

Chronique de droit pénal suisse dans le domaine international (2009)

Schweizerische Praxis zum Strafrecht im internationalen Umfeld (2009)

par **Ursula Cassani**¹, **Sabine Gless**², **Peter Popp**³
et **Robert Roth**⁴

Sommaire

- I. La coopération avec les juridictions pénales internationales (par Robert Roth)
- II. Les instruments internationaux et bilatéraux en matière pénale et leur transposition en droit suisse (par Ursula Cassani)
 - A. La Convention des Nations Unies du 31 octobre 2003 contre la corruption
 - B. Les instruments bilatéraux
 - C. La coopération internationale dans le domaine fiscal
- III. Die Schweiz und Europäisches Strafrecht (von Sabine Gless)
 - A. Europäische Strafverfolgung nach dem Vertrag von Lissabon
 - B. Vereinfachte Rechtshilfe im Schengen-Verbund
 - C. Mitarbeit im Schengener Informationssystem
 - D. Perspektiven
- IV. Internationale Rechtshilfe in Strafsachen : Aus der Praxis des Bundesstrafgerichts (von Peter Popp)
 - A. Auslieferung
 - B. Übrige Rechtshilfe
 - C. Rechtshilfverfahren

I. La coopération avec les juridictions pénales internationales (par Robert Roth)

Dans notre précédente chronique,⁵ nous avons commenté le projet de loi fédérale portant modification de lois fédérales en vue de la mise en œuvre du Statut de Rome de la Cour pénale internationale.⁶ Il semblait que l'on s'acheminait

¹ Professeure, Université de Genève, Juge à la Cour d'appel de la magistrature de Genève, Avocate.

² Professorin, Universität Basel.

³ Honorarprofessor der Universität Bern, Richter am Bundesstrafgericht.

⁴ Professeur, Université de Genève, Juge à la Cour de cassation de Genève.

⁵ RSDIE/SZIER 1/2009 47 ss.

⁶ FF 2008 3461.

vers une adoption sans histoire, le Conseil national n'ayant, à l'occasion de son premier débat, établi qu'une divergence avec le projet du Conseil fédéral.

A la plus grande surprise, en tout cas de l'auteur de ces lignes, le Conseil des Etats a, lors de sa session de printemps 2010, tenté d'introduire dans le projet tel qu'approuvé par la Chambre basse, de substantielles innovations.⁷ Tentative seulement, car la plupart de ces innovations ont été rejetées par le Conseil national,⁸ auquel s'est finalement ralliée la Chambre haute.⁹ La loi a été adoptée le 18 juin 2010.¹⁰

Parmi les propositions audacieuses du Conseil des Etats, deux se détachaient nettement en raison de leur portée juridique (pas nécessairement de leur impact concret).

a) La Chambre haute proposait d'abord de placer la provocation publique au crime de génocide sous le régime de l'universalité complète : la provocation publique au génocide serait punissable même lorsqu'elle était commise à l'étranger et que le génocide lui-même devait avoir lieu entièrement à l'étranger. Tout lien avec la Suisse aurait ainsi été rompu. Un tel lien était prévu dans le projet du Conseil fédéral, approuvé par le Conseil national, aux termes duquel le génocide projeté devait avoir lieu en « tout ou partie » en Suisse.

La proposition du Conseil des Etats pouvait s'appuyer sur l'interprétation universellement admise des articles III et VI de la Convention du 9 décembre 1948 pour la prévention et la répression du crime de génocide,¹¹ qui soumet les Etats parties à l'obligation de « traduire devant leurs tribunaux compétents » (et donc *a fortiori* de rendre ces tribunaux compétents) les actes prévus à l'article III – parmi lesquels « l'incitation directe et publique à commettre un génocide » – et cela quel que soit le lieu de perpétration.¹² Certes, la provocation publique est un délit en soi, et c'est lui qui est directement visé par la combinaison des art. III et VI de la Convention. Mais une limitation à un génocide ayant lieu en « tout ou partie » en Suisse, telle qu'établie par l'art. 259 al. 1^{bis} CP dans sa version du Conseil fédéral et du Conseil national, devenue définitive après l'abdication du Conseil des Etats,¹³ ne paraît guère compatible avec l'esprit de la Convention. Il est difficile de défendre une répression se *limitant* aux actes

⁷ BO CE 2010 337 ss.

⁸ BO CN 2010 850 ss.

⁹ BO CE 2010 568 ss et 623.

¹⁰ FF 2010 3889.

¹¹ RS 0.311.11, en vigueur pour la Suisse depuis le 6 décembre 2000.

¹² Cf. VANESSA THALMANN, « National Criminal Jurisdiction over Genocide », in : Paola Gaeta (éd.), *The UN Genocide Convention – A Commentary*, Oxford 2009, 231 ss; voir également dans le même volume, JENS DAVID ÖHLIN, « Incitement and Conspiracy to Commit Genocide », 207 ss, avec des références aux législations et pratiques nationales, 225 ss.

¹³ FF 2010 3890.

incitant à un génocide qui serait au moins pour partie « suisse ». Tout cela conduira très vraisemblablement à l'ineffectivité complète de cette disposition.

b) En second lieu, le Conseil des Etats voulait soumettre les crimes contre l'humanité, nouvelle infraction en droit suisse (art. 264a CP dans sa version modifiée par la loi du 18 juin 2010), au même régime que les crimes de guerre ou le génocide, à savoir une imprescriptibilité si l'action pénale ou la peine n'étaient pas prescrites le 1^{er} janvier 1983, date de la révision de l'art. 101 CP (à l'époque 75^{bis}). Le projet du Conseil fédéral approuvé par le Conseil national se « contentait » d'une imprescriptibilité à partir de l'entrée en vigueur de la nouvelle loi commentée ici, soit vraisemblablement le 1^{er} janvier 2011.

La proposition du Conseil des Etats était ici juridiquement contestable car hybride : le législateur de 1983, au moment d'introduire l'imprescriptibilité des crimes de guerre et du génocide dans le droit suisse, n'avait manifestement eu aucune intention s'agissant des crimes contre l'humanité, infraction qui avait alors à peine entamé son long cheminement dans les jurisprudences nationales, puis dans les textes internationaux. La proposition a été combattue avec vigueur par la Conseillère fédérale Eveline Widmer-Schlumpf, qui avait pourtant été quelque peu prise à contre-pied par l'arrêt de la Grande Chambre de la Cour européenne des droits de l'homme dans l'affaire *Kononow c. Lettonie*,¹⁴ qui renversait l'arrêt de la 3^{ème} Chambre de la Cour sur lequel la Conseillère fédérale s'appuyait au mois de mars 2010 pour entamer son combat. Le Conseil national a toutefois tenu bon, et la solution consistant à rendre « rétroactivement imprescriptibles » les crimes contre l'humanité a été rejetée. Cette solution ne paraît pas contraire, sous l'angle de la prévisibilité de l'incrimination, à la position adoptée par Grande Chambre de la Cour européenne des droits de l'homme dans l'affaire *Kononow*.

A l'issue de toute cette discussion, le Conseil des Etats n'a finalement recueilli qu'un maigre lot de consolation : le nouvel art. 260^{bis} CP ne limite pas la punissabilité des actes préparatoires à ceux qui précèdent les crimes de guerre considérés comme les plus graves et vise l'ensemble des infractions maintenant codifiées aux art. 264b à 264h CP. Il s'agit là d'une extension non négligeable de la répression, inspirée par la crainte de difficultés pratiques que rencontreraient les tribunaux s'ils devaient distinguer entre crimes de guerre « graves » et « non graves » au stade des actes préparatoires. Il est également vrai qu'on ne voit guère pourquoi les actes préparatoires à un incendie intentionnel, puni d'une peine privative de liberté d'un an au moins, seraient punissables, alors que les auteurs d'actes préparatoires aux crimes de guerre « de moindre gra-

¹⁴ Arrêt du 17 mai 2010, req. No 36376/04.

vité » (art. 264c al. 4 ou 264d al. 3 CP par exemple), qui encourent exactement la même peine, échapperaient à la répression.

La loi est définitive et le délai référendaire court jusqu'au 7 octobre 2010. Nonobstant les quelques lacunes identifiées dans le dispositif,¹⁵ la Suisse rejoint ainsi le groupe des Etats, comprenant la grande majorité des Etats de l'Union européenne, qui ont adapté leur législation aux exigences qu'ils se sont fixées en ratifiant le statut de la Cour pénale internationale.

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

La période qui fait l'objet de la présente chronique n'a pas été très riche en développements dans le domaine des instruments internationaux et bilatéraux en matière pénale et leur transposition en droit suisse. L'année 2009 a été fortement marquée par les rebondissements en matière de *coopération internationale dans le domaine fiscal*. Les développements intervenus relèvent, au regard des conceptions juridiques suisses, de l'entraide administrative. Cependant, l'enjeu du débat est bien la question de *l'échange de renseignements susceptibles de fonder, dans l'Etat requérant, l'imposition de sanctions pénales* telles que la peine privative de liberté, l'arrêt domiciliaire ou des amendes qui peuvent être très élevées.¹⁶ La délimitation entre la coopération administrative entre autorités fiscales et l'entraide internationale pénale est ainsi suffisamment trouble et les influences réciproques suffisamment importantes pour qu'une évocation rapide de ces développements se justifie.¹⁷

A. La Convention des Nations Unies du 31 octobre 2003 contre la corruption

Cette convention internationale, dont la ratification n'entraîne aucune modification du droit suisse, a d'ores et déjà été évoquée dans notre chronique pour la période 2007/2008.¹⁸ Comme prévu, l'arrêté de ratification a été adopté

¹⁵ Cf. notre chronique précédente, SZIER/RSDIE 1/2009, 49–50.

¹⁶ Preuve en sont les condamnations pénales prononcées d'ores et déjà contre les contribuables états-unien sur la base des informations transmises dans l'affaire UBS, rapportées sur les sites informatiques de l'Internal Revenue Service et du U.S. Department of Justice.

¹⁷ Section II, C (*infra*).

¹⁸ SZIER/RSDIE 1/2009, 54 s.

par les Chambres fédérales sans difficultés, le 20 mars 2009.¹⁹ La Convention est entrée en vigueur pour la Suisse le jour de sa ratification, soit le 24 octobre 2009.²⁰

B. Les instruments bilatéraux

Au cours de l'année 2009, la Suisse a continué la mise en œuvre de sa stratégie de renforcement progressif de la coopération avec les autorités de police étrangères dans le domaine de la criminalité, en concluant un accord avec la République de Serbie.²¹ A l'instar d'autres accords récents dans le domaine, celui-ci englobe, au titre de la coopération policière, l'échange d'informations, la coordination des engagements opérationnels, la mise sur pied d'équipes communes, etc. La possibilité d'arrangements spéciaux sur l'affectation d'officiers de liaison est prévue. Enfin, des principes fondamentaux gouvernant la protection des données sont énoncés.

Un accord-cadre a par ailleurs été conclu le 3 décembre 2008 avec la Principauté de Liechtenstein pour régir la coopération policière dans la zone frontalière, ainsi que la collaboration dans la procédure de visa et l'entrée et le séjour.²² L'arrêté de ratification a été adopté le 12 juin 2009,²³ mais les dispositions sur la coopération policière dans la zone frontalière ont été appliquées provisoirement dès le 12 décembre 2008, date de la mise en application de l'acquis de Schengen en Suisse.

C. La coopération internationale dans le domaine fiscal

1. Le point de départ

Le droit suisse s'illustre par une conception très restrictive de la répression pénale en matière fiscale, de même que de la coopération internationale dans le

¹⁹ FF 2009 1827.

²⁰ RO 2009 5467, RS 0.311.56.

²¹ Accord du 30 juin 2009 entre la Confédération suisse et la République de Serbie sur la coopération policière en matière de lutte contre la criminalité, FF 2009 5529, RS 0.360.682.1; message portant approbation de l'Accord entre la Suisse et la Serbie sur la coopération policière en matière de lutte contre la criminalité du 2 septembre 2009, FF 2009 5513.

²² Accord-cadre entre la Confédération suisse et la Principauté de Liechtenstein sur la collaboration concernant la procédure de visa, l'entrée et le séjour ainsi que sur la coopération policière dans la zone frontalière du 3 décembre 2008, FF 2009 1237, RS 0.360.514.2; message relatif à l'accord-cadre entre la Confédération suisse et la Principauté de Liechtenstein sur la collaboration concernant la procédure de visa, l'entrée et le séjour ainsi que sur la coopération policière dans la zone frontalière du 18 février 2009, FF 2009 1217.

²³ FF 2009 4025.

domaine. La soustraction d'impôts ne constitue pas une infraction pénale, mais une simple contravention administrative. En matière d'imposition directe, il faut que l'auteur ait commis un délit d'usage de faux, pour que le juge pénal soit compétent. En matière d'imposition indirecte, c'est un délit relevant du droit pénal administratif qui s'applique lorsque l'auteur commet une tromperie astucieuse, notamment en usant d'un faux ou en se livrant à d'autres manœuvres astucieuses (art. 14 DPA²⁴). La modification de la législation suisse dans le cadre de son adaptation aux exigences découlant de la révision de 2003 des recommandations du GAFI, entrée en vigueur le 1^{er} février 2009,²⁵ a ajouté un cas aggravé d'escroquerie fiscale douanière (art. 14 al. 4 DPA), qui est un crime et donne lieu à blanchiment d'argent.

L'art. 3 al. 3 EIMP²⁶ érige l'exception fiscale en obstacle à l'entraide internationale, mais prévoit néanmoins deux « exceptions à l'exception ». D'une part, la coopération sous la forme de la petite entraide est accordée lorsque l'infraction alléguée constitue une escroquerie en matière fiscale, ce qui suppose que l'auteur ait usé d'astuce (art. 3 al. 3 lit. a EIMP²⁷). D'autre part, depuis la révision législative entrée en vigueur le 1^{er} février 2009, toutes les formes de coopération, y compris l'extradition, sont prévues en cas de contrebande aggravée au sens de l'art. 14 al. 4 DPA (art. 3 al. 3 lit. b EIMP). La coopération internationale pénale et administrative dans le domaine de la fiscalité indirecte a, par ailleurs, été considérablement élargie, dans les rapports avec l'Union européenne et ses Etats membres, par l'Accord sur l'association de la Confédération suisse à l'acquis de Schengen (AAS)²⁸ et par l'Accord pour lutter contre la fraude,²⁹ dont on signalera qu'il s'applique depuis le 8 avril 2009 de manière provisoire avec certains Etats.³⁰ Sur ces développements, il est renvoyé à l'analyse de SABINE GLESS dans notre précédente chronique.³¹

²⁴ Loi fédérale du 22 mars 1974 sur le droit pénal administratif (DPA), RS 313.0.

²⁵ Cette modification est commentée dans notre chronique précédente, SZIER/RSDIE 1/2009, 54.

²⁶ Loi fédérale du 20 mars 1981 sur l'entraide internationale en matière pénale (loi sur l'entraide pénale internationale, EIMP), RS 351.1.

²⁷ Pour la définition de l'escroquerie en matière fiscale, l'art. 24 de l'Ordonnance du 24 février 1982 sur l'entraide internationale en matière pénale (RS 351.11) se réfère à l'art. 14 al. 2 DPA.

²⁸ Accord du 26 octobre 2004 entre la Confédération suisse, l'Union européenne et la Communauté européenne sur l'association de la Confédération suisse à la mise en œuvre, à l'application et au développement de l'acquis de Schengen (avec annexes et acte final), RS 0.362.31. Cf. également l'analyse de SABINE GLESS, Sect. II C (*infra*).

²⁹ Accord de coopération du 26 octobre 2004 entre la Confédération suisse, d'une part, et la Communauté européenne et ses Etats membres, d'autre part, pour lutter contre la fraude et toute autre activité illégale portant atteinte à leurs intérêts financiers (avec acte final), RS 0.351.926.81.

³⁰ RO 2009 1299 et annexe.

³¹ SZIER/RSDIE 1/2009, 58-63.

Dans le domaine de la fiscalité directe, l'entraide pénale, même limitée à la petite entraide, reste inopérante pour la plupart des infractions fiscales étrangères, soit chaque fois que le contribuable n'est pas soupçonné d'avoir commis des manœuvres astucieuses, notamment en utilisant des faux.

A côté de l'entraide pénale, la coopération internationale, relevant de l'entraide administrative, est prévue par les *Conventions de double imposition (CDI)*. Les autorités suisses ont longtemps défendu l'opinion que cette forme de coopération administrative avait pour seul but de permettre l'application correcte des CDI³² ; ensuite, plusieurs CDI, dont celle avec l'Allemagne dès 2003, prévoyaient l'échange de renseignements en cas de fraude fiscale, passible de peine privative de liberté. L'optique est plus large dans la CDI avec les Etats-Unis, dont l'art. 26 exige l'échange de renseignements « pour prévenir les fraudes et délits semblables ».³³ De manière similaire, l'Accord sur la fiscalité de l'épargne entre la Suisse et la Communauté européenne, du 26 octobre 2004, prévoit l'échange de renseignements en cas de fraude fiscale au regard de la législation de l'Etat requis, ou d'une infraction équivalente.³⁴ Nonobstant ces assouplissements, les clauses acceptées par la Suisse ne satisfaisaient pas aux standards de l'OCDE, en particulier à l'art. 26 du Modèle de convention fiscale sur le revenu et la fortune (version 2005), établissant l'obligation d'échanger des renseignements qui sont vraisemblablement pertinents pour l'application correcte d'une convention fiscale ainsi que « pour l'administration ou l'application de la législation interne relative aux impôts de toute nature ou dénomination ». La Suisse a donc exprimé ses réserves sur ce point, sauf pour la fraude passible d'emprisonnement en vertu de la législation des deux Etats.

Cet équilibre fragile a été profondément chamboulé par les développements survenus pendant l'année 2009.

³² Pour une analyse approfondie de l'évolution, cf. XAVIER OBERSON, La nouvelle politique fiscale de la Suisse en matière d'échange de renseignements fiscaux – « un an après », in : Thévenoz/Bovet, Journée 2009 de droit bancaire et financier, Genève (etc.), 128 ss.

³³ Convention entre la Confédération suisse et les Etats-Unis d'Amérique en vue d'éviter les doubles impositions en matière d'impôts sur le revenu du 2 octobre 1996, RS 0.672.933.61. La notion de « tax fraud or the like » est définie dans le Protocole (ch. 10) et le Protocole d'Accord (ch. 8) de la Convention et concrétisée par un Accord amiable du 23 janvier 2003, énonçant une série d'hypothèses dans lesquelles l'entraide est donnée.

³⁴ Art. 10 de l'Accord du 26 octobre 2004 entre la Confédération suisse et la Communauté européenne prévoyant des mesures équivalentes à celles prévues dans la directive 2003/48/CE du Conseil en matière de fiscalité des revenus de l'épargne sous forme de paiements d'intérêts (avec annexes et mémorandum d'entente), RS 0.641.926.81.

2. L'affaire UBS et l'Accord du 19 août 2009

Depuis 2008, les autorités américaines avaient adressé à la Suisse des *demandes d'entraide* sur la base de la CDI en vigueur, dans le cadre de procédures contre plusieurs contribuables soupçonnés d'infractions fiscales. Par ailleurs, l'Internal Revenue Service (IRS) avait obtenu, le 30 juin 2008, devant un tribunal civil de Floride, l'autorisation de notifier à UBS SA une ordonnance lui demandant d'identifier les clients susceptibles d'avoir fraudé le fisc américain et de lui transmettre les documents bancaires y relatifs (« *John Doe Summons* »).

Une enquête pénale pour complicité de fraude fiscale visait également UBS SA. Dans ce contexte, la banque suisse a conclu avec le U.S. Department of Justice et avec le U.S. Attorney's Office for the Southern District of Florida un accord rendu public le 18 février 2009, au terme duquel elle livrait 300 noms à l'IRS et payait une amende s'élevant à USD 780 millions, en échange d'une suspension de la poursuite pénale (« *Deferred Prosecution Agreement* »). Craignant les conséquences inévitables d'une inculpation d'UBS en cas de non-respect de cet accord conclu par la banque, la FINMA a ordonné la transmission des données relatives aux 300 clients, en se prévalant des art. 25 et 26 LB,³⁵ lui permettant d'ordonner des mesures protectrices en cas de risque d'insolvabilité, dans le but de protéger les créanciers et la stabilité du système. Saisi d'un recours de clients d'UBS touchés par des procédures d'entraide en cours, le Tribunal administratif fédéral (TAF) a, le 20 février 2009, interdit à la FINMA de transmettre les données bancaires aux autorités administratives. Par la suite, le TAF a rendu sa décision, déclarant le recours sans objet, du fait que les données avaient déjà été communiquées aux autorités états-uniennes.³⁶ Cependant, il a consacré de longs développements au fond, jugeant que les conditions de l'octroi de l'entraide administrative étaient réalisées en l'espèce, alors même que la requête des autorités états-uniennes ne désignait pas nommément les contribuables mis en cause, mais décrivait concrètement les mécanismes utilisés par les contribuables pour frauder le fisc.³⁷

La mise en œuvre du « *John Doe Summons* » dans le cadre de la procédure civile demeurerait réservée dans le « *Deferred Prosecution Agreement* » conclu par l'UBS, et l'IRS a introduit une demande d'exécution dès le lendemain de cet accord. A terme, UBS aurait donc été confrontée au choix entre deux voies

³⁵ Loi fédérale du 8 novembre 1934 sur les banques et les caisses d'épargne (Loi sur les banques, LB), RS 952.0.

³⁶ ATAF du 5 mars 2009 (A-7342/2008 et A-7426/2008). Par ailleurs, le TAF a jugé ultérieurement que la FINMA avait violé le droit en ordonnant la transmission des données (ATAF du 5 janvier 2010 (B-1092/2009)).

³⁷ ATAF du 5 mars 2009 (A-7342/2008 et A-7426/2008), consid. 4.6.

d'action : refuser d'y donner suite et violer les termes de l'arrangement obtenu, déclenchant ainsi l'inculpation, ou transmettre les noms des clients concernés en dehors d'une procédure d'entraide et risquer de se rendre punissable en Suisse, sur la base des art. 47 LB et des art. 271 et 273 CP.³⁸

Dans le but de mettre un terme à ce dilemme et plus largement au « conflit de souveraineté »³⁹ dont il était la conséquence, *la Suisse a conclu, le 19 août 2009, un accord avec les Etats-Unis d'Amérique*, aux termes duquel ces derniers devaient présenter une nouvelle demande d'entraide administrative,⁴⁰ que la Suisse s'engageait à traiter selon une procédure accélérée dans l'année dès la conclusion de l'accord (art. 1^{er}). L'annexe à l'accord décrit les relations clients et agissements englobés dans l'accord, en incluant, à partir de seuils quantitatifs définis, non seulement les « activités présumées relever d'une attitude frauduleuse » mais aussi des « agissements représentant des comportements délictueux graves et durables » relevant de la soustraction d'impôts, ainsi que les comptes détenus par une société offshore. Quelque 4450 comptes étaient concernés ; les 500 premiers cas ont été traités durant l'automne, et certaines décisions ont été frappées de recours interjetés par les clients concernés. Dans son arrêt du 21 janvier 2010, qui fait figure de décision pilote, le TAF a admis le recours d'une contribuable contre la décision de transmission de ses données bancaires à l'IRS,⁴¹ en jugeant que l'accord d'entraide administrative du 19 août 2009 était un « accord amiable » (« *Verständigungsvereinbarung* »)⁴² qui ne pouvait aller à l'encontre de la CDI entre la Suisse et les Etats-Unis en vigueur, notamment en incluant la soustraction d'impôts grave. On sait que l'accord a ultérieurement été amendé par un protocole,⁴³ de manière à exprimer qu'il pri-

³⁸ Cf., à ce propos, le Message relatif à l'approbation de l'accord entre la Suisse et les Etats-Unis d'Amérique concernant la demande de renseignements relative à UBS SA, et du protocole modifiant cet accord, FF 2010 2693, 2696.

³⁹ Message précité (note 38), 2698.

⁴⁰ Accord du 19 août 2009 entre la Confédération suisse et les Etats-Unis d'Amérique concernant la demande de renseignements de l'Internal Revenue Service des Etats-Unis d'Amérique relative à la société de droit suisse UBS SA (avec annexe et décl.), 0.672.933.612, entré en vig. le 19 août 2009. Cf. le Message précité (note 38).

⁴¹ ATAF du 21 janvier 2010 (A-7789/2009).

⁴² ATAF du 21 janvier 2010 (A-7789/2009), consid. 5.5.2.

⁴³ Protocole modifiant l'Accord entre la Confédération suisse et les Etats-Unis d'Amérique concernant la demande de renseignements de l'Internal Revenue Service des Etats-Unis d'Amérique relative à la société de droit suisse UBS SA, signé à Washington le 19 août 2009, conclu le 31 mars 2010 et applicable immédiatement à titre provisoire, RS 0.672.933.612, RO 2010 1459.

mais la CDI en cas de conflit.⁴⁴ Il a été soumis aux Chambres fédérales, qui l'ont approuvé le 17 juin 2010,⁴⁵ sans le soumettre au referendum.

3. L'élargissement de l'entraide administrative en vertu des CDI

En date du 13 mars 2009, le Conseil fédéral a annoncé un véritable « changement de paradigme »,⁴⁶ en déclarant que la Suisse reprendrait désormais le standard de l'art. 26 du Modèle de convention de l'OCDE. Cela n'a pas empêché la Suisse d'être portée sur la liste grise des pays ne mettant pas substantiellement en œuvre les règles de l'OCDE en matière de coopération fiscale à l'occasion de la réunion du G20 le 2 avril 2009. Pour conquérir sa place sur la liste blanche, ce qui fut fait le 25 septembre 2009, la Suisse a dû signer douze CDI prévoyant une clause d'assistance administrative élargie, auxquelles d'autres sont venues s'ajouter par la suite. L'échange de renseignements n'est pas automatique, mais sur demande, formulée à propos d'une personne nommément désignée. Les dix premières CDI ont été approuvées par les Chambres fédérales le 18 juin 2010 ;⁴⁷ le délai de referendum court jusqu'au 7 octobre 2010.

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

Den Berichtszeitraum 2009 prägt im europäischen Strafrecht das Inkrafttreten des Vertrags von Lissabon am 1. Dezember 2009. Das jüngste EU-Vertragswerk ordnet die rechtlichen Rahmenbedingungen für die grenzüberschreitende Zusammenarbeit in Strafsachen im integrierten Europa neu.⁴⁸

⁴⁴ Notamment art. 7a ajouté par ledit protocole. Cf. également l'ATAF du 15 juillet 2010 (A-4013/2010) consid. 6.2.2., rejetant un recours d'une contribuable états-unienne.

⁴⁵ Arrêté fédéral portant approbation de l'accord entre la Suisse et les Etats-Unis d'Amérique concernant la demande de renseignements relative à UBS SA, et du protocole modifiant cet accord, du 17 juin 2010, FF 2010 2907.

⁴⁶ XAVIER OBERSON (note 32), 142.

⁴⁷ FF 2010 3955 ss : France, Danemark, Norvège, Luxembourg, Autriche, Royaume-Uni, Mexique, Qatar, Etats-Unis d'Amérique, Finlande.

⁴⁸ Dazu etwa: ANDRÉ KLIP, *European Criminal Law*, Antwerp/Oxford/Portland 2009, 47 ff.; VALSAMIS MITSILEGAS, *European Criminal Law*, Antwerp/Oxford/Portland 2009, 36 ff.; REINHARD ZIMMERMANN, *Jura* 2009, 844 ff.

A. Europäische Strafverfolgung nach dem Vertrag von Lissabon

1. Der Vertrag von Lissabon

Das neue Vertragswerk bekräftigt noch einmal die Idee *eines* Raumes der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts und stärkt grundsätzlich die EU-Komponente der Zusammenarbeit. Bestehen bleibt jedoch die Spannung zwischen der europäischen Vision und dem Bestreben der EU-Mitgliedstaaten, gerade im Bereich des Strafrechts an einzelstaatlicher Souveränität festzuhalten.⁴⁹

Das Vertragswerk von Lissabon umfasst drei neue Primärrechtsquellen:⁵⁰

- den Vertrag über die Europäische Union (EUV),⁵¹
- den Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV)⁵² sowie
- die EU-Charta der Grundrechte.⁵³

Auch nach Inkrafttreten der neuen rechtlichen Grundlagen gelten die auf die früheren Verträge gegründeten Rechtsakte weiter, bis sie ersetzt oder aufgehoben werden.⁵⁴

2. Neuerungen für die Europäische Strafverfolgung

Der Vertrag von Lissabon stellt das Europäische Strafrecht auf eine gemeinsame Vertragsgrundlage: Für die *Betrugsbekämpfung*, die im Rahmen der 1. Säule der EU durch supranationales EG-Recht bestimmt war, und die *Polizeiliche und Justizielle Zusammenarbeit in Strafsachen (PJZS)*, die als besondere Form der intergouvernementalen Zusammenarbeit in der 3. Säule gewachsen ist, gelten damit jetzt die gleichen Rechtsregeln. Dieser Schritt ist eine Konsequenz aus der jüngeren Politik der EU, die sich dem Aufbau *eines* Raumes der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts verpflichtet sieht.⁵⁵ Allerdings bleibt abzuwarten, ob der neue Rechtsrahmen auch tatsächlich zu einem spürbaren Wechsel in der europäischen Kriminalpolitik führen wird. Denn die EU-Staaten

⁴⁹ Illustrativ für diesen Konflikt ist das Urteil des deutschen Bundesverfassungsgerichts zum Vertrag von Lissabon. Es weist mit Nachdruck darauf hin, dass strafverfahrensrechtliche Normen durch einen demokratischen Willensbildungsprozess legitimiert sein müssen, vgl. Urteil vom 30. Juni 2009, 2 BvR 1010/08 = BVerfGE 123, 267, Rn. 358.

⁵⁰ Die aktuellen Rechtsgrundlagen der EU sind abrufbar unter: <http://eur-lex.europa.eu>.

⁵¹ ABl. C 115 vom 9. Mai 2008, 13.

⁵² Sowie 37 Protokolle und 2 Anhänge, vgl. Art. 51 EUV.

⁵³ ABl. C 115 vom 9. Mai 2008, 47.

⁵⁴ Protokoll Nr. 36 zum AEUV, ABl. C 115 vom 9. Mai 2008, 201.

⁵⁵ Art. 3 Abs. 2 EUV.

haben sich auch im Vertrag von Lissabon Souveränitätsvorbehalte für die grenzüberschreitende Strafverfolgung ausbedungen. So baut der Vertrag von Lissabon zwar Zuständigkeiten auf europäischer Ebene aus und öffnet dafür das allgemeine Gesetzgebungsverfahren, das nicht mehr die Einstimmigkeit verlangt, sondern grundsätzlich nach dem Mehrheitsprinzip funktioniert.⁵⁶ Gleichzeitig etabliert der EUV aber einen «Notbremsenmechanismus»: Ist ein Mitgliedstaat der Auffassung, dass ein Rechtsakt «grundlegende Aspekte seiner Strafrechtsordnung» berührt, kann sich der Europäische Rat mit dem streitigen Rechtsakt befassen und das ordentliche Gesetzgebungsverfahren aussetzen.⁵⁷ Prinzipiell verbietet der Vertrag von Lissabon eine EU-Gesetzgebung, welche «die Wahrnehmung der Zuständigkeiten der Mitgliedstaaten für die Aufrechterhaltung der öffentlichen Ordnung und Sicherheit berührt».⁵⁸ Gleichzeitig sieht der EUV jedoch eine Mindestangleichung im Straf- und Strafprozessrecht sowie neue Formen der Kooperation in der EU vor;⁵⁹ insbesondere langfristig auch die Möglichkeit der Einrichtung einer Europäischen Staatsanwaltschaft.⁶⁰

Mit dem Inkrafttreten des Vertrags von Lissabon gilt auch die Charta der Grundrechte der EU.⁶¹ Jetzt sind Gesetzgebung und Exekutive auf europäischer Ebene durch bestimmte Justizgrundrechte gebunden, wie etwa das Recht auf einen wirksamen Rechtsbehelf vor einem unparteiischen Gericht, die Unschuldsvermutung und die Achtung der Verteidigungsrechte.⁶² Strafverfolgungsmassnahmen von EU-Institutionen wie Europol, Eurojust oder OLAF können vom EuGH am Standard der EU-Grundrechte ebenso überprüft werden, wie die Umsetzung von EU-Vorgaben durch die Mitgliedstaaten im Bereich grenzüberschreitender Strafverfolgung.⁶³ Das ist ein bedeutender Schritt für den grund- und menschenrechtlichen Rahmen europäischer Strafverfolgung.

⁵⁶ Vgl. Art. 16 Abs. 3 und 4 EUV sowie Art. 238 Abs. 2 AEUV; REINHARD ZIMMERMANN, *Jura* 2009, 844.

⁵⁷ Art. 83 Abs. 3 AEUV; ANDRÉ KLIP (Fn.48), 33 f.; REINHARD ZIMMERMANN, *Jura* 2009, 844.

⁵⁸ Art. 72 AEUV.

⁵⁹ Vgl. Art. 82 f. AEUV.

⁶⁰ Diese soll Straftaten zum Nachteil der finanziellen Interessen der Europäischen Union bekämpfen.

⁶¹ Art. 6 Abs. 1 EUV. Dazu etwa: MARTIN HEGER, *ZIS* 2009, 408.

⁶² Zum Strafklageverbrauch nach Art. 50 der Charta, der künftig gebietet: «Niemand darf wegen einer Straftat, derentwegen er bereits in der Union nach dem Gesetz rechtskräftig verurteilt oder freigesprochen worden ist, in einem Strafverfahren erneut verfolgt oder bestraft werden» – es fehlt also das Vollstreckungselement, das in Art. 54 SDÜ noch vorausgesetzt wurde. Vgl. MARTIN HEGER, *ZIS* 2009, 408.

⁶³ Beachte den materiellen Vorbehalt, der es dem EuGH verbietet, die «Gültigkeit oder Verhältnismässigkeit von Massnahmen der Polizei oder anderen Strafverfolgungsbehörden eines Mitgliedsstaates» zu überprüfen, Art. 276 AEUV.

3. Bedeutung für die Schweiz

Aus Sicht der Schweiz ist der Vertrag von Lissabon nicht nur wegen der Änderungen in der EU von Interesse, sondern vor allem auch mit Blick auf die spezifischen Schweizer Interessen: Hier ist zum einen positiv zu bewerten, dass die EU-Staaten ihren Willen zur Fortführung der Schengen-Zusammenarbeit bekräftigen.⁶⁴ Der Schengen-Verbund hat sich in den Augen der EU-Staaten bewährt, auch wenn die Umsetzung in der Praxis mit vielen Sonderbedingungen und Extraregeln verknüpft ist und dieses «Europa à la carte» nicht ohne Weiteres in das Ideal eines einheitlichen Rechtsraumes passt.

Zum anderen ist aber für die Zukunft festzuhalten, dass sich mit dem Inkrafttreten des neuen EUV nicht nur die rechtlichen, sondern auch die politischen Bedingungen geändert haben: Bisher haben die EU-Staaten über die Annahme eines Rechtsaktes in der 3. Säule resp. über die Weiterentwicklung des Schengen-Acquis einstimmig entschieden. Das erforderte zwar oft langwierige Verhandlungen. Es hatte aber aus Sicht der Schweiz den Vorteil, dass in den Fällen, in denen die Annahme eines Schengen-Rechtsaktes drohte, den die Eidgenossenschaft nicht positiv bewertete, es genügte, wenn *ein* EU-Staat die Bedenken teilte und dagegen stimmte. Nach der Umstellung vom Einstimmigkeits- auf das Mehrheitsprinzip müsste die Mehrheit der EU-Staaten Schweizer Bedenken teilen resp. müsste die Schweiz mehr Staaten in den Verhandlungen um die Weiterentwicklung des Schengen-Acquis in ihrem Sinne überzeugen, wenn sie einen Rechtsakt verhindern wollte.⁶⁵ Die Beschränkung auf das «decision shaping» (und der Ausschluss vom «decision making») hat in einem Entscheidungsfindungsprozess, der auf Einstimmigkeit beruht, eine andere Bedeutung als in einem Verfahren, das auf Mehrheitsentscheidung beruht.

Der Vertrag von Lissabon institutionalisiert das Institut der verstärkten Zusammenarbeit, wie es in der Schengen Zusammenarbeit bereits realisiert ist. Das bedeutet für die Zukunft: Wenn eine Gruppe von Staaten in einer Vorreiterrolle den europäischen Rechtsraum weiterentwickeln will, dann können sie den Integrationsprozess in einer kleineren Gruppe fortsetzen, um später weitere EU-Staaten und unter bestimmten Bedingungen auch Nicht-EU-Staaten einzubeziehen.⁶⁶ Die verstärkte Zusammenarbeit ist *ultima ratio*,⁶⁷ denn sie birgt nicht nur die Chance der Weiterentwicklung, sondern auch die Gefahr der Rechtszersplitterung. Denn die Flexibilisierung eines gemeinsamen Rechtsrah-

⁶⁴ Vgl. Art. 77 AEUV.

⁶⁵ Vgl. SZIER/RSDIE 1/2009, 58.

⁶⁶ Lediglich bestehende Institutionen – wie etwa Europol – sollen nicht wieder im «Europa der verschiedenen Geschwindigkeiten» flexibilisiert werden. Vgl. Art. 84 AEUV.

⁶⁷ Vgl. Art. 20 EUV; ANDRÉ KLIP (Fn. 48), 60 f.

mens durch «opt-outs» resp. «opt-outs» beim «opt-in»⁶⁸ führt zu einem sehr komplexen und wenig einheitlichen europäischen Strafrecht, was dem politischen Ziel *eines* Rechtsraumes widerspricht.⁶⁹ In den EU-Staaten wird etwa immer wieder moniert, dass es oftmals sehr schwierig für Rechtsunterworfenen und Rechtsanwender ist, einen Zugang zur aktuellen Sammlung der relevanten Rechtsakte des Schengen-Acquis zu finden. Die Schweiz hat einen offiziellen, institutionalisierten Weg zum Schengen-Recht geöffnet: Ein aktualisierter Bestand des Schengen-Acquis ist abrufbar unter: <http://admin.ch/ch/d/eur>.

B. Vereinfachte Rechtshilfe im Schengen-Verbund

Die Auswirkungen der vereinfachten Rechtshilfe im Schengen-Verbund illustrieren neuere Entscheide, die angesichts der Regelung in Art. 63 SDÜ Auslieferungen in Steuerstrafverfahren zwischen der Schweiz und anderen Schengen-Staaten ermöglichen.⁷⁰ Das haben das Bundesstrafgericht⁷¹ und das Bundesgericht⁷² in zwei aufeinanderfolgenden Beschwerden ausdrücklich festgehalten: Für die in Art. 50 SDÜ aufgezählten Delikte indirekter Fiskalität besteht eine Auslieferungspflicht. Das SDÜ geht als *lex specialis* und als *lex posterior* den anderen Rechtshilfeübereinkommen vor.⁷³

⁶⁸ Vgl. Protokolle Nr. 20–22 zum Vertrag von Lissabon; LAURENT MOREILLON/ALINE WILLI-JAYET, *Coopération judiciaire pénale dans l'Union européenne*, Basel 2005, 34 ff.; vgl. zu Grossbritannien, Polen und Tschechien opt-outs bezgl. Grundrechte-Charta: ANDRÉ KLIP (Fn. 48), 58.

⁶⁹ Vgl. dazu EuGH, Rs. C-288/05 (JÜRGEN KRETZINGER), Slg. 2007, I-6441; siehe auch EuGH, Rs. C-288/05 (JÜRGEN KRETZINGER), Schlussanträge der Generalanwältin Sharpston vom 5. Dezember 2006, Slg. 2007, I-6441, Rn. 89 f. sowie JOËLLE DRUEY, in: Moreillon (éd.), *Aspects pénaux des Accords bilatéraux*, 31; ANDRÉ KLIP (Fn. 48), 61; VALSAMIS MITSILEGAS (Fn. 48), 14 und 35; STEVE PEERS, *EU Justice and Home Affairs Law*, 45.

⁷⁰ Vgl. BStGer vom 24. Februar 2010, RR.2009.279, Ziff. 6; BGer 1C_163/2010, E. 3 vom 13. April 2010. Vgl. auch STEPHAN BREITENMOSER, in: Breitenmoser/Ehrenzeller (Hrsg.), *Aktuelle Fragen der internationalen Amts- und Rechtshilfe*, St. Gallen 2009, 32; URS BEHNISCH, in: Breitenmoser/Ehrenzeller (Hrsg.), *Aktuelle Fragen der internationalen Amts- und Rechtshilfe*, St. Gallen 2009, 265; MARTIN WYSS, in: *Festschrift für Heinrich Koller*, Basel/Genf/München 2006, 304 f.; HANSPETER PFENNINGER, in: Kaddous/Jametti Greiner (Hrsg.), *Bilaterale Abkommen II Schweiz-EU*, Basel 2006, 353 f.

⁷¹ BStGer vom 24. Februar 2010, RR.2009.279, Ziff. 6.

⁷² BGer 1C_163/2010 vom 13. April 2010, E. 3.

⁷³ BGer 1C_163/2010, E. 3 vom 13. April 2010, E.3.2 mit Verweis auf STEPHAN BREITENMOSER (Fn. 70), 31 und HANSPETER PFENNINGER (Fn.70), 353.

C. Mitarbeit im Schengener Informationssystem

Die Mitarbeit der Schweiz im Schengener Informationssystem (SIS) hat sich im Berichtszeitraum im Grundsatz nicht verändert. Auch das ist bereits eine Mitteilung wert. Denn es bedeutet, dass die Schengen-Staaten im letzten Jahr nicht vom bisher genutzten Schengener Informationssystem der ersten Generation (SIS I) resp. dem durch die Schweiz und anderen neuen Assoziierungsstaaten genutzten SISone4all⁷⁴ zum Schengener Informationssystem der zweiten Generation (SIS II) wechseln konnten. Die technischen Schwierigkeiten bei der Einrichtung einer Zentraleinheit, über die auch biometrische Daten etc. ausgetauscht und mehr Querverweise im System gespeichert werden können, erscheinen immens, ebenso wie die Kosten, welche das Projekt bereits verschlungen hat.

Bemerkenswert aus rechtlicher Sicht ist die Annahme zweier EU-Rahmenbeschlüsse:

Der EU-Rahmenbeschluss vom 27. November 2008 über den Schutz personenbezogener Daten, die im Rahmen der polizeilichen und justiziellen Zusammenarbeit in Strafsachen verarbeitet werden (*RB-Datenschutz*)⁷⁵ entwickelt die einschlägigen Datenschutzbestimmungen weiter.⁷⁶ Für die Umsetzung neuer datenschutzrechtlicher Anforderungen⁷⁷ in Zusammenhang mit der Schengen-Zusammenarbeit, insbesondere soweit sie das SIS betreffen, sollen langfristig vor allem unabhängige Datenschutzbeauftragte in den Kantonalverwaltungen etabliert werden.⁷⁸

Der Rahmenbeschluss über die Vereinfachung des Austauschs von Informationen und Erkenntnissen zwischen Strafverfolgungsbehörden der EU-Mitgliedstaaten (*RB-Informationsaustausch*)⁷⁹ modifiziert die Rahmenbedingungen für einen Datenaustausch in Europa entsprechend dem Grundsatz der Verfügbarkeit.⁸⁰ Die sog. Schwedische Initiative will erreichen, dass Informationen, welche den zuständigen Behörden eines Mitgliedstaats zur Verfügung

⁷⁴ SZIER/RSDIE 1/2009, 61.

⁷⁵ ABl. L 350 vom 30. Dezember 2008, 60 (vgl. Erwägungsgrund 46). Zur Übernahme der Datenschutzbestimmungen siehe Genehmigung und Umsetzung des Notenaustauschs zwischen der Schweiz und der EU betreffend die Übernahme Rahmenbeschluss 2008/977/JI.

⁷⁶ Vor dem Vertrag von Lissabon wurde das SIS unter zwei Regimes bewirtschaftet: Schengen-Rechtsakte, welche der 1. Säule zugeordnet wurden, unterfielen dem Regime der EG-Datenschutzrichtlinie 95/46/EG vom 24. Oktober 1995, ABl. L 281 vom 23. November 1995, 31.

⁷⁷ Diese können durch Schweizer Recht oder durch EU-initiiertes Recht entstehen, vgl. BGer 1C_51/2008 vom 30. September 2008.

⁷⁸ Dazu ausf. ASTRID EPINEY, SJZ 2006, 121 ff.; vgl. zu den europarechtlichen Anforderungen: EuGH, Rs. C-518/07 (*Europäische Kommission*), Slg. 2010, Rn. 23 ff.

⁷⁹ ABl. L 386 vom 29. Dezember 2006, 89 sowie L 75 vom 15. März 2007, 26.

⁸⁰ MARTIN BÖSE, EuZ 2007, 62; ANDRÉ KLIP (Fn. 48), 354.

stehen, den Behörden aller anderen Mitgliedstaaten mit vergleichbaren Befugnissen und entsprechenden EU-Stellen (etwa Europol) auch zugänglich sind.⁸¹ Dieser Rahmenbeschluss gehört zum Schengen-Acquis und ist für die Schweiz – soweit bindend – durch das SIaG umgesetzt.⁸² Der Datenaustausch nach dem Grundsatz der Verfügbarkeit auf der Grundlage des »Vertrags von Prüm«⁸³ ist bisher nicht in den Rechtsbestand von Schengen integriert, obwohl er die mit dem SDÜ begonnene verstärkte polizeiliche und justizielle Zusammenarbeit einzelner Mitgliedsstaaten weiterführt.⁸⁴ Die Schweiz ist also weder verpflichtet, noch ohne weiteres berechtigt, hier mitzuarbeiten. Die zuständigen Stellen prüfen aber mögliche Optionen.⁸⁵

D. Perspektiven

Die Schweiz bleibt – obgleich kein EU-Mitgliedstaat – faktisch und rechtlich in spezifischer Weise in die strafrechtliche Zusammenarbeit der EU eingebunden.

Für die Zukunft stehen angesichts des Politikprogramms der EU neue Bewährungsproben bevor. Denn ganz oben auf der EU-Agenda⁸⁶ steht der konsequente Umbau der zwischenstaatlichen Zusammenarbeit nach dem Prinzip der »gegenseitigen Anerkennung«,⁸⁷ um den Weg zu dem anvisierten gemeinsamen Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts zu ebnen. Das Prinzip gegenseitiger Anerkennung soll eine gleichsam automatisierte Anerkennung einer Entscheidung eines justiziellen Organs aus einem anderen EU-Staat gewähr-

⁸¹ Daraus wird auch eine Pflicht der Mitgliedstaaten abgeleitet, zu melden, ob bestimmte Arten von Informationen elektronisch gespeichert sind und ob sie für die zuständigen Behörden online zugänglich sind, vgl. dazu insgesamt MARTIN BÖSE, *EuZ* 2007, 62 ff.

⁸² SR 262.2. JOACHIM VOGEL, in: Heinrich Grützner/Paul-Günter Pötz/Claus Kress (Hrsg.), *Internationaler Rechtshilfeverkehr*, I A 2, vor § 1, Rn. 156; NADINE ZURKINDEN, *Jusletter* vom 1. Dezember 2008, Rn. 30; MARTIN BÖSE, *EuZ* 2007, 63 und 65.

⁸³ Vertrag über die Vertiefung der grenzüberschreitenden Zusammenarbeit, insbesondere zur Bekämpfung des Terrorismus, der grenzüberschreitenden Kriminalität und der illegalen Migration (Prümer Vertrag) vom 27. Mai 2005. Zum Datenschutz vgl. EVELIEN RENATE BROUWER, *Digital Borders and Real Rights*, 46.

⁸⁴ BERND HACKNER, in: Breitenmoser/Gless/Lagodny (Hrsg.), *Schengen in der Praxis*, Zürich/St. Gallen 2009, 299 f.

⁸⁵ STEPHAN BREITENMOSE, in: Breitenmoser/Gless/Lagodny (Hrsg.), *Schengen in der Praxis*, Zürich/St. Gallen 2009, 54 f.

⁸⁶ Seit dem Gipfel von Tampere im Jahr 1999 (vgl. *ABl. EU* C 12 vom 15. Januar 2001); Haager Programm von 2000 *ABl. EU* C 53 vom 3. März 2005; vgl. a. das Massnahmenprogramm zur Umsetzung *ABl. EU* C 12 vom 15. Januar 2001.

⁸⁷ Ausf. dazu: BERND HECKER, *Europäisches Strafrecht*, 2. Aufl., Heidelberg 2007, § 12 Rn. 48 ff.; KATALIN LIGETI, *Strafrecht und strafrechtliche Zusammenarbeit in der Europäischen Union*, Berlin 2005, 115 ff.

leisten und ersetzt damit das traditionelle Rechtshilfeinstrumentarium.⁸⁸ Traditionelle Rechtshilfevorbehalte werden beseitigt oder eingeschränkt. Das gilt insbesondere für das Erfordernis der beiderseitigen Strafbarkeit.

Für die Schweiz stellt sich hier vor allem die Frage, wie sie im Schengen-Rahmen angesichts dieser Agenda agieren soll. Fraglich ist, ob rechtliche Sicherheitsstreben in den dynamischen Entwicklungsprozess eingezogen werden sollen, indem etwa strikte materielle Kriterien entwickelt werden, anhand derer ein Rechtsakt als «Schengen relevant» qualifiziert resp. eine deklarierte Schengenrelevanz in Frage gestellt werden kann.⁸⁹ Das Fehlen materieller Kriterien bei der Zuordnung von Rechtsakten zum Schengen-Acquis lässt beiden Seiten einen grossen politischen Spielraum offen, da in Zweifelsfällen mehr oder weniger ad hoc entschieden werden kann, ob ein Rechtsakt als Schengen-relevant deklariert wird oder nicht. Der Rechtssicherheit ist dies aber wenig zuträglich.

IV. Internationale Rechtshilfe in Strafsachen: Aus der Praxis des Bundesstrafgerichts (von Peter Popp)⁹⁰

Das Bundesstrafgericht hat 2009 seine Rechtsprechung, deren Anfänge im letzten Bericht⁹¹ angezeigt wurden, weiter vertieft. Es folgte dabei weitgehend den durch langjährige Praxis des Bundesgerichts vorgezeichneten Linien, was nicht zuletzt darauf zurückgeht, dass dieses sich für (weitere) Beschwerde nur, aber immer als zuständig erachtet, wenn eine neue Rechtsfrage auftaucht oder wenn das erstinstanzliche Gericht von der bundesgerichtlichen Praxis abweicht.⁹² Dabei verbleiben doch – aus einer bei der Neuordnung des Rechtsweges in Rechtshilfesachen unterschätzten Fallzahl – manche Präzisierungen und einige Neuigkeiten, welche der Beachtung wert sind.

⁸⁸ Zum Prinzip der gegenseitigen Anerkennung vgl. etwa: STEVE PEERS, CMLR 2004, 7 ff.

⁸⁹ Vgl. ASTRID EPINEY, AJP/PJA 2002, 305; SZIER/RSDIE 1/2009, 66.

⁹⁰ Der Autor dankt für ihre Unterstützung bei der Entscheidungswahl den Gerichtsschreibern und -schreiberinnen David Glassey, Andrea Bütler, Santina Pizzonia, Marion Schmid, Giampiero Vacalli, für Korrekturarbeiten der Praktikantin Anna-Lynn Fromer.

⁹¹ SZIER/RSDIE 1/2009, 67 ff.

⁹² Zu Art. 84 BGG. Vgl. die Nachweise in ZBJV 2009, 325 und die Bemerkungen dazu (325 ff.).

A. Auslieferung

1. Beeinträchtigung von Menschenrechten durch Auslieferung

In der Rechtsprechung des Bundesgerichts wurde gelegentlich erwogen, inwiefern das Recht auf Familie einer Auslieferung zum ausländischen Strafvollzug entgegen stehe. Das wurde nur ausnahmsweise angenommen und zwar im Interesse der Kinder des Betroffenen.⁹³ Das Bundesstrafgericht hat in einer früheren Entscheidung diesen Grundsatz übernommen, ohne auf die konkrete familiäre Situation einzugehen.⁹⁴ Nunmehr holt es dies nach und lässt dabei als Voraussetzung für ein solches Rechtshilfehindernis den Gesundheitszustand des Kindes nicht genügen, solange es in der Obhut des anderen Elternteiles verbleiben kann.⁹⁵ Nicht entschieden bleibt weiterhin, inwiefern der verfolgte Elternteil legitimiert ist, die im Kind eingetretene Beeinträchtigung des Rechts auf Familie geltend zu machen.

2. Gefahr der Verletzung von Menschenrechten im Ausland

Das Bundesstrafgericht erörtert die Frage, ob Polen im Rahmen der 3-Klassen-Kategorisierung zu den unbedenklichen oder zu den Staaten gehöre, in welchen ein ernsthaftes Risiko der Verletzung von Menschenrechten bestehe. Bei dieser Einteilung zieht es jeweils die Berichte anerkannter internationaler, staatlicher und privater Organisationen bei,⁹⁶ gibt einer dortigen Kritik jedoch nur Raum, wenn sie Zustände von hoher zeitlicher Aktualität rügen. Im Lichte solcher Quellen bescheinigte es Polen allgemeine Unbedenklichkeit, was das Haftregime – auch für den in seiner Gesundheit angeschlagenen Beschwerdeführer – angeht. Für dieses Land kommt damit seiner Mitgliedschaft bei der EU die grössere Bedeutung zu als seiner noch nicht lange zurückliegenden Einbettung in den kommunistischen Machtbereich; es hat einen Status, der herkömmlicherweise den westlichen Staaten vorbehalten war. Eine allgemeine Gefahr der Verletzung prozeduraler Menschenrechte schliesst das Bundesstrafgericht für Polen aus.⁹⁷

Das Rechtshilfehindernis der zu befürchtenden Verletzung des Gebotes von *fair trial* ist auf das Strafverfahren selbst zu fokussieren und damit auf die Er-

⁹³ Urteil des Bundesgerichts 1A.164/2004 vom 10. August 2004, E. 5.1.

⁹⁴ RR.2007.44 vom 3. Mai 2007, E. 6.2.

⁹⁵ RR.2009.117 vom 17. Juni 2009, E. 2.7.

⁹⁶ Vgl. grundsätzlich lit. A Ziff. 2 SZIER/RSDIE 1/2009.

⁹⁷ RR.2009.76 vom 19. Juli 2009, E. 8–9.

wartungen an die Organe der Strafjustiz. Das ist, wie das Bundesstrafgericht in einem konkreten Fall einlässlich prüft, nicht allein aus dem Umstand zu schliessen, dass das ausländische Strafverfahren auf grosses Echo in der Öffentlichkeit und auf politischen Widerhall bei der Regierung stösst. Die Entscheidung nimmt dabei den Staat für die öffentliche Vorverurteilung des Beschuldigten in die Pflicht.⁹⁸

3. Auslieferungshaft

Das Bundesstrafgericht scheint den Anwendungsbereich von Ersatzmassnahmen graduell zu erweitern: Neben den bereits früher erwähnten Sonderfällen⁹⁹ lässt es sie auch zu, wenn der betroffenen Person eine «nicht besonders lange Freiheitsstrafe» droht. Ersatz bilden regelmässig Kautions in Verbindung mit Hinterlage der Reisedokumente und polizeilicher Meldepflicht. Im konkreten Fall erhöhte es das Kautionserfordernis gegenüber dem Angebot des Beschwerdeführers auf rund 40% seines – glaubhaft dargestellten – Vermögens.¹⁰⁰

In einem weiteren Fall befasst es sich mit der elektronischen Fussfessel als Ersatzmassnahme. Es lässt sie in Verbindung mit einer Kautions zu, und zwar selbst bei als hoch eingestufte Fluchtgefahr. Auch hier prüft es die Angemessenheit des Kautionsangebotes – anhand der Steuererklärung der betroffenen Person und den Zugeständnissen in Bezug auf den Verkehrswert von Liegenschaften – und verlangt die Form einer Bankgarantie als leicht fungibles Surrogat für Liegenschaftsbesitz; die konkrete Offerte, umfassend rund die Hälfte des Vermögens, wird als genügend eingestuft.¹⁰¹

Die Dauer der Auslieferungshaft als vorsorgliche Massnahme ist formell beschränkt und zwar allgemein auf 18 Tage mit Verlängerungsmöglichkeit bis zu 40 Tagen.¹⁰² Das Bundesstrafgericht verlangt, dem jeweiligen Normwortlaut entsprechend, nur für den vertraglichen Auslieferungsverkehr besondere Gründe, lässt es aber genügen, dass innert dieser verlängerten Frist ein Auslieferungsgesuch eintraf, auch wenn ihm die obligatorische Übersetzung man-

⁹⁸ TPF 2009 12.

⁹⁹ Lit. A Ziff. 2 SZIER/RSDIE 1/2009.

¹⁰⁰ RR.2009.176 vom 28. Mai 2009, E. 5.

¹⁰¹ RR.2009.329 vom 24. November 2009, E. 5.3, 6.4, 6.6 (Fall Polanski). Eine erste Beschwerde hatte noch keinen Erfolg (RR.2009.308 vom 19. Oktober 2009, E. 7.5–7.6), weil nur Liegenschaften als Realsicherheit angeboten worden waren. Das Auslieferungsgesuch wurde im Juli 2010 erstinstanzlich und damit endgültig vom Bundesamt für Justiz abgewiesen mit öffentlich genannten Gründen, welche sich mit der bisherigen Auslieferungspraxis kaum vereinbaren lassen.

¹⁰² Art. 50 Abs. 1 IRSG und Art. 16 Ziff. 4 EAÜ.

gelte.¹⁰³ In einer anderen Entscheidung erklärt es demgegenüber den Mangel an Arrestbefehl für nicht nachträglich heilbar, was den Freiheitsentzug über den Ablauf der formellen Frist hinaus widerrechtlich machte.¹⁰⁴

Die der Auslieferungshaft unterworfenen Person hat Anspruch auf Entschädigung nach den gleichen Regeln wie der Untersuchungshäftling. Dementsprechend unterscheidet das Bundesstrafgericht zwischen ungerechtfertigter Haft – wenn die materiellen Voraussetzungen der Auslieferung fehlen – und ungesetzlicher Haft – wenn die formellen Voraussetzungen der Auslieferungshaft fehlen. Es erachtet Art. 15 Abs. 1 IRSG als Haftungsgrundlage nur für die erste Form, während die zweite den Haftungsvoraussetzungen und der Zuständigkeit gemäss Verantwortlichkeitsgesetz unterliege.¹⁰⁵

Dem Bundesstrafgericht stellte sich die Frage, innert welcher Zeit über ein Haftentlassungsgesuch entschieden werden müsse. Aus Art. 228 Abs. 2 eStPO leitet es eine Frist von drei Tagen ab, innerhalb welcher die von Art. 5 EMRK verlangte richterliche Behörde mit der Sache befasst sein müsse; wegen des vor Bundesstrafgericht erforderlichen Schriftenwechsels hat demnach das Bundesamt über Haftentlassung «möglichst» innert 48 Stunden zu entscheiden.¹⁰⁶ Es liesse sich allerdings denken, im Auslieferungsverfahren auf Beschwerdebeurteilung und -beantwortung zu verzichten, um der zwingenden Regel von Art. 5 Abs. 4 EMRK zu entsprechen.

B. Übrige Rechtshilfe

1. Gegenrecht

In der Rechtshilfepraxis spielt das Prinzip der Gegenseitigkeit, welches historisch und zwischenstaatlich grosse Bedeutung hatte, eine kaum mehr wesentliche Rolle. Das Bundesstrafgericht hatte Anlass, sich damit im Verhältnis zu Brasilien zu befassen, mit welchem Land sich die damals geltenden Vertragsbeziehungen auf einen Auslieferungsvertrag aus dem Jahre 1932¹⁰⁷ beschränkten. Ein neuer Rechtshilfevertrag war zwar abgeschlossen, aber nach den richterlichen Feststellungen deswegen noch nicht ratifiziert worden, weil die brasilianische Justiz die Bundesanwaltschaft nicht als befugte erachtete, Rechtshilfeersu-

¹⁰³ RR.2009.95 vom 20. April 2009, E. 2.1. Im konkreten Fall fehlte die Übersetzung des Gesuchs in eine Landessprache.

¹⁰⁴ TPF 2009 90, E. 2.4. Nach dem anwendbaren Auslieferungsvertrag mit den USA beträgt die Frist total 60 Tage (Art. 13 Abs. 4 AVUS).

¹⁰⁵ TPF 2009 90.

¹⁰⁶ TPF 2009 145.

¹⁰⁷ SR.0.353.919.8. Sachauslieferung ist nur akzessorisch zur Auslieferung vereinbart, Art. XIII.

chen an Brasilien zu richten.¹⁰⁸ Dem Bundesstrafgericht erscheint allerdings die konkrete Verfolgung wegen Wirtschaftskriminalität als so wichtig, dass sie unter die das Gegenseitigkeitserfordernis beschränkende Ausnahmeklausel fällt.¹⁰⁹

2. Doppelte Strafbarkeit

Im Zusammenhang mit einem Strafverfahren wegen Diamantenschmuggels beehrte Brasilien auf dem Rechtshilfewege eine Kontosperrung gegen eine der beschuldigten Personen. Das Bundesstrafgericht prüft einlässlich, und in konstanter Praxis autonom, die Voraussetzungen der abstrakten Strafbarkeit des Tatvorwurfs nach inländischem Recht: unter den Strafbestimmungen zum Embargo von Blut- oder Konfliktdiamanten,¹¹⁰ – dies scheitert am Rechtshilfehindernis handelspolitischer Strafbestimmungen (Art. 3 Abs. 3 IRSG) –, als Beteiligung an Urkundenfälschung, als kriminelle Organisation und als Geldwäscherei – dies scheitert an der ungenügenden Bestimmtheit des Tatvorwurfs. Letzteres ist mit einer Folge dessen, dass das Ersuchen nicht auf das materielle Strafrecht des ersuchten Staates ausgerichtet war und dass die ersuchenden Strafbehörden eine individuelle Zurechnung bei Delinquenz im Umfeld von wirtschaftlichen Unternehmen sowie bei der Vortat zu Geldwäscherei häufig unzureichend darstellen.¹¹¹ Parallele Verfahren betrafen die Beschlagnahme von Konten, welche juristischen Personen gehörten;¹¹² bei diesen musste nicht geprüft werden, ob der Zusammenhang zwischen Straftat und anvisiertem Bankkonto ausreichend substantiiert worden war.

3. Verhältnismässigkeit

Das Bundesstrafgericht befasst sich immer wieder mit dem Hauptaspekt der Verhältnismässigkeit, nämlich der Frage, ob das ersuchte Beweismittel für das Verfahren im ersuchenden Staat überhaupt erforderlich sei. Dabei bewegt es sich auf den vom Bundesgericht vorgezeichneten Pfaden,¹¹³ vertiefte und konkretisierte sie jedoch auch im Berichtsjahr: Solange ein ausländisches Sachurteil noch nicht rechtskräftig ist, genügt die potentielle Erheblichkeit des

¹⁰⁸ Im Kontext mit anderen, hier rapportierten Entscheidungen zu brasilianischen Ersuchen (bei Fn. 111 und 131) erschienen die Rechtshilfebeziehungen zu Brasilien gestört; das scheint mit der späteren Inkraftsetzung (Ende Juli 2007, SR 0.351.919.81) zwischenzeitlich behoben zu sein.

¹⁰⁹ Art. 8 Abs. 2 lit. a IRSG; RR.2008.13–14 vom 17. März 2009, E.2.

¹¹⁰ Gemäss Art. 9 EmbG i.V.m. Art. 3f. und 11 Abs. 1 Diamantenverordnung (SR 946.23.11).

¹¹¹ RR.2007.210 vom 30. Juni 2009, E. 2.

¹¹² RR.2007.201/208/209/211, je vom 30. Juni 2009.

¹¹³ Vgl. lit. B Ziff. 1 SZIER/RSDIE 1/2009.

Beweismittels;¹¹⁴ in diesem Zusammenhang ist das Ersuchen weit auszulegen.¹¹⁵ Verlangt der ausländische Staat eine Kontosperrung, so stellt sich diese Frage unter dem Aspekt der potentiellen Einziehungstauglichkeit.¹¹⁶ Geht es um Bankunterlagen, so sind nicht nur Akten potentiell erheblich, welche in dem vom ersuchenden Staat genannten Deliktszeitraum entstanden sind, sondern auch Stammdaten vor und Bewegungsdaten nach diesem Zeitfenster.¹¹⁷ Nach den gleichen Grundsätzen können Unterlagen über wirtschaftliche Berechtigung an Vermögenswerten und wirtschaftliche Beziehungen des Verdächtigen herausgegeben werden.¹¹⁸

Einen besonderen Aspekt beinhaltet die dem Bundesstrafgericht vorgetragene Rüge, die ausländische Behörde hätte sich die gewünschte Information auch aus anderen, inländischen Quellen verschaffen können. Das Gericht beschränkt die Möglichkeiten, aus dem Gang des ausländischen Strafverfahrens ein Rechtshilf Hindernis abzuleiten, auf die schwerwiegenden Mängel im Sinne von Art. 2 IRSG.¹¹⁹ Ausser Betracht blieb die Frage, ob dabei der Verhältnismässigkeitsgrundsatz als limitierendes Prinzip von Grundrechtseingriffen¹²⁰ die Rechtshilfe beschränken könne.

4. Zur Einziehung bestimmte Vermögenswerte

Die Herausgabe von Vermögenswerten setzt – Ausnahmefälle vorbehalten – ein rechtskräftiges Einziehungsurteil des ersuchenden Staates voraus; dadurch kann es zu langem Andauern von Kontosperrungen kommen, welche als vorsorgliche Massnahme angeordnet wurden. Die nach dem Verhältnismässigkeitsprinzip gerade noch zulässige Dauer verschiebt sich mit fortschreitender Rechtsprechung stetig nach oben und erreicht nun das Mass von 15 Jahren.¹²¹

Das Bundesstrafgericht erlaubt nur dem ausländischen Staat, die Herausgabe deliktischer Vermögenswerte zu verlangen, aber nicht einem Dritten, dessen Anspruch durch ein ausländisches Gericht bestätigt worden ist.¹²²

¹¹⁴ RR.2008.278–279 vom 7. Mai 2009, E. 4.

¹¹⁵ TPF 2009 161.

¹¹⁶ RR.2009.2 vom 9. Juli 2009, E. 3.4–3.5. Das Gericht spricht allerdings nur von der Erheblichkeit der gleichzeitig verlangten Bankunterlagen.

¹¹⁷ RR.2009.37 vom 2. September 2009, E. 8.4.

¹¹⁸ RR 2009.39 vom 22. September 2009, E. 11.2–11.3.

¹¹⁹ RR.2009.295–296 vom 2. Dezember 2009, E. 2.3.

¹²⁰ CHRISTOPH GRABENWARTER, Europäische Menschenrechtskonvention, 4. Aufl. München/Basel/Wien 2009, § 18 N. 14.

¹²¹ RR.2009.3 vom 7. September 2009, E. 3.2; dazu schon lit. B Ziff. 3 SZIER/RSDIE 1/2009. Zu den verfahrensrechtlichen Aspekten vgl. lit. C Ziff. 2.

¹²² TPF 2009 157.

Zwei Urteile sind anzuzeigen, die sich mit der Vollstreckung ausländischer Ersatzforderung wegen nicht zugreifbaren deliktischen Vermögenswerten befassen. Das erste bejaht die Rechtmässigkeit der im Hinblick auf die Begründung der Forderung verlangten Beschlagnahme.¹²³ Neuland eröffnete sich bei der zweiten Entscheidung, bei der es um die Herausgabe eines inländischen Bankkontos zum Zwecke der Realisierung einer im Ausland rechtskräftig begründeten Ersatzforderung ging. Diese Frage bejaht das Bundesstrafgericht. Es zieht dabei in Betracht, die Schranke von Art. 74a Abs. 1 IRSG, wonach Herausgabe von Vermögenswerten nur zur Einziehung oder Rückerstattung zulässig ist, im Hinblick auf die Intentionen des Geldwäschereiabkommens zu durchbrechen, stützt sich jedoch letztlich auf die materiellen Voraussetzungen der Vollstreckungshilfe nach Art. 94 ff. IRSG, ohne freilich die Einhaltung von deren formellen Bedingungen¹²⁴ zu verlangen. Das Gericht hat sich auch die Frage gestellt, ob auf diese Weise der ausländische Staat nicht gegenüber inländischen Gläubigern bevorzugt werde: Während dies in einem früheren, vom Bundesgericht geschützten Urteil als Hindernis erachtet worden war,¹²⁵ weil es die Vermögenswerte einer juristischen Person waren, wurde die Herausgabe hier geschützt, weil sie einer natürlichen, im Ausland wohnenden Person gehörten.¹²⁶ Die Problematik der Zwangsmassnahmen im Hinblick auf Vollstreckung einer Ersatzforderung scheint in diesem Urteil noch nicht endgültig gelöst zu sein: Das Bundesgericht hält daran fest, dass (intranational) der Staat eine Ersatzforderung ausschliesslich mit den Mitteln des Zwangsvollstreckungsrechtes realisieren müsse, um nicht eine vom Gesetz untersagte Vorzugsstellung zu erlangen;¹²⁷ es ist deshalb nur möglich, bis dahin eine konservative Beschlagnahme zu verfügen (Art. 71 Abs. 3 StGB). Im Lichte dessen erscheint es kaum zugänglich, dass sich ein ausländischer Staat im Inland gelegene Vermögenswerte direkt verschaffen kann, statt die Ersatzforderung auf dem Wege ordentlicher Zwangsvollstreckung zu verschaffen.¹²⁸ Auch Rechtshilfe müsste sich in solchen Fällen auf die Kontosperrung beschränken.¹²⁹

¹²³ TPF 2009 66.

¹²⁴ Richterliches Exequatur (Art. 95 IRSG).

¹²⁵ BGE 133 IV 215, E. 2.2.1

¹²⁶ RR.2009.168 vom 21. Oktober 2009, E. 4.

¹²⁷ Entscheid des Bundesgerichts 6B_694/2009 vom 22. April 2010, E. 1.4.2.

¹²⁸ Zu prüfen wäre Vollstreckung am Arrestort (Art. 271 Abs. 1 Ziff. 4, Art. 52 SchKG). Für die Frage des Rechtsöffnungstitels müsste entschieden werden, ob die nach Art. 81 Abs. 3 SchKG vorausgesetzte Vollstreckungsvereinbarung im GwÜ erblickt werden könnte, obwohl die entsprechende Norm von Art. 13 Abs. 1 lit. a (die auch für Ersatzforderungen gilt, Art. 13 Ziff. 3) keine *self-executing*-Natur hat.

¹²⁹ Nur diese stand in der früheren Rechtsprechung (Fn. 125) an.

5. Vollstreckungshilfe

Ein Deutscher war in der Schweiz zu 11 Jahren Zuchthaus und 10 Jahren Landesverweisung verurteilt worden; damit wurde eine der Freiheitsstrafe voranzugehende ambulante Massnahme verbunden. Das Bundesstrafgericht hatte darüber zu befinden, ob er während des laufenden Vollzuges in sein Heimatland überstellt werden könne, obwohl es dort keine gesetzliche Grundlage gibt, diese Massnahme fortzusetzen. Im Verhältnis mit Deutschland erlaubt das Zusatzprotokoll zum entsprechenden europäischen Übereinkommen die Überstellung, wenn der Verurteilte nach Urteilsvollzug ohnehin ausreisen muss, auch gegen dessen Willen. Das Gericht bewilligte sie, weil der ersuchende Staat gehalten sei, den Vollzug in jenen Formen seines Rechtes fortzusetzen, welche den in der Schweiz angeordneten am nächsten komme.¹³⁰

C. Rechtshilfeverfahren

1. Ersuchen

Das Bundesstrafgericht legt an die Erfordernisse der Übersetzung in eine Schweizer Landessprache geringe linguistische Anforderungen. Werden auch diese nicht erreicht, so habe das Bundesamt eine Nachbesserung mit amtlicher Bescheinigung getreuer Übersetzung einzufordern.¹³¹ In gleicher Weise ist vorzugehen, wenn Durchsuchung von Personen oder Lokalitäten, Beschlagnahme oder Herausgabe verlangt wird, ohne dass dem Ersuchen die obligatorische¹³² Bescheinigung beiliegt, dass solche Zwangsmassnahmen im Recht dieses Staates vorgesehen sind. Solange diese Ergänzungen noch ausstehen, bleiben vorsorgliche Massnahmen aufrechterhalten,¹³³ um die Ungewissheit in einem erträglichen Rahmen zu halten, limitiert sie das Bundesstrafgericht im konkreten Fall auf ein Jahr.¹³⁴

Ist ein Bankkonto Gegenstand sowohl eines Rechtshilfe- wie eines schweizerischen Strafverfahrens – namentlich wegen Geldwäscherei –, so gestattet es das Bundesstrafgericht, dass Erkenntnisse des nationalen Verfahrens verwendet werden, um Lücken des Rechtshilfesuchs zu schliessen, aber nicht, um es zu ergänzen. Letzteres war im konkreten Fall für eine von den inländischen Straf-

¹³⁰ TPF 2009 53, E. 3–4.

¹³¹ RR.2007.201 vom 30. Juni 2009, E. 3.

¹³² Art. 76 lit. c IRSG.

¹³³ Art. 28 Abs. 6 IRSG.

¹³⁴ RR.2007.10 vom 30. Juni 2009, E. 3, 4, 6.

behörden eingeholte Auskunft bei der Vertretung von Interpol im ersuchenden Staat anzunehmen.¹³⁵

Zu den Anforderungen an das Ersuchen unter dem Gesichtspunkt der doppelten Strafbarkeit siehe lit. B Ziff. 2.

2. Rechtsverweigerung/-verzögerung

Das Bundesstrafgericht qualifiziert die Untätigkeit der ausführenden Behörde nach Anordnung einer vorsorglichen Kontosperrung nicht als Rechtsverweigerung oder -verzögerung im Sinne von Art. 17a Abs. 3 IRSG und entsprechende Rügen des Betroffenen daher als allgemeine Beschwerde. Die Eintretensvoraussetzung des qualifizierten Nachteils¹³⁶ fällt auf diese Weise mit dem Beschwerdegund der Überschreitung der Verhältnismässigkeit¹³⁷ zusammen. Im konkreten Fall erschien ein Zuwarten im Hinblick auf die vom Ausland erbettene Informationen als gerechtfertigt; dass die ausführende Behörde auch untätig blieb, als diese während des Beschwerdeverfahrens eintrafen, kam dem Beschwerdeführer nicht zugute.¹³⁸

3. Verfahren im Allgemeinen

Die Zustimmung der Berechtigten zur Herausgabe von Akten, Informationen oder Vermögenswerten ist nur dann wirksam und bringt das Rechtshilfeverfahren nur dann zum Abschluss, wenn sie gegenüber den schweizerischen Rechtshilfebehörden erklärt wird. Das kann allerdings auch eine im Ausland zuhanden derselben abgegebene Erklärung sein.¹³⁹

Beschwerden gegen Entscheidungen über Vollstreckungshilfe gibt das Bundesstrafgericht – in Ausfüllung einer als unecht eingestuften Gesetzeslücke – aufschiebende Wirkung.¹⁴⁰

Am Rechtshilfeverfahren ist der Geschädigte ebenso wenig beteiligt wie der ersuchende Staat. Davon wird eine Ausnahme unter zwei kumulativen Bedingungen gemacht: Es besteht ein privates Recht an den vom Rechtshilfeverfahren betroffenen Gegenständen oder Vermögenswerten, was ein Rechtshilfehindernis darstellt (Art. 74a Abs. 4 lit. c IRSG), oder es liegt ein allgemeines Beteiligungsinteresse vor (Art. 80b IRSG). Die erste Situation besteht nur bei

¹³⁵ RR.2009.2 vom 9. Juli 2009, E. 3.4.

¹³⁶ Art. 80e Abs. 2 IRSG.

¹³⁷ Dazu lit. B Ziff. 3.

¹³⁸ RR.2009.3 vom 7. September 2009, E. 3–4.

¹³⁹ TPF 2009 111, E. 2.

¹⁴⁰ TPF 2009 53, E. 2.3.

gutgläubig erworbenen dinglichen, nicht bloss persönlichen Rechten am Vermögenswert. Die zweite Ausnahme musste im *Duvalier*-Fall daran scheitern, dass Haiti die Herausgabe von Vermögenswerten zugunsten seiner eigenen Bevölkerung, einem der ärmsten Völker der Erde, verlangte und dass die privaten Ansprüche nur 30% der von der Rechtshilfe betroffenen Vermögenswerte ausmachten. Nach dem Urteil des Bundesstrafgerichts können diese Gesichtspunkte den Verfahrensinteressen im Sinne von Art. 80b Abs. 2 IRSG vorgehen; diese Frage blieb allerdings konkret unentschieden.¹⁴¹

4. Legitimation zur Beschwerde

Die umfangreiche Spruchpraxis zur Legitimation im Falle von Bankinformationen¹⁴² erweitert das Bundesstrafgericht, soweit es den wirtschaftlich Berechtigten im Falle der Kontoauflösung betrifft.¹⁴³

Hinsichtlich eines Bankkontos ist anstelle der formell berechtigten, aber zwischenzeitlich aufgelösten juristischen Person der wirtschaftliche Eigentümer legitimiert. Allerdings lässt das Bundesstrafgericht ein zehn Jahre vor der Auflösung ausgestelltes Bankenformular A als Nachweis wirtschaftlicher Berechtigung nicht genügen.¹⁴⁴ Eine Legitimation kann aber auch der formell Berechtigte nicht beanspruchen, wenn er im Formular A falsche Angaben gemacht hat.¹⁴⁵

5. Anspruch auf rechtliches Gehör

Die Schlussverfügung kann sich nur auf diejenigen Unterlagen stützen und eine Herausgabe an den ersuchenden Staat kann nur diejenigen Akten betreffen, in welche der Betroffene Einsicht nehmen und zu welchen er sich äussern konnte. Der Betroffene wird jedoch nicht gehört mit Einwendungen gegen Beweisaufnahme bei der Durchführung der Rechtshilfe und gegen den Umfang von Beweismitteln, für welche die Herausgabe an den ersuchenden Staat bewilligt wird, wenn er sich nicht vor der Schlussverfügung aktiv Gehör verschafft; daran ändert nichts, dass die Verfügungen der Rechtshilfebehörden nicht ihm, sondern der Bank zugestellt wurden, der er einen «banklagernd»-Auftrag erteilt hatte.¹⁴⁶

¹⁴¹ TPF 2009 60.

¹⁴² Lit. C Ziff. 3 SZIER/RSDIE 1/2009.

¹⁴³ RR.2009.89–90 vom 3. Dezember 2009, E. 2.2.

¹⁴⁴ TPF 2009 183.

¹⁴⁵ TPF 2009 17.

¹⁴⁶ RR.2008.238–239 vom 8. April 2009, E. 2.2.

Eine Ergänzung des Rechtshilfeersuchens muss die ausführende Behörde dem Betroffenen zur Kenntnis bringen. Eine Unterlassung kann jedoch geheilt werden, wenn er im Beschwerdeverfahren angemessene Gelegenheit hat, dazu Stellung zu nehmen.¹⁴⁷ Keine Heilung ist dagegen möglich, wenn die Schlussverfügung nicht ausreichend begründet wurde; in einem solchen Falle weist das Bundesstrafgericht die Sache an die ausführende Behörde zurück.¹⁴⁸

Was den Inhalt der Schlussverfügung betrifft, so ist es notorisch, dass die materielle Begründung, auch die Auseinandersetzung mit Einwendungen, häufig sehr knapp ausfällt. Das Bundesstrafgericht lässt dies zu, auch dass für den Sachverhalt auf das Ersuchen verwiesen wird, was insofern verständlich erscheint, als die Verfügung zumeist von nicht-richterlichen Behörden verfasst wird und durch Eingaben im Beschwerdeverfahren vertieft werden kann.¹⁴⁹ Es hält jedoch im Beschwerdeverfahren nicht mehr für heilbar, dass der betroffenen Person ein Polizeibericht vorenthalten wurde, dem Tausende von Worddokumenten, Berechnungsblättern und E-Mail-Protokollen beigelegt worden waren. Es weist die ausführende Behörde detailliert an, wie die Triage aus dieser Datenmenge im Hinblick auf die Herausgabe an das Ausland vorzunehmen sei, nämlich mit elektronischen Suchbegriffen und «händischer» Überprüfung pièce par pièce.¹⁵⁰

Das Bundesstrafgericht lässt es zu, dass der ausländische Staat für sein Ersuchen Vertraulichkeit beansprucht; dementsprechend müsste eine affirmative Schlussverfügung unterbleiben oder eingeschränkt werden, wenn oder soweit jener Staat an der Vertraulichkeit festhält, nachdem sein Ersuchen durchgeführt wurde.¹⁵¹ Eine weitere Grenze bestünde wohl auch in der Neutralität des Gerichtes, welche durch eigenständige Sachverhaltsergänzungen gefährdet werden könnte.

¹⁴⁷ RR.2009.37 vom 2. September 2009, E. 3.1–3.2.

¹⁴⁸ TPF 2009 49.

¹⁴⁹ RR.2009.37 vom 2. September 2009, E. 3.3.

¹⁵⁰ RR 2009.39 vom 22. September 2009, E. 5.3, 11.6.

¹⁵¹ RR.2009.294 vom 7. Oktober 2009, E. 3.

