

# Droit pénal international suisse et entraide en matière pénale (2007/2008)

## Schweizerisches Internationales Strafrecht und Rechtshilfe in Strafsachen (2007/2008)

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

### Sommaire

- I. Introduction
- II. La coopération avec les juridictions pénales internationales (Robert Roth)
- III. Les instruments internationaux et bilatéraux en matière pénale et leur transposition en droit suisse (Ursula Cassani)
  - A. Approbation de quatre instruments internationaux en matière de terrorisme nucléaire et maritime
  - B. Loi fédérale sur la mise en œuvre des recommandations révisées du Groupe d'action financière (GAFI)
  - C. Procédure de ratification de la Convention des Nations-Unies contre la corruption de 2003
  - D. Traités bilatéraux conclus par la Suisse
- IV. Die Schweiz und Europäisches Strafrecht (Sabine Gless)
  - A. Allgemeines
  - B. Die Bilateralen II
  - C. Abkommen mit europäischen Institutionen
  - D. Fazit und Perspektiven
- V. Internationale Rechtshilfe in Strafsachen: Erste Schwerpunkte in der Praxis des Bundesstrafgerichts (Peter Popp)
  - A. Auslieferung
  - B. Übrige Rechtshilfe
  - C. Rechtshilfefverfahren

<sup>1</sup> Professeure, Université de Genève.

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

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

<sup>4</sup> Professeur, Université de Genève, Juge à la Cour de cassation de Genève.

## I. Introduction

Les deux années écoulées ont été riches en développements pour le droit pénal suisse dans le champ international. La période est marquée par le renforcement de la coopération avec l'Union européenne par l'accès de la Suisse à l'acquis de Schengen. Dans le domaine de la lutte contre le blanchiment d'argent et le financement du terrorisme, l'adaptation du droit suisse aux standards du GAFI, révisés en 2003, a abouti après un parcours législatif mouvementé. Le processus de mise en œuvre du Statut de Rome, quant à lui, se poursuit par une modification législative qui se trouve actuellement dans la phase parlementaire. Enfin, un développement important est survenu dans la pratique suisse de l'entraide internationale en matière pénale, du fait que le Tribunal pénal fédéral fonctionne maintenant comme juridiction de recours unique, ce qui lui a permis de développer une jurisprudence dont les lignes de force méritent une première analyse.

La présente chronique ne traitera pas de la révision de la partie générale du Code pénal suisse, entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 2007. Depuis l'adoption de cette révision législative, le 13 décembre 2002, les modifications apportées en matière de compétence territoriale du juge pénal suisse (art. 3 à 8 CP) ont fait l'objet de nombreuses analyses doctrinales,<sup>5</sup> mais n'ont encore donné lieu à aucun cas d'application jurisprudentielle significatif.

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

Le 23 avril 2008, le Conseil fédéral déposait sur le bureau du Parlement un Message accompagnant un projet de modifications de lois fédérales « en vue de la mise en œuvre du Statut de Rome ». <sup>6</sup> Les 16–17 octobre 2008, ce projet a été approuvé par la commission des affaires juridiques du Conseil national (première Chambre) par 16 voix contre 5 avec 1 abstention. La commission ne propose qu'une seule modification du projet du Conseil fédéral : la peine privative de liberté minimale pour le génocide doit être de 10 ans (et non de 5 comme

<sup>5</sup> Sans prétendre à l'exhaustivité, on peut mentionner PETER POPP/PATRIZIA LEVANTE, Art. 3–8, in : Niggli Marcel A./Wiprächtiger Hans (éd.), *Basler Kommentar, Strafrecht I*, 2<sup>e</sup> éd., Bâle 2007 ; MAURICE HARARI/MIRANDA LINIGER GROS, (art. 3, 4 et 8), URSULA CASSANI (art. 5), MARC HENZELIN (art. 6 et 7), in : Robert Roth/Laurent Moreillon (éd.), *Commentaire Romand*, vol. I, Bâle 2009 ; SABINE GLESS, « *Weltrechtspflege* » als Ziel der Reform des internationalen Strafrechts im revidierten AT-SrGB ?, *Basler juristische Mitteilungen* 2007 p. 265–284.

<sup>6</sup> Projet du 23 avril 2008, ci-après P-CP 2008.

prévu par le projet). Le 4 mars 2009, le Conseil national a suivi sa commission par 123 voix contre 39.

Le projet d'avril 2008 représente en fait la seconde étape d'un processus entamé en 2001<sup>7</sup> dans une certaine précipitation ; il s'agissait alors de mettre en place le dispositif minimum permettant de ratifier le Statut de la Cour pénale internationale (Statut de Rome), de manière à être « le plus rapidement possible » parmi les Etats parties au Statut. L'adaptation complète du droit suisse devait suivre, et la voici. Les jalons antérieurs à avril 2008 ne se limitent toutefois pas à la loi de 2001. Celle-ci suivait de près la ratification de la Convention de 1948 sur le génocide et précédait de deux ans une modification, elle aussi précipitée, du Code pénal militaire (CPM) destinée à prévenir le risque de poursuites inconsidérées et préjudiciables à la Suisse. Dans l'intervalle on allait également connaître l'entrée en vigueur de la nouvelle partie générale du Code pénal (y compris les dispositions relatives à la compétence du juge suisse) et l'adoption définitive du Code de procédure pénale suisse (CPPS, qui entrera à son tour en vigueur en 2011 ou 2012). Cette effervescence a pour effet que certaines dispositions formellement adoptées n'entreront jamais en vigueur (phénomène qui devient malheureusement habituel).

Le projet de 2008 se présente comme un bouquet de modifications législatives, les plus importantes touchant le CPS et le CPM. Il n'y aura donc pas de vision d'ensemble ; le Conseil fédéral s'est expliqué sur cette option<sup>8</sup> se référant pour l'essentiel au caractère « normatif » des nouvelles dispositions, qui ne viennent pas compléter un dispositif législatif comme le droit de la circulation routière ou la loi de santé publique sur les stupéfiants, mais sont du droit pénal « primaire » (sur le plan national). On peut regretter ce choix sur le plan didactique, et le citoyen voire le juriste non spécialiste soucieux de connaître l'état du droit suisse sur les crimes internationaux aura besoin d'une assistance éclairée pour avoir une vue tant soit peu complète de la question. Sa compréhension risque d'être rendue encore plus difficile par la cohabitation des normes nouvelles avec les articles, pourtant pas bien anciens puisqu'en vigueur dans leur version actuelle depuis le 1<sup>er</sup> janvier 2007, que le Code pénal consacre de manière générale aux titres de compétence<sup>9</sup> du juge pénal suisse. Il n'aurait sans doute pas été inutile d'inscrire dans la loi la primauté du nouvel art. 264m P-CP

<sup>7</sup> Loi fédérale du 22 juin 2001 sur la coopération avec la Cour pénale internationale (RS 351.6).

<sup>8</sup> Message, FF 2008 3484, avec un bien curieux argument, que le rédacteur de ces lignes n'a pas compris mais qu'il livre à ses lecteurs : l'intégration des changements dans les lois ordinaires « augmentera la fréquence de la prise en compte des nouvelles dispositions dans les travaux des institutions universitaires et dans les ouvrages scientifiques ».

<sup>9</sup> Le titre I du livre premier du Code porte moins sur le « champ d'application (du droit pénal suisse) » que sur les conditions dans lesquelles un juge suisse peut ou doit se reconnaître une compétence juridictionnelle.

2008 sur l'art. 7 CP pour le cas, par exemple, de la poursuite d'un Suisse ayant participé à l'étranger à un crime contre l'humanité, crime entrant manifestement dans les « crimes particulièrement graves proscrits par la communauté internationale » au sens de l'art. 7 al. 2 lit. b : les conditions de la poursuite étant sensiblement moins strictes dans le cadre du nouvel art. 264m (pas d'exigence de double incrimination,<sup>10</sup> pas de *lex mitior* s'agissant de la sanction), il convient d'orienter sans ambiguïté le juge et le justiciable. La question demeure posée de savoir si l'art. 7 al. 2 lit. b Cp aura encore un sens et une utilité une fois les nouvelles dispositions de droit pénal international selon le projet d'avril 2008 entrées en vigueur.

Le point le plus important du bouquet d'avril 2008 est sans conteste l'entrée de la notion de « crimes contre l'humanité » dans le droit suisse. Le catalogue suit de près celui du Statut de Rome (art. 7) ; le risque est dès lors de ne pas répondre entièrement aux exigences d'un autre instrument international. Le cas le plus important concrètement, celui de la torture, illustre ce phénomène en quelque sorte « à rebours » : le nouvel art. 264a lit. f) ne reprend pas deux éléments essentiels de la définition de la convention spécifique consacrée à ce crime<sup>11</sup> : la *qualité de l'auteur* (un agent de la fonction publique ou toute autre personne agissant à titre officiel) et *l'objectif qu'il poursuit* (un motif autre que la souffrance elle-même). La torture en tant que crime contre l'humanité se rapproche ainsi paradoxalement d'un cocktail d'infractions de droit commun non qualifiées (lésions corporelles graves, séquestration ou contrainte aggravées<sup>12</sup>), en omettant les éléments qui, selon la convention éponyme, qualifient véritablement la torture : essentiellement l'abus d'autorité, à juste titre mise en avant par S. TRECHSEL dans son analyse de l'intégration possible de la torture en tant que telle dans le droit pénal suisse.<sup>13</sup> En revanche, la nouvelle disposition répond sans doute à l'impératif de sévérité dans la sanction : la torture en tant que crime contre l'humanité sera punie d'une peine privative de liberté de cinq à vingt ans dans les cas « ordinaires »,<sup>14</sup> alors que, par le jeu des incriminations générales, la sanction minimale serait d'une année de privation de liberté.<sup>15</sup> La

<sup>10</sup> Inexplicablement nommée « double punissabilité » dans le Message (par ex. note 281), expression incompatible avec l'analyse abstraite de la double incrimination, qui se recommande particulièrement dans ce domaine.

<sup>11</sup> Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels inhumains ou dégradants du 12 décembre 1984, RS 0.105.

<sup>12</sup> Art. 122 et 184 CP.

<sup>13</sup> Voir STEFAN TRECHSEL, *La torture en droit pénal suisse*, in : Justice pénale et Etat de droit, Symposium pour le 60<sup>e</sup> anniversaire de Franz Riklin et de José Hurtado Pozo, Zurich 2003, pp. 101 ss, ici 118.

<sup>14</sup> Jusqu'à la réclusion à vie dans les cas « particulièrement graves » (art. 264a al. 2 P-CP 2008).

<sup>15</sup> La peine plancher serait inimaginable en raison d'un vraisemblable concours d'infractions (art. 49 CP), mais une sanction inférieure à cinq ans serait parfaitement concevable.

prochaine étape dans le travail d'élaboration et de coordination entre droit suisse et droit international sera vraisemblablement liée à l'adhésion à la convention des Nations-Unies sur les disparitions forcées.<sup>16</sup>

Le nouveau dispositif marque encore deux virages importants.

i) Le premier est un « tourné sur route ». Introduite en catastrophe en 2003 dans le CPM (art. 9 al. 1<sup>bis</sup>) et vivement critiquée par la doctrine<sup>17</sup> et par les ONG depuis lors, l'exigence d'un lien étroit entre l'auteur de l'infraction ou des infractions et la Suisse est abandonnée. Cela ne signifie pas que des poursuites pourront démarrer tous azimuts : le Conseil fédéral compte sur divers mécanismes de coopération pénale (primauté de l'Etat au rattachement le plus fort ou d'un tribunal pénal international, ce qui renverse le principe de la complémentarité sur lequel est pourtant bâti tout le projet) et sur la « sagesse procédurale » des autorités chargées de l'action pénale<sup>18</sup> pour ne pas engager celle-ci contre un ressortissant étranger de passage en Suisse. Il est clair que la Suisse ne déposera pas de demande d'extradition pour un non-ressortissant et qu'en principe aucune procédure ne sera engagée *in absentia*.<sup>19</sup> Il n'en reste pas moins que la suppression de la condition du « lien étroit » expose la Suisse à un risque d'action pénale visant un étranger de passage, qui peut conduire à des complications diplomatiques.

ii) Les développements nouveaux du droit suisse des crimes internationaux imposaient une redéfinition des compétences de la justice militaire et une nouvelle répartition des compétences avec les juridictions civiles. Le critère choisi (jurisdiction militaire seulement pour les militaires suisses en temps de paix et jurisdiction militaire générale en temps de guerre) apparaît convaincant.

Après l'adoption du projet par les deux Chambres, la prochaine étape sera la première conférence plénière des Etats parties au Statut de la CPI, prévue pour le premier semestre 2010.

<sup>16</sup> Convention internationale pour la protection de toutes les personnes contre les disparitions forcées du 20 décembre 2006 ; à ce jour (15.2.2009), 81 pays ont signé la convention (dont l'Autriche, l'Allemagne mais pas la Suisse) et 8 l'ont ratifiée (essentiellement des pays proches de la France, qui était le promoteur de cette convention, et des pays latino-américains) ; 20 ratifications sont nécessaires pour que l'instrument entre en vigueur. Les disparitions forcées sont incriminées à l'art. 264a al. 1 lit. e) P-CP 2008.

<sup>17</sup> Voir PHILIP GRANT, *Les poursuites nationales et la compétence universelle*, in : ROBERT KOLB, *Droit international pénal*, Bâle 2008, p. 470.

<sup>18</sup> Le CPPS prévoit à son art. 8 l'interruption ou le non-engagement de la poursuite pour motifs d'opportunité, mais, contrairement à ce qui a été retenu en Belgique et en Allemagne, la situation discutée ici ne fait pas partie des motifs reconnus.

<sup>19</sup> Message, FF 2008 3491. Sur les difficultés liées au fait que l'autorité peut ignorer si la personne soupçonnée se trouve en Suisse et peut ouvrir l'action pénale précisément pour vérifier ce point, voir CR CP I- HENZELIN art. 6, N 18-21.

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

#### **A. Approbation de quatre instruments internationaux en matière de terrorisme nucléaire et maritime**

Le 13 juin 2008, les Chambres fédérales ont approuvé à l'unanimité *quatre instruments internationaux traitant de la lutte contre les actes terroristes* impliquant des substances radioactives, ainsi que de l'amélioration de la protection des substances et des installations nucléaires, de la navigation maritime et des plates-formes fixes contre les attaques terroristes.<sup>20</sup> Il s'agit :

- de la Convention internationale du 13 avril 2005 pour la répression des actes de terrorisme nucléaire ;
- de l'Amendement du 8 juillet 2005 de la Convention sur la protection physique des matières nucléaires ;
- du Protocole du 14 octobre 2005 relatif à la Convention pour la répression d'actes illicites contre la sécurité de la navigation maritime ;
- du Protocole du 14 octobre 2005 relatif au Protocole pour la répression d'actes illicites contre la sécurité des plates-formes fixes situées sur le plateau continental.

Par ces instruments, l'ONU et ses institutions spécialisées poursuivent les efforts multilatéraux pour combattre les actes de terrorisme selon une approche sectorielle,<sup>21</sup> en instaurant des mesures visant à renforcer la coopération internationale.

L'approbation de ces instruments n'entraîne aucune modification du droit suisse, nonobstant le fait qu'ils prévoient la création de nombreuses incriminations, dont le lien avec le terrorisme est d'ailleurs parfois ténu. Ainsi, l'art. 2 de la *Convention internationale pour la répression des actes de terrorisme nucléaire* englobe notamment la détention ou l'emploi de matières radioactives dans l'intention d'entraîner la mort d'une personne ou de lui causer des dommages corporels graves, sans que le but d'intimider ou de contraindre ne soit exigé. Il s'ensuit que tout meurtre commis au moyen d'une matière radioactive, tel que l'empoisonnement au polonium 210 d'un ex-espion russe

<sup>20</sup> FF 2008 4805, 4807, 4909, 4811.

<sup>21</sup> Message relatif à la ratification d'une convention et à l'amendement d'une convention ainsi qu'à l'adhésion à deux protocoles de révision de l'ONU visant à combattre les actes terroristes contre la sécurité nucléaire et maritime du 7 décembre 2007, FF 2008 1041, p. 1057.

qui a défrayé la chronique en 2006,<sup>22</sup> est considéré comme une infraction « terroriste » au sens de cette convention, à condition toutefois de présenter un élément de transnationalité (art. 3). Sont, en revanche, exclus du champ d'application de la convention les activités des forces armées en période de conflit armé (art. 4 par. 2), en vertu d'une clause dérogatoire dont la négociation a été délicate.<sup>23</sup> La compétence pour juger est définie largement et inclut notamment l'application obligatoire de la compétence universelle, assortie du principe « *aut dedere aut iudicare* » (art. 9 ch. 4 et art. 11), les Etats étant tenus de prendre des mesures d'enquête s'ils sont informés du fait qu'une infraction visée à l'art. 2 a été commise sur leur territoire ou que l'auteur présumé pourrait se trouver sur leur territoire (art. 10 ch.1). Enfin, la convention instaure la coopération sous diverses formes, allant de la collaboration dans les mesures préventives et l'échange d'informations (art. 7) à l'entraide judiciaire la plus large possible (art. 14) et à l'extradition (art. 15).

## **B. Loi fédérale sur la mise en œuvre des recommandations révisées du Groupe d'action financière (GAFI)**

Adoptée le 3 octobre 2008, la *loi fédérale sur la mise en œuvre des recommandations révisées du Groupe d'action financière* est entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> février 2009.<sup>24</sup> Il s'agit du point d'aboutissement d'un processus législatif complexe, entamé dans le but d'adapter le droit suisse aux standards internationaux de la lutte anti-blanchiment qui se reflètent dans les recommandations du GAFI révisées en 2003. Après un avant-projet ambitieux publié en 2005, alors que les experts du GAFI s'apprêtaient à se rendre dans notre pays pour examiner notre législation dans le cadre des évaluations mutuelles, le processus s'est grippé au regard des vives oppositions des milieux économiques et financiers. Les propositions contenues dans le projet de loi soumis aux Chambres fédérales furent, quant à elles, réduites à ce qui était considéré par le Conseil fédéral comme strictement indispensable pour se conformer aux points essentiels des recom-

<sup>22</sup> Message, FF 2008 1059.

<sup>23</sup> FF 2008 1061. La Suisse, avec le Mexique et l'Ukraine, avait demandé la restriction de cette clause dérogatoire aux conflits armés à caractère international, assortie d'un renvoi à l'applicabilité du droit humanitaire.

<sup>24</sup> RO 2009 361 ; FF 2007 5919. L'entrée en vigueur de cette révision suit ainsi d'un mois celle d'autres modifications de la législation anti-blanchiment suisse dans le cadre de la création de la FINMA.

mandations révisées et n'ont plus guère suscité de controverses lors des débats parlementaires.<sup>25</sup>

Suite à cette révision, la lutte contre le terrorisme est dorénavant explicitement énoncée comme finalité de la loi sur le blanchiment d'argent (LBA), ce qui se reflète notamment dans l'ajout de cette notion dans le titre.<sup>26</sup> Il s'agit d'une retouche de nature essentiellement cosmétique voire symbolique, tant il est vrai que cette matière était déjà couverte dans une large mesure du fait que le terrorisme relève en général du crime organisé et que la lutte contre ce dernier constituait déjà un des buts de la LBA. S'y ajoutent divers ajustements de cette loi, de portée souvent mineure.<sup>27</sup> La contrebande systématique et organisée est érigée non seulement en infraction préalable au blanchiment d'argent (art. 14 ch. 4 DPA), mais aussi en crime extraditionnel (art. 3 al. 3 lit. b EIMP). Une clause très générale, destinée à mettre en œuvre les obligations en matière de transports transfrontières d'espèces, charge l'administration douanière du soutien de la lutte contre le blanchiment d'argent et le terrorisme.<sup>28</sup> La falsification de marchandises par métier devient également un crime préalable ; l'occasion n'a, en revanche, pas été saisie pour suivre les recommandations du GAFI consistant à créer des crimes préalables en matière de délit d'initié et de manipulation de cours. Si cette question sera reprise ultérieurement, dans le cadre de la révision du droit pénal boursier, il n'en va pas de même d'une autre proposition découlant des recommandations du GAFI, à laquelle le législateur suisse semble avoir définitivement renoncé, consistant à instaurer des mesures propres à identifier les détenteurs d'actions au porteur.

### **C. Procédure de ratification de la Convention des Nations Unies contre la corruption de 2003**

Le 21 septembre 2007, le Conseil fédéral a présenté le Message en vue de la ratification de la Convention contre la corruption (CNUCC ; Convention de

<sup>25</sup> Message sur la mise en œuvre des recommandations révisées du Groupe d'action financière (GAFI), du 15 juin 2007 (FF 2007 5919) ; Loi fédérale sur la mise en œuvre des recommandations révisées du Groupe d'action financière (Projet) (FF 2007 5963).

<sup>26</sup> Loi fédérale concernant la lutte contre le blanchiment d'argent et le financement du terrorisme dans le secteur financier (Loi sur le blanchiment d'argent, LBA) du 10 octobre 1997, RS 955.01.

<sup>27</sup> Pour une analyse détaillée du processus d'élaboration législative et de son résultat, cf. URSULA CAS-SANI, *L'internationalisation du droit pénal économique et la politique criminelle de la Suisse : la lutte contre le blanchiment d'argent*, Rapport à la Société Suisse des Juristes 2008, Revue de droit suisse 127 (2008) II/2 227 ss, 284 ss, 358 ss.

<sup>28</sup> Art. 95 al. 1<sup>bis</sup> Loi du 18 mars 2005 sur les douanes.



Mérida).<sup>29</sup> Adoptée par l'Assemblée générale des Nations Unies le 31 octobre 2003, cette convention constitue le premier instrument universel dans le domaine de la corruption.

Aucune modification du droit suisse n'est envisagée, le Conseil fédéral estimant que celui-ci satisfait d'ores et déjà aux exigences découlant de la CNUCC.<sup>30</sup> Il est exact que le droit pénal suisse contient déjà un catalogue d'infractions de corruption conforme à la CNUCC, qui se révèle plus souple que la Convention pénale sur la corruption du Conseil de l'Europe transposée en 2005.<sup>31</sup> De même, la pratique suisse respecte déjà largement le principe de la restitution des fonds illicitement acquis au pays spolié (art. 57 CNUCC), qui constitue sans doute l'apport essentiel de la convention sur le plan international et explique son succès auprès des pays en voie de développement.<sup>32</sup> Il est permis d'avoir plus d'hésitations quant à la conformité du droit suisse aux exigences en matière de transparence du financement de la vie politique (art. 7 par. 3 CNUCC), qui renvoient à une problématique particulièrement sensible en Suisse.<sup>33</sup> Enfin, la question de la protection des personnes signalant des cas de corruption (« whistleblowers »), recommandée à l'art. 33 de la CNUCC, a été reprise dans le cadre d'un avant-projet envoyé en procédure de consultation le 5 décembre 2008, visant à améliorer la protection du travailleur qui signale des faits répréhensibles se déroulant dans l'entreprise par le biais d'une révision du droit du travail.

L'arrêté de ratification a été adopté le 20 mars 2009, par 169 voix contre 21 au Conseil national<sup>34</sup> et à l'unanimité des Conseillers aux Etats<sup>35</sup>. Le délai référendaire court jusqu'au 9 juillet 2009<sup>36</sup>.

<sup>29</sup> Message concernant la Convention des Nations Unies contre la corruption, du 21 septembre 2007 (FF 2007 6931).

<sup>30</sup> Message, FF 2007 6931, p. 6940.

<sup>31</sup> AF du 7 octobre 2005, RO 2006 2371.

<sup>32</sup> Message, FF 2007 6931, p. 6940.

<sup>33</sup> Sur ce point, le Message invoque les spécificités de notre système politique qui fait qu'une « législation en la matière serait donc relativement compliquée à élaborer et à appliquer, compte tenu de la diversité des acteurs politiques » (Message, FF 2007 6931, p. 6949).

<sup>34</sup> BOCN 2009 594. L'opposition était plus forte lors des délibérations (BOCN 2008 1799 ; 11 décembre 2008), à l'occasion desquelles les Conseillers nationaux UDC prônaient la non-entrée en matière, au motif qu'il était inutile de devenir Partie à une convention internationale dont le droit suisse réalisait d'ores et déjà toutes les exigences (BOCN 2008 1798 ; Stamm).

<sup>35</sup> BOCE 2009 280 et BOCE 2009 97 (9 mars 2009).

<sup>36</sup> FF 2009 1827.

## D. Traités bilatéraux conclus par la Suisse

La Suisse a densifié le système de ses instruments bilatéraux de coopération, en concluant des accords relevant de l'entraide judiciaire ou de la coopération policière avec l'Albanie,<sup>37</sup> l'Algérie,<sup>38</sup> le Brésil,<sup>39</sup> la Bosnie-Herzégovine,<sup>40</sup> le Chili,<sup>41</sup> la France,<sup>42</sup> le Liechtenstein,<sup>43</sup> la Macédoine,<sup>44</sup> le Mexique,<sup>45</sup> la Roumanie<sup>46</sup> et les Etats-Unis d'Amérique.<sup>47</sup> Un échange de lettres avec le Japon règle la question du « sharing » des valeurs patrimoniales confisquées.<sup>48</sup>

<sup>37</sup> Accord entre le Conseil fédéral suisse et le Conseil des ministres de la République d'Albanie sur la coopération policière en matière de lutte contre la criminalité, du 21 septembre 2005 (RS 0.361.123.1) ; entré en vigueur le 18 juillet 2007.

<sup>38</sup> Accord du 3 juin 2006 d'entraide judiciaire en matière pénale entre le gouvernement de la Confédération suisse et le Gouvernement de la République algérienne démocratique et populaire (RS 0.351.912.7) ; en vigueur depuis le 16 décembre 2007.

<sup>39</sup> Traité d'entraide judiciaire en matière pénale entre la Confédération suisse et la République fédérative du Brésil du 12 mai 2004 ; Arrêté fédéral du 21 décembre 2007 (FF 2008 41), délai référendaire : 17 avril 2008 (en cours de ratification).

<sup>40</sup> Accord du 24 avril 2007 avec la Bosnie-Herzégovine sur la coopération policière en matière de lutte contre la criminalité, arrêté fédéral du 3 octobre 2008 (FF 2008 7593) ; délai référendaire : 22 janvier 2009.

<sup>41</sup> Traité d'entraide judiciaire en matière pénale entre la Confédération suisse et la République du Chili, du 24 novembre 2006 ; Arrêté fédéral du 3 octobre 2008 (FF 2008 7591), délai référendaire : 22 janvier 2009.

<sup>42</sup> Accord entre le Conseil fédéral suisse et le Gouvernement de la République française relatif à la coopération transfrontalière en matière judiciaire, policière et douanière, du 9 octobre 2007 (FF 2008 227) ; projet d'arrêté fédéral FF 2008 225.

<sup>43</sup> Accord entre le Conseil fédéral suisse, le Gouvernement de la Principauté de Liechtenstein et le Gouvernement fédéral autrichien concernant la coopération dans le bureau de liaison commun de police des frontières de Mauren au point de passage frontalier de Schaanwald – Feldkirch-Tisis, du 21 avril 2008 (RS 0.360.163.11) ; entré en vigueur le 1<sup>er</sup> juillet 2008.

<sup>44</sup> Accord du 20 décembre 2005 avec la Macédoine sur la coopération policière en matière de lutte contre la criminalité ; arrêté fédéral du 23 mars 2007 (FF 2007 2229), entré en vigueur le 19 janvier 2009.

<sup>45</sup> Traité d'entraide judiciaire en matière pénale entre la Confédération Suisse et les Etats-Unis du Mexique, conclu le 11 novembre 2005 (RS 0.351.956.3) ; entré en vigueur le 15 septembre 2008.

<sup>46</sup> Accord entre la Confédération suisse et la Roumanie concernant la coopération pour la lutte contre le terrorisme, la criminalité organisée, le trafic illicite de stupéfiants, substances psychotropes et précurseurs, et autres infractions transnationales, du 19 septembre 2005 (RS 0.361.663.1) ; entré en vigueur le 16 juillet 2007.

<sup>47</sup> Accord entre le Département fédéral de justice et police et le Ministère de la Justice des Etats-Unis d'Amérique, agissant pour le compte des autorités compétentes de poursuite pénale de la Confédération suisse et des Etats-Unis d'Amérique concernant la constitution d'équipes communes d'enquête pour lutter contre le terrorisme et son financement, du 12 juillet 2006 (RS 0.362.336.1) ; entré en vigueur le 1<sup>er</sup> décembre 2007.

<sup>48</sup> Echange de lettres du 22 avril 2008 entre la Suisse et le Japon sur le partage des valeurs patrimoniales confisquées et la réciprocité (RS 0.955.146.31) ; entré en vigueur le 22 avril 2008.

## IV. Die Schweiz und Europäisches Strafrecht (von Sabine Gless)<sup>49</sup>

### A. Allgemeines

Die Schweiz hat in den letzten Jahren ihre Zusammenarbeit mit den EU-Mitgliedstaaten resp. mit der EU im Bereich grenzüberschreitender Strafverfolgung<sup>50</sup> auf neue Abkommen gestützt. Von besonderer Bedeutung sind die Verträge aus dem Paket der Bilateralen II, die Kooperationsabkommen mit europäischen Zentralstellen. Die Abkommen bestätigen einmal mehr den bilateralen Sonderweg als gemeinsame Lösung, verursachen aber auch verschiedene, zum Teil noch ungelöste Probleme, die letztlich immer wieder zu der Frage führen: Kann und soll resp. wie kann und soll die Schweiz als Nicht-Mitgliedstaat adäquat in eine strafrechtliche Zusammenarbeit der EU eingebunden werden, die dynamisch auf Rechtsintegration ausgerichtet ist?

### B. Die Bilateralen II

Zwei Abkommen aus den «Bilateralen II»<sup>51</sup> sind – in unterschiedlicher Weise – wegweisend für die Weiterentwicklung der Kooperation bei der grenzüberschreitenden Strafverfolgung zwischen der Schweiz und der EU:<sup>52</sup> Das Schengen-Assoziierungsabkommen (SAA) und das Betrugsbekämpfungsabkommen (BBA). Das BBA ist ein traditionell statisches völkerrechtliches Übereinkommen mit innovativ-pragmatischen Elementen; durch das SAA verpflichtet sich die Schweiz zu einem dynamischen Prozess der Teilnahme an der Schengen-Zusammenarbeit.

<sup>49</sup> An dieser Stelle danke ich lic. iur. Ursula Suter für ihre wertvolle Mitarbeit.

<sup>50</sup> Die Schweiz engagiert sich hier nicht nur mit Blick auf eigene Sicherheitsinteressen, sondern auch im Rahmen sog. Rechtsstaatlichkeitsmissionen, vgl. etwa EULEX KOSOVO ABL. L 217 vom 13.8.2008.

<sup>51</sup> Die Verträge aus dem Paket der Bilateralen II komplettieren die Zusammenarbeit mit der EU auf der Grundlage der Bilateralen I. Das Paket besteht aus neun Verträgen, die am 26. Oktober 2004 unterzeichnet wurden und zu unterschiedlichen Zeitpunkten in Kraft getreten sind bzw. in Kraft treten werden.

<sup>52</sup> Aber auch andere Abkommen der Bilateralen II weisen auf interessante Entwicklungen hin, etwa Anhang III des Abkommens zwischen der Schweiz und der EG im audiovisuellen Bereich / MEDIA 2007 pp, vom 11.10.2007 (SR 0.784.405.226.8), das dem Europäischen Betrugsbekämpfungsamt OLAF eine Kontrollbefugnis vor Ort einräumt.

## 1) Schengen-Assoziierungsabkommen (SAA)

### a) Allgemein

Die Schengen-Assoziierung gewährt Personenfreizügigkeit<sup>53</sup> und Wegfall der Personengrenzkontrollen<sup>54</sup> gemäss dem Schengener Übereinkommen von 1985,<sup>55</sup> und bindet die Eidgenossenschaft gleichzeitig in die Massnahmen ein, welche die (vermutete) Einbusse an innerer Sicherheit durch Wegfall der Grenzkontrollen ausgleichen sollen. Diese Ausgleichsmassnahmen sind Teil des Schengen-Acquis<sup>56</sup> und umfassen etwa neben einer engen grenzüberschreitenden Zusammenarbeit von Justiz und Polizei<sup>57</sup> auch den Betrieb des Schengener Informationssystems (SIS).<sup>58</sup> Schengen umfasste zunächst nur wenige Staaten, konsolidierte sich aber in die EU-Strukturen durch den Vertrag von Amsterdam 1997. Der Schengen-Acquis gehört seither je nach Regelungsmaterie zur 1. Säule oder zur 3. Säule der EU. Heute arbeiten fast alle EU-Staaten<sup>59</sup> und drei Nicht-EU-Staaten<sup>60</sup> im Schengen-Verbund zusammen. Sie entwickeln das Schengen-Recht weiter, wobei die Nicht-EU-Staaten in die Verhandlungen über neue Bestimmungen im Rahmen des Gemischten Ausschusses<sup>61</sup> einbezogen sind (decision shaping), nicht aber in die formale Abstimmung über die Annahme eines Rechtsaktes als Schengen-Recht (decision making). Dies erscheint mit Blick auf die demokratische Legitimation problematisch, da die Schweiz sich – ebenso wie die anderen Nicht-EU-Mitgliedstaaten – verpflichtet hat, den

<sup>53</sup> Das bedeutet aber nicht, das künftig ein straffällig gewordener EU-Ausländer nicht mehr ausgewiesen werden könnte, vgl. CHRISTINE KADDOUS/CHRISTA TOBLER, SZIER/RSDIE 2007, 638 sowie BVerwG C-92/2006 vom 29.9.2008 (Einreisesperre gegenüber einem lettischen Staatsangehörigen).

<sup>54</sup> SR 0.142.112.681.

<sup>55</sup> Nicht entfallen werden die Warenkontrollen an der Schweizer Grenze.

<sup>56</sup> Dazu gehören neben den Schengener Verträgen alle weiteren «schengen-relevanten EU-Rechtsakte», vgl. SDÜ (1990, ABl. C 254 vom 19.8.1997, 1). Zur vollständigen Umsetzung vgl. ABl. EG L 327 vom 5.12.2008, 15. Vgl. a. MONIQUE JAMETTI GREINER/HANSPETER PFENNINGER, AJP 2005, 160.

<sup>57</sup> Vgl. MONIQUE JAMETTI GREINER/HANSPETER PFENNINGER, AJP 2005, 160; HEINRICH KOLLER, AJP 2005, 910.

<sup>58</sup> Vgl. dazu die Rechtsakte in SR 0.360.268.120.

<sup>59</sup> Dänemark beteiligt sich lediglich auf intergouvernementaler Basis an Schengen. Irland und das Vereinigte Königreich wenden das Schengener Abkommen nur teilweise an (Zusammenarbeit von Polizei und Justiz in Strafsachen, Drogenbekämpfung, Schengener Informationssystem (SIS), d.h. kein Wegfall der Grenzkontrollen. Bulgarien, Rumänien und Zypern gehören noch nicht dem Schengen-Raum an.

<sup>60</sup> Das sind – neben der Schweiz – Island und Norwegen.

<sup>61</sup> Nach Art. 6 SAA. Der Gemischte Ausschuss setzt sich aus Vertretern der Schweiz, Liechtensteins, des Rates und der EG-Kommission zusammen. Zur Geschäftsordnung s. ABl. C 308 vom 14.12.2004 sowie ABl. L vom 26.3.2008, 3 und 5.

gesamten Schengen-Besitzstand zu übernehmen.<sup>62</sup> Verschärft wird das Problem noch dadurch, dass bisher materielle Kriterien fehlen, anhand derer ein Rechtsakt als Schengen-relevant qualifiziert werden kann resp. seine Schengen-Relevanz in Frage gestellt werden könnte (dazu unten D).<sup>63</sup>

Will die Schweiz einen Schengen-Rechtsakt nicht übernehmen, werden die europäischen Stellen darüber informiert,<sup>64</sup> ebenso, wenn gegen Schengen-Recht das Referendum ergriffen wird.<sup>65</sup> Wird ein Schengen-Rechtsakt letztlich nicht in das Schweizer Recht übernommen,<sup>66</sup> droht der mit einer «Guillotine-Klausel» verbundene Beendigungsmechanismus mit einem Ausschluss aus der gesamten Schengen-Zusammenarbeit, nach dem Motto: «Alles oder nichts», mit einem speziellen Vorbehalt betreffend das Bankgeheimnis.<sup>67</sup>

## **b) Modifikation des Rechts- und Amtshilfeverkehrs**

### *aa) Allgemein*

Die Erleichterung der Rechtshilfe in Strafsachen und der Abbau von Rechtshilf Hindernissen ist Teil der Schengen-Zusammenarbeit, ebenso Einschränkungen des Prinzips der beidseitigen Strafbarkeit mit Blick auf den Fiskalvorbehalt. Aus Sicht der EU ist langfristiges Ziel eine Angleichung von EU-Recht und Schengen-Recht.<sup>68</sup>

### *bb) Auslieferungen und sonstiger Rechtshilfeverkehr*

Speziell für den Auslieferungsverkehr ermöglichen die Art. 59 ff. SDÜ ein vereinfachtes Auslieferungsverfahren, in dessen Rahmen die betroffene Person auf

<sup>62</sup> Durch Ratifikation der einzelnen Rechtsakte, vgl. Art. 2 Abs. 1–3 SAA sowie Botschaft BBI 2004, 6130; Zur Übernahme künftiger Rechtsakte: Art. 7 SAA. Beiden Seiten steht jedoch ein Kündigungsrecht zur Verfügung, Art. 17 SAA.

<sup>63</sup> Dazu auch: ASTRID EPINEY, AJP/PJA 2002, 305.

<sup>64</sup> Art. 7 Abs. 2 SAA; die Frist dafür beträgt 20 Tage.

<sup>65</sup> Ist dies der Fall, so hat die Schweiz mit zwei Jahren ein grosszügiges Zeitfenster im Vergleich zu Norwegen (6 Monate) und Island (vier Wochen). Während dieser Zeit muss die Schweiz den Rechtsakt provisorisch anwenden, Art. 7 Abs. 2 lit. b) SAA.

<sup>66</sup> Weil gegen einen Rechtsakt erfolgreich das Referendum ergriffen wird, die Schweiz das Notifizierungsverfahren unterlässt oder die Schweiz Schengen-Recht nicht innerhalb von zwei Jahren übernimmt, Art. 7 Abs. 4 SAA.

<sup>67</sup> Siehe Fn. 75; vgl. ASTRID EPINEY, AJP/PJA 2002, 307. Eine Ausnahme bilden Massnahmen, welche das Bankgeheimnis betreffen, Art. 7 Abs. 5 lit. a) SAA.

<sup>68</sup> Vgl. Art. 2 EU-Übereinkommen über die Rechtshilfe in Strafsachen zwischen den EU-Mitgliedstaaten vom 29. Mai 2000, ABl. C 197 vom 12.7.2000, einschliesslich des Protokolls, ABl. C 326 vom 21.11.2001; vgl. a. ASTRID EPINEY / ANNEKATHRIN MEIER / ANDREA EGBUNA-JOSS, *Schengen/Dublin*, in: Thürer u.a. (Hrsg.), *Bilaterale Verträge I & II*, 2007, Rn. 115 ff.

den Vorbehalt der Spezialität verzichten kann.<sup>69</sup> Tatsächlich scheint dies oftmals im Interesse einer gesuchten und bereits verhafteten Person zu liegen, da so das Rechtshilfeverfahren nicht gegen ihren Willen in die Länge gezogen wird. Grundsätzlich ist im Rahmen der Schengen-Zusammenarbeit die Auslieferung zwischen den Schengen-Staaten auch zur Verfolgung von Fiskaldelikten zulässig, Art. 63 SDÜ. Diese Möglichkeit will die Schweiz aber (entsprechend dem früheren Vorbehalt zum 2. ZP<sup>70</sup> EuRhÜbk) einschränken.<sup>71</sup>

Art. 49 SDÜ verpflichtet die Staaten im Rahmen der Schengen-Zusammenarbeit untereinander zu sonstiger Rechtshilfe, die über das EuRhÜbk von 1959 hinausgeht.<sup>72</sup> Aus Schweizer Sicht von besonderer Bedeutung sind hier Modifikationen in Zusammenhang mit der Beweisrechtshilfe im Bereich Fiskalstraf-taten.<sup>73</sup> Stein des Anstosses während der Verhandlungen der bilateralen Verträge war vor allem Art. 51 SDÜ. Er verpflichtet die Schengen-Staaten, ein Rechts-hilfeersuchen um Durchsuchung und Beschlagnahme nicht nur bei Vorliegen beidseitiger Strafbarkeit durchzuführen, sondern auch dann, wenn die dem Er-suchen zugrunde liegende Tat nur in einem Staat als Straftat gilt und im anderen Staat an ein Strafgericht weitergezogen werden kann. Je nach Lesart hätte da-nach das Bankgeheimnis im Zusammenhang mit Rechtshilfe bei Fiskalstraf-taten einen Teil seines Schutzes verloren.<sup>74</sup> Doch zuletzt fand man eine pragmati-sche Lösung:<sup>75</sup> Die Schweiz erhielt (über eine «opt out»-Klausel) das Recht, einen Schengen-Rechtsakt nicht umzusetzen, der in Weiterentwicklung von Art. 51 SDÜ das Bankgeheimnis gefährdet; die «Guillotine-Klausel» wird da-durch nicht aktiviert.<sup>76</sup>

### cc) *Polizeiliche Zusammenarbeit*

Das SDÜ ermöglicht eine enge grenzüberschreitende Zusammenarbeit der Po-lizeien. Da die Schweiz mit ihren direkten Nachbarn aber ohnehin durch (zum Teil weiter gehende) Polizeiverträge verbunden ist, kommt diesem Aspekt eine

<sup>69</sup> Zur Bedeutung des Spezialitätsvorbehaltes vgl. LAURENT MOREILLON, *Entraide internationale en matière pénale* no. 553 ff. (2004).

<sup>70</sup> SR 0.353.12.

<sup>71</sup> Botschaft, BBl 2004 6157.

<sup>72</sup> Ausführlich dazu: ASTRID EPINEY, *EuZW* 2003, 423. Eine solche Klausel ist jedoch nicht un-gewöhnlich. Sie verknüpfte etwa alle Verträge der Bilateralen I untereinander; in den Bilateralen II bindet sie «Dublin» an «Schengen», vgl. DANIEL THÜRER/CAROLIN HILLEMANN, *Allgemeine Prin-zipien*, in: Thürer u.a. (Hrsg.), *Bilaterale Verträge I & II*, 2007, Rn. 21.

<sup>73</sup> Insbesondere hat die Schweiz nicht das 1. ZP zum EuRhÜbk von 1959 ratifiziert. Zum Abkommen über die Zinsbesteuerung, SR 0.641.926.81.

<sup>74</sup> Dazu: MONIQUE JAMETTI GREINER/HANSPETER PFENNINGER, *AJP* 2005, 159, 163.

<sup>75</sup> Dazu: ASTRID EPINEY, *EuZW* 2003, 421, 424 f.

<sup>76</sup> Art. 7 Abs. 5 SAA; dazu: URS BEHNISCH, *AJP* 2005, 947, 950; TORNIKE KESHELAVA, *Anwaltsrevue* 2006, 98 f.

eigene Bedeutung zu. Das gilt vor allem für den polizeilichen Informationsaustausch (Art. 39 SDÜ), der nach der sog. schwedischen Initiative am Prinzip der Verfügbarkeit orientiert werden soll.<sup>77</sup>

**c) Teilnahme am Schengener Informationssystem (SIS)**

Im Rahmen der Schengen-Zusammenarbeit haben Schweizer Behörden jetzt auch Zugriff auf das Schengener Informationssystem (SIS). Sie können einerseits Personen, gestohlenen Gut etc. im gesamten Schengen-Raum ausschreiben und müssen andererseits die Fahndungen anderer Schengen-Staaten nach gesuchten Personen und Sachen etc. im Inland aufnehmen, sobald ein anderer Schengen-Staat darum ersucht. Das SIS funktioniert als dezentrales, aber mit einer Zentraleinheit (C-SIS) ausgestattetes Computernetzwerk, in das nationale Einheiten vor Ort (SIRENE, N-SIS) Informationen eingeben. Der eingehende Schengen-Staat ist für die Rechtmässigkeit der Datenspeicherung und die Richtigkeit der Daten verantwortlich. Das SIS wird von der Polizei, dem Grenzschutzdienst, den Zollbehörden und teilweise von anderen Behörden direkt vor Ort abgefragt. Die spezifischen Datenschutzbestimmungen waren zunächst im SDÜ selbst festgelegt. Künftig sollen die Vorgaben aus dem EU-Rahmenbeschluss über den Schutz personenbezogener Daten im Rahmen der polizeilichen und justiziellen Zusammenarbeit in Strafsachen<sup>78</sup> gelten.

Eine Modernisierung des SIS soll die Speicherung neuer Datensätze (etwa auch biometrischer Daten) sowie Querverweise im System ermöglichen. Doch die Einführung des neuen Systems, SIS II, scheitert bis jetzt an der Technik. Da der Bundesrat die Schengen/Dublin-Abkommen möglichst rasch umsetzen wollte, hat er sich im Mai 2007 für die Beteiligung an der von der EU erarbeiteten Übergangslösung des SIS entschieden (« SISone4All »). Die Schweiz nahm das SIS noch im Jahr 2008 in Betrieb.

## **2. Betrugsbekämpfungsabkommen (BBA)**

**a) Allgemein**

Das Betrugsbekämpfungsabkommen (BBA) regelt – im Vergleich zur Schengen-Zusammenarbeit – nur einen kleinen Ausschnitt grenzüberschreitender Zusammenarbeit: die Bekämpfung von Straftaten im Bereich indirekter Steuern, zum Beispiel Schmuggel und ähnliche Deliktsformen, aber auch Subventionsbe-

<sup>77</sup> Rahmenbeschluss des Rates vom 18. Dezember 2006 über die Vereinfachung des Austauschs von Informationen und Erkenntnissen zwischen den Strafverfolgungsbehörden der Mitgliedstaaten der Europäischen Union ABI. L 350 vom 30.12.2008, 60.

<sup>78</sup> Der Rahmenbeschluss gehört zum Schengen Acquis, Erwägungsgrund Nr. 46.

trug.<sup>79</sup> Ziel des Abkommens ist es, die Schweiz damit stärker in die Betrugsbekämpfung zum Schutz der finanziellen Interessen der EU einzubinden. Vor allem das Europäische Amt für Betrugsbekämpfung, OLAF,<sup>80</sup> hat den Ausbau einer Zusammenarbeit mit der Schweiz forciert – vor dem Hintergrund spektakulärer Fälle<sup>81</sup> von Zigarettenschmuggel<sup>82</sup> und von «Mehrwertsteuerkarusellen».<sup>83</sup> Bis jetzt ist das Betrugsbekämpfungsabkommen noch nicht allgemein in Kraft getreten, weil es noch nicht alle EG-Mitgliedstaaten ratifiziert haben. Die Schweiz erklärte sich jedoch im Dezember 2008 bereit, es provisorisch anzuwenden für Rechtshilfeverfahren mit Mitgliedstaaten, die bereits ratifiziert haben.

## b) Modifikation des Rechtshilfeverkehrs

Das BBA modifiziert die Rechtshilfe für die Bekämpfung von Betrügereien im Bereich indirekter Steuern in verschiedenen Punkten: Während etwa im allgemeinen, entsprechend den Vorgaben von Art. 3 Abs. 3 IRSG, sonstige Rechtshilfe nur ab der Strafbarkeitsschwelle eines Abgabebetrugs zulässig ist, ist die Schweiz auf der Grundlage von Art. 26 Abs. 1 lit. a BBA zur Rechtshilfe auch verpflichtet, wenn ein Verfahren nach dem nationalen Recht einer der beiden Vertragsparteien oder beider Vertragsparteien an ein Strafgericht weitergezogen werden kann.<sup>84</sup>

Auch wenn das BBA nur einen relativ schmalen Bereich der grenzüberschreitenden Zusammenarbeit betrifft, so wirft es doch grundsätzliche Fragen

<sup>79</sup> Das Abkommen ist nicht auf das Zollrecht beschränkt, sondern gilt auch im Subventionsrecht und beim öffentlichen Beschaffungswesen, vgl. im Einzelnen Art. 2 Abs. 1 BBA.

<sup>80</sup> Office de la Lutte AntiFraude. Gegründet als unabhängige Einheit der EG-Kommission durch VO (EG) Nr. 1073/1999, die die Dienststelle «Koordinierung der Massnahmen zur Betrugsbekämpfung» (UCLAF) des Generalsekretariats der Kommission ersetzte. Zu Befugnissen u.ä. der OLAF-Kontrollure vgl. VO (EG) Nr. 1073/1999 sowie VO (Euratom, EG) Nr. 2185/96.

<sup>81</sup> Das BBA ist nur anwendbar, wenn der mutmasslich hinterzogene Betrag grundsätzlich mehr als 25000 Euro beziehungsweise der angenommene Wert der ohne Bewilligung eingeführten oder ausgeführten Ware über 100000 Euro betragen, Art. 3 Abs. 1 BBA. Einfache Hinterziehungsdelikte mit kleinen Deliktsumbeträgen bleiben damit weiterhin von der Verpflichtung zur Leistung von Rechtshilfe ausgeschlossen (Botschaft, BBI 2004 6197).

<sup>82</sup> Vgl. WOLFGANG WOHLERS, *Betrugsbekämpfung*, in: Thürier u.a. (Hrsg.), *Bilaterale Verträge I & II*, 2007, Rn. 2.

<sup>83</sup> Vgl. HANSPETER PFENNINGER, *Accords bilatéraux II Suisse – UE*, in: Kaddous/Jametti Greiner (Hrsg.) 331, 354.

<sup>84</sup> Vgl. Botschaft BBI 2004 6194. Wenn eine strafbare Handlung in Verbindung mit indirekten Steuern begangen und ein Strafverfahren im Ausland eröffnet wurde und bei Hausdurchsuchung im Rahmen der Amtshilfe ein Hausdurchsuchungsbefehl der zuständigen ausländischen Behörde vorliegt (s. Botschaft zur Genehmigung der bilateralen Abkommen zwischen der Schweiz und der Europäischen Union, einschliesslich der Erlasse zur Umsetzung der Abkommen [«Bilaterale II»]; BBI 2004 6191).



etwa mit Blick auf die Bedeutung von beidseitiger Strafbarkeit auf.<sup>85</sup> Das Erfordernis, dass ein bestimmter Sachverhalt nach dem Strafrecht sowohl des ersuchenden als auch des ersuchten Staates strafbar sein muss, damit Rechtshilfe geleistet werden kann, ist nach traditionellen Grundsätzen Voraussetzung für die Leistung von Rechtshilfe: Nach den Vorgaben des BBA muss Amts- und Rechtshilfe aber auch zur Aufklärung des «Waschens von Erträgen aus den unter das Abkommen fallenden Handlungen» geleistet werden.<sup>86</sup> Das BBA verwendet diese ungewöhnliche Terminologie, um die nationalen, insoweit divergierenden Termini (europäisch: «Geldwäsche»; schweizerisch: «Geldwäscherei») zu vermeiden. Denn während in der EU ein weiter Begriff der Geldwäsche gilt (den die EU-Mitgliedstaaten ihrer nationalen Rechtsordnung im Wege einer Harmonisierungsbestrebung zugrunde legen müssen),<sup>87</sup> ist nach Schweizer Recht eine strafbare Geldwäscherei nur dann gegeben, wenn der Erlös aus einem Verbrechen stammt, Art. 305<sup>bis</sup> StGB.

Mit der Regelung im BBA haben die Schweiz und die EG also eine Rechtshilfeverpflichtung zur Verfolgung von Handlungen begründet, die nach Schweizer Verständnis keine Straftaten darstellen.<sup>88</sup> Fraglich ist, ob daraus auch Konsequenzen für das nationale Recht folgen, und wenn ja, welche. Nach allgemeiner Lesart entsteht in der Schweiz jedenfalls keine neue Meldepflicht für Finanzintermediäre nach Art. 9 GwG.<sup>89</sup> Ganz ohne Konsequenz bleibt die Rechtshilfepflicht für Schweizer Banken etc. aber nur, wenn auf diesem Wege gewonnene Informationen auch im Ausland nicht gegen sie verwendet werden dürfen. Dies wird denn auch in einer gemeinsamen Erklärung klargestellt, allerdings unter der Voraussetzung, dass die Täter ausschliesslich in der Schweiz handeln.<sup>90</sup>

### C. Abkommen mit europäischen Institutionen

Die Schweiz hat in den vergangenen Jahren ihre Zusammenarbeit mit zentralen, europäischen Einrichtungen institutionalisiert, die mit der Koordination grenzüberschreitender Strafverfolgung betraut sind.

<sup>85</sup> Vgl. dazu: BGE 109 Ib 47 (53); BGE 129 II 462 466 m.w.H.; Bundesstrafgericht RR.2007.106, Urt. vom 19. November 2007 E. 3.2.3.

<sup>86</sup> Art. 2 Abs. 3 BBA.

<sup>87</sup> Vgl. BERND HECKER, *Europäisches Strafrecht*, 2. Aufl., § 8 Rn. 9 ff.

<sup>88</sup> Zum Prinzip der beidseitigen Strafbarkeit: PETER POPP, *Grundzüge der internationalen Rechtshilfe in Strafsachen*, Basel 2001, § 10.

<sup>89</sup> WOLFGANG WOHLERS, *Betrugsbekämpfung*, in: Thüerer u.a. (Hrsg.), *Bilaterale Verträge I & II*, 2007, Rn. 16 m.w.N.

<sup>90</sup> Botschaft BBl 2004 6198 FN 362.

## 1. Kooperationsabkommen mit Europol

### a) Allgemein

Die polizeiliche Zusammenarbeit stützt sich sowohl auf bilaterale Polizeiverträge wie auch auf die EU-Zusammenarbeit, etwa im Rahmen der Schengen-Zusammenarbeit<sup>91</sup> oder die Kooperation mit Europol. Letztere wurde durch ein Kooperationsabkommen institutionalisiert,<sup>92</sup> welches neben dem Austausch von Informationen eine Teilhabe in allen Arbeitsbereichen von Europol regelt.<sup>93</sup> Sein Geltungsbereich erstreckt sich über verschiedene Deliktsbereiche im Bereich grenzüberschreitender Kriminalität.<sup>94</sup>

Die für die Zusammenarbeit notwendige nationale Kontaktstelle ist das fedpol. Weitere zuständige Behörden<sup>95</sup> ergeben sich aus Anhang II<sup>96</sup> des Kooperationsabkommens. Art. 355a StGB ermächtigt diese zur Zusammenarbeit resp. zum Datenaustausch mit Europol.

### b) Informationsaustausch und Datenschutz

Die Schweiz kann mit den EU-Staaten strategische und operative Informationen ebenso austauschen wie Expertenwissen, Gefahrenanalysen oder fallbezogene Hinweise im Rahmen von Ermittlungen. Inwieweit die zahlreichen datenschutzrechtlichen Vorschriften des Abkommens die Bedingungen zur Einhaltung des verfassungsmässigen Schutzes der Privatsphäre schaffen können, erscheint aber noch ungeklärt.<sup>97</sup> Auch hier prüft der Bundesrat, wie die Vorgaben aus dem EU-Rahmenbeschluss über den Schutz personenbezogener Daten im Rahmen

<sup>91</sup> Dazu etwa: ANDREA RAUBER-SAXER, *Kriminalistik* 2005, 58 ff.

<sup>92</sup> SR 0.360.268.2 Abkommen zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und dem Europäischen Polizeiamt, abgeschlossen am 24. September 2004, von der Bundesversammlung genehmigt am 7. Oktober 2005, in Kraft getreten durch Notenaustausch am 1. März 2006.

<sup>93</sup> Art. 4 Kooperationsabkommen.

<sup>94</sup> Ursprünglich gehörten dazu nach Art. 3 Kooperationsabkommen: Terrorismus, illegaler Handel mit nuklearen und radioaktiven Substanzen, Menschenmuggel, Menschenhandel, illegaler Drogenhandel, Motorfahrzeugkriminalität, Geldfälschung und Fälschung sonstiger Zahlungsmittel sowie schliesslich Geldwäscherei, sofern diese mit den vorgenannten Deliktsbereichen zusammenhängt. Die Eidgenossenschaft (vgl. Art. 355b StGB) und Europol haben den Zuständigkeitsbereich durch Briefwechsel vom 7. März 2006/22. November 2007 um Betrug, Rassismus und Fremdenfeindlichkeit und Computerkriminalität erweitert (SR 0.360.268.21).

<sup>95</sup> Vgl. Art. 6 des Abkommens zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und Europol.

<sup>96</sup> SR 0.360.258.2.

<sup>97</sup> Vgl. Art. 10–13 Kooperationsabkommen; SABINE GLESS/INGEBORG ZERBES, *Zusammenarbeit von Europol mit Drittstaaten und Drittstellen*, in: Wolter/Schenke/Hilger/Ruthig/Zöllner (Hrsg.), *Alternativentwurf Europol und europäischer Datenschutz*, Heidelberg 2008, S. 346–363.

der polizeilichen und justiziellen Zusammenarbeit in Strafsachen<sup>98</sup> als Datenschutzregime fungieren können.

Das Abkommen erlaubt zudem die Entsendung von Verbindungsbeamten. Es ist vorgesehen, am Europol-Sitz in Den Haag mindestens einen Schweizer Verbindungsbeamten zu stationieren.<sup>99</sup>

## 2. Kooperationsabkommen mit Eurojust

Im November 2008 haben Bundesrätin Widmer-Schlumpf und Lopes da Mota von der Europäischen Einheit für justizielle Zusammenarbeit (Eurojust) ein Kooperationsabkommen unterzeichnet, das der Justiz eine der Polizeikooperation vergleichbare institutionalisierte Zusammenarbeit mit einer europäischen Einrichtung eröffnet. Darin wird die bereits seit einigen Jahren bestehende Ad-hoc-Kooperation geregelt und der Informationsaustausch zwischen Eidgenossenschaft und Eurojust sowie datenschutzrechtliche Fragen geklärt. Die grundsätzliche Beschränkung auf einen Informationsaustausch entspricht dem allgemeinen Arbeitsbereich von Eurojust, das keine eigenen Strafverfahren führt.<sup>100</sup> In den Zuständigkeitsbereich von Eurojust fallen – nach einer Erweiterung des Mandats<sup>101</sup> – grenzüberschreitende Delikte von Drogenhandel, über Geldfälschung und Geldwäscherei, Kinderpornografie bis Menschenhandel. Im Vordergrund steht auch hier derzeit die Bekämpfung von Terrorismus und dessen Finanzierung.

Die Schweiz kann – als «Drittstaat» – Verbindungsbeamte zu Eurojust entsenden. Beabsichtigt ist aber vielmehr die Einrichtung einer schweizerischen Kontaktstelle für die Zusammenarbeit mit Eurojust, die im Eidgenössischen Justiz- und Polizeidepartement (EJPD) angesiedelt würde.

## D. Fazit und Perspektiven

Insgesamt lässt sich festhalten: Die Schweiz ist heute – obgleich kein Mitgliedstaat – in besonderer Weise in die strafrechtliche Zusammenarbeit der EU eingebunden. Doch dieser Sonderweg steht angesichts des Politikprogramms der EU vor neuen Bewährungsproben: Denn ganz oben auf der EU-Agenda<sup>102</sup> steht

<sup>98</sup> Vorschlag COM(2005) 475; Beschluss des Rates zur Umsetzung 27./28.11.2008.

<sup>99</sup> SR 0.360.268.2.

<sup>100</sup> Dazu aus Schweizer Perspektive: NADINE ZURKINDEN, Jusletter vom 1.12.2008, Rz. 23 ff.

<sup>101</sup> Beschluss vom 18.6.2003, ABl. L 245 vom 29.9.2003, 44.

<sup>102</sup> Seit dem Gipfel von Tampere im Jahr 1999 (vgl. ABl. EU C 12 v. 15.1.2001); Haager Programm von 2000 ABl. EU C 53 v. 3.3.2005; vgl. a. das Massnahmenprogramm zur Umsetzung ABl. EU C 12 v. 15.1.2001.

eine Umsetzung des Prinzips der «gegenseitigen Anerkennung»,<sup>103</sup> das den Weg zu einem gemeinsamen Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts ebnen soll. Das Prinzip gegenseitiger Anerkennung will eine gleichsam automatisierte Anerkennung einer Entscheidung eines justiziellen Organs aus einem anderen EU-Staat gewährleisten und ersetzt damit traditionelle Rechtshilfeinstrumente.<sup>104</sup>

Für die Schweiz stellt sich damit die Frage, wie sie, als Nicht-EU-Staat, agieren soll. Die Frage stellt sich vor allem bei der dynamischen Schengen-Zusammenarbeit. Solange materielle Kriterien fehlen, die einen EU-Rechtsakt als Schengen-Recht qualifizieren,<sup>105</sup> besteht ein grosser politischer Handlungsspielraum. Die bis jetzt offiziell verwendete Formel, nach der «[e]in neuer EU-Erlass [...] nur dann als eine Weiterentwicklung von Schengen/Dublin [gilt], wenn er in einem direkten Zusammenhang zum Abbau der Personenkontrollen an den Binnengrenzen und den genannten Ausgleichsmassnahmen steht»,<sup>106</sup> scheint immer noch zu vage.<sup>107</sup> Das zeigt beispielhaft der Rahmenbeschluss über eine Europäische Beweisanordnung (EBA) vom Dezember 2008.<sup>108</sup> Die Formel rechtfertigt schwerlich, dass die EBA nicht Schengen-relevant ist, während Teile des EU-RhÜbk schengen-relevant sind. Hier kann man entweder darauf vertrauen, dass – wie bisher – die vorgängige Sicherung, die Verhandlungen im Gemischten Ausschuss, Schweizer Interessen ausreichend schützen, oder man muss rechtliche Sicherheitsstreben in den dynamischen Entwicklungsprozess einziehen, etwa durch die Entwicklung von Kriterien, aufgrund derer ein Rechtsakt inhaltlich als Schengen-relevant oder eben als nicht relevant eingestuft werden kann.<sup>109</sup>

<sup>103</sup> Ausf. dazu: BERND HECKER, *Europäisches Strafrecht*, 2. Aufl., 2007, § 12 Rn. 48 ff.

<sup>104</sup> Zum Prinzip der gegenseitigen Anerkennung vgl. etwa: SABINE GLESS, *Zum Prinzip der gegenseitigen Anerkennung*, Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft (ZStW) 116 (2004), 353 ff.; STEVE PEERS, CMLR 2004, 7 ff.

<sup>105</sup> Dazu: ASTRID EPINEY/ANNEKATHRIN MEIER/ANDREA EGBUNA-JOSS, *Schengen/Dublin*, in: Thürer u.a. (Hrsg.), *Bilaterale Verträge I & II*, 2007, Rn. 22 f.

<sup>106</sup> So etwa Bundesamt für Justiz «Schengen/Dublin: Weiterentwicklung» (Januar 2009).

<sup>107</sup> NICOLE WICHMANN, *The Participation of the Schengen Associates: Inside or Outside?*, *European Foreign Affairs Review* 11: 87–107, 2006, S.105 sowie P. BERTHELET, *Le droit institutionnel de la sécurité intérieure*, P.I.E-Peter Lang, Brussels, 2003, S. 242.

<sup>108</sup> Abl. EG L 350 vom 30.12.2008, 72.

<sup>109</sup> Vgl. dazu das EuGH-FRONTEx C-77/05 vom 18. Dezember 2007.

## **V. Internationale Rechtshilfe in Strafsachen: Erste Schwerpunkte in der Praxis des Bundes- strafgerichts (von Peter Popp)**

Mit dem Inkrafttreten des BGG am 1. Januar 2007 wurde der Rechtsschutz im Bereich der internationalen Rechtshilfe neu geordnet: In Angelegenheiten, welche die kantonalen Behörden erledigen, trat die Beschwerdekammer des Bundesstrafgerichts an die Stelle kantonaler Rechtsmittelbehörden; die bisherige Zuständigkeit des Bundesgerichts für Beschwerden gegen die Verfügungen der Bundesbehörden<sup>110</sup> übernahm ebenfalls das Bundesstrafgericht. Entgegen den ursprünglichen Absichten fügte das Parlament jedoch die Möglichkeit einer weiteren Beschwerde an das Bundesgericht gegen die Entscheide des Bundesstrafgerichts ein, beschränkte sie allerdings auf Auslieferungen und abschliessend genannte Fälle der übrigen Rechtshilfe und zusätzlich auf die Voraussetzung eines besonders bedeutenden Falles.<sup>111</sup> Dieser Beitrag bezweckt zu verfolgen, welche Praxis die neue Instanz während der ersten beiden Jahre in einer Materie entwickelte, die das Bundesgericht in langen Jahren durch weit reichende und fest gefügte Rechtsprechung geprägt hatte. Dabei beruht die Auswahl der Themen auf persönlichen Kriterien des Autors und kann dieser Überblick nur ein erstes Bild vermitteln. Inwieweit das Bundesstrafgericht als Fachgericht in Strafsachen auf einem Gebiet, das ganz besonders durch materielles Strafrecht und Strafverfahrensrecht geprägt wird, neue Akzente zu setzen vermag, wird sich erst nach einer längeren Beobachtungszeit sagen lassen. Das Gleiche gilt für die Frage, welche Bedeutung das eingeschränkte zweite Rechtsmittel an das Höchste Gericht einnimmt; dies diskutiert der Autor an anderer Stelle.<sup>112</sup>

### **A. Auslieferung**

#### **1. Verjährung**

Nach Gesetzes- wie Staatsvertragsrecht kann zur Strafverfolgung nur ausgeliefert werden, wenn die Tat weder im ersuchenden, noch im ersuchten Staat verjährt ist. Das Bundesstrafgericht folgt<sup>113</sup> der bisherigen Rechtsprechung, wonach die bei der Rechtshilfeentscheidung, nicht die im Tatzeitpunkt geltenden

<sup>110</sup> Dazu auch die erstinstanzliche Kompetenz, über die Einwendung des politischen Deliktes zu befinden (Art. 55 Abs. 2 IRSG).

<sup>111</sup> Art. 84 BGG.

<sup>112</sup> ZBJV 2009, 302 ff.

<sup>113</sup> RR.2007.178 vom 29. November 2007, E. 4.3.

Verjährungsnormen massgeblich sind. Eine besondere Frage hat deshalb das Faktum aufgeworfen, dass im Ausland ein erstinstanzliches Urteil ergangen, aber durch eine obere Instanz kassiert worden war. Diese Situation sei in den schweizerischen Rechtsraum zu transponieren, woraus folge, dass die Verjährung nach dem ersten Urteil nicht mehr eintreten könne. Damit gibt es Art. 97 Abs. 3 StGB eine weite, nicht unumstrittene, aber vom Bundesgericht noch nicht entschiedene<sup>114</sup> Bedeutung. Seine Praxis führte es in einer weiteren Entscheidung fort,<sup>115</sup> wo es um ein Auslieferungsbegehren zum Zwecke der Vollstreckung ging. Das Bundesstrafgericht beurteilt ein Abwesenheitsurteil als vorläufig, das heisst bis zur Zulassung eines Wiederaufnahmeantrages, als erledigend. Das wirkt sich nicht nur auf die Anwendung der Verjährungsregeln aus, sondern gibt dem Kontumazialurteil den Charakter eines vollziehbaren Auslieferungstitels.

## 2. Gefahr der Verletzung von Menschenrechten im Ausland

Das Bundesstrafgericht hat mehrfach die Verbindlichkeit der in den Menschenrechtspakten (EMRK und UNO-Pakt II) verankerten Garantien anerkannt und ihnen den Rang von zwingendem Völkerrecht zugeschrieben. Als Folge dessen ist die Schweiz verpflichtet, Rechtshilfe zu verweigern, wenn die konkrete Gefahr besteht, die betroffene Person werde im ersuchenden Staat Opfer von Verletzungen dieser Menschenrechte – in erster Linie des Folterverbotes und des Diskriminierungsverbotes,<sup>116</sup> aber auch der Garantie des Fair Trial.<sup>117</sup> Daran ist die Schweiz selbst dann gebunden, wenn sie sich staatsvertraglich zur Leistung von Rechtshilfe verpflichtete und das Abkommen die Menschenrechte nicht vorbehält.<sup>118</sup> Die Schwierigkeit besteht darin zu ermitteln, ob eine solche konkrete Gefahr besteht. Ihr begegnet das Bundesstrafgericht mit einer Kategorisierung der ersuchenden Staaten in drei Klassen. Die erste wird gebildet aus denjenigen Staaten, in denen nach allgemeiner Erfahrung keine Menschenrechtsverletzungen geschehen, namentlich denjenigen der westlichen Welt. Als

<sup>114</sup> Vgl. die Nachweise und die differenzierende Auffassung in MICHEL DUPUIS et. al., *Petit Commentaire Code pénal I*, Basel 2008, Art. 97 N. 6. In BGE 131 IV 83, 90 ging es nur um eine im Wege der Berufung bestätigte erstinstanzliche Verurteilung.

<sup>115</sup> RR.2008.6 vom 28. Februar 2008, E. 5.

<sup>116</sup> Art. 3 EMRK, Art. 7 UNO-Pakt II; Art. 14 EMRK, Art. 26 UNO-Pakt II. Entscheide zu den Verfahrensgarantien (Art. 6 EMRK, Art. 14 UNO-Pakt II) sind noch nicht ersichtlich.

<sup>117</sup> RR.2007.186 vom 30. April 2008, E. 4.1–4.2 (vertragliche Rechtshilfe).

<sup>118</sup> So aber Art. 3 Ziff. 2 EAÜ für die politische Verfolgung.

Spezialfall wird hierzu auch das Kosovo<sup>119</sup> gerechnet, weil die UNMIK<sup>120</sup> die Auslieferung verlangte und sie die lokalen Gerichte überwachen würde.<sup>121</sup> In die zweite Kategorie fallen Staaten, in denen nach allgemeiner Erkenntnis Menschenrechte laufend verletzt werden, die sich aber einem Menschenrechtspakt angeschlossen haben und unter der Überwachung der entsprechenden Organe stehen. Diesen wird immerhin die Vermutung zugebilligt, sie würden sich an zwischenstaatliche konkrete Zusicherungen halten. In diesen verlangt man das Versprechen, die relevanten, im Einzelnen genannten Garantien im Verfahren, wofür Rechtshilfe erfragt wird, zu respektieren und den diplomatischen Vertretern der Schweiz sowie den Angehörigen durch freies Besuchsrecht ein Monitoring zu ermöglichen. Wegen solcher individueller Sicherheiten bestehe keine konkrete Gefahr mehr. Die dritte Klasse wird von den übrigen Staaten gebildet; bei ihnen sind auch spezielle Zusagen nicht geeignet, die Gefahr für menschenrechtswidrige Behandlung auszuschliessen oder zu vermindern.<sup>122</sup> Die Abgrenzung zwischen der ersten und der zweiten Gruppe bereitet weniger Schwierigkeiten; denn begleitend sind allgemein anerkannte Berichte über die Menschenrechtssituation im entsprechenden Land.<sup>123</sup> Hingegen hängt die Einordnung eines ersuchenden Staates in die zweite oder die dritte Gruppe von einer Prognose ab. Das Bundesstrafgericht hält sich in einem Fall an die günstige Beurteilung des Bundesgerichts in Bezug auf die Ukraine und deutet an, die zweite Kategorie auch der Türkei, Russland, Albanien und Kasachstan zuzubilligen.<sup>124</sup> Andererseits klassifiziert es Moldawien in der dritten Kategorie.<sup>125</sup> Dabei erklärt es freilich nicht, weshalb das Vertrauen zu diesem Staat fehlt und ihm deshalb die zweite Kategorie verschlossen ist, obwohl er nicht weniger als die gerade genannten Länder der Kontrolle durch den europäischen Gerichtshof und durch den Europarat untersteht. Das Bundesstrafgericht spricht zwar von den Schwierigkeiten eines Monitoring durch diplomatische Vertreter der Schweiz in diesem Land, was aber auch bei den Staaten der zweiten Kategorie zu hinterfragen wäre. Die Urteilsbegründung legt nahe zu vermuten, dass das besonders hohe Mass an Menschenrechtswidrigkeiten, die Vielzahl von Verur-

<sup>119</sup> Nach der Unabhängigkeitserklärung und nach der Anerkennung durch die Schweiz.

<sup>120</sup> United Nations Interim Administration Mission In Kosovo, vom UNO-Sicherheitsrat am 10. Juni 1999 (Resolution 1244) als Friedensmission für die Wiederherstellung und den Wiederaufbau des Kosovo eingerichtet.

<sup>121</sup> RR.2007.186 vom 30. April 2008, E. 5.

<sup>122</sup> TPF 2008 24, E. 4.4, RR. 2008.47 vom 30. April 2008, E. 3.3, RR.2008.180 vom 2. Oktober 2008, E. 2.3.

<sup>123</sup> Das Bundesstrafgericht stützt sich auf Berichte entsprechender staatlicher (OSZE), überstaatlicher (UNICEF) oder nichtstaatlicher Organisationen und die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes: RR.2008.18+33 vom 20. März 2008, E. 3.3–4.2.

<sup>124</sup> RR.2008.47 vom 30. April 2008, E. 3.3, RR.2008.180 vom 2. Oktober 2008, E. 2.4.

<sup>125</sup> TPF 2008 24, E. 4.2–4.3.

teilungen durch den Gerichtshof und – vielleicht – die Machtausübung durch eine kommunistische Partei wesentlich waren. In einem anderen Urteil erklärt das Bundesstrafgericht denn auch die Gesamtsituation des betreffenden Staates als massgeblich.<sup>126</sup> Allerdings genügt auch bei einem Ersuchen aus einem drittklassierten Staat die allgemeine Situation, in dem er sich befindet, nicht als Beleg für die Gefahr von Menschenrechtsverletzungen: Es braucht verlässliche Zeugnisse, welche in hohem Masse wahrscheinlich machen, dass gerade die betroffene Person nicht menschenrechtskonform behandelt würde. Dies ist leichter darzutun, wenn schon die Einleitung des Strafverfahrens diskriminiert. Das war für das Bundesstrafgericht im Moldawienfall entscheidend.<sup>127</sup>

### 3. Auslieferungshindernis des politischen Deliktes

Das politische Delikt, zu dessen Verfolgung weder nach Gesetzes-, noch Vertragsrecht ausgeliefert werden darf,<sup>128</sup> wird in früherer und aktueller Praxis gleich verstanden: in seiner absoluten Form entspricht es den Strafbestimmungen, welche einen Wechsel der politischen Strukturen des Staates auf illegalem Wege pönalisieren; in seiner relativen Form betrifft es Handlungen, welche ebenfalls auf dieses politische Ziel hin verübt werden, aber gewöhnlichen Straftatbeständen entsprechen. In einem frühen Entscheid<sup>129</sup> befasst sich das Bundesstrafgericht mit einem türkischen Begehren zur Verfolgung von Angehörigen einer revolutionären Bewegung wegen Verfassungsumsturzes und dabei verübter Gewalt gegen die nationalen Sicherheitskräfte, darunter der Entführung und Tötung einer Person. Um diesen allgemein-strafrechtlichen Vorwurf vom relativen politischen Delikt abgrenzen zu können, stellt es, der bisherigen Rechtsprechung folgend, erhöhte Anforderungen an das Ersuchen, verlangt namentlich eine ausführliche, widerspruchsfreie und verlässliche Darstellung der vorgeworfenen Straftat. Diese Voraussetzung war im konkreten Fall weder hinsichtlich des Tatbestandes der kriminellen Organisation, noch der Entführung oder der Tötung gegeben. Namentlich waren weder die kennzeichnenden Elemente einer solchen Gruppierung, noch die Vorgehensweise bei der konkreten Tat oder die Rolle der betreffenden Person ausreichend dargelegt worden. Das Gericht zog auch in Betracht, der Türkei ein weiteres Mal<sup>130</sup> Gelegenheit zur Gesuchsergänzung zu geben, nahm aber davon wegen praktischer Aussichts-

<sup>126</sup> RR.2007.186 vom 30. April 2008, E. 4.1: politisches System, Institutionen, Verständnis und Anwendung der Grundrechte, Unabhängigkeit und Unparteilichkeit der Justiz.

<sup>127</sup> TPF 2008 24, E. 3, vom Bundesstrafgericht allerdings unter dem Stichwort des politischen Deliktes analysiert (zutreffend aber E. 3.3 a.A.).

<sup>128</sup> Art. 3 Abs. 1 IRSG, Art. 3 Ziff. 1 EAÜ.

<sup>129</sup> RR.2007.2 vom 25. April 2007.

<sup>130</sup> Nach einer bereits im erstinstanzlichen Verfahren eingeräumten.



losigkeit Abstand,<sup>131</sup> lag doch die Tat 14 Jahre zurück und war der Haftbefehl von einem nicht als unabhängig geltenden Sondergericht erlassen worden.

#### 4. Alibi

Das Alibi der beschuldigten Person bildet ein gesetzliches Auslieferungshindernis; es ist von dieser darzutun und wird nur in «klaren Fällen» anerkannt.<sup>132</sup> Obwohl im EAÜ nicht erwähnt, wird das Alibi auch bei Ersuchen aus den an diesem Abkommen beteiligten Staaten berücksichtigt.<sup>133</sup> Das Bundesstrafgericht hat sich dazu geäußert, was im Hinblick auf die Klarheit zu tun sei: Das Bundesamt ist verpflichtet – nötigenfalls durch Anfragen im Ausland – die Angaben des Beschuldigten zu überprüfen; dieser ist gehalten, zum Nachweis selbst beizutragen, und trägt die Folgen eines gescheiterten Nachweises.<sup>134</sup> Nach der Erfahrung «negativa non sunt probanda» ist das Alibi praktisch nur beim Vorwurf einer zeitlich-räumlich eng begrenzten Handlung möglich.<sup>135</sup>

Der sofortigen Entlastung durch das Alibi wird der Umstand gleichgestellt, dass die zur Verhaftung respektive Auslieferung verlangte Person nicht mit derjenigen identisch ist, gegen die sich das Rechtshilfebegehren richtet.<sup>136</sup>

#### 5. Auslieferungshaft

Während im ordentlichen Strafverfahren Haft gemäss Art. 5 EMRK nur unter einschränkenden Voraussetzungen zulässig ist, gelten nach der Rechtsprechung des Bundesstrafgerichts keine solchen Limiten, wenn eine Person im Hinblick auf ein Auslieferungersuchen international ausgeschrieben ist. Dementsprechend bildet der Freiheitsentzug bis zum Auslieferungsentscheid die Regel. Als Ausnahmegründe anerkennt das Bundesstrafgericht:<sup>137</sup> offensichtliche Unzulässigkeit der Auslieferung,<sup>138</sup> Abwesenheit von Flucht- und Verdunkelungsgefahr oder Unangemessenheit der Haft (wegen enger Bindungen an den ersuch-

<sup>131</sup> Das Bundesamt versuchte, diese Einschränkung zu umgehen, und holte während der Frist für die Beschwerde an das Bundesgericht beim türkischen Staat weitere Informationen ein. Seiner anschließenden Beschwerde war kein Erfolg beschieden (Bundesgericht 1C\_91/2007 vom 23. Oktober 2007).

<sup>132</sup> Art. 53 Abs. 1 und 2 IRSG.

<sup>133</sup> RR.2008.116 vom 1. Juli 2008, E. 6.2 (trotz des Primats der Rechtshilfeverträge, Art. 1 Abs. 1 IRSG).

<sup>134</sup> RR.2008.17 vom 9. April 2008, E. 4.2–4.3. Zur Strenge bei Personenbeweis RR.2007.186 vom 30. April 2008, E. 3.1–3.3.

<sup>135</sup> RR.2007.13 vom 5. März 2007, E. 4.2.

<sup>136</sup> RR.2008.47 vom 30. April 2008, E. 2.

<sup>137</sup> RR.2008.214 vom 16. September 2008, E. 3.

<sup>138</sup> Darunter Alibi, vgl. oben Ziff. 4.

ten Staat oder Hafterstehungsunfähigkeit); im letzten Falle kommen jedoch Ersatzmassnahmen in Betracht.<sup>139</sup> Auslieferungshaft ist auch ausgeschlossen, sobald der akkumulierte Freiheitsentzug zum Zwecke der Auslieferung im Inland und – wegen analoger Begehren – in einem Drittland in die Nähe der im ersuchenden Staat zu erwartenden Strafe kommt. Deren Mass ist mit gebotener Vorsicht zu schätzen.<sup>140</sup>

## **B. Übrige Rechtshilfe**

### **1. Übermassverbot**

Die Rechtsprechung begrenzt den Umfang der Rechtshilfe unter zwei Gesichtspunkten: auf das vom ersuchenden Staat Verlangte und auf das für die ausländische Strafverfolgung Nützliche.<sup>141</sup> Dabei ist nicht der Wortlaut des Ersuchens, sondern dessen Sinn massgeblich. So erachtet das Bundesstrafgericht im Falle von bankbezüglichen Begehren immer die ganze Dokumentation als nachge-sucht und toleriert leichte Überschreitungen – vor allem in zeitlicher Hinsicht. Bei der Nützlichkeit begnügt sich das Bundesstrafgericht mit einer potenziellen und berücksichtigt dabei auch die Wünsche der bei der Beweisaufnahme an-wesenden ausländischen Vertreter.

### **2. Verbot von Fishing Expeditions**

Da Rechtshilfe zur Strafverfolgung gewährt wird, muss ein ausreichender Tat-verdacht im ersuchenden Staat vorhanden sein; er darf nicht erst durch die Rechtshilfemassnahme gesucht werden. Eine solchermassen verbotene «fishing expedition» erblickte das Bundesstrafgericht in Begehren um Auslieferung von Unterlagen über Schweizer Bankkonten von Personen, die nicht im Zusammen-hang mit dessen Benutzung, sondern für andere Vorwürfe in ausländischer Strafuntersuchung standen.<sup>142</sup> Andererseits gehört die Frage, ob der strafrechtliche Vorwurf überhaupt hinreichend klar, vollständig und widerspruchsfrei dar-gestellt ist, zu den formellen Anforderungen an das Ersuchen, nicht zur Voraus-setzung, ihm stattzugeben.<sup>143</sup>

<sup>139</sup> RR.2007.13 vom 5. März 2007, E. 4.1; RR.2008.24 vom 27. Februar 2008, E. 3, 4.3 mit ausführlicher Würdigung ärztlicher Befunde (E. 4.4–4.5) und Bestimmung einer Kautions-massnahme (E. 5).

<sup>140</sup> TPF 2008 56.

<sup>141</sup> RR.2008.189 vom 3. November 2008, E. 4; RR.2008.84 vom 8. Oktober 2008, E. 7.

<sup>142</sup> RR.2007.64 vom 3. September 2007, E. 3.2–3.4; RR 2007.166 vom 15. April 2008, E. 2.6.

<sup>143</sup> RR.2008.84 vom 8. Oktober 2008, E. 6.

### 3. Zur Einziehung bestimmte Vermögenswerte

Das Gesetz beschränkt die auf ausländisches Ersuchen im Hinblick auf eine spätere Einziehung im Ausland vorgenommene Beschlagnahme von Vermögen nicht.<sup>144</sup> Die Praxis setzt ihr jedoch zeitliche Grenzen, und zwar in Ansehung des Grundrechts der Eigentumsgarantie und des Beschleunigungsgebots. Dabei kommt es auf die Dauer der Beschlagnahme in allen, auch nationalen Verfahren an, sofern deren Gegenstand konnex ist. Für das Höchstmass wird die Komplexität der Sache und das prozessuale Verhalten des ersuchenden Staates wie des Betroffenen in Rechnung gestellt; dieses kann daher 9 respektive 12 Jahre erreichen.<sup>145</sup> Eine absolute Grenze bildet der Eintritt eines objektiven Hindernisses für Einziehung gemäss ausländischem Recht.<sup>146</sup>

Das Bundesstrafgericht folgt dem Bundesgericht darin, für die Herausgabe von deliktischen Vermögenswerten nur in Ausnahmesituationen auf ein rechtskräftiges und vollziehbares ausländisches Einziehungsurteil zu verzichten.<sup>147</sup> In Hinsicht darauf analysiert es die Rechtswirkungen ausländischer Urteile nach dortigem Verfahrensrecht, aber unter dem Gesichtswinkel der inländischen Kriterien der Rechtskraft und Vollstreckbarkeit.<sup>148</sup> In einem konkreten Fall setzte es den Rechtsbehelf der an die oberste Instanz gerichteten «motion for reconsideration» dem Revisionsgesuch gegen ein Urteil des Bundesgerichts gleich, was der Vollziehbarkeit des angefochtenen Entscheids nicht entgegenstand.<sup>149</sup>

## C. Rechtshilfeverfahren

### 1. Verfahrensordnung

Das Bundesstrafgericht hat, soweit nicht Rechtshilfenormen vorgehen, das Verfahren nach den Bestimmungen des VwVG abzuwickeln.<sup>150</sup> Wenn auch grundsätzlich die Garantie von Art. 6 Abs. 1 EMRK auf das Rechtshilfeverfahren nicht angewendet wird, ist die Verfahrensgerechtigkeit in Rechtshilfesachen von Verfassungen wegen geboten.<sup>151</sup> Das Bundesstrafgericht lehnt es unter diesem Aspekt ab, seiner Entscheidung Akten zugrunde zu legen, welche die Vor-

<sup>144</sup> Art. 74a IRSG.

<sup>145</sup> RR. 2008.48–52 vom 15. Juli 2008, E. 3.4; resp. TPF 2007 124, E. 8.

<sup>146</sup> RR. 2008.48–52 vom 15. Juli 2008, E. 3.2.

<sup>147</sup> TPF 2008 12.

<sup>148</sup> Art. 74a Abs. 3 IRSG.

<sup>149</sup> RR.2007.207 vom 6. November 2008, E. 2.4–2.7.

<sup>150</sup> Art. 30 lit. b SGG.

<sup>151</sup> Art. 29 Abs. 1 BV.

instanz dem Betroffenen verheimlichte und im Beschwerdeverfahren zu edieren sich weigert.<sup>152</sup>

## 2. Kognition des Bundesstrafgerichts

Das Bundesstrafgericht überprüft die angefochtene Entscheidung der erstinstanzlichen Behörde auf die Übereinstimmung mit dem Bundesrecht. Traditionellerweise gehört dazu formal Verfassungs-, Gesetzes- sowie Staatsvertragsrecht, und kann es nicht nur durch Normverletzung, sondern auch durch Überschreitung oder Missbrauch des Ermessens verletzt werden. Seine Überprüfung erstreckt das Gericht weiterhin auf die Richtigkeit und Vollständigkeit der tatsächlichen Feststellungen der Vorinstanz und auf die Angemessenheit ihres Entscheides.<sup>153</sup> Die Ermessenskontrolle war dem Bundesgericht verschlossen. Insofern geht die Kognition des Bundesstrafgerichtes weiter.

Im Rechtshilferecht ist die Beschwerdeinstanz nicht an die Parteibegehren gebunden.<sup>154</sup> Daraus leitet das Bundesstrafgericht, wie früher das Bundesgericht, ab, dass es die Voraussetzungen der Rechtshilfe frei überprüfen könne.<sup>155</sup> Im Unterschied zur bisherigen Praxis<sup>156</sup> beschränkt es sich dabei aber nicht auf diejenigen Fragen, welche im Beschwerdeverfahren vorgetragen wurden. Das ist eine weitere Konsequenz der unterschiedlichen Verfahrensordnung, sind doch die Anforderungen an die Beschwerdebegründung vor Bundesgericht<sup>157</sup> strenger als diejenigen vor den Instanzen der Verwaltungsrechtspflege.<sup>158</sup> Namentlich ist nicht eine detaillierte Auseinandersetzung mit den Erwägungen des angefochtenen Entscheides verlangt und kann eine ungenügende Beschwerdebegründung nachgebessert werden.<sup>159</sup>

<sup>152</sup> TPF 2008 91, E. 3.4.

<sup>153</sup> TPF 2007 57, E. 3.2; RR.2007.27 vom 10. April 2007, E. 2.2.

<sup>154</sup> Art. 25 Abs. 6 IRSG. Allgemein gilt dagegen vor Bundesgericht das Verbot der *ultra petita* (Art. 107 Abs. 1 BGG), wogegen im Verwaltungsbeschwerdeverfahren eine weitgehende Freiheit von Parteibegehren besteht (Art. 62 Abs. 1 und 2 VwVG).

<sup>155</sup> RR.2007.34 vom 29. März 2007, E. 3; RR.2007.2 vom 25. April 2007, E. 2.4.

<sup>156</sup> BGE 123 II 134, 136 f. E. 1d betreffend übrige Rechtshilfe, BGE 132 II 81, 84 E. 1.4 für Auslieferung.

<sup>157</sup> Art. 42 Abs. 2 BGG (dazu BGE 134 II 244).

<sup>158</sup> Art. 52 Abs. 1 VwVG.

<sup>159</sup> Art. 52 Abs. 2 VwVG; dazu ANDRÉ MOSER in C. Auer/M. Müller/B. Schindler (Hrsg.), Kommentar VwVG (Zürich/St. Gallen 2008), Art. 52 N. 7, 13.

### 3. Legitimation zur Beschwerde

Während die Legitimation der von einem Auslieferungsbegehren betroffenen Person eine Selbstverständlichkeit darstellt,<sup>160</sup> ist diese Frage bei der kleinen Rechtshilfe vielschichtiger; denn dort entsteht eine Betroffenheit durch die Stellung zum Objekt der Beweisaufnahme oder durch den Informationsgehalt des Beweismittels selbst. Das Gesetz öffnet die Beschwerde dem Beschuldigten und dem Dritten, verlangt aber ein direktes Berührtsein und ein schutzwürdiges Interesse an der Aufhebung oder Änderung der Verfügung.<sup>161</sup> Die bisherige Praxis hat dazu eine reiche Kasuistik entwickelt, welche das Bundesstrafgericht übernimmt<sup>162</sup> und in folgender Hinsicht verfeinert: Der Kontoinhaber hat ein legitimierendes Interesse, sich gegen die Aufhebung (!) einer Kontosperrung zur Wehr zu setzen, wenn die Bank sonst ihr Pfandrecht am Kontoguthaben durchsetzen könnte.<sup>163</sup> Der Inhaber ist hinsichtlich der Informationen über sein Konto nicht nur legitimiert, wenn diese bei der Bank erst herausverlangt werden müssen, sondern auch wenn sie von der ersuchten Behörde bei der Einvernahme in einem anderen Verfahren erhoben worden sind.<sup>164</sup> Werden andere Akten beschlagnahmt, so ist nach der bisherigen und der Praxis des Bundesstrafgerichts gerade umgekehrt nicht der an den Dokumenten Berechtigte, sondern ausschliesslich der Berechtigte an den Räumen, in welchen sie lagern, legitimiert; davon wird auch keine Ausnahme gemacht, wenn derselbe untätig bleibt oder wenn ihm nach der allgemeinen Regel kein schützenswertes Eigeninteresse zukommt.<sup>165</sup>

<sup>160</sup> Art. 21 Abs. 3 und Art. 56 Abs. 1 lit. b IRSG.

<sup>161</sup> Art. 80h lit. b IRSG.

<sup>162</sup> TPF 2007 79.

<sup>163</sup> TPF 2007 70, E. 2.

<sup>164</sup> TPF 2007 79, E. 1.6.3. Im konkreten Fall ging es um Informationen über Dritte und andere Firmen, wofür der Rekurrent nur unterschriftsberechtigt war. Das Gericht nimmt auch Stellung zur Frage des Gutgläubensschutzes (Vertrauen des Einvernommenen auf die Nichtherausgabe an das Ausland), E. 1.6.5. Vgl. ferner RR.2007.46 vom 4. Juni 2007, E. 1.6.2 betreffend einen Geschäftsbericht mit Bankinformationen.

<sup>165</sup> TPF 2007 136, E. 3.3–3.4, mit eingehender Erörterung der räumlichen Berechtigung einer Domizilgesellschaft bei der domizilgebenden Treuhandfirma. Andererseits darf das Bundesstrafgericht die Legitimation des Aufbewahrers nicht verneinen mit dem Argument, es fehle ihm das eigene schützenswerte Interesse (so RR.2008.57 vom 10. Juni 2008, E. 2.3–2.4): Bundesgericht 1C\_287/2008 vom 12. Januar 2009.

#### 4. Beschwerde gegen Zwischenverfügungen

Richtet sich die Beschwerde gegen eine Zwischenverfügung, so hängt die Beschwerdeberechtigung nicht nur von der Legitimation<sup>166</sup> ab, sondern auch vom Inhalt des Aktes sowie davon, ob bis zum Erlass der Schlussverfügung ein unmittelbarer und nicht wieder gut zu machender Nachteil entsteht.<sup>167</sup> Diesbezüglich folgt das Bundesstrafgericht einer konkreten Betrachtungsweise. So schliesst es die Gefahr, dass geheime Informationen, von denen Vertreter des ersuchenden Staates anlässlich der Beweisaufnahme erfahren,<sup>168</sup> vorzeitig verbreitet werden, dann aus, wenn sich diese Vertreter, zu denen auch Hilfspersonen gerechnet werden, zur Diskretion bis zur Schlussverfügung verpflichten.<sup>169</sup> Weiter wird verlangt, den charakteristischen Nachteil darzutun. So reicht bei einer Vermögenssperre der Verlust der Verfügungsfreiheit nicht aus, solange dessen Konsequenz für die wirtschaftliche Situation des Betroffenen unklar bleibt.<sup>170</sup>

#### 5. Anspruch auf rechtliches Gehör

Nicht selten wird der erstinstanzliche Rechtshilfeentscheid knapp begründet, indem die Voraussetzungen formelhaft-abstrakt dargestellt, aber unzureichend auf den konkreten Fall angewendet werden. Das Bundesstrafgericht lässt es weitgehend zu, dass diesem Mangel an rechtlichem Gehör im Beschwerdeverfahren abgeholfen wird,<sup>171</sup> wie es der Linie des Bundesgerichts entspricht.

In einem Fall von Herausgabe zwecks Einziehung hat das Bundesstrafgericht dem ersuchenden Staat Parteistellung eingeräumt.<sup>172</sup> Es folgt damit der bundesgerichtlichen Praxis, wonach vorauszusetzen ist, dass der Staat in eigenem Namen am ausländischen Verfahren als geschädigte Partei teilnimmt.<sup>173</sup> Zum Anspruch auf unentgeltliche Rechtsverteidigung s. Nr. 6.

#### 6. Vertretung

Das Vertretungsverhältnis muss in der Beschwerdeschrift ausdrücklich dargelegt werden, widrigenfalls das Bundesstrafgericht das Rechtsmittel als in eige-

<sup>166</sup> Siehe oben Ziff. 3.

<sup>167</sup> Art. 80e lit. b IRSG.

<sup>168</sup> Vgl. Art. 65a IRSG.

<sup>169</sup> RR.2007.87 vom 25. Oktober 2007, E. 3.

<sup>170</sup> RR.2007.126 vom 26. September 2007, E. 2.

<sup>171</sup> RR.2007.179 vom 28. Januar 2008, E. 2 (Voraussetzung der doppelten Strafbarkeit, Art. 64 IRSG).

<sup>172</sup> RR.2007.207 vom 6. November 2008.

<sup>173</sup> Eingehend, gerade für die Philippinen, BGE 125 II 411.

nem Namen eingelegt erachtet; eine Bevollmächtigung nach Ablauf der Beschwerdefrist kann ein Vertretungsverhältnis nicht mehr herstellen.<sup>174</sup> Eine Filiale ist nicht befugt, in ihren Angelegenheiten prozessual tätig zu werden; diese Befugnis kommt nur der Gesellschaft selbst zu.<sup>175</sup> Die Zahl von Anwälten ist zum Zwecke der Verfahrensbeschleunigung begrenzt; allerdings wird als zulässig erachtet, zugleich je einen Spezialisten der Rechte des ersuchenden und des ersuchten Staates beizuziehen.<sup>176</sup>

Die notwendige Verteidigung durch einen von der ersten Instanz amtlich bestellten Anwalt erstreckt sich nicht automatisch auf das Beschwerdeverfahren. Das Bundesstrafgericht prüft die Bedürftigkeit, die Erforderlichkeit und die Erfolgsaussichten eigenständig; die letzteren verneint es nur für den Fall, dass ein positiver Ausgang zum Vornherein ausgeschlossen ist oder die Chancen dafür als kaum «ernsthaft» gelten können.<sup>177</sup> Bedürftigkeit liegt bloss vor, wenn über das zur Lebensführung Notwendige hinaus nicht genügend frei verfügbares Einkommen vorhanden ist, um die Prozessführung durch einen Anwalt zu finanzieren. Dabei ist das betriebsrechtliche Existenzminimum nicht ohne Weiteres verbindlich. Zudem geht der Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege der familiären Unterhaltspflicht nach. Die wesentlichen Elemente sind vom Antragsteller zu belegen.<sup>178</sup>

<sup>174</sup> TPF 2007 136, E. 3.2.2.

<sup>175</sup> TPF 2008 101.

<sup>176</sup> TPF 2007 52.

<sup>177</sup> RP.2008.5 vom 9. April 2008, E. 6.

<sup>178</sup> RP.2008.25 vom 19. Juni 2008, E. 1–2. Das Gericht stellt ein Formular zur Verfügung und verlangt, auch amtliche Belege selbst beizubringen; im konkreten Fall erlaubten die frei verfügbaren Einkünfte, einen Anwalt zu honorieren.

