (2011), S. 526 f.

³⁴ Vgl. etwa zur Regelung im EuRhÜbk, ALEXANDER M. GLUTZ VON BLOTZHEIM, *Die spontane Übermittlung*, Die unaufgeforderte Übermittlung von Beweismitteln und Informationen gemäss Art 67a IRSG, Zürich, St. Gallen 2010.

³⁵ Ausf. dazu: BERND HECKER, *Europäisches Strafrecht*, 3. Aufl., Heidelberg 2010, § 12 Rn. 50 ff.; KATALIN LIGETI, *Strafrecht und strafrechtliche Zusammenarbeit in der Europäischen Union*, Berlin 2005, S. 115 ff.

³⁶ Zum Prinzip der gegenseitigen Anerkennung vgl. etwa: HELMUT SATZGER, *Internationales und Europäisches Strafrecht*, 5. Aufl., Baden-Baden 2011, § 10 Rn. 24 ff.

³⁷ GLESS, in: CASSANI/GLESS/POPP, 21 SZIER (2011), S. 521.

³⁸ GLESS, in: CASSANI/GLESS/POPP/ROTH, 2009, S. 66.

B. Traditioneller Informationsaustausch im Schengen-Rahmen

Der Umbau der Zusammenarbeit zwischen den Staaten zeigt sich etwa in der Modifikation des traditionellen Informationsaustausches zwischen den Schengen-Staaten, der im ursprünglichen Schengener Durchführungsübereinkommen (SDÜ) in Art. 39 als polizeilicher Informationsaustausch folgendermassen festgelegt wurde:

(1) Die Vertragsparteien verpflichten sich, dass ihre Polizeidienste sich untereinander nach Massgabe des nationalen Rechts und ihrer jeweiligen Zuständigkeit im Interesse der vorbeugenden Bekämpfung und der Aufklärung von strafbaren Handlungen Hilfe leisten, sofern ein Ersuchen oder dessen Erledigung nach nationalem Recht nicht den Justizbehörden vorbehalten ist und die Erledigung des Ersuchens die Ergreifung von Zwangsmassnahmen durch die ersuchte Vertragspartei nicht erfordert. Ist die ersuchte Polizeibehörde für die Erledigung nicht zuständig, so leitet sie das Ersuchen an die zuständige Behörde weiter.

(2) Schriftliche Informationen, die von der ersuchten Vertragspartei nach Absatz 1 übermittelt werden, können nur mit Zustimmung der zuständigen Justizbehörde dieser Vertragspartei von der ersuchenden Vertragspartei als Beweismittel in einem Strafverfahren benutzt werden.

Der Schweizer Gesetzgeber hat die völkerrechtliche Pflicht zum Informationsaustausch 2009 in dem Bundesgesetz über den Informationsaustausch zwischen den Strafverfolgungsbehörden des Bundes und denjenigen der anderen Schengen-Staaten (Schengen-Informationsaustausch-Gesetz, SIaG) als innerstaatlichen Rechtsakt formuliert.³⁹

C. Informationsaustausch auf der Grundlage gegenseitiger Anerkennung: RB Informationsaustausch

Unter dem Dach der EU haben sich die Mitgliedsstaaten sukzessive auf eine Fortentwicklung des Informationsaustausches geeinigt, der dann im Rahmenbeschluss 2006/960/JI vom 18.12.2006 über die Vereinfachung des Austausches von Informationen und Erkenntnissen zwischen den Strafverfolgungsbehörden der EU-Mitgliedstaaten (RB-Informationsaustausch)⁴⁰ formalisiert wurde. Dieser soll den grenzüberschreitenden Datenaustausch in der EU auf der Grundlage gegenseitiger Anerkennung realisieren und schreibt gleichzeitig den Schengen-Acquis fort.

³⁹ SR 262.2.

⁴⁰ ABl. L 386 vom 29.12.2006, 89 sowie L 75 vom 15.3.2007, 26, siehe SABINE GLESS, *Internationales Strafrecht, Grundriss für Studium und Praxis*, Basel 2011, Rn. 507.

Am Rande sei dazu bemerkt: Eine Art Informationsaustausch nach dem Prinzip gegenseitiger Anerkennung findet ohnehin in jenen Datenbanken statt, die gemeinsam durch die Schengen-Staaten betrieben werden, etwa dem Schengener Informationssystem (SIS).⁴¹ Diesen Datenaustausch, der sich aus Sicht der Regierungen aller EU-Staaten bewährt hat, will man seit geraumer Zeit erweitern und so etwa auch die Möglichkeit geben, biometrische Daten auszutauschen.⁴² Allerdings ist es bis heute nicht gelungen, dieses Ziel technisch in einem SIS zweiter Generation umzusetzen. Auch deshalb sucht man neue Wege für den grenzüberschreitenden Informationsaustausch.

Die Schweiz hat die Fortentwicklung des Schengen-Acquis in diesem Bereich durch das Bundesgesetz über die Umsetzung des Rahmenbeschlusses (RB) 2008/977/JI umgesetzt.⁴³

1. Grundsatz

Der RB Informationsaustausch schafft im Grundsatz die rechtlichen Grundlagen für einen grenzüberschreitenden Datenaustausch nach der Idee gegenseitiger Anerkennung:⁴⁴ Informationen, welche den zuständigen Behörden eines Mitgliedstaats zur Verfügung stehen, sollen für Behörden aller anderen Mitgliedstaaten mit vergleichbaren Befugnissen und entsprechenden EU-Stellen (etwa Europol) zugänglich sein (vgl. Art. 1 Abs. 1 RB-InfoA).⁴⁵

Der Informationsaustausch umfasst alle bei den Strafverfolgungsbehörden vorhandenen Daten (Art. 2 RB-InfoA), ist aber beschränkt auf die Verfolgung und Verhütung von Straftaten. Die Aufklärung von Ordnungswidrigkeiten – insbesondere im Strassenverkehrsbereich – ist also mithilfe des Rahmenbeschlusses nicht möglich.

Es sollen diejenigen Daten ausgetauscht werden, auf welche die angefragten Strafverfolgungsbehörden unmittelbar zugreifen können, etwa Informationen aus Kriminalakten ebenso wie Auskünfte aus beispielsweise bei der Polizei geführten Registern.

⁴¹ Dazu GLESS, CASSANI/GLESS/POPP, 21 SZIER (2011), S. 526 f.

⁴² GLESS, in: CASSANI/GLESS/POPP, 21 SZIER (2011), S. 526.

⁴³ SABINE GLESS, *Internationales Strafrecht*, Rn. 474 f.

⁴⁴ Vgl. ABl. C 281 vom 18.11.2004, 5; Rats. Dok 10215/04, S. 3 f.; dazu: MARTIN BÖSE, *Der Grundsatz der Verfügbarkeit von Informationen in der strafrechtlichen Zusammenarbeit der Europäischen Union*, 1. Aufl., Bonn 2007; FRANK MEYER, *Der Grundsatz der Verfügbarkeit*, NSTz 2008, S. 188 ff.; HELMUT SATZGER, *Internationales und Europäisches Strafrecht*, 5. Aufl., Baden-Baden 2011, § 10 Rn. 47; GRÜTZNER/PÖTZ/KRESS-VOGEL, *Internationaler Rechtshilfeverkehr in Strafsachen*, 2. Aufl. (2001) I A 2, vof § 1, Rn. 156.

⁴⁵ MARTIN BÖSE, *Der Grundsatz der Verfügbarkeit von Informationen in der strafrechtlichen Zusammenarbeit der EU*, EuZ 2007, S. 63 und 65.

Darüber hinaus verpflichtet der Rahmenbeschluss aber allenfalls auch zur Informationsbeschaffung («erlangt werden können»).

Nicht ausgetauscht werden Daten, welche erst durch einen Einsatz von Zwangsmitteln beschafft werden müssten.⁴⁶ Mit anderen Worten ist also keine grenzüberschreitende Ermittlungsanordnung möglich.

2. Ablehnungsgründe

Aus Sicht der Schweiz von Interesse ist die Frage, wann ein Informationsaustausch verpflichtend ist, denn auch nach dem Rahmenbeschluss gilt keine bedingungslose Pflicht. Vielmehr sieht der Rahmenbeschluss auch eine Reihe von Ablehnungsgründen vor.

Diese sind in Art. 10 RB Informationsaustausch als Ablehnungsgründe formuliert. Demnach muss eine Informationsübermittlung unterbleiben, wenn die zuständige Justizbehörde den Zugang zu bestimmten Informationen verweigert.⁴⁷

Eine Informationsübermittlung kann unterbleiben, wenn wesentliche nationale Sicherheitsinteressen beeinträchtigt, der Erfolg laufender Ermittlungen oder die Sicherheit von Personen gefährdet würde oder diese im Hinblick auf die mit der Informationsbeschaffung beabsichtigten Zwecke unverhältnismässig erscheint.⁴⁸ Die Prüfung der Ablehnungsgründe obliegt der ersuchten Strafverfolgungsbehörde. Nach den Vorgaben des RB Informationsaustausches ebenfalls im Ermessen der ersuchten Behörde liegt eine Informationsübermittlung, wenn sich die Anfrage auf eine Tat bezieht, die nach dem Recht des ersuchten Staates mit einer Freiheitsstrafe von einem Jahr oder weniger bedroht ist.⁴⁹

Die Übersetzung ins nationale Recht findet sich in Art. 12 SIaG «Verweigerungsgründe»:

- 1 *Der Informationsaustausch kann verweigert werden, wenn:*
 - a. *er wesentliche nationale Sicherheitsinteressen beeinträchtigen könnte;*
 - b. *er den Erfolg laufender Ermittlungen oder die Sicherheit von Personen gefährden könnte; oder*
 - c. *die Informationen, um die ersucht wird, nicht als sachdienlich und erforderlich für die Verhütung oder Verfolgung einer Straftat erscheinen.*
- 2 *Der Informationsaustausch ist zu verweigern, wenn:*
 - a. *die Informationen als Beweismittel vor einer Justizbehörde verwendet werden sollen;*

⁴⁶ Für den Begriff »Zwangsmittel« ist im Rahmenbeschluss allerdings keine einheitliche Definition gefunden worden, die Auslegung ist daher bei der Umsetzung in nationales Recht vorzunehmen.

⁴⁷ Art. 10 Abs. 3 RB Informationsaustausch.

⁴⁸ Art. 10 Abs. 1 RB Informationsaustausch.

⁴⁹ Art. 10 Abs. 2 RB Informationsaustausch.

- b. sich das Ersuchen auf eine Straftat bezieht, die mit einer Freiheitsstrafe von einem Jahr oder weniger bedroht ist; oder
- c. der Zugang zu den Informationen und deren Austausch durch eine Justizbehörde genehmigt werden muss und diese die Genehmigung verweigert hat.

Der Schweizer Gesetzgeber hat sich im SIaG also dazu entschlossen, den fakultativen Ablehnungsgrund einer verhältnismässig geringen Strafdrohung zu einer zwingenden Ablehnung auszugestalten.

3. Die Rechtsstellung der betroffenen Individuen

Nach Art. 1 Abs. 7 RB-InfoA steht der Informationsaustausch unter dem Vorbehalt der Achtung der durch Art. 6 EU-Vertrag (EU-V) garantierten Grundrechte. Inwieweit dieser Grundrechtsschutz in der Schweiz als einem assoziierten Schengen-Staat Geltung erlangen kann, erscheint ungeklärt.

Die übermittelten Informationen und Daten unterliegen einer weitreichenden Zweckbindung: Nach Art. 1 Abs. 4 dürfen die übermittelten Daten nicht als Beweismittel «vor einer Justizbehörde» verwendet werden. Hiervon dürfte nicht nur die Verwertung in einem Hauptverfahren, sondern auch in einem gerichtlichen Vorverfahren – etwa bei der Ausstellung eines Haftbefehls oder sonstiger Zwangsmassnahmen – umfasst sein. Eine Beweismittelrechtshilfe bedarf einer eigenen Rechtsgrundlage resp. der ausdrücklichen Zustimmung durch den übermittelnden Staat.⁵⁰

Eine grundrechtsschützende Funktion hat auch die Zweckbindung des Datenaustauschs, der zur Durchführung strafrechtlicher Ermittlungen oder polizeilicher Erkenntnisgewinnungsverfahren möglich ist. Wie Art. 39 SDÜ dient der Rahmenbeschluss folglich nicht nur der Strafverfolgung, sondern auch der Gefahrenabwehr – allerdings nur soweit es sich um die Abwehr von Gefahren aus der möglichen Begehung von Straftaten handelt (vgl. Art. 5 Abs. 1 RB-InfoA). Der Datenaustausch zu präventiven Zwecken, der nicht zur Strafverhütung erfolgt, ist folglich nicht erfasst.

Flankierend hat der Rahmenbeschluss 2008/977/JI vom 27.11.2008 über den Schutz personenbezogener Daten, die im Rahmen der polizeilichen und justiziellen Zusammenarbeit in Strafsachen verarbeitet werden (RB-Datenschutz),⁵¹ das Datenschutzregime in diesem Bereich des Schengen-Acquis erhöht.

⁵⁰ Vgl. a. Art. 39 Abs. 2 SDÜ sowie SABINE GLESS/STEPHANIE EYMANN, *Nachträgliches Verwertungsverbot und internationale Beweisrechtshilfe*, StV 2008, S. 319.

⁵¹ ABl. L 350 vom 30.12.2008, 60, siehe SABINE GLESS, *Internationales Strafrecht*, Rn. 475.

D. Modifizierter Informationsaustausch im Schengen-Rahmen?

Der RB-Informationsaustausch veranschaulicht die in der Schengen-Zusammenarbeit angelegte Dynamik, ebenso wie die damit verbundene Rechtsunsicherheit.

Art. 12 Abs. 1 des RB-Informationsaustauschs bestimmt unter dem Titel «Verhältnis zu anderen Rechtsakten», dass die Bestimmungen des Artikels 39 Absätze 1, 2 und 3 und des Artikels 46 des Übereinkommens zur Durchführung des Übereinkommens von Schengen, «soweit sie den in diesem Rahmenabschluss vorgesehenen Austausch von Informationen und Erkenntnissen für die Zwecke strafrechtlicher Ermittlungen oder polizeilicher Erkenntnisgewinnungsverfahren betreffen», durch die einschlägigen Bestimmungen dieses Rahmenbeschlusses ersetzt werden. Welchen konkreten Regelungsgehalt Art. 39 SDÜ künftig haben soll, geht daraus jedoch letztlich nicht hervor.

Bereits bestehende bi- und multilaterale völkerrechtliche Vereinbarungen können von den Mitgliedsstaaten nach Art. 12 Abs. 3 RB-InfoA auch weiter für anwendbar erklärt werden. Davon haben die Mitgliedstaaten auch umfangreich Gebrauch gemacht, wobei freilich im Einzelfall zu prüfen ist, ob der jeweilige Partnerstaat eine gleichartige Erklärung zu dem betreffenden Rechtsakt abgegeben hat.

Problematisch ist dies insbesondere im Hinblick auf die bilateralen Polizeiverträge, welche die Schweiz beispielsweise mit Deutschland abgeschlossen hat. Diese rekurren bei der gegenseitigen Zusammenarbeit regelmässig auf Art. 39 SDÜ.

E. Umsetzung durch die Schweiz

Da der RB-Informationsaustausch zum Schengen-Acquis gehört und Art. 39 Abs. 1–3 und Art. 46 SDÜ modifiziert, sind davon nicht nur die EU-Staaten, sondern auch die Schengen-assoziierten Staaten Island, Norwegen, Liechtenstein und die Schweiz betroffen.⁵²

In der Schweiz ist der RB-Informationsaustausch in das Schengener Informationsaustauschgesetz (SIaG, SR 362.2) sowie das Bundesgesetz über die Umsetzung des Rahmenbeschlusses 2008/977/JI in innerstaatliches Recht eingeflossen.⁵³

⁵² SABINE GLESS/SEBASTIAN TRAUTMANN, in: Wolfgang Schomburg/Otto Lagodny/Thomas Hackner et al. (Hrsg.), *Internationale Rechtshilfe in Strafsachen, International Cooperation in Criminal Matters*, 5. Aufl., München 2012, III 3 B 3 d Einl. Rn. 3 und 19.

⁵³ SABINE GLESS, *Internationales Strafrecht*, Rn. 474 f.

Nach Art. 7 SIaG («Informationsaustausch ohne Ersuchen») stellen die Strafverfolgungsbehörden des Bundes den zuständigen Strafverfolgungsbehörden der anderen Schengen-Staaten die Daten, die bei Strafverfolgungsbehörden vorhanden sind, für die Verhütung und Verfolgung der verschiedenen in Anhang 1 des SIaG aufgezählten Straftaten unaufgefordert zur Verfügung.

Dies wird bestätigt in der Botschaft zum Bundesbeschluss über die Genehmigung und die Umsetzung des Notenaustauschs zwischen der Schweiz und der EU betreffend die Übernahme des Rahmenbeschlusses 2006/960/JI über die Vereinfachung des Informationsaustauschs zwischen Strafverfolgungsbehörden.⁵⁴ Bereits die durch den RB-VI ersetzten Art. 39 und 46 SDÜ wurden dahingehend interpretiert, dass im Einzelfall Informationen auch ohne Ersuchen übermittelt werden können, soweit diese für den Empfänger bei der Bekämpfung zukünftiger Straftaten, zur Verhütung einer Straftat oder zur Abwehr von Gefahren für die öffentliche Sicherheit und Ordnung von Bedeutung sein können. Neu wird diese Möglichkeit zu einer Art Pflicht ausgebaut.

F. Perspektive: Bedeutung des Informationsaustausches

Welche Bedeutung hat die Möglichkeit des spontanen Informationsaustausches im Schengen-Raum? Diese Frage stellten sich Ermittler in Deutschland und in der Schweiz, nachdem in der Zeit vom 9. September 2000 bis zum 6. April 2006 in Nürnberg, Hamburg, München, Rostock, Dortmund und Kassel acht türkischstämmige und ein griechischer Kleinunternehmer mit Migrationshintergrund ermordet worden waren,⁵⁵ und sich als einzige ermittelbare Verbindung zwischen den Morden die verwendete Tatwaffe, Typ Česká zbrojovka CZ 83, Kaliber 7,65 mm Browning herausstellte. Es konnte ermittelt werden, dass diese Waffe aus dem solothurnischen Derendingen stammte. Die Tatwaffe wurde trotz gross angelegter Ermittlungen erst im November 2011 aufgefunden, als in Zwickau (Sachsen, Deutschland) die Wohnung von Mitgliedern der mutmasslichen rechtsterroristischen Gruppierung «Nationalsozialistischer Untergrund» (NSU) ausbrannte.⁵⁶ Dort wurde weiteres Belastungsmaterial gefunden. Um aufzuklären, wie die deutschen NSU-Mitglieder an die Tatwaffe aus der Schweiz kamen, hat Deutschland ein Rechtshilfeersuchen bei der Staatsan-

⁵⁴ Vom 19. November 2008, BBl 2008 9061, S. 9084.

⁵⁵ <<http://m.faz.net/aktuell/politik/verbrechensserie-vor-aufklaerung-heilbronn-eisenach-doernermorde-11525309.html>>.

⁵⁶ <<http://www.tagesanzeiger.ch/ausland/europa/Die-Pistole-der-Zwickauer-Zelle-kostete-damals-1250-Franken/story/27729489>>.

waltschaft Oberland eingereicht.⁵⁷ Die Schweizer Justiz leitete auch ein eigenes Ermittlungsverfahren ein.⁵⁸

Bis in die Tagespresse stellte man im Nachhinein die Frage: Hätte eine spontane Information zu einem schnelleren Ermittlungserfolg geführt? Wie weit können, sollen und müssen die Strafverfolgungsorgane in Europa – und insbesondere im Schengen-Raum – zusammenrücken?

IV. Internationale Rechtshilfe in Strafsachen: Aus der Praxis des Bundesstrafgerichts und des Bundesgerichts (von Nadja Capus)

A. Ausgewählte Entscheidungen des Bundesgerichts

1. Fristenwahrung bei vorhandener Banklagernd- Vereinbarung

Die bundesgerichtliche Rechtsprechung betrifft seit 2007 im Bereich der internationalen Rechtshilfe⁵⁹ in Strafsachen nur noch ausgewählte Fälle. Da die Auswahl einem weiten Ermessen der Richterinnen und Richter unterliegt, interessiert die Kasuistik besonders.⁶⁰ Das Bundesgericht setzt sich allerdings bei

⁵⁷ <<http://www.tagesanzeiger.ch/schweiz/standard/Spuren-der-NeonaziMorde-verdichten-sich-in-der-Schweiz-/story/12721722>>; <<http://www.blick.ch/news/schweiz/bern/schweizer-soll-terror-nazis-tatwaffe-geliefert-haben-id1742629.html>>.

⁵⁸ <<http://www.tagesanzeiger.ch/schweiz/standard/Spuren-der-NeonaziMorde-verdichten-sich-in-der-Schweiz-/story/12721722>>.

⁵⁹ Abgelehnt hat das Bundesgericht eine Beschwerde gegen die von der Eidgenössischen Finanzverwaltung erlassene Schlussverfügung in Sachen Abkommen vom 19. August 2009 zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der USA: gegen solche Entscheide auf dem Gebiet der internationalen Amtshilfe ist keine Beschwerde möglich (Art. 83 lit. h BGG), 1C_378/2011 Urteil vom 13. September 2011.

⁶⁰ Seit Inkrafttreten des Bundesgesetzes über das Bundesgericht (BGG, SR 173.110) am 1. Januar 2007 sind Beschwerden im Bereich der internationalen Rechtshilfe in Strafsachen an das Bundesgericht nur noch zulässig, wenn sie die Auslieferung, eine Beschlagnahme, eine Herausgabe von Gegenständen oder Vermögenswerten oder eine Übermittlung von Informationen aus dem Geheimbereich betreffen (Art. 84 Abs. 1 BGG). Die Beschwerdeführer haben entsprechend den Begründungsanforderungen von Art. 42 Abs. 2 BGG darzulegen, weshalb ein besonders bedeutender Fall nach Art. 84 BGG vorliege. Versäumt dies die Beschwerdepartei ihrer Ansicht nach, kann der Präsident oder die Präsidentin der Abteilung im vereinfachten Verfahren über das Nichteintreten entscheiden (Art. 108 Abs. 1 lit. b BGG). S. dazu 1C_409/2011 Urteil vom 23. September 2011 oder 1C_368/2011 vom 6. September 2011. In letzterem Urteil wurden der Beschwerdepartei ausserdem die Kosten auferlegt, weil sie, der falschen Rechtsmittelbelehrung der Vorinstanz folgend, die Beschwerde in Strafsachen statt die Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten erhoben hatte.

fehlender Besonderheit nur ausnahmsweise näher mit den Begründungen der Beschwerdeführer auseinander.

Zu diesen Ausnahmen gehört eine Beschwerde betreffend Fristenberechnung. Das Bundesgericht hat anlässlich dieser Beschwerde, trotz Nichteintretensentscheid, den Fristenlauf in Konstellationen mit einer Banklagernd-Vereinbarung näher erläutert. Es anerkennt, dass die Bank zwar nicht automatisch Stellvertreterin ihres Kunden sei. Deshalb laufe die Rechtsmittelfrist erst ab dem Zeitpunkt, in welchem die Bank den Kunden über die Rechtshilfemassnahmen informiert. Besteht jedoch eine Banklagernd-Vereinbarung, gilt die Zustellung an die Bank als fristauslösend. Damit soll die Gefahr prozessualer Missbräuche und Trölerei vermieden werden, da die kontenführende Bank es ansonsten in der Hand hätte, durch Weiterversenden der eingehenden Kundenpost an eine externe «Banklagernd-Stelle» die gesetzliche Beschwerdefrist erheblich auszudehnen bzw. zu unterlaufen.⁶¹

2. Vermögenseinziehung und Herausgabe trotz fehlender Verurteilung

Ist in einer ausländischen Rechtsordnung (*in casu*: Holland) die Einziehung von Vermögenswerten, die illegaler Herkunft (Kokainhandel) gewesen sein sollen, trotz aufgehobener Verurteilung wegen Drogenhandels möglich, so ist laut Bundesgericht die Einziehung und Herausgabe der in der Schweiz beschlagnahmten Vermögenswerte vereinbar mit der Unschuldsvermutung und verstösst auch nicht gegen den *ordre public* der Schweiz. Grundlage für das ausländische Einziehungsverfahren war ein Artikel des holländischen Strafgesetzbuches, der die Einziehung auch bei nur vermuteter deliktischer Herkunft erlaubt, wenn die betroffene Person keine befriedigende Erklärung darlegen kann.⁶² Das Bundesgericht sieht darin eine Parallele zum schweizerischen Strafgesetzbuch, das in Bezug auf Einziehungsmassnahmen ebenfalls Beweislasterminderungen in Form von beweislasterumkehrenden Vorkehrungen (Art. 72 StGB) vorsehe.⁶³

⁶¹ 1C_299/2011 Urteil vom 19. August 2011, E. 3.4.

⁶² Das Bundesgericht setzt sich in diesem Entscheid intensiv mit der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs in Bezug auf diese Möglichkeit auseinander und folgert, dass der zu beurteilende Fall keiner Konstellation entspreche, in welcher der EGMR in einer derartigen Einziehung eine Verletzung von Art. 6 EMRK anerkannt hatte. 1C_513/2010 vom 11. März 2011, E. 5 ff.

⁶³ 1C_513/2010 vom 11. März 2011, E. 6.2.

3. Klärung von Zuständigkeiten bei Entsiegelungsgesuchen

Der Zuständigkeitsproblematik kommt im Rechtshilfewesen eine besondere Tragweite zu: generell wegen der hybriden Struktur des Rechtshilferechts und im Besonderen seit Inkrafttreten der eidgenössischen Strafprozessordnung am 1. Januar 2011 und seit der Änderung von Art. 19 BStGerOR⁶⁴ mit Wirkung ab dem 1. Januar 2012.

Entsiegelungsentscheide fallen nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung grundsätzlich unter den Geltungsbereich von Art. 84 Abs. 1 BGG. Das Bundesgericht verweist diesbezüglich auf Art. 248 StPO und anerkennt damit den engen Zusammenhang der Entsiegelung mit der Beschlagnahme.⁶⁵ In Bezug auf die Frage der Zuständigkeiten überlagert sich die rechtshilferechtliche Problematik mit einem genuin strafprozessrechtlichen Problem in Entsiegelungsangelegenheiten: laut gesetzgeberischer Vorgabe⁶⁶ ist eine strafprozessrechtliche Beschwerde in Entsiegelungsangelegenheiten auf Kantonsebene ausgeschlossen und die Beschwerde gegen einen Entsiegelungsentscheid eines kantonalen Zwangsmassnahmengerichts direkt beim Bundesgericht einzureichen.⁶⁷ Nach Ansicht des Bundesgerichts erweist sich dieser Beschwerdeweg nun auch bei rechtshilfeweisen Entsiegelungen als inkohärent bzw. systemwidrig. Schliesslich besteht bei allen rechtshilferechtlichen Entsiegelungsentscheiden der Zwangsmassnahmengerichte grundsätzlich eine Beschwerdemöglichkeit nach IRSG⁶⁸.⁶⁹ An welche Instanz diese aber zu richten ist, scheint in der Praxis unklar zu sein, wie folgende Irrtümer zeigen: in einem rechtshilfeweise erlassenen Durchsuchungs- und Beschlagnahmebefehl der Staatsanwaltschaft war die betroffene Person dahingehend falsch belehrt worden, dass dagegen «nach Art. 393 ff. StPO» Beschwerde beim Obergericht erhoben werden könne. Das entsprechend angerufene Obergericht trat nicht darauf ein und verwies den Beschwerdeführer auf das Rechtsmittel «gemäss Art. 42 und 90 ff. BGG».⁷⁰ Bei Zwischenentscheiden in Rechtshilfesachen ergibt sich der Rechtsweg jedoch ausschliesslich aus Art. 80e Abs. 2 IRSG.⁷¹

⁶⁴ Gemäss Änderung vom 23. August 2011 (AS 2011 4495).

⁶⁵ 1C_365/2011, 1C_371/2011 Urteil vom 6. Januar 2012, E. 1.3.2., publiziert: BGE 138 IV 40.

⁶⁶ Art. 248 Abs. 3 StPO i.V.m. Art. 380 StPO und Art. 393 Abs. 1 lit. c StPO.

⁶⁷ Vgl. 1B_516/2011 Urteil vom 17. November 2011 E.1.1., wobei die Frage, ob es sich dabei um ein gesetzgeberisches Versehen handelt, vom Bundesgericht nur aufgeworfen und nicht entschieden worden ist.

⁶⁸ Art. 80e Abs. 2 IRSG i.V.m. Art. 54 StPO.

⁶⁹ 1B_562/2011 Urteil vom 2. Februar 2012, E. 1.4.

⁷⁰ 1B_563/2011, 1B_631/2011, 1B_633/2011 Urteil vom 16. Januar 2012, B. und E.

⁷¹ 1B_563/2011, 1B_631/2011, 1B_633/2011 Urteil vom 16. Januar 2012, E. 2.1.

Ein zweites Zuständigkeitsproblem stellt sich, wenn die Oberzolldirektion als zuständige Behörde⁷² rechtshilfweise handelt und beispielsweise eine Hausdurchsuchung durchführt und die Gegenstände versiegelt. Der Bund hat kein eigenes Zwangsmassnahmengericht. Die in Art. 65 StBOG getroffene Lösung, dass stattdessen also kantonale Zwangsmassnahmengerichte am Sitz der Bundesanwaltschaft oder ihrer Zweigstellen über Zwangsmassnahmen zu entscheiden haben, ist nicht auf Zwangsmassnahmen der Oberzolldirektion ausgerichtet. Der Wortlaut dieser Norm lässt es auch nicht zu, sie sinngemäss auf die Oberzolldirektion und die von ihr geführten Verwaltungsstrafverfahren anzuwenden. Folglich ist nach Art. 12 Abs. 1 IRSG bei sinngemässer Anwendung des Verwaltungsstrafrechts die Beschwerdekammer des Bundesstrafgerichts zuständig für Entscheide über Entsigelungsgesuche.⁷³ Weil nun aber das Bundesstrafgericht mit Wirkung ab dem 1. Januar 2012 die beiden Beschwerdekammern zusammengelegt hat, muss das Bundesstrafgericht bei dieser Organisation fortan seine eigenen Zwischenverfügungen überprüfen.⁷⁴ Damit verletzt es das verfassungsmässige Recht auf ein unvoreingenommenes und nicht vorgefasstes Gericht nach Art. 30 Abs. 1 BV. Deshalb organisiert das Bundesgericht das Bundesstrafgericht um und fordert die Beibehaltung des bis zum 31. Dezember 2011 geltenden Systems mit zwei Beschwerdekammern – zumindest für diese besondere Konstellation.⁷⁵

Ein drittes Zuständigkeitsproblem betraf schliesslich das Verhältnis zwischen dem Bundesamt für Justiz und dem Bundesstrafgericht in Bezug auf die Beurteilung der Auflagen gemäss Art. 80p IRSG. Während es sowohl dem Bundesamt als auch der Rechtsmittelinstanz (also dem Bundesstrafgericht) – und im Übrigen ebenso der ausführenden Behörde – erlaubt ist, die kleine Rechtshilfe sowie auch die (nicht im Gesetz erwähnte⁷⁶) Auslieferung mit Auflagen zu versehen, regelt das Gesetz klar, dass die Prüfung der Antwort des ersuchenden Staates auf diese Auflagen in die Kompetenz des Bundesamtes fällt.⁷⁷ Ist das Bundesamt zufrieden mit der Antwort, kann es die Bewilligung erteilen. Dagegen ist wiederum eine Beschwerde möglich und das Bundesstrafgericht ent-

⁷² Gemäss Art. 79 Abs. 2 IRSG kann das Bundesamt für Justiz die Rechtshilfekompetenz auf Bundesbehörden übertragen, die bei einer Begehung der Tat, wie sie im ausländischen Strafverfahren vorgeworfen wird, in der Schweiz für die Ahndung zuständig wäre.

⁷³ 1C_367/2011, 1C_373/2011 Urteil vom 6. Januar 2012, E. 2.2.4. Ebenso bei Zwangsmassnahmen im Rahmen der Amtshilfe gemäss BBA, s. dazu Bundesstrafgericht RR.2011.82 Entscheid vom 30. November 2011, II. Beschwerdekammer, S. 6.

⁷⁴ Urteil vom 6. Januar 2012 (a.a.O. Fn 73), E. 2.3.2.

⁷⁵ *Ibid* (Fn. 74) und mit praktisch gleichem Wortlaut das Urteil BGE 138 IV 40, E. 2.3.3.

⁷⁶ Aber von der Rechtsprechung anerkannte Anwendung auf die Auslieferung: s. BGE 123 II 511 E. 4a *in fine*.

⁷⁷ Art. 80p Abs. 3 IRSG.

scheidet danach endgültig.⁷⁸ *In casu* hatte das Bundesgericht, das vom Bundesamt angerufen worden war, darüber zu entscheiden, ob das Bundesstrafgericht diese Kompetenzverteilung verletzt hatte. Das Bundesgericht hat dies bejaht, den Entscheid aufgehoben und in der Sache selber entschieden.⁷⁹

B. Ausgewählte Entscheidungen des Bundesstrafgerichts zur Rechtshilfe

1. Vermögenssperren für Ägypten

Das Entgegenbringen von Vertrauen in fremde Rechtsordnungen ist eine fundamentale Voraussetzung der internationalen Rechtshilfe.⁸⁰ Dieses Vertrauen ist insbesondere dann einer Belastungsprobe ausgesetzt, wenn es Indizien für verletzendes, missbräuchliches Verhalten gibt und die rechtshilfeweise ergriffenen Massnahmen einen schweren, nicht wieder gutzumachenden Eingriff in die Rechte der betroffenen Personen darstellen. Die schweizerischen Gerichte berufen sich in der Regel auf die normativen Strukturen: ist die Schweiz einen Rechtshilfevertrag eingegangen, sieht es darin ein wichtiges Indiz eines intakten und gerechtfertigten Vertrauensverhältnisses.⁸¹

Ein solcher Rechtshilfevertrag besteht zwischen der Schweiz und Ägypten seit 2001. Es war der erste Rechtshilfevertrag mit einem arabischen Land.⁸² 2011 hat nun aber die schweizerische Bundesanwaltschaft ein Strafverfahren gegen Unbekannt und gegen einzelne bekannte Personen eingeleitet, in welchem bestimmte Aktivitäten des Regimes, das Hosni Mubarak in Ägypten über Jahrzehnte aufgebaut hat, untersucht werden sollen. Die am Regime Mubaraks beteiligten Personen werden verdächtigt, eine kriminelle Organisation zu sein. Das Staatsregime habe zum Ziel gehabt, von der weitreichenden Korruption persönlich zu profitieren und Staatsgelder für den privaten Bedarf zu gebrauchen.⁸³ Trotz dieses Verdachts besteht nun die Erwartung, dass die ägyptische

⁷⁸ Art. 80p Abs. 4 IRSG.

⁷⁹ 1C_146/2012 Urteil vom 23. März 2012, E. 2.3. und 2.4.

⁸⁰ NADJA CAPUS, *Souveränität und Strafrecht. Das Erfordernis der beidseitigen Strafbarkeit in der Rechtshilfe in Strafsachen*, Bern 2010 (insb. zur Paradoxie im Kontext der EU unter dem Regime der gegenseitigen Anerkennung), S. 394 ff.

⁸¹ Bundesstrafgericht RR.2011.70–75, Entscheid vom 12. Oktober 2011, E. 4.4.

⁸² Rechtshilfevertrag zwischen Schweiz und Ägypten über die Rechtshilfe in Strafsachen und Botenschaft (01.042) vom 3. Juli 2001, 4901–4914.

⁸³ Bundesstrafgericht BB.2011.107/108/110/111/112/115/116/117/128, Entscheid vom 30. April 2011, A.

Republik auf der Basis des eingegangenen Rechtshilfevertrages von der Schweiz einen Teil der hier gesperrten Vermögenswerte zurückerhalten kann.⁸⁴

Diese Konstellation birgt das Risiko, dass der ägyptische Staat, wird ihm im schweizerischen Strafverfahren eine Privatklägerstellung zugesprochen, Kenntnis über Informationen erhält, die ihm auf dem Rechtshilfeweg (noch) nicht zugänglich sind. Das haben sowohl die Bundesanwaltschaft als auch das Bundesstrafgericht erkannt und daher – trotz Anerkennung der Privatklägerstellung – den Zugang des ägyptischen Staates provisorisch auf anonymisierte Dokumentfassungen beschränkt.⁸⁵

Sollte das Rechtshilfeverfahren «aufgrund des Versagens staatlicher Strukturen» (Art. 1 RuVG) «zu keinem Ergebnis» führen, wird die Schweiz die bereits gesperrten Vermögenswerte auf der Grundlage des seit dem 1. Februar 2011 in Kraft getretenen Bundesgesetzes über die Rückerstattung unrechtmässig erworbener Vermögenswerte politisch exponierter Personen (RuVG) einziehen und rückerstatten.⁸⁶

2. Individualrechtliche Rüge der Verletzung des Spezialitätsprinzips

Das Spezialitätsprinzip ist fest in der Rechtshilfetradition und im Auslieferungrecht des 19. Jahrhunderts verwurzelt. Bereits sehr früh hat das Bundesgericht den Spezialitätsvorbehalt als strafrechtliche Bestimmung qualifiziert, mit der Folge, dass auch betroffene Personen (und nicht nur Staaten) eine Verletzung des Spezialitätsprinzips rügen können.⁸⁷ Das Bundesgericht hat nun diese Legitimation der betroffenen Personen unter Hinweis auf die ständige Rechtsprechung in Bezug auf die Auslieferung und die Rechtshilfe bestätigt und zusätzlich für innerstaatliche Rechts- bzw. (*in casu*) Amtshilfefälle anerkannt.⁸⁸

3. Beschwerdelegitimation auch ohne Erfordernis eines unmittelbaren und nicht wiedergutmachenden Nachteils

Es gehört zur ständigen Rechtsprechung schweizerischer Gerichte, dass der wirtschaftlich Berechtigte eines Kontos nicht legitimiert ist, Beschwerde gegen

⁸⁴ a.a.O. (Fn. 83), B.

⁸⁵ a.a.O. (Fn. 83), B und C, E. 12.

⁸⁶ Vgl. dazu bereits eingehend URSULA CASSANI, *Les avoirs mal acquis, avant et après la chute du « potentat »*, 20 SZIER(2010), S. 465–482.

⁸⁷ CAPUS (a.a.O. Fn 80) S. 282 f. und BGE 81 IV 290.

⁸⁸ 2C_806/2011 Urteil vom 20. März 2012, E. 2.1. und 2.2.

eine rechtshilfweise erfolgte Kontosperrung zu erheben. Legitimiert ist nach Art. 80*h* lit. b IRSG i.V.m. Art. 9a lit. a IRSV regelmässig nur der Kontoinhaber. Handelt es sich dabei um eine Firma, kann ausnahmsweise der wirtschaftlich berechtigten Person die Legitimation zukommen, wenn die Firma aufgelöst worden ist und also nicht mehr selber handeln kann.⁸⁹

Obwohl Art. 80*e* Abs. 2 lit. a IRSG für die selbständige Anfechtung von Zwischenverfügungen betreffend Beschlagnahme von Vermögenswerten und Wertgegenständen einen unmittelbaren und nicht wiedergutzumachenden Nachteil voraussetzt, sieht das Bundesgericht in der Regel davon in Fällen ab, die eine lange dauernde Beschlagnahme betreffen. Das Bundesstrafgericht übernimmt nun diese bundesgerichtliche Praxis und bejaht die Möglichkeit einer richterlichen Kontrolle nach einer relativ langen Zeitspanne der Beschlagnahme, ohne den zusätzlichen Nachweis des unmittelbaren und nicht wiedergutzumachenden Nachteils zu fordern. Allein der Zeitablauf kann demnach eine erneute richterliche Überprüfung der Vermögenssperre rechtfertigen, weil damit bedeutende Veränderungen im ausländischen Verfahren verbunden sein können (neue Urteile, wichtige Verfahrenshandlungen oder eben *keine* Entwicklungen).⁹⁰

4. Beschwerdelegitimation gegen die Herausgabe von Einvernahmeprotokollen

Die Rechtsprechung in Bezug auf die Beschwerdelegitimation bei der rechtshilfweisen Herausgabe von Einvernahmeprotokollen und aufgezeichneten Telefongesprächen ist komplex. Das Bundesgericht hat bisher prinzipiell die Beschwerdebefugnis in Bezug auf die Herausgabe von Unterlagen verneint, wenn keine direkte Betroffenheit durch eine Zwangsmassnahme gegeben ist: das sei regelmässig dann der Fall, wenn sich die Unterlagen nicht im Besitz des Beschwerdeführers befänden und er folglich nicht durch eine rechtshilfweise ergriffene Massnahme zur Herausgabe gezwungen und also unmittelbar betroffen gewesen wäre. Eine Ausnahme lässt demgegenüber das Bundesstrafgericht zu, wenn spezifische Informationen zu Bankkonten des Beschwerdeführers in den protokollierten Gesprächen enthalten sind.⁹¹

Zudem übernimmt das Bundesstrafgericht die vom Bundesgericht bereits akzeptierten Ausnahmen. Demnach ist eine Beschwerdelegitimation zu bejahen, wenn das nationale Strafverfahren, in dessen Rahmen einvernommen

⁸⁹ Bundesstrafgericht RR.2011.70–75 Entscheid vom 12. Oktober 2011, E. 2.3.

⁹⁰ *Ibid.* (Fn. 89), E. 2.2.2.

⁹¹ Bundesstrafgericht RR.2011.178 + RP.2011.34, E.3.3 m.H. auf TPF 2007 79 E. 1.6.3. S. 84f. m.w.H.

wurde, erst mit oder kurz nach Eingang des Rechtshilfeersuchens eröffnet worden ist und den gleichen Tatvorwurf betrifft. Sie ist auch dann zu bejahen, wenn sich der Beschwerdeführer während der Einvernahmen ausführlich zur eigenen Situation und zu seiner Beziehung zu den im ausländischen Verfahren angeklagten Personen geäußert habe.⁹² Schliesslich erinnert das Bundesstrafgericht an die Rechtsprechung des Bundesgerichts, dass eine persönliche und direkte Betroffenheit im Sinne von Art. 80h lit. b IRSG nur gegeben sei, wenn die Beweiserhebung unrechtmässig gewesen sei.⁹³ Es bejahte die persönliche und direkte Betroffenheit selbst bei gerichtlich bewilligten Telefonüberwachungsprotokollen, die anlässlich schweizerischer Ermittlungen gegen einen mutmasslichen Menschenhändler hergestellt und an Ungarn hätten herausgegeben werden sollen. Als Begründung gab das Gericht an, dass der Beschwerdeführer in den Gesprächen über seine Situation Auskunft gegeben und ein enger Zusammenhang mit dem Rechtshilfeverfahren bestanden habe.⁹⁴ Der Beschwerdeführer rügte demzufolge zu Recht die Verletzung des rechtlichen Gehörs, weil er die Telefontranskriptionen nicht einsehen konnte und ihm also eine rechtsgenügende Stellungnahme zum Rechtshilfesuch unmöglich gewesen sei. Insbesondere hatte die Staatsanwaltschaft keine Verweigerungsgründe im Sinne von Art. 27 VwVG geltend gemacht.⁹⁵ Das Gericht wies die Staatsanwaltschaft an, dem Beschwerdeführer das Tonmaterial zuerst zur Kenntnis zuzustellen und anschliessend neu zu verfügen.

5. Meldeverbot und Melderecht der Bank

Müssen Bankunterlagen bei Banken in der Schweiz mit Klienten mit ausländischem Wohnsitz und ohne schweizerisches Zustellungsdomizil beschafft werden, ist die Bank, welche die Verfügungen der Rechtshilfebehörde erhält, nach Art. 80n Abs. 1 1. Halbsatz IRSG berechtigt, den Klienten über das Vorliegen eines Ersuchens und alle in diesem Zusammenhang stehenden Tatsachen zu informieren. Die Staatsanwaltschaft kann jedoch verfügen, dass die Bank diese Kommunikation unter Androhung einer Strafe nach Art. 292 StGB zu unterlassen hat. Dieses Vorgehen entspricht der gesetzlich vorgesehenen Möglichkeit nach Art. 80n Abs. 1 2. Halbsatz IRSG. Im zu beurteilenden Fall war eine Schlussverfügung ergangen, ohne dass das vorgängig auferlegte Kommunikationsverbot formell wieder aufgehoben worden wäre. Gemäss Stellungnahme der Staatsanwaltschaft «un oubli regrettable». Das Bundesstrafgericht sah darin

⁹² *Ibid.* (Fn. 92), E. 3.3.

⁹³ *Ibid.* (Fn. 92), E. 3.4.1.

⁹⁴ *Ibid.* (Fn. 92), E. 3.6.

⁹⁵ *Ibid.* (Fn. 92), E. 4.3.

keine Verletzung des rechtlichen Gehörs, weil das Kommunikationsverbot in der Eröffnungsverfügung zeitlich begrenzt gewesen sei und diese Zeitspanne immerhin drei Monate vor Erlassen der Schlussverfügung abgelaufen war. Die Bank hätte demnach ausreichend Zeit gehabt, den Klienten zu informieren – auch ohne formelle Aufhebung des strafrechtlich bewehrten Verbots. Das Gericht stellte jedoch klar, dass selbst wenn es eine relevante Verletzung des rechtlichen Gehörs bejaht hätte, diesbezüglich nur von einer leichten, heilbaren Verletzung auszugehen gewesen wäre.⁹⁶

6. Beidseitige Strafbarkeit

a) Geldwäscherei und Nachweis der Vortat

Die Anforderungen an die Sachverhaltsangaben in Rechtshilfesuchen bezüglich ausländischer Geldwäschereivorwürfe sind in der schweizerischen Rechts-hilfepaxis gering: obwohl von Gesetzes wegen überhaupt erst von einem Geldwäschereiverdacht ausgegangen werden kann, wenn es sich bei der Vortat um ein Verbrechen nach schweizerischem Strafrecht handelt, haben die Gerichte diese Verbindung weitgehend abgebrochen. Die ersuchende Behörde hat nicht einmal mehr anzuzeigen, um was für eine Vortat es sich allenfalls handeln könnte.⁹⁷ Die Grenze dieser milden Anforderungen an die Beschreibung verdächtiger Transaktionen ist nach einem neuen Entscheid des Bundesstrafgerichts immerhin dann erreicht, wenn die ersuchende Behörde sich damit begnügt, das zugrunde liegende Geschäft bzw. den daraus resultierenden Gewinn als aussergewöhnlich und fiktiv zu beschreiben, ohne darzulegen, inwiefern daraus arglistig ein Schaden verursacht worden sei.⁹⁸

b) Betrug

Die Arglist fehlte nach Ansicht des Bundesstrafgerichts auch in einer finnischen Sachverhaltsdarstellung. Das Bundesstrafgericht prüfte die Arglist im Spiegel der Handlungsmacht der vermeintlichen Opfer und kam zum Schluss, dass diese mit einfachen Vorsichtsmassnahmen und schlichter Internetsuche den Tätern auf die Schliche hätten kommen können.⁹⁹

⁹⁶ Bundesstrafgericht RR.2011.196–198 und RR.2011.199–201, beides Entscheide vom 16. Januar 2012, E. 2 ff.

⁹⁷ Bundesstrafgericht RR.2011.232–234 Entscheid vom 12. Oktober 2011, E. 3.2.2 m.w.H. auf Urteile des Bundesstrafgerichts und Bundesgerichts. Kritisch Nadja Capus, Kaleidoskop der Geldwäschereivortaten: die strafgesetzliche Definition der Geldwäscherei und ihre Abwandlung durch die Rechtsprechung, Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft 122 (2010), S. 274–290.

⁹⁸ Bundesstrafgericht RR.2011.232–234 Entscheid vom 12. Oktober 2011.

⁹⁹ Bundesstrafgericht RR.2011.196–198 Entscheid vom 16. Januar 2012, E. 3.

c) Prozessbetrug

Ein Rechtshilfesuch anlässlich der Scheidung eines französischen Ehepaars bot dem Bundesstrafgericht Anlass, zu entscheiden, ob eine falsche Aussage der Ehefrau nach schweizerischer Betrugskonzeption als tatbestandsmässiges Verhalten nach Art. 146 StGB aufzufassen ist. Es wies daraufhin, dass das Bundesgericht schon vor Jahren den Prozessbetrug als mögliche Form des Betruges im Sinne von Art. 146 StGB anerkannt habe, dass aber das zentrale Problem darin liege, zu entscheiden, ob ein bestimmtes Aussageverhalten (wenn z.B. einfach etwas verschwiegen wird) tatsächlich als arglistig zu werten ist. Die Arglist wiederum im Spiegel der Handlungsmacht des vermeintlichen Opfers prüfend, legte das Gericht mögliche Alternativen dar, die zumindest nach schweizerischem Zivilrecht bestehen, um auch ohne Mithilfe des nicht kommunikativen und nicht kooperativen Scheidungspartners an scheidungsrelevante Informationen zu gelangen. Aus diesem Grund fiel der Prozessbetrug ausser Betracht. Weil hingegen mögliche Alternativen in Bezug auf die Informationsbeschaffung bei Art. 306 StGB keine Rolle spielen, da der Tatbestand mit der (falschen) Aussage erfüllt ist, prüfte das Gericht in einem zweiten Schritt diesen Tatbestand.¹⁰⁰ Im konkreten Fall fehlte es zwar an einer richterlichen Ermahnung der falsch aussagenden Frau. Diese Ermahnung gilt jedoch nach der herrschenden Lehre ohnehin nur als eine objektive Strafbarkeitsbedingung und diese sind gemäss Art. 35 Abs. 2 lit. a IRSG nicht Teil der Strafbarkeitsprüfung.

C. Ausgewählte Entscheidungen des Bundesstrafgerichts zur Auslieferung

1. Wahrung der Mindestrechte der Verteidigung

Wie bereits in Bezug auf die Rechtshilfe ausgeführt, untersteht jegliche Kooperation in Strafsachen dem Vertrauensgrundsatz. Vor diesem Hintergrund stellt die Prüfung möglicher Verweigerungsgründe nach Art. 2 Abs. 1 lit. a–d IRSG eine besondere Herausforderung dar. Das Bundesstrafgericht setzt diesbezüglich die zurückhaltende Praxis des Bundesgerichts fort: Die Prüfung der Verweigerungsgründe «[...] setzt ein Werturteil über das politische System des ersuchenden Staates, seiner Institutionen, seines Verständnisses von Grundrechten und deren effektiven Gewährleistung sowie über die Unabhängigkeit und Unparteilichkeit der Justiz voraus. Der Rechtshilferichter muss bei der Beurteilung

¹⁰⁰ *Ibid* (Fn. 99).

über die effektive Gewährleistung der Grundrechte im ersuchenden Staat besondere Zurückhaltung walten lassen.»¹⁰¹

Wenn Strafurteile in Abwesenheit der angeschuldigten Person ergangen sind, erlaubt aber das zweite Zusatzprotokoll zum Auslieferungsübereinkommen des Europarates dem ersuchten Staat die Beurteilung hinsichtlich der Wahrung der Mindestrechte der Verteidigung im Rahmen des ausländischen Strafverfahrens. Sollte der ersuchte Staat zum Schluss gelangen, dass die Mindestrechte nicht gewahrt worden sind, kann das Auslieferungsbegehren abgelehnt werden. Das Zusatzprotokoll erlaubt die Auslieferungsbewilligung nur, wenn die ersuchende Vertragspartei «eine als ausreichend erachtete Zusicherung gibt, der Person, um deren Auslieferung ersucht wird, das Recht auf ein neues Gerichtsverfahren zu gewährleisten, in dem die Rechte der Verteidigung gewahrt werden.»¹⁰² Die Antwort des um Auslieferung ersuchenden Staates muss also eine solche Zusicherung enthalten. Anlässlich einer entsprechenden Antwort aus Italien waren sich jedoch das Bundesstrafgericht und das Bundesamt für Justiz über die Interpretation der Antwort nicht einig. Nach Ansicht des Bundesamtes für Justiz fiel die Antwort befriedigend aus und es verfügte die Auslieferung. Nach Ansicht des Bundesstrafgerichts lag hingegen eine eindeutige Verneinung der verlangten Zusicherung nach einem neuen Prozess vor. Damit sei die Auslieferung offensichtlich unzulässig und das Bundesstrafgericht ordnete die sofortige Entlassung aus der Auslieferungshaft an (gemäss Art. 51 Abs. 1 IRSG): ein erstes Mal im März 2012¹⁰³ und ein zweites Mal im April 2012¹⁰⁴. Offen blieb leider die vom Beschwerdeführer aufgeworfene Frage nach der Relevanz der Verjährung in einer solchen Ausgangslage. Italien hatte die Unmöglichkeit eines neuen Prozesses nämlich nicht explizit mit der Verjährungsproblematik begründet, das Bundesstrafgericht trat auf die entsprechende Frage des Beschwerdeführers nicht ein und das Bundesgericht, das die diesbezügliche Nichtbehandlung durch das Bundesstrafgericht zwar monierte und selber zu entscheiden beanspruchte (gemäss Art. 107 Abs. 2 BGG), liess sie dann jedoch seinerseits offen, weil sie eben gerade Teil der Entscheidung nach Art. 80p IRSG sei und es nicht vorgreifen (und damit selber die Kompetenz des Bundesamtes verletzen) wollte.¹⁰⁵

¹⁰¹ Bundesstrafgericht RR.2011.242 + RP.2011.46 Entscheid vom 15. Dezember 2011, E. 3.2.

¹⁰² Art. 3 Ziff. 1 Zusatzprotokoll (SR 0.353.12).

¹⁰³ Bundesstrafgericht RH.2012.3 Entscheid vom 7. März 2012, E. 4.

¹⁰⁴ Bundesstrafgericht RH.2012.57 + RP.2012.13 Entscheid vom 13. April 2012, E. 4. und 6.

¹⁰⁵ 1C_146/2012 Urteil vom 23. März 2012, E. 2.4.

2. Widerruf der Zustimmung in die vereinfachte Auslieferung

Das Bundesstrafgericht behandelte die Beschwerde eines österreichischen Staatsangehörigen, der gestützt auf Ausschreibungen im Schengener Informationssystem in der Schweiz festgenommen und in provisorische Auslieferungshaft gesetzt worden war. Die Beschwerde richtete sich gegen die vereinfachte Auslieferung einen Monat nach der bereits stattgefundenen Auslieferung. Das Bundesstrafgericht stellte daher fest, dass sich «die Beschwerde als unbegründet erwiesen hätte und daher abzuweisen gewesen wäre, soweit überhaupt darauf hätte eingetreten werden können».¹⁰⁶

Der Widerruf hatte das Bundesstrafgericht erst erreicht, nachdem das Bundesamt für Justiz die Auslieferung bewilligt hatte. Die Bewilligung erfolgte nämlich noch am Tag der Einvernahme, in welcher der Festgenommene sich mit der vereinfachten Auslieferung einverstanden erklärt haben soll. Der vom Bundesstrafgericht per Fax gesendete superprovisorische Stopp erreichte schliesslich die kantonale Behörde wenige Minuten nach der Überstellung.

Grundlage des Entscheides des Bundesstrafgerichts war das Einvernahmeprotokoll. Es zitierte wörtlich daraus und folgerte, «dass der Beschwerdeführer ausdrücklich mit einer «möglichst raschen Auslieferung» einverstanden war [...], und dass er auf eine Bedenkfrist, innerhalb welcher er sein Einverständnis zur vereinfachten Auslieferung hätte zurückziehen können, verzichtete [...], dass ihm Art. 54 und 38 IRSG explizit erklärt wurden [...], und dass ihm das Merkblatt bezüglich Auslieferungsverfahren ausgehändigt wurde [...]».¹⁰⁷ Weil sich der vom Beschwerdeführer geltend gemachte psychische und physische Ausnahmestand, die Unzurechnungsfähigkeit, die ungenügende Aufklärung betreffend Auslieferungsablaufs und die fehlende Gelegenheit zum Widerruf nicht aus dem Einvernahmeprotokoll ergaben, waren für das Bundesstrafgericht die geltend gemachten gesundheitlichen Probleme und die Unzurechnungsfähigkeit des Beschwerdeführers zum Zeitpunkt der Einvernahme nicht belegt.

¹⁰⁶ Bundesstrafgericht RR.2011.320 Entscheid vom 24. Januar 2012, S. 4.

¹⁰⁷ *Ibid* (Fn. 106).