Bundesgesetz über internationale Rechtshilfe in Strafsachen

Letzte Änderung: 21.10.2026

PDF erstellt am: 21.10.2026

OK
ONLINEKOMMENTAR
DER FREI ZUGÄNGLICHE
RECHTSKOMMENTAR

INHALTSVERZEICHNIS

Art. 1 IRSG 5
Art. 1a IRSG 25
Art. 3 Abs. 1 und 2 IRSG 35
Art. 8 IRSG 53
Art. 8a IRSG 65
Art. 11b IRSG 77
Art. 16 IRSG 91
Art. 17 IRSG 105
Art. 17a IRSG 127
Art. 32 IRSG 137
Art. 35 IRSG 159
Art. 47 IRSG 207
Art. 48 IRSG 219
Art. 54 IRSG 229
Art. 55a IRSG 239
Art. 56 IRSG 255
Art. 63 IRSG 265
Art. 65 IRSG 293
Art. 67 IRSG 313
Art. 67a IRSG 339
Art. 74 IRSG 397
Art. 74a IRSG 411
Art. 80 IRSG 447
Art. 80a IRSG 455
Art. 80b IRSG 467
Art. 80c IRSG 489
Art. 80d IRSG 501
Art. 80h IRSG 511
Art. 80k IRSG 535

ACHTUNG: Diese Version des Kommentars ist eine automatische maschinelle Übersetzung des Originals. Die Originalversion ist französisch. Die Übersetzung wurde mit www.deepl.com durchgeführt. Nur die Originalversion ist autoritativ. Die übersetzte Form des Kommentars kann nicht zitiert werden.

KOMMENTIERUNG ZU

Art. 1 IRSG

Eine Kommentierung von Gaelle Mieli

ZITIERVORSCHLAG

Gaelle Mieli, Kommentierung zu Art. 1 IRSG, in: Maria Ludwiczak Glassey/ Lukas Staffler (Hrsg.), Onlinekommentar zum Bundesgesetz über internationale Rechtshilfe in Strafsachen

Kurzzitat: OK-Mieli, Art. 1 IRSG N. XXX.

Erster Teil: Allgemeine Bestimmungen

1. Kapitel: Geltungsbereich

1. Abschnitt: Gegenstand und Begrenzung der Zusammenarbeit

Art. 1 Gegenstand

[1] Dieses Gesetz regelt, soweit andere Gesetze oder internationale Vereinbarungen nichts anderes bestimmen, alle Verfahren der zwischenstaatlichen Zusammenarbeit in Strafsachen, insbesondere:

a. die Auslieferung strafrechtlich verfolgter oder verurteilter Personen (zweiter Teil);

b. die Rechtshilfe zur Unterstützung eines Strafverfahrens im Ausland (dritter Teil);

c. die stellvertretende Verfolgung und Ahndung strafbarer Handlungen (vierter Teil);

d. die Vollstreckung ausländischer Strafentscheide (fünfter Teil).

[2] ...

[3] Dieses Gesetz ist nur auf Strafsachen anwendbar, in denen nach dem Recht des ersuchenden Staates der Richter angerufen werden kann.

[3bis] Dieses Gesetz ist, soweit andere Gesetze oder internationale Vereinbarungen nichts anderes bestimmen, sinngemäss auf Verfahren der Zusammenarbeit in Strafsachen mit internationalen Gerichten oder anderen zwischen- oder überstaatlichen Einrichtungen mit strafbehördlichen Funktionen anwendbar, wenn das Verfahren:

a. Delikte nach dem Zwölften Titel^{bis}, dem Zwölften Titel^{ter} oder dem Zwölften Titel^{quater} des Strafgesetzbuchs[6] betrifft; oder

b. Straftaten im Bereich des übrigen Strafrechts betrifft und das Gericht oder die Einrichtung auf einer Resolution der Vereinten Nationen beruht, die für die Schweiz verbindlich ist oder die von der Schweiz unterstützt wird.

[3ter] Der Bundesrat kann zudem in einer Verordnung festlegen, dass dieses Gesetz sinngemäss auf Verfahren der Zusammenarbeit in Strafsachen mit weiteren internationalen Gerichten oder anderen zwischen- oder überstaatlichen Einrichtungen mit strafbehördlichen Funktionen anwendbar ist, wenn:

a. die Errichtung des Gerichts oder der Einrichtung auf einer Rechtsgrundlage beruht, welche die Kompetenzen des Gerichts oder der Einrichtung in strafrechtlicher und strafprozessualer Hinsicht eindeutig festlegt;

b. das Verfahren vor dem Gericht oder der Einrichtung die Einhaltung rechtsstaatlicher Grundsätze garantiert; und

c. die Zusammenarbeit der Wahrung der Interessen der Schweiz dient.

[4] Aus diesem Gesetz kann kein Anspruch auf Zusammenarbeit in Strafsachen abgeleitet werden.

GLIEDERUNG

I. Allgemeines 8
II. Anwendungsbereich 9
A. Erfasste Stoffe (Abs. 1) 9
1. Auslieferung 11
2. Rechtshilfe im engeren Sinne 11
3. Delegation der Strafverfolgung 11
4. Vollstreckung von Strafurteilen 12
B. Subsidiärer Charakter (Abs. 1) 12
1. Gegenüber Verträgen 12
2. Gegenüber dem innerstaatlichen Recht 13
3. Ausnahmen 13
a. Günstigkeitsprinzip 14
b. Ergänzende Anwendung 14
C. Strafsachen, in denen der Richter angerufen werden kann (Abs. 3) 15
1. Strafsache 15
2. Möglichkeit, den Richter anzurufen 16
D. Zusammenarbeit mit internationalen Strafrechtsinstitutionen 16
1. Zusammenarbeit von Amts wegen (Abs. 3bis) 16
2. Abs. 3ter: Die Ausweitung der Zusammenarbeit auf bestimmte internationale Strafinstitutionen per Verordnung. 20
a. Allgemeines 20
b. Bedingungen 20
c. Verordnungen des Bundesrates 22
III. Potestativer Charakter (Abs. 4) 22
Literaturverzeichnis 23

I. ALLGEMEINES

1 In einer zunehmend globalisierten Welt können insbesondere sowohl Personen als auch Gegenstände mit Leichtigkeit über Grenzen hinweg bewegt werden. Dies machen sich auch Kriminelle zunutze. In Strafverfahren geht es daher immer häufiger um ein oder mehrere fremde Elemente. Damit Kriminalität wirksam bekämpft werden kann, müssen die Staaten miteinander kooperieren. Das Strafrecht und insbesondere die Ausübung von Zwang fallen in den souveränen Zuständigkeitsbereich der Staaten. Wenn ein Staat für den Fortgang eines Strafverfahrens in seinem Hoheitsgebiet ein Beweismittel oder eine Person benötigt, die sich nicht in seinem Hoheitsgebiet oder unter seiner Gerichtsbarkeit befindet, kann er seine Zwangsvorrechte nicht ausüben, ohne von dem Staat unterstützt zu werden, in dessen Hoheitsgebiet oder unter dessen Gerichtsbarkeit sich die gesuchte Person oder das gesuchte Beweismittel befindet. Es muss also eine Zusammenarbeit stattfinden. Das IRSG regelt diese Verfahren. Dieses Konzept der territorialen Souveränität wird durch das Auftreten neuer Arten von Beweismitteln, insbesondere elektronischer Beweismittel, und deren Erhebung herausgefordert. Der Standort dieser Beweismittel ist ungewiss. Die USA haben z. B. ein Gesetz verabschiedet, das den US-Strafverfolgungsbehörden unter bestimmten Bedingungen die Möglichkeit eines extraterritorialen Zugriffs einräumt. Das IRSG bleibt jedoch in den traditionellen Begriffen der territorialen Souveränität verankert.

2 Art. 1 IRSG definiert den materiellen Anwendungsbereich des Gesetzes, d.h. die internationale Zusammenarbeit in Strafsachen. Diese umfasst alle Maßnahmen, die auch Zwangsmaßnahmen sein können, die ein Staat ergreifen kann, um einen anderen Staat im Rahmen seiner Strafverfahren zu unterstützen, und zwar in allen Phasen des Verfahrens. Die Zusammenarbeit kann also in der Ermittlungsphase, im Rahmen des Verfahrens, aber auch nach der Urteilsverkündung, insbesondere bei der Vollstreckung von Entscheidungen, stattfinden.

3 Art. 1 IRSG wurde seit seiner Annahme dreimal geändert. Ein erstes Mal mit dem Ziel, den Anwendungsbereich von den Grenzen der Zusammenarbeit zu trennen. In diesem Sinne wurde Art. 1 Abs. 2 IRSG in einen neuen Art. 1a IRSG übernommen. Die zweite Änderung datiert vom 1. Juli 2002. Im Zusammenhang mit dem Beitritt der Schweiz zum Römer Statut wurde das

JStG verabschiedet. Art. 1 IRSG wurde geändert, damit das IRSG Vorrang hat. Schliesslich eröffnet die Änderung vom 1. Juni 2021 die Möglichkeit, das IRSG analog auf die Zusammenarbeit mit "internationalen Gerichten oder anderen zwischenstaatlichen oder supranationalen Einrichtungen, die Funktionen von Strafbehörden ausüben", anzuwenden. Dieser Punkt wird weiter unten näher erläutert.

Art. 1 IRSG enthält in seiner aktuellen Fassung fünf Absätze. Der erste grenzt 4
die verschiedenen Materien ab, die von der internationalen Zusammenarbeit in Strafsachen erfasst werden (siehe Punkt II. A.), und erläutert den subsidiären Charakter des IRSG (siehe Punkt II. B.). Absatz 2 wurde, wie oben erwähnt, aufgehoben. Absatz 3 stellt klar, dass das Gesetz nur auf Strafsachen anwendbar ist (vgl. Punkt II. C.). Die Absätze 3bis und 3ter behandeln die Zusammenarbeit mit den internationalen Strafinstitutionen (vgl. Punkt II. D.) und der letzte Absatz erinnert an den Potestativcharakter des IRSG (vgl. Punkt III.).

II. ANWENDUNGSBEREICH

A. Erfasste Stoffe (Abs. 1)

Art. 1 Abs. 1 IRSG stellt klar, dass das Gesetz die internationale 5
Zusammenarbeit in Strafsachen als Ganzes regelt.

Die Zusammenarbeit ist international in dem Sinne, dass sie in der Regel 6
mindestens zwei Staaten einbezieht. Der Begriff des Staates wird im Völkerrecht definiert. Dabei werden drei Kriterien verwendet: das Territorium, das Volk und die Regierung. Die internationale Anerkennung ist keine notwendige Bedingung für die völkerrechtliche Einstufung eines Staates als solcher. Und Staaten, deren Status umstritten ist, stellen trotzdem Anträge auf internationale Zusammenarbeit in Strafsachen. Die Schweiz arbeitet mit einigen Staaten zusammen, deren Anerkennung von einem Teil der internationalen Gemeinschaft bestritten wird. Dies gilt für das Kosovo, das von der Schweiz, aber nicht von der gesamten internationalen Gemeinschaft anerkannt wird und mit dem zwei bilaterale Verträge geschlossen wurden. Dies ist auch der Fall bei Taiwan (Republik China), das weder von der gesamten internationalen Gemeinschaft noch von der Schweiz anerkannt wird. Dennoch wurden Rechtshilfeersuchen angenommen und vom Bundesgericht bestätigt. Mit Staaten, die die Schweiz nicht anerkennt, können

jedoch keine internationalen Abkommen wie z.B. bilaterale Verträge abgeschlossen werden. Die Zusammenarbeit erfolgt auf der Grundlage des IRSG. Bei der Überstellung verurteilter Personen kann dies zu besonderen Problemen führen, da in der Regel zusätzlich zum IRSG ein Vertrag erforderlich ist.

7 An der internationalen Zusammenarbeit in Strafsachen sind also mindestens zwei Staaten beteiligt, es können aber auch mehr Staaten beteiligt sein. Dies kann bei einem komplexen Fall der Fall sein, bei dem Beweismittel in verschiedenen Staaten verfügbar sind. In diesem Fall werden mehrere Ersuchen zwischen den verschiedenen betroffenen Staaten gestellt. Dies ist auch bei gemeinsamen Ermittlungsgruppen der Fall, die aus mehr als zwei Staaten gebildet werden können. In beiden Fällen werden die Ersuchen jedoch immer von einem Staat an den anderen gerichtet. In der Schweiz beruht die Bildung gemeinsamer Ermittlungsgruppen auf einem Rechtshilfeersuchen (Art. 80dter IRSG). Wenn sich mehrere Staaten an einer gemeinsamen Ermittlungsgruppe beteiligen, ist ein Rechtshilfeersuchen zwischen der Schweiz und jedem teilnehmenden Staat erforderlich.

8 Die jüngsten Entwicklungen im Völkerrecht haben zur Entstehung internationaler Strafgerichte und anderer internationaler Strafinstitutionen geführt, die von Staaten oder internationalen Organisationen auf der Grundlage internationaler Abkommen oder Resolutionen der Vereinten Nationen eingerichtet wurden. Diese internationalen Strafinstitutionen haben eine eigene Rechtspersönlichkeit und Befugnisse im Bereich der Strafverfolgung. Sie verfügen jedoch nicht immer über eigene Ermittlungsbehörden, wie sie die Staaten haben, und können nicht auf dem souveränen Hoheitsgebiet eines Staates tätig werden. In dieser Hinsicht sind diese Institutionen auf die Zusammenarbeit mit anderen Staaten angewiesen und müssen die Staaten um internationale Zusammenarbeit in Strafsachen ersuchen. Diese Zusammenarbeit ist auch im Sinne des IRSG als international anzusehen.

9 Die Zusammenarbeit, auf die das IRSG abzielt, ist die Zusammenarbeit in Strafsachen (Art. 1 Abs. 1 und 3 IRSG). Sie muss im Zusammenhang mit Strafsachen und nicht für Zivil- oder Verwaltungssachen beantragt werden. Dieser Punkt wird unten näher erläutert (siehe Punkt C.).

Art. 1 Abs. 1 IRSG listet zudem die vier Hauptbereiche auf, die im IRSG geregelt sind, nämlich die Auslieferung, die Rechtshilfe im engeren Sinne, die Delegation der Strafverfolgung und die Vollstreckung ausländischer Strafurteile. Diese verschiedenen Rechtsakte sind in den Teilen 2 bis 5 des IRSG im Einzelnen geregelt. Diese Liste ist nicht erschöpfend und weitere Bereiche im Zusammenhang mit der internationalen Zusammenarbeit in Strafsachen könnten im Rahmen künftiger Revisionen des IRSG in den Anwendungsbereich des Gesetzes aufgenommen werden. Somit wird im Hinblick auf weitere Revisionen des Gesetzes eine gewisse Flexibilität gelassen. 10

1. Auslieferung

Die Auslieferung (Art. 32 ff. IRSG) bezweckt die Übergabe einer natürlichen Person von einem Staat an einen anderen für die Zwecke eines Strafverfahrens. Die Person, gegen die ein Auslieferungsersuchen gestellt wird, kann im ersuchenden Staat Gegenstand eines Strafverfahrens sein und wird dann im Hinblick auf dieses Verfahren ausgeliefert. Ein Auslieferungsersuchen kann auch gestellt werden, wenn eine Person in einem Staat verurteilt wurde, ihre Strafe im Urteilsstaat jedoch noch nicht vollständig verbüßt hat. Die Person wird dann zum Zweck der Vollstreckung der strafrechtlichen Sanktion ausgeliefert. 11

2. Rechtshilfe im engeren Sinne

Die Rechtshilfe im engeren Sinne (Art. 63 ff. IRSG) umfasst alle Maßnahmen, die ein Staat für einen anderen Staat ergreift, um Beweismittel zu sammeln, die für die Verfolgung einer Straftat durch den ersuchenden Staat relevant sind. Dazu gehören z. B. die Sammlung von Zeugenaussagen, Hausdurchsuchungen, die Übermittlung von verfahrensrelevanten Dokumenten, die Sperrung und Rückgabe von Vermögenswerten oder die Zustellung von Gerichtsurkunden. 12

3. Delegation der Strafverfolgung

Die Delegation der Strafverfolgung (Art. 85 ff. IRSG) zielt auf Situationen ab, in denen die strafbaren Handlungen im Ausland begangen wurden, aber in der Schweiz geahndet werden, oder umgekehrt auf Fälle, in denen die Straftat in der Schweiz begangen wurde, aber im Ausland verfolgt wird. Gründe dafür 13

können sein, dass eine Auslieferung nicht möglich ist oder dass eine Delegation der Strafverfolgung z. B. bessere Chancen auf eine soziale Wiedereingliederung bietet. Der ersuchte Staat verfolgt die Person dann anstelle des Staates, in dem sich die Tat ereignet hat. Dies soll verhindern, dass eine Person, die nicht ausgeliefert werden kann, straffrei bleibt, und setzt somit den Grundsatz aut dedere aut judicare in die Tat um. Dies fördert in einigen Fällen auch eine bessere soziale Neuordnung, indem die verfolgte Person in dem Staat, in dem sie die meisten Bindungen hat, verfolgt werden kann.

4. Vollstreckung von Strafurteilen

14 Die vierte Verfahrensart, die im IRSG geregelt ist, ist die Vollstreckung ausländischer Strafurteile (Art. 94 ff.). Dabei geht es darum, dass ein Staat eine von einem anderen Staat erlassene Strafentscheidung in seinem Hoheitsgebiet vollstreckt. Dieser Teil unterscheidet sich von der Auslieferung zur Vollstreckung einer Strafe dadurch, dass bei der Auslieferung der Staat, der die Entscheidung getroffen hat, um die Auslieferung der verurteilten Person ersucht, damit diese ihre Strafe im Hoheitsgebiet des Urteilsstaates vollstreckt. Bei der Vollstreckung eines Strafurteils wurde das Urteil vom Urteilsstaat erlassen und der Urteilsstaat beantragt, dass die Strafe in einem anderen Staat vollstreckt wird, in dem sich die verurteilte Person aufhält. Die Vollstreckung eines Strafurteils kann sich auf eine Freiheitsstrafe sowie auf die Vollstreckung einer Geldstrafe beziehen, für die eine Auslieferung nicht in Frage kommt. Die Vollstreckung einer Freiheitsstrafe im Hoheitsgebiet eines anderen Staates hat zum Ziel, der verurteilten Person eine bessere Chance auf soziale Wiedereingliederung zu bieten.

B. Subsidiärer Charakter (Abs. 1)

15 Das IRSG ist ein subsidiäres Gesetz. Art. 1 Abs. 1 IRSG stellt dies klar: Das Gesetz findet nur Anwendung, wenn kein anderes Gesetz oder Abkommen anwendbar ist. Dies wird auch in Art. 1 Abs. 3bis IRSG wiederholt. Das IRSG ergänzt somit das bestehende Recht.

1. Gegenüber Verträgen

16 In der Schweiz hat das Völkerrecht Vorrang vor dem nationalen Recht, und die Schweiz verpflichtet sich, ihre internationalen Verpflichtungen gemäß

dem Grundsatz pacta sunt servanda einzuhalten. Die von der Schweiz abgeschlossenen Verträge haben Vorrang vor dem IRSG. Dies gilt beispielsweise für die europäischen Auslieferungs- und Rechtshilfeübereinkommen oder sogar für die im Rahmen des Schengen-Abkommens verabschiedeten Übereinkommen oder die Übereinkommen der Vereinten Nationen. So gilt z.B. die Bestimmung des ZP II über gemeinsame Ermittlungsgruppen vorrangig vor der Bestimmung des IRSG mit den Staaten, die diesem Protokoll beigetreten sind. Dies gilt auch für bilaterale Verträge, die die Schweiz mit anderen Staaten abschließt. Zwei Ausnahmen werden jedoch im Folgenden erwähnt.

2. Gegenüber dem innerstaatlichen Recht

In Bezug auf das innerstaatliche Recht sieht die Anwendung des allgemeinen Grundsatzes lex specialis derogat legi generali im Allgemeinen vor, dass die Spezialgesetze Vorrang vor den allgemeinen Gesetzen haben. Dies bedeutet zweierlei: Entweder hat das IRSG gegenüber anderen Bestimmungen des schweizerischen Straf- oder Strafprozessrechts, die ähnliche Aspekte regeln könnten, den Charakter eines Spezialgesetzes, oder bestimmte Gesetze haben in den von ihnen geregelten Bereichen gegenüber dem IRSG den Charakter eines Spezialgesetzes. 17

So müssen die Bestimmungen des IRSG in Rechtshilfeverfahren den Regeln anderer, allgemeinerer Schweizer Gesetze vorgehen, insbesondere denjenigen der StPO oder des StGB, die Punkte regeln würden, die auch auf die Rechtshilfe anwendbar sind. Die Parteistellung oder die Beschwerderechte der Personen, gegen die sich ein Rechtshilfeverfahren richtet, sind z.B. ausschliesslich im IRSG geregelt. 18

Dieser Grundsatz besagt auch, dass Spezialgesetze, die bestimmte Bereiche des Rechts der internationalen Zusammenarbeit in Strafsachen regeln, Vorrang vor dem IRSG haben. Zu denken ist etwa an das Bundesgesetz über die Teilung eingezogener Vermögenswerte, das spezifische Regeln zu diesem Thema festlegt, oder an das ZISG, das die Zusammenarbeit mit dem Internationalen Strafgerichtshof regelt. 19

3. Ausnahmen

Zwei Ausnahmen von dieser Subsidiarität sind zu erwähnen. 20

a. Günstigkeitsprinzip

21 Die erste ist die Anwendung des Günstigkeitsprinzips in der Schweiz, das die Anwendung des IRSG vorsieht, wenn es für die Zusammenarbeit günstiger ist als das internationale Recht. Dieses Prinzip ergibt sich aus den Zielen, die sich die Schweiz im Rahmen der Verbrechensbekämpfung gesetzt hat. Die internationale Rechtshilfe in Strafsachen soll die Verfolgung von Straftaten fördern, was für die Schweiz wichtig ist. So gewährt sie die umfassendste Rechtshilfe, die möglich ist. Dies ergibt sich auch aus der Tatsache, dass ein Vertrag in diesem Bereich die Rechtshilfe fördern soll und es somit paradox wäre, einem Staat, mit dem die Schweiz einen Vertrag abgeschlossen hat, eine eingeschränktere Rechtshilfe zu gewähren als einem Staat, mit dem sie nur auf der Grundlage der Gegenseitigkeit in Anwendung des IRSG zusammenarbeitet. Dies bedeutet zum Beispiel, dass Revisionen des IRSG, die neue Maßnahmen vorsehen, auch auf Staaten angewendet werden können, mit denen die Schweiz einen Vertrag geschlossen hat, selbst wenn der Vertrag diese Maßnahmen nicht ausdrücklich vorsieht. Dies ist der Fall bei den neuen Bestimmungen über gemeinsame Ermittlungsgruppen (Art. 80dter ff. IRSG). Diese Bestimmungen können die Bildung einer solchen gemeinsamen Ermittlungsgruppe zwischen der Schweiz und einem Staat, mit dem sie einen Vertrag geschlossen hat, auch dann ermöglichen, wenn eine solche Möglichkeit nicht direkt im Vertrag vorgesehen ist.

22 Das Günstigkeitsprinzip gilt, sofern es nicht ausdrücklich durch ein Gesetz oder Übereinkommen ausgeschlossen wird. Dies ist im LCPI der Fall, wo es heißt: "Die Zusammenarbeit mit dem Gerichtshof erfolgt ausschließlich nach den Bestimmungen dieses Gesetzes und des Statuts". Es muss noch darauf hingewiesen werden, dass dieses Günstigkeitsprinzip zwar gegenüber dem Staat gilt, aber nicht unbedingt zugunsten der Person, gegen die sich die Rechtshilfemaßnahme richtet.

b. Ergänzende Anwendung

23 Die zweite Ausnahme ist die ergänzende Anwendung des IRSG auf Fragen, die nicht in anderen Gesetzen oder Abkommen geregelt sind, auch hier unter der Voraussetzung, dass die Zusammenarbeit nicht ausschließlich für die anderen Abkommen oder Gesetze geregelt ist. Internationale Verträge regeln beispielsweise keine Fragen des Verfahrens, der Rechtsmittel, der Fristen etc. Hier ist das IRSG anwendbar.

Die ergänzende Anwendung des IRSG ist auch nur möglich, wenn ein Gesetz einen Bereich nicht ausschließlich regelt. So wird die Zusammenarbeit mit dem Internationalen Strafgerichtshof, obwohl sie künftig in den Anwendungsbereich von Art. 1 Abs. 3bis IRSG fallen kann, weiterhin ausschließlich durch das IRSG geregelt. 24

C. Strafsachen, in denen der Richter angerufen werden kann (Abs. 3)

Art. 1 Abs. 3 IRSG sieht vor, dass die internationale Zusammenarbeit in Strafsachen nur (1.) für Strafsachen gewährt werden kann, (2.) in denen ein Richter angerufen werden kann. 25

1. Strafsache

Das IRSG ist nur im Zusammenhang mit einem Strafverfahren anwendbar. So muss ein Verfahren, das die Ahndung einer Straftat zum Ziel hat, im ersuchenden Staat eingeleitet oder abgeschlossen werden. Der Begriff des Strafverfahrens ist weit auszulegen. Das Hauptelement ist die Verfolgung einer strafbaren Handlung. Unter einer strafrechtlichen Straftat sind Straftaten zu verstehen, die in der Schweiz durch das StGB geahndet werden, sowie Straftaten, die durch das Nebenstrafrecht geahndet werden. Eine strafbare Handlung muss mit einer Strafe geahndet werden. Freiheitsstrafen sind strafrechtliche Sanktionen par excellence, aber auch die anderen im StGB vorgesehenen Sanktionen (Art. 34 ff. StGB) belegen den strafrechtlichen Charakter einer Straftat. 26

Der Begriff der Strafsache kann auch strafrechtliche Nebenverfahren oder Verwaltungsmaßnahmen umfassen. Ebenso geht das Rechtshilfeersuchen in der Regel von Justizbehörden aus, kann aber manchmal auch von Verwaltungsbehörden im ersuchenden Staat übermittelt werden, sofern diese Verwaltungsbehörden zur Einleitung eines Strafverfahrens befugt sind. 27

Damit es sich um eine Strafsache im Sinne des IRSG handelt, muss die Person, gegen die sich das Verfahren richtet, noch nicht notwendigerweise angeklagt worden sein. Es reicht aus, dass im ersuchenden Staat ein Ermittlungsverfahren gegen sie eingeleitet worden ist. Diese Ermittlungen müssen jedoch vor dem zuständigen Richter abgeschlossen werden können (siehe Punkt 2. unten). 28

29 Der Staat muss außerdem für die Verfolgung der Straftat, die Gegenstand des Ersuchens ist, zuständig sein. Der ersuchende Staat kann also nur dann ein Rechtshilfeersuchen stellen, wenn er selbst für die Verfolgung der Straftat, auf die sich das Ersuchen bezieht, zuständig ist. Eine solche Zuständigkeit wird jedoch insofern vermutet, als die Gerichtsorganisation eines Staates in dessen souveräne Zuständigkeit fällt. Die Schweiz kann diesen Punkt nur prüfen, wenn es offensichtlich ist, dass eine solche Zuständigkeit nicht gegeben ist.

2. Möglichkeit, den Richter anzurufen

30 Die zweite Bedingung von Art. 1 Abs. 3 IRSG sieht vor, dass die Person, gegen die sich das Strafverfahren richtet, die Möglichkeit haben muss, einen Richter im ersuchenden Staat anzurufen. Diese Bedingung soll das Recht auf ein faires Verfahren gewährleisten, das sowohl von der Bundesverfassung als auch von den internationalen Abkommen, die die Schweiz ratifiziert hat, garantiert wird.

31 Die internationale Zusammenarbeit in Strafsachen ermöglicht es dem ersuchenden Staat, den ersuchten Staat um Zwangsmaßnahmen zu ersuchen. Solche Massnahmen müssen im eröffneten Strafverfahren gerichtlich überprüft werden können. So muss die Person, gegen die sich das Verfahren richtet, für das um Rechtshilfe ersucht wird, im Laufe des Verfahrens die Möglichkeit haben, den sachlich zuständigen Richter im ersuchenden Staat anzurufen. Dabei handelt es sich in der Regel um einen Strafrichter, auch wenn in bestimmten Fällen ein Verwaltungsrichter nicht ausgeschlossen ist, sofern er für die Verhängung strafrechtlicher Sanktionen zuständig ist.

32 Schlussendlich verlangt das IRSG nur die Möglichkeit, einen Richter anzurufen. Es reicht aus, dass die Person nach dem Recht, das auf das im ersuchenden Staat eröffnete Verfahren anwendbar ist, eine solche Möglichkeit hat, auch wenn sie davon letztlich keinen Gebrauch macht.

D. Zusammenarbeit mit internationalen Strafrechtsinstitutionen

1. Zusammenarbeit von Amts wegen (Abs. 3bis)

33 Absatz 3bis regelt die Zusammenarbeit von Amtes wegen mit internationalen Strafgerichten oder anderen internationalen, gemischten und supranationalen Institutionen, die strafrechtliche Funktionen ausüben (nachfolgend: internationale Strafinstitutionen), sofern sie schwere Verbrechen des

Völkerrechts verfolgen oder sich auf eine für die Schweiz verbindliche Resolution der Vereinten Nationen stützen.

Die internationalen Strafinstitutionen umfassen die internationalen Strafgerichte wie den ehemaligen Internationalen Strafgerichtshof für das ehemalige Jugoslawien oder den ehemaligen Internationalen Strafgerichtshof für Ruanda sowie den Internationalen Mechanismus zur Ausübung der Restfunktionen der Strafgerichte, der die Restfunktionen dieser beiden Gerichte oder ähnlicher Gerichte, die in Zukunft geschaffen werden könnten, ausübt. Ebenfalls betroffen sind gemischte Gerichte oder Institutionen, d. h. solche mit nationalen und internationalen Komponenten wie die Außerordentlichen Kammern innerhalb der Gerichte von Kambodscha, der Sonderstrafgerichtshof der Zentralafrikanischen Republik oder die Spezialkammern des Kosovo (CSK) und die Sonderstaatsanwaltschaft. Diese Gerichte beruhen sowohl auf nationalem als auch auf internationalem Recht und werden von einer internationalen Organisation wie z.B. den Vereinten Nationen unterstützt. Schliesslich fallen auch die von den Vereinten Nationen eingesetzten Untersuchungskommissionen wie der Internationale, unparteiische und unabhängige Mechanismus zur Erleichterung der Untersuchung der schwersten Verstösse gegen das Völkerrecht in der Arabischen Republik Syrien oder der Europarat wie die "Marty-Kommission" unter Art. 1 Abs. 3bis IRSG. Voraussetzung ist, dass diese internationalen Strafinstitutionen Funktionen von Strafbehörden ausüben, d.h. dass sie Straftaten untersuchen oder verfolgen. 34

Die Zusammenarbeit mit einigen dieser Institutionen war zuvor bereits im Bundesgesetz über die Zusammenarbeit mit den Internationalen Gerichten zur Verfolgung von schwerwiegenden Verletzungen des humanitären Völkerrechts geregelt. Einige neue Gerichte oder Institutionen fielen jedoch nicht in den Anwendungsbereich dieses Gesetzes. Dies war z.B. beim Sondergerichtshof für den Libanon der Fall, mit dem die Zusammenarbeit vor der Änderung des IRSG, die am 1. Juni in Kraft trat, nicht möglich war, da er keine schweren Verletzungen des humanitären Völkerrechts verfolgte. 35

Art. 1 Abs. 3bis IRSG sieht vor, dass die Zusammenarbeit mit den internationalen Strafinstitutionen in zwei Fällen von Amtes wegen auf der Grundlage des IRSG erfolgt. Der erste (lit. a.) ist, dass die internationale Strafinstitution schwere Verletzungen des Völkerrechts untersucht oder verfolgt. Schwere Verletzungen des Völkerrechts im Sinne dieses Artikels sind 36

Straftaten, die nach den Titeln 12bis, 12ter oder 12quater StGB geahndet werden, d.h. Völkermord, Verbrechen gegen die Menschlichkeit und Kriegsverbrechen. Das Verbrechen der Aggression würde, sollte es in Schweizer Recht umgesetzt werden, ebenfalls unter die Definition schwerer Verstöße gegen das Völkerrecht fallen. Dabei handelt es sich um Verbrechen, die insbesondere vom Internationalen Strafgerichtshof verfolgt werden. Diese Verbrechen sind so schwerwiegend, dass eine Zusammenarbeit von Amts wegen erforderlich ist. Die internationale Strafinstitution nach lit. a muss nicht von den Vereinten Nationen eingesetzt worden sein. Es kann sich um eine Institution handeln, die von einer anderen internationalen Organisation unterstützt oder eingerichtet wurde.

37 Der zweite Fall (lit. b) ist die Zusammenarbeit mit internationalen Strafinstitutionen, die gewöhnliche Straftaten ermitteln und verfolgen, d. h. Straftaten des StGB mit Ausnahme derjenigen, die nach Titel 12bis, 12ter oder 12quater StGB geahndet werden. Das bekannteste Beispiel ist der Sondergerichtshof für den Libanon, der durch eine Resolution der Vereinten Nationen eingerichtet wurde, um Personen zu verfolgen, die beschuldigt wurden, den Bombenanschlag vom 14. Februar 2005 verübt zu haben. Die Straftaten, die von dieser Institution verfolgt wurden, waren Terrorakte, Verbrechen und Vergehen gegen das Leben und die körperliche Unversehrtheit von Personen, unerlaubte Vereinigungen und die Nichtaufdeckung von Verbrechen und Vergehen. In diesem Fall erfolgt die Zusammenarbeit nur dann von Amts wegen, wenn sich die Institution auf eine für die Schweiz verbindliche Resolution der Vereinten Nationen stützt oder von der Schweiz unterstützt wird. Die Unterstützung der Schweiz wird anhand ihrer offiziellen Positionen analysiert, wie z. B. ihrer Stimmabgabe, wenn die Resolution von einem Organ stammt, in dem die Schweiz abstimmen konnte. Wenn sie sich nicht zu der Resolution äußern konnte, insbesondere weil die Resolution von einem Organ stammt, in dem die Schweiz nicht vertreten ist, sind ihre offiziellen Stellungnahmen maßgeblich. Mit Organ, in dem die Schweiz nicht vertreten ist, meint das Gesetz in erster Linie den Sicherheitsrat der Vereinten Nationen, wenn die Schweiz nicht Mitglied dieses Rates ist. Der Sonderstatus der Vereinten Nationen ergibt sich aus der multilateralen und sogar globalen Rolle dieser Organisation sowie aus der Möglichkeit, Resolutionen zu verabschieden, die für ihre Mitgliedstaaten bindend sind.

Das IRSG gilt analog auch für die Zusammenarbeit mit internationalen Strafrechtsinstitutionen. Dieses Gesetz wurde in seiner Gesamtheit nicht geändert, um den Besonderheiten der internationalen Strafinstitutionen Rechnung zu tragen. Es ist so abgefasst, dass es die zwischenstaatliche Zusammenarbeit regelt. So bedeutet die analoge Anwendung, dass, wenn das Gesetz staatsbezogene Begriffe wie z. B. "zwischenstaatlich", "ersuchender Staat", "ersuchter Staat" usw. verwendet, den internationalen Strafinstitutionen dieselben Rechte wie den Staaten eingeräumt werden. Daraus folgt, dass die auf der Grundlage des IRSG entwickelte Rechtsprechung, Lehre und Praxis auch auf die Zusammenarbeit mit internationalen Strafrechtsinstitutionen anwendbar sein wird. Die analoge Anwendung des IRSG auf die Zusammenarbeit mit diesen Institutionen ermöglicht es, diesen Institutionen Rechtshilfe im engeren Sinne zu gewähren, aber auch die anderen im IRSG vorgesehenen Maßnahmen wie die Auslieferung, die Delegation des Verfahrens oder auch die Vollstreckung von Strafurteilen. 38

Schließlich ist auch die Anwendung des IRSG auf die Zusammenarbeit mit internationalen Strafrechtsinstitutionen subsidiär. Wenn die Zusammenarbeit mit einer solchen Institution durch ein anderes Gesetz oder ein internationales Abkommen geregelt ist, findet das IRSG keine Anwendung (vgl. oben Punkt B. für weitere Einzelheiten zum Begriff der Subsidiarität). So wird die Zusammenarbeit mit dem Internationalen Strafgerichtshof weiterhin ausschließlich durch das IRSG geregelt. Die internationalen Instrumente zur Errichtung dieser Institutionen werden, wenn sie bestimmte, direkt anwendbare Normen für die Zusammenarbeit vorsehen, ebenfalls vorrangig auf die Zusammenarbeit mit diesen Institutionen angewendet. 39

In Bezug auf das Bundesgesetz über die Zusammenarbeit mit den Internationalen Gerichten zur Verfolgung von schwerwiegenden Verletzungen des humanitären Völkerrechts wurde sein Anwendungsbereich vollständig in Art. 1 Abs. 3bis IRSG übernommen. Insofern wurde dieses Gesetz mit Inkrafttreten des neuen Artikels aufgehoben. 40

2. Abs. 3ter: Die Ausweitung der Zusammenarbeit auf bestimmte internationale Strafinstitutionen per Verordnung.

a. Allgemeines

41 Abs. 3ter gibt dem Bundesrat die Möglichkeit, den Geltungsbereich des IRSG durch Verordnung auf andere internationale Strafinstitutionen auszudehnen, unabhängig von der Art der Straftaten, die von diesen Institutionen verfolgt werden. Der Gesetzgeber hat bei der Revision von 2021 beschlossen, dass das IRSG der Einfachheit halber die internationale strafrechtliche Zusammenarbeit mit allen internationalen Strafinstitutionen regeln können soll. In der Tat hat sich auf der Grundlage des IRSG eine langjährige Praxis entwickelt und eine ausführliche Rechtsprechung ergangen. Durch die Anwendung dieses Gesetzes auf die Zusammenarbeit mit allen internationalen Strafinstitutionen, die in Zukunft entstehen könnten, können Antworten auf die meisten Fragen gegeben werden, die sich möglicherweise stellen könnten.

42 Die in Art. 1 Abs. 3ter IRSG vorgesehene Kompetenzdelegation ähnelt derjenigen des früheren Gesetzes über die Zusammenarbeit mit den Internationalen Gerichten zur Verfolgung von schwerwiegenden Verletzungen des humanitären Völkerrechts, das die Anwendung dieses Gesetzes auf die Zusammenarbeit mit dem Sondergerichtshof für Sierra Leone (SCSL) ermöglicht hat.

b. Bedingungen

43 Damit der Bundesrat eine solche Verordnung erlassen kann, müssen drei verschiedene kumulative Bedingungen erfüllt sein: Das Gericht oder die Institution muss auf einer Rechtsgrundlage beruhen, die ihre Zuständigkeiten im Bereich des Strafrechts und des Strafverfahrens klar definiert, das Verfahren vor dem Gericht oder der Institution muss die Einhaltung der rechtsstaatlichen Grundsätze gewährleisten und die Zusammenarbeit muss der Wahrung der Interessen der Schweiz dienen.

44 Das IRSG sieht zunächst vor, dass die von der Verordnung betroffene internationale Strafrechtsinstitution durch einen Rechtsakt gegründet worden sein muss, der die Zuständigkeiten der Institution festlegt. Die materiellen Zuständigkeiten, d.h. die Straftaten, die von der internationalen

Strafinstitution verfolgt werden, sowie die verfahrensrechtlichen Zuständigkeiten, d.h. die Vorschriften über den Ablauf der Ermittlungen, das Verfahren, die Ernennung von Richtern usw. müssen im Gründungsakt vorgesehen sein. Dieser Akt muss in einem transparenten und rechtsstaatlichen Kriterien genügenden Verfahren angenommen worden sein. Dieser Prozess ergibt sich jedoch aus einer zwischenstaatlichen Organisation. Die Kriterien sind möglicherweise nicht die gleichen wie im innerstaatlichen Recht.

Zweitens muss das Verfahren vor der internationalen Strafinstitution die Grundsätze der Rechtsstaatlichkeit gewährleisten. Dies bedeutet, dass das Verfahren die Grundrechte, wie sie in der EMRK verankert sind, gewährleisten muss. Dazu gehören insbesondere das Recht auf ein faires Verfahren, die Verteidigungsrechte, die Unschuldsvermutung, die Zusicherungen im Zusammenhang mit der Inhaftierung und das Verbot der Folter und unmenschlicher oder erniedrigender Behandlung oder Strafe. So muss der Gründungsakt der Institution solche Schutzmaßnahmen enthalten oder auf ein Instrument verweisen, das diese Rechte im Rahmen der von der Institution durchgeführten Verfahren wahrt. 45

Drittens muss die Zusammenarbeit mit der internationalen Strafrechtsinstitution zur Wahrung der Interessen der Schweiz beitragen. Dies bedeutet insbesondere die Berücksichtigung der aussenpolitischen Ziele, die in der Verfassung vorgesehen sind, sowie der Ziele der aussenpolitischen Strategie, die vom Bundesrat zu Beginn jeder Legislaturperiode verabschiedet wird. Als Interessen der Schweiz sind z.B. ihr Engagement für Frieden und Sicherheit zu nennen, das die Untersuchung und Verfolgung schwerer Verbrechen des Völkerrechts beinhaltet, um deren Straflosigkeit zu bekämpfen, aber auch das allgemeine Ziel der Bekämpfung der grenzüberschreitenden Kriminalität, die zum Wohlstand der Schweiz beiträgt, wie er in der Strategie des Bundesrates beschrieben wird. 46

Dabei kann es sich um Institutionen handeln, die außerhalb des Rahmens der Vereinten Nationen eingerichtet wurden und die gewöhnliche Straftaten verfolgen. Die erste vom Bundesrat verabschiedete Verordnung zielt nämlich auf eine von der Europäischen Union geschaffene Institution ab, die zumindest zum Zeitpunkt des Inkrafttretens dieser Verordnung eher Finanzdelikte verfolgt. 47

c. Verordnungen des Bundesrates

48 Der Bundesrat machte von der in Absatz 3 vorgesehenen Möglichkeit Gebrauch. 3ter zum ersten Mal am 21. Dezember 2022. Er verabschiedete die Verordnung über die Zusammenarbeit mit der Europäischen Staatsanwaltschaft, um die internationale Zusammenarbeit in Strafsachen zwischen den Schweizer Behörden und diesem neuen Organ zu regeln. Die Botschaft nennt als Beispiel andere Institutionen, für die eine solche Verordnung erlassen werden könnte, wie das Rote-Khmer-Tribunal oder die Marty-Kommission, oder sogar andere internationale Strafinstitutionen, die bereits bestehen oder in Zukunft entstehen könnten, je nach den Bedürfnissen der Behörden.

49 Die Verordnung des Bundesrates besteht lediglich aus zwei Artikeln. Der erste sieht den Gegenstand der Verordnung vor, der zweite das Inkrafttreten der Verordnung. Die Verordnung des Bundesrates sieht eine analoge Anwendung des IRSG auf die Zusammenarbeit mit einer solchen neuen Institution vor. Wie bereits erwähnt, ermöglicht die analoge Anwendung die Übernahme der bestehenden Praxis und Rechtsprechung ohne eine umfassende Änderung des IRSG, da die Begriffe in Bezug auf den Begriff des Staates so auszulegen sind, dass sie auch internationale Strafinstitutionen umfassen.

III. POTESTATIVER CHARAKTER (ABS. 4)

50 Absatz 4 bildet den Eckpfeiler des IRSG, das ein Potestativgesetz ist. Es erlaubt der Schweiz, sowohl mit anderen Staaten als auch mit den in seinem Geltungsbereich enthaltenen internationalen Strafinstitutionen zusammenzuarbeiten. Eine Verpflichtung zur Zusammenarbeit kann daraus jedoch nicht abgeleitet werden. In diesem Sinne geht es weniger weit als die bi- oder multilateralen internationalen Abkommen, die die Schweiz möglicherweise abgeschlossen hat, da einige dieser Abkommen eine Verpflichtung zur Zusammenarbeit vorsehen. So erlaubt das IRSG den Schweizer Behörden, Staaten oder internationalen Strafinstitutionen die Zusammenarbeit zu gewähren, aber es erlaubt weder anderen Staaten noch internationalen Strafinstitutionen, mit denen die Schweiz nicht durch ein Abkommen verbunden ist, die Zusammenarbeit von der Schweiz zu verlangen.

Eine Verpflichtung zur Zusammenarbeit mit bestimmten Staaten kann sich aus internationalen Abkommen ergeben, die die Schweiz ratifiziert hat. Eine Verpflichtung zur Zusammenarbeit mit bestimmten internationalen Institutionen kann sich aus dem Gründungsakt dieser Institution ergeben. So sehen beispielsweise einige Resolutionen des Sicherheitsrats, mit denen internationale Strafgerichte eingerichtet wurden, eine solche Verpflichtung zur Zusammenarbeit vor. Während das IRSG auf die Zusammenarbeit mit diesen Gerichten auf der Grundlage des neuen Art. 3bis anwendbar ist, ergibt sich die Verpflichtung zur Zusammenarbeit aus dem anwendbaren Völkerrecht, d. h. aus der Resolution zur Errichtung der Institution, und nicht aus dem IRSG. 51

Die vertretene Auffassung widerspiegelt die persönliche Meinung der Autorin und bindet nicht das Bundesamt für Justiz.

LITERATURVERZEICHNIS

Aufiero Giuseppe, Asile - extradition: de la coordination à l'unification, Bâle 2018.

Besson, Samantha, Droit international public, Berne 2019.

Cassani Ursula/Gless Sabine/Ludwiczak Glassey Maria/Wahl Thomas, Chronique de droit pénal suisse dans le domaine international (2018), SRIEL 2019 p. 647 ss.

Donatsch Andreas/Heimgartner Stefan/Meyer Frank/Simonek Madeleine, Internationale Rechtshilfe unter Einbezug der Amtshilfe im Steuerrecht, 2e éd., Genève/Zurich/Bâle 2015.

Hadorn Sandra, Gesetzgebung, forumpoenale 2021 p. 75 ss.

Hurtado Pozo José, Droit pénal - Partie générale, nouvelle édition, Genève/Zurich/Bâle 2008.

Ludwiczak Glassey Maria, Entraide judiciaire internationale en matière pénale - Précis de droit suisse, Bâle 2018.

Ludwiczak Glassey Maria/Bonzanigo Francesca, La coopération pénale entre la Suisse et les États membres de l'Union européenne en matière de blanchiment d'argent, Eucrim 2022 p. 45 ss.

Ludwiczak Glassey Maria/Wahl Thomas, Chronique de droit pénal suisse dans le domaine international (2020), SRIEL 2021 p. 419 ss.

Lugentz Frédéric/Rayroud Jacques/Turk Michel, L'entraide pénale internationale en Suisse, en Belgique et au Grand-Duché du Luxembourg, Bruxelles 2014.

Moreillon Laurent (édit.), Entraide internationale en matière pénale, Commentaire romand, Bâle 2004.

Nguyen Quoc Dinh/Daillier Patrick/Pellet Alain, Droit international public, 7e éd., Paris 2002,

Niggli Marcel Alexander/Heimgartner Stefan (édit.), Internationales Strafrecht, IRSG, GwÜ, Basler Kommentar, Bâle 2015.

Oberholzer Niklaus, Grundzüge des Strafprozessrechts, 4e éd., Berne 2020.

Peters Anne/Petrig Anna, Völkerrecht - Allgemeiner Teil, 5e éd., Zurich 2020.

Shaw Malcolm, International Law, 4e éd., Cambridge 1997.

Zimmermann Robert, La coopération judiciaire internationale en matière pénale, 5e éd., Berne

KOMMENTIERUNG ZU

Art. 1a IRSG

Eine Kommentierung von Barbara Kammermann

ZITIERVORSCHLAG

Barbara Kammermann, Kommentierung zu Art. 1a IRSG, in: Maria Ludwiczak Glassey/Lukas Staffler (Hrsg.), Onlinekommentar zum Bundesgesetz über internationale Rechtshilfe in Strafsachen

Kurzzitat: OK-Kammermann, Art. 1a IRSG N. XXX.

Art. 1*a* Begrenzung der Zusammenarbeit

Bei der Anwendung dieses Gesetzes ist den Hoheitsrechten, der Sicherheit, der öffentlichen Ordnung oder anderen wesentlichen Interessen der Schweiz Rechnung zu tragen.

GLIEDERUNG

I. Entstehungsgeschichte 27
II. Gegenstand der Norm 27
III. Entscheidungsträger 28
IV. Anwendungsbereich 29
A. Öffentliche Ordnung 30
B. Wesentliche Interessen der Schweiz 32
Literaturverzeichnis 33

I. ENTSTEHUNGSGESCHICHTE

Art. 1*a* IRSG wurde durch das Bundesgesetz vom 4. Oktober 1996 eingefügt und ist seit dem 1. Februar 1997 unverändert in Kraft.[1] Zuvor war er Bestandteil von Art. 1 Abs. 2 IRSG a.F. Die Überführung in einen eigenen Artikel erfolgte, um klar zwischen dem Gegenstand des Gesetzes und der Begrenzung der internationalen Zusammenarbeit zu unterschieden.[2] Art. 1*a* IRSG ist Art. 2 lit. b EUeR nachgebildet.[3] 1

II. GEGENSTAND DER NORM

Art. 1*a* IRSG legt fest, dass bei der Anwendung des Rechtshilfegesetzes den Hoheitsrechten, der Sicherheit, der öffentlichen Ordnung oder anderen wesentlichen Interessen der Schweiz Rechnung zu tragen ist. Art. 1*a* IRSG ist nicht als eigentlicher Ablehnungsgrund formuliert, sondern stellt eine allgemeine Beschränkung der zwischenstaatlichen Zusammenarbeit dar.[4] Die Bestimmung ist sehr breit gefasst und setzt durch den Auffangtatbestand der wesentlichen Interessen einen **politischen Vorbehalt zur Anwendung des Rechtshilfegesetzes**.[5] Sie soll die Ablehnung der an sich sonst zulässigen Zusammenarbeit ermöglichen, wenn die Rechtshilfe die in der Bestimmung genannten Interessen beeinträchtigen könnte.[6] Von seinem Gehalt her ergänzt 2

1. AS 1997 114.
2. Botschaft betreffend die Änderung des Rechtshilfegesetzes und des Bundesgesetzes zum Staatsvertrag mit den USA über gegenseitige Rechtshilfe in Strafsachen sowie den Bundesbeschluss über einen Vorbehalt zum Europäischen Übereinkommen über die Rechtshilfe in Strafsachen vom 29.3.1995, BBl 1995 III 1 ff., S. 15.
3. Eine entsprechende Bestimmung ist überdies enthalten in Art. 18 Abs. 1 lit. b des Übereinkommens über Geldwäscherei sowie Ermittlung, Beschlagnahme und Einziehung von Erträgen aus Straftaten (SR 0.311.53), in Art. 27 Abs. 4 des Übereinkommens über die Cyberkriminalität (SR 0.311.43) sowie in Art. 46 Abs. 21 lit. b des Übereinkommens der Vereinten Nationen gegen Korruption (SR 0. 0.311.56). Im Übrigen enthält auch das Römer Statut des Internationalen Strafgerichtshofs (SR 0.312.1) mit Art. 72 eine Bestimmung, wonach sich ein Staat der Offenlegung von Informationen oder Schriftstücken gegenüber dem internationalen Strafgerichtshof widersetzen kann, wenn die Offenlegung seine nationalen Sicherheitsinteressen beeinträchtigen würde. Zu letzterem siehe ausführlich Zimmermann, N 711.
4. Botschaft des Bundesrates an die Bundesversammlung zu einem Bundesgesetz über internationale Rechtshilfe in Strafsachen und einem Bundesbeschluss über Vorbehalte zum Europäischen Auslieferungsübereinkommen vom 8.3.1976, BBl 1976 II 444 ff., S. 478.
5. Vgl. auch BSK IRSG-Niggli/Göhlich, Art. 1*a* IRSG N 8.

Art. 1*a* IRSG die Ausschluss- und Verweigerungsgründe von Art. 2-5 IRSG. Während Letztere den Schutz des Individuums bezwecken, stehen bei Art. 1*a* die Interessen der Schweiz im Fokus.[7]

III. ENTSCHEIDUNGSTRÄGER

3 Im Gegensatz zu den Ausschluss- und Verweigerungsgründen, über welche die ausführenden Behörden entscheiden und die der gerichtlichen Kontrolle unterliegen, entscheidet über das Vorliegen der Ausschlussgründe nach Art. 1*a* IRSG das **EJPD** (Art. 17 Abs. 1 IRSG).[8] Das Departement kann von Amtes wegen einschreiten[9] oder innerhalb von 30 Tagen nach Eröffnung der Schlussverfügung um einen Entscheid ersucht werden. Dieser kann beim **Bundesrat** angefochten werden (Art. 26 IRSG).[10] Die betroffene Person kann dabei keine Einwände vorbringen, die mit den ordentlichen Rechtsmitteln gerügt werden können. Die Prüfung von Art. 1*a* IRSG beschränkt sich auf die Frage, ob die an sich zulässige Rechtshilfeleistung verweigert werden soll, weil dadurch wesentliche schweizerische Interessen beeinträchtigt würden.[11]

4 Das Verfahren vor dem EJPD hat **keine aufschiebende Wirkung** für das Rechtshilfeverfahren.[12] Das EJPD entscheidet über entsprechende

6. Markees, N. 1.1.11 Ziff. 3.
7. BSK IRSG-Niggli/Göhlich, Art. 1*a* N. 2 f.
8. Vgl. dazu auch BSK IRSG-Niggli/Göhlich, Art. 1*a* N. 8; Ludwiczak Glassey, N. 140. Vgl. BGer 1C_259/2020 vom 19.6.2020, E. 3.2., worin das BGer die Argumentation der Beschwerdeführerin verwarf, dass die Bundesanwaltschaft für die Beurteilung, ob eine Gefährdung der Souveränität, der Sicherheit, der öffentlichen Ordnung sowie anderer wesentlicher Interessen vorliegt, zuständig sei, da Art. 3 Abs. 1 lit. d des Rechtshilfevertrages mit Brasilien dies nicht ausschliesse. Das BGer hielt hingegen fest, dass der genannte Artikel auf die zuständige Behörde verweise und gemäss Art. 5 Abs. 1 des Vertrages Ersuchen gemäss dem innerstaatlichen Recht auszuführen seien.
9. VPB 2009.8, E. 3
10. Siehe dazu die ausführliche Kritik von BSK IRSG-Niggli/Göhlich, Art. 1*a* IRSG N. 20, die beanstanden, dass es sich beim EJPD und dem Bundesrat nicht um zwei voneinander unabhängige politische Instanzen handelt, da das EJPD nicht anderes als die ausführende Behörde des Bundesrates sei. Dies verunmögliche eine tatsächliche neutrale und unabhängige Überprüfung des Entscheids. Dass der Bundesrat als Beschwerdeinstanz gegen Verfügungen der Departemente amtet, ist allerdings keine Besonderheit des IRSG, sondern auch im VwVG für bestimmte Bereiche so vorgesehen (Art. 72 i. V. m. Art. 73 lit. a VwVG).
11. BJ, Richtlinien, S. 18.
12. Eine solche wäre mit dem in der Rechtshilfe geltenden Gebot der raschen Erledigung (Art. 17*a* IRSG) nicht vereinbar, siehe BStGer RR.2019.334 vom 5.6.2020, E. 2.2.

Beschwerden praxisgemäss erst dann, wenn rechtskräftig geklärt ist, ob und wieweit das massgebliche **Staatsvertrags**- und Gesetzesrecht die Rechtshilfe ansonsten zulässt.[13] Auf Art. 1*a* IRSG können sich nur in- und ausländische Staatsangehörige mit **Wohnsitz in der Schweiz** sowie Gesellschaften mit **Sitz oder ständigen Niederlassungen in der Schweiz** berufen.[14]

In erster Linie sollen somit die politischen Behörden darüber entscheiden, ob die Hoheitsrechte, die Sicherheit, die öffentliche Ordnung oder andere wesentliche Interessen der Schweiz einer Zusammenarbeit entgegenstehen – es handelt sich dabei um einen **rein politischen Akt**.[15] Dies bedeutet aber nicht, dass die wesentlichen Interessen der Schweiz von den Vollzugsbehörden im Rahmen des ihnen zustehenden Entscheidungsspielraums nicht berücksichtigt werden dürfen. So berücksichtigte das Bundesgericht mehrfach das Ansehen der Schweiz und stellte dieses im Sinne einer Abwägung möglichen Gründen, die für eine Verweigerung der Rechtshilfe sprechen, gegenüber.[16] Beispielsweise entschied das Bundesgericht, dass der Verzicht auf die Bedingung, dass die Schweiz nur Rechtshilfe leistet, wenn der ausländische Staat eine Gegenrechtserklärung abgibt, im Interesse der Schweiz liegen könne, wenn sie dadurch verhindere, zu einem Hort von Deliktsgut zu werden.[17] 5

Art. 1*a* IRSG kommt in der Praxis **selten** zur Anwendung.[18] 6

IV. ANWENDUNGSBEREICH

Art. 1*a* IRSG ist auf **sämtliche** im Rechtshilfegesetz geregelten **Rechtshilfeformen anwendbar**, sprich sowohl auf die Auslieferung und die 7

13. BGer 1A.155/2006 vom 25.10.2006, E. 6.2; BStGer RR.2017.338 vom 17.7.2018, E. 3.5.2.
14. BJ, Richtlinien, S. 60. Allerdings ist fraglich, ob nicht auch Auslandschweizerinnen und -schweizer in bestimmten Konstellationen legitimiert sein könnten, sind sie doch politisch weiterhin mit der Schweiz verbunden (z. B. mittels Ausübung ihrer politischen Rechte) und schützt Art. 1*a* IRSG ja die politischen Interessen der Schweiz. Der Bundesrat hat allerdings die Legitimation mehrfach ausdrücklich auf in- und ausländische Staatsangehörige mit Wohnsitz in der Schweiz beschränkt, vgl. VPB 2008.28, E. 2 sowie VPB 2009.8, E. 7.
15. BJ, Richtlinien, S. 59.
16. BGE 123 II 595, E. 5a m.V.a. BGE 115 Ib 517, E. 4b, und BGE 123 II 153, E. 7c.
17. BGE 115 Ib 517, E. 4b.

akzessorische Rechtshilfe wie auch auf die stellvertretende Strafverfolgung und -vollstreckung. Die in Art. 1*a* genannten Verweigerungsgründe sind nicht anwendbar, wenn die Schweiz mit dem ersuchenden Vertrag einen bi- oder multilateralen Rechtshilfevertrag abgeschlossen hat, der keine entsprechende Bestimmung enthält.[19]

8 Bei der Gewährung der Rechtshilfe sind wie erwähnt den Hoheitsrechten, der Sicherheit, der öffentlichen Ordnung oder anderen wesentlichen Interessen der Schweiz Rechnung zu tragen. Neben dem Begriff der wesentlichen Interessen, der einen Auffangtatbestand innerhalb von Art. 1*a* IRSG darstellt, ist insbesondere der Begriff der öffentlichen Ordnung erläuterungsbedürftig.[20]

A. Öffentliche Ordnung

9 Der Begriff der öffentlichen Ordnung war im Entwurf des Bundesrates nicht vorgesehen und wurde vom Ständerat eingefügt.[21] Sein Gehalt ist im Kontext von Art. 1*a* IRSG nicht unmittelbar fassbar. Teilweise wird er dem Begriff *ordre public* gleichgesetzt oder letzterer wird allgemein unter den Begriff der öffentlichen Ordnung von Art. 1*a* IRSG gefasst.[22] «Öffentliche Ordnung» und *«ordre public»* sind in der deutschen Sprache aber zwei Begriffe mit unterschiedlichem Gehalt. Während die öffentliche Ordnung üblicherweise ein **Polizeigut** bezeichnet, umfasst der *ordre public* die **Fundamente der Rechtsordnung**. Im französischen und italienischen Wortlaut wird hingegen für beide Fälle der Begriff des *ordre public* bzw. *ordine pubblico* verwendet.[23]

10 Art. 1*a* ISRG wurde Art. 2 lit. b EUeR nachgebildet, der in seiner französischen Originalfassung ebenfalls den Begriff *ordre public* verwendet, in der deutschen Übersetzung hingegen «öffentliche Ordnung *(ordre public)*». Mit Art. 2 lit. b EUeR sollte den Fundamenten der nationalen Rechtsordnung ein Vorbehalt eingeräumt werden, womit zumindest der nationale *ordre public* vom Begriff der öffentlichen Ordnung erfasst sein könnte.[24] Der nationale

18. Vgl. die Statistik «Internationale Rechtshilfe 2022» des Bundesamts für Justiz, https://www.bj.admin.ch/dam/bj/de/data/sicherheit/rechtshilfe/rhf-statistik.pdf.download.pdf/rhf-statistik-d.pdf, besucht am 8.6.2023; vgl. auch BGer 1C_259/2020 vom 19.6.2020, E. 3.2; BStGer RR.2019.120 vom 21.8.2019, E. 3.4.
19. Zimmermann, N. 710 m.w.H.; Donatsch/Heimgartner/Meyer/Simonek, S. 78.
20. BSK IRSG-Niggli/Göhlich, Art. 1*a* N. 4; Popp, N 398.
21. Markees, N. 1.1.11 Ziff. 3.
22. Donatsch/Heimgartner/Meyer/Simonek, S. 77; CR EIMP-Moreillon, Art. 1*a* N. 4 ff.
23. Popp, N. 398.

ordre public umfasst die **Gesamtheit der Prinzipien und Institute**, die für eine **Gesellschaft als fundamental** erachtet werden und folglich rechtlich anerkannt sind. Diese können materieller oder formeller Natur sein. In der Schweiz gehören dazu insbesondere das Verbot von Körperstrafen und der Todesstrafe, in gewissem Umfang auch die Angemessenheit von Strafsanktionen sowie wesentliche Prozessmaximen. Eine Verletzung dieser Prinzipien und Institute stellt einen Verstoss gegen den nationalen *ordre public* dar, ebenso schwere Mängel des ausländischen Verfahrens, wie sie in Art. 2 lit. d IRSG ausdrücklich genannt sind.[25] Mit dem nationalen *ordre public* wird folglich umschrieben, inwieweit eine Mitwirkung der Schweiz bei der Durchsetzung des ausländischen Strafrechts fundamentalen Anschauungen der Schweizer Rechtsordnung widerspricht.[26]

Dass eine Verletzung des nationalen *ordre public* zur Verweigerung der Rechtshilfe führt, ist unbestritten. Die Einordnung hat aber insofern praktische Bedeutung, als dass sie darüber entscheidet, welches Organ über eine mögliche Verletzung des *ordre public* befindet. Werden schwerwiegende Mängel des ausländischen Verfahrens als Verletzung des *ordre public* unter Art. 2 lit. d IRSG erfasst, so entscheiden darüber die ausführenden Behörden und der Entscheid unterliegt der gerichtlichen Kontrolle. Ist der *ordre public* hingegen Gehalt von Art. 1*a* IRSG, so fällt der Entscheid dem EJPD und als Beschwerdeinstanz dem Bundesrat zu. 11

Der *ordre public*, wie er in der deutschen Sprache verwendet wird, hat den Schutz der Individualrechte zum Ziel, indem er die betroffene Person vor schwerwiegenden Verfahrensmängeln schützt. So handelt es sich gemäss Popp beispielsweise bei der Frage, ob ein Auslieferungsersuchen wegen einer drohenden Körperstrafe zu verweigern ist, um eine rein rechtliche, die nicht von politischen Abwägungsgründen wie den allgemeinen Beziehungen zum betreffenden Land, Gegenleistungen auf anderen Gebieten oder der innenpolitischen Bedeutung abhängen kann. Im Gegensatz dazu wird bei Art. 1*a* IRSG eine politische Abwägung getroffen, die den Schutz der Interessen der Schweiz verfolgt. Mit anderen Worten ist eine Verletzung des *ordre public* **im Einzelfall nicht nach Art. 1*a* IRSG, sondern nach Art. 2 lit. d IRSG** zu 12

24. BSK IRSG-Niggli/Göhlich, Art. 1*a* N. 6 f. Ausdrücklich bejaht wird dies von CR EIMP-Moreillon, Art. 1*a* N. 3.
25. Popp, N. 393; Donatsch/Heimgartner/Meyer/Simonek, S. 77.
26. MARKEES, N 1.1.11 Ziff. 3.

bestimmen, womit die Entscheidung den ausführenden Behörden obliegt und damit der gerichtlichen Kontrolle unterliegt.[27]

13 Den Begriff der öffentlichen Ordnung nur als Polizeigut und Teil der inneren Sicherheit (Art. 57 BV) zu verstehen,[28] greift aber dennoch zu kurz. Schliesslich sind durchaus auch Situationen denkbar, in denen die **systematische Verletzung der Grundrechte** im ersuchenden Staat die öffentliche Ordnung der Schweiz gefährden könnte. Wird im ausländischen Staat über den Einzelfall hinaus der Gehalt des nationalen *ordre public* der Schweiz systematisch verletzt, so wäre die Gewährung der Rechtshilfe kaum mit der öffentlichen Ordnung und den Interessen der Schweiz im Sinne von Art. 1*a* IRSG vereinbar.[29]

B. Wesentliche Interessen der Schweiz

14 Unter «wesentlichen Interessen der Schweiz» sind **für das Bestehen der Schweiz entscheidende Interessen** zu verstehen. Darunter fällt insbesondere der Schutz der schweizerischen **Wirtschaft in ihrer Gesamtheit**, wobei diese nur in besonders schwerwiegenden Situationen als gefährdet angesehen werden kann.[30] Gemäss der Rechtsprechung des Bundesgerichts kann das Bankgeheimnis als solches der Gewährung der Rechtshilfe nicht entgegenstehen. Die Rechtshilfe kann aber dann verweigert werden, wenn die Erledigung des Ersuchens das Bankgeheimnis geradezu aushöhlen bzw. der gesamtschweizerischen Wirtschaft Nachteile zufügen würde.[31] Die Gewährung von Rechtshilfe, die sich auf die Erteilung von Auskünften über bestimmte Bankbeziehungen einiger weniger Kunden beschränkt, verletzt das Bankgeheimnis nicht.[32] Des Weiteren ist gemäss dem

27. Dazu ausführlich Popp, N 397 f.; ebenso BSK IRSG-Niggli/Göhlich, Art. 1*a* N. 8 ff.
28. Wie dies BSK IRSG-Niggli/Göhlich, Art. 1*a* N. 13, tun.
29. Vgl. dazu auch Botschaft des Bundesrates an die Bundesversammlung zur Genehmigung des Vertrags zwischen der Schweiz und Kosovo über Rechtshilfe in Strafsachen vom 24.8.2022, BBl 2022 S. 2169 ff., S. 8, wonach der Begriff der öffentlichen Ordnung auch die Beachtung der Grundrechte einschliesst, wozu insbesondere das Recht auf Leben, das Verbot der Folter oder anderer grausamer, unmenschlicher oder erniedrigender Behandlung oder Strafe sowie die grundlegenden Verfahrensgarantien, wie sie sich auf europäischer Ebene in der EMRK und auf universeller Ebene im UNO-Pakt II finden, gehören.
30. BJ, Richtlinien, S. 18; Ludwiczak Glassey, N. 137 m.w.H.
31. BGE 123 II 595, E. 7c; Donatsch/Heimgartner/Meyer/Simonek, S. 77 f. m.V.a. BGE 115 Ib 68, E. 4b; Ludwiczak Glassey, N. 137, die u.a. auf BGE 123 II 153, E. 7, BGE 125 II 83, E. 5 und BGE 123 II 595, E. 7c verweist; Zimmermann N. 713 m.w.H.

Bundesgericht auch das **Funktionieren der internationalen Aufsicht** über die Finanzdienstleistungen zu den wesentlichen Interessen der Schweiz zu zählen.[33]

Eine Gefährdung der schweizerischen Wirtschaft in ihrer Gesamtheit liegt grundsätzlich nicht vor, wenn einer ausländischen Behörde Informationen über in der Schweiz gelagerte Vermögenswerte, die möglicherweise krimineller Herkunft sind, übermittelt werden. Denn der Schweizer Finanzplatz darf **nicht für kriminelle Zwecke missbraucht** werden.[34] Die wesentlichen Interessen der Schweiz würden im Gegenteil beeinträchtigt, wenn Vermögenswerte, die möglicherweise Erträge aus Straftaten darstellen, in der Schweiz angelegt werden könnten, ohne dass die ausländischen Behörden Informationen darüber einholen können.[35] In diesem Sinne kann die Berücksichtigung der wesentlichen schweizerischen Interessen auch *für* die Zusammenarbeit sprechen: Der Gedanke, dass es dem Landesinteresse widerspricht, wenn die Schweiz zu einem Hort für Fluchtgelder oder kriminelle Gelder wird und dass dies dem Ansehen der Schweiz schadet, darf im Rahmen des den Vollzugsbehörden zustehenden Entscheidungsspielraumes **auch zugunsten der Leistung von Rechtshilfe mitberücksichtigt** werden.[36] 15

Die Autorin gibt in dieser Kommentierung ihre persönliche Einschätzung wieder.

LITERATURVERZEICHNIS

Donatsch Andreas/Heimgartner Stefan/Meyer Frank/Simonek Madeleine, Internationale Rechtshilfe - unter Einbezug der Amtshilfe im Steuerrecht, 2. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2015.

32. BGer 1C_259/2020 vom 19.6.2020, E. 3.4; BGE 115 Ib 68, E. 4b; BGE 123 II 153, E. 7c. Diese Ansicht wird von BSK IRSG-Niggli/Göhlich, Art. 1*a* N. 15 nicht geteilt, die kritisieren, dass das BGer ignoriere, dass die Verletzung des Bankkundengeheimnis selbst ein Vergehen sei und darüber nicht anhand der politischen Kriterien von Art. 1*a* IRSG entschieden werden könne. Stattdessen bestehe hier kein Ermessensspielraum und die Rechtshilfe sei zu verweigern, soweit Interessen von Bankkundinnen und -kunden tangiert seien.
33. BGE 125 II 83, E. 5. Kritik an diesem Entscheid üben BSK IRSG-Niggli/Göhlich, Art. 1*a* N. 16.
34. Vgl. BGer 1C_259/2020 vom 19.6.2020, E. 3.3; VPB 2009.8, E. 8.
35. VPB 2009.8, E. 8.

Ludwiczak Glassey Maria, Entraide judiciaire internationale en matière pénale - Précis de droit suisse, Basel 2018.

Markees Curt, Internationale Rechtshilfe in Strafsachen, Das Bundesgesetz vom 20. März 1981 (IRSG), Schweizerische Juristische Kartothek Nr. 421a.

Moreillon Laurent (Hrsg.), Entraide internationale en matière pénale, EIMP/EJUS/LTEJUS/TEXUS, Commentaire romand, Basel 2004.

Niggli Marcel Alexander/Heimgartner Stefan (Hrsg.), Internationales Strafrecht, IRSG, GwÜ, Basler Kommentar, Basel 2015.

Popp Peter, Grundzüge der internationalen Rechtshilfe in Strafsachen, Basel/Genf/München 2001.

Zimmermann Robert, La coopération judiciaire internationale en matière pénale, 5. Aufl., Bern 2019.

36. BJ, Richtlinien, S. 18 m.V.a. BGE 123 II 595, E. 5a. Das BGer hielt fest, dass bei der Anwendung des IRSG u.a. der öffentlichen Ordnung oder anderen wesentlichen Interessen der Schweiz Rechnung zu tragen sei und es keinen Grund gebe, diese trotz der Überschrift von Art. 1*a* IRSG «Begrenzung der Zusammenarbeit» unberücksichtigt zu lassen, sofern diese Interessen für eine Zusammenarbeit sprechen würden. Diese Auslegung des BGer wird von BSK IRSG-Niggli/Göhlich, Art. 1*a* N. 17 f. scharf kritisiert, da das BGer entgegen dem Wortlaut der Überschrift von Art. 1*a* IRSG «Begrenzung der Zusammenarbeit» auch eine Erweiterung derselben als möglich erachte, ohne zu begründen, weshalb von diesem deutlichen Wortlaut der Überschrift abgewichen werden dürfe. Niggli/Göhlich befürchten gar, dass die bundesgerichtliche Rechtsprechung dazu führe, dass aufgrund wesentlicher Interessen ausnahmsweise Rechtshilfe geleistet werden soll, obwohl nach den geltenden Gesetzen keine Rechtshilfe geleistet werden darf. Anhaltspunkte für eine solche Befürchtung finden sich in der Kasuistik aber keine.

ACHTUNG: Diese Version des Kommentars ist eine automatische maschinelle Übersetzung des Originals. Die Originalversion ist französisch. Die Übersetzung wurde mit www.deepl.com durchgeführt. Nur die Originalversion ist autoritativ. Die übersetzte Form des Kommentars kann nicht zitiert werden.

KOMMENTIERUNG ZU

Art. 3 Abs. 1 und 2 IRSG

Eine Kommentierung von Olivier Peter

ZITIERVORSCHLAG

Olivier Peter, Kommentierung zu Art. 3 Abs. 1 und 2 IRSG, in: Maria Ludwiczak Glassey/Lukas Staffler (Hrsg.), Onlinekommentar zum Bundesgesetz über internationale Rechtshilfe in Strafsachen

Kurzzitat: OK-Peter, Art. 3 IRSG N. XXX.

Art. 3 Abs. 1 und 2 Art der Tat

[1] Einem Ersuchen wird nicht entsprochen, wenn Gegenstand des Verfahrens eine Tat ist, die nach schweizerischer Auffassung vorwiegend politischen Charakter hat, eine Verletzung der Pflichten zu militärischen oder ähnlichen Dienstleistungen darstellt oder gegen die Landesverteidigung oder die Wehrkraft des ersuchenden Staats gerichtet erscheint.

[2] Die Einrede des politischen Charakters wird keinesfalls berücksichtigt:

a. bei Völkermord;

b. bei einem Verbrechen gegen die Menschlichkeit;

c. bei einem Kriegsverbrechen; oder

d. wenn die Tat besonders verwerflich erscheint, weil der Täter zur Erpressung oder Nötigung Leib und Leben von Menschen in Gefahr brachte oder zu bringen drohte, namentlich durch Entführung eines Flugzeuges, Verwendung von Massenvernichtungsmitteln, Auslösen einer Katastrophe oder durch Geiselnahme.

GLIEDERUNG

I. Ursprung und Zweck der Norm 38
II. Die Tat mit überwiegend politischem Charakter 39
A. Fehlen einer gesetzlichen Definition 39
B. Arten von politischen Straftaten 40
1. Absolutes politisches Delikt 40
2. Relative politische Straftat 41
a. Umstände 41
b. Verhältnismäßigkeit 43
3. Mit der Straftat zusammenhängende Straftat 44
C. Ausnahmen von der Entpolitisierung 45
1. Verbrechen nach internationalem Recht 45
2. Terrorismus und andere besonders verwerfliche Handlungen 46
a. Wille zur Ausübung von Erpressung oder Nötigung 46
b. Gefährdung des Lebens und der körperlichen Unversehrtheit 47
c. Verletzung des humanitären Völkerrechts 48
III. Militärische Verpflichtung 48
Literaturverzeichnis 50

I. URSPRUNG UND ZWECK DER NORM

1 Die Verfolgung politischer Straftaten war der Auslöser für die ersten Auslieferungen und die gesetzliche Regelung dieses Rechtshilfeverfahrens. Jahrhundertelang betraf die internationale Zusammenarbeit in Strafsachen unter dem Gesichtspunkt der Auslieferung hauptsächlich, wenn nicht gar ausschliesslich, politische Persönlichkeiten oder Personen, die wegen politischer Straftaten verfolgt wurden.

2 Diese Praxis erfuhr im 19. Jahrhundert einen Umbruch, als die europäischen Staaten ihren Ansatz änderten und den "Verbrechen anständiger Menschen" einen "besonderen Ablass" gewährten. Die Rechtswissenschaft führt diesen Paradigmenwechsel auf die Auswirkungen der Französischen Revolution (1789) sowie auf die Anerkennung der Unabhängigkeit Belgiens (1830) zurück. Der erste Ausschluss politischer Straftaten im Bereich der Auslieferung findet sich somit im französisch-belgischen Vertrag von 1834. Das Schweizer Recht hat diesen besonderen Schutz 1892 in Art. 10 des IRSG aufgenommen und ihn dann bei seinem Inkrafttreten 1981 in Art. 3 Abs. 1 IRSG übernommen, wobei dieser Schutz auf alle Rechtshilfehandlungen ausgedehnt wurde.

3 Die Verweigerung der internationalen strafrechtlichen Zusammenarbeit bei politischen Straftaten wurde in der Folge in zahlreiche multilaterale Instrumente aufgenommen, die für die Schweiz verbindlich sind, wie das Europäische Auslieferungsübereinkommen und sein erstes Zusatzprotokoll, das Europäische Übereinkommen über die Rechtshilfe in Strafsachen, sowie in bilaterale Verträge mit Algerien, Argentinien, Australien, Brasilien, Kanada, Chile, Kolumbien, Ägypten, Ecuador, den Vereinigten Staaten, Fidschi, Guyana, Indien, Kenia, Malawi, Mauritius, Namibia, Neuseeland, Pakistan, Papua-Neuguinea, Paraguay, den Philippinen, den Salomonen, den Seychellen, Tansania, Uganda und Uruguay.

4 Der Grund für den Ausschluss der internationalen justiziellen Zusammenarbeit in Strafsachen liegt nicht in dem Bedürfnis nach Schutz vor dem Autoritarismus oder der Willkür bestimmter Staaten. Der Ausschluss der Auslieferung bei der Verfolgung politischer Straftaten ist vielmehr in zahlreichen Übereinkommen vorgesehen, die Mitgliedstaaten des Europarats und/oder Drittstaaten, die als Rechtsstaaten gelten, binden. Dieser Schutz beruht auf der Überzeugung, dass jeder Staat unter außergewöhnlichen

Umständen eine Person wegen politischer Straftaten verfolgen kann, wobei Drittstaaten die Pflicht haben, sich nicht an dieser Verfolgung zu beteiligen. Hinzu kommt, dass bei politischen Handlungen, die als Angriffshandlungen gegen die Existenz eines Staates betrachtet werden können, der Staat gleichzeitig Richter und Partei ist, was ihn daran hindert, den Sachverhalt mit der erforderlichen Unparteilichkeit zu behandeln und der Person ein faires Verfahren zu gewährleisten. Nach der von Fiolka vorgeschlagenen Formulierung geht es insbesondere darum, eine angeklagte Person nicht an einen Staat auszuliefern, der "wie ein verwundetes Tier zubeißt".

Schliesslich sei darauf hingewiesen, dass das Verbot der Verfolgung politischer Straftaten nicht nur für Täter gilt, die sich in der Schweiz befinden und von einem ausländischen Staat gesucht werden, sondern auch für Personen, die von den Schweizer Behörden in einem Verfahren verfolgt werden, das die Zusammenarbeit mit einem ausländischen Staat erfordert. In einem solchen Fall lehnen die Bundesbehörden ein Rechtshilfeersuchen ab. 5

II. DIE TAT MIT ÜBERWIEGEND POLITISCHEM CHARAKTER

Die politische Straftat oder die Tat mit überwiegend politischem Charakter gemäß der vom Parlament gewählten Definition, die die internationale Zusammenarbeit in Strafsachen ausschließt, findet im positiven Schweizer und internationalen Recht keine Definition (A). Diese Lücke war Gegenstand umfangreicher Entwicklungen in Lehre und Rechtsprechung, die drei Arten von politischen Straftaten kategorisiert haben (B). Das schweizerische und das internationale Recht haben diese dann mit mehreren Ausnahmen versehen (C). 6

A. Fehlen einer gesetzlichen Definition

Weder das Schweizer Parlament noch internationale Verträge definieren, was als "politische Straftat" zu betrachten ist, und zwar sowohl im Hinblick auf Rechtshilfe- und Auslieferungsverfahren als auch auf die Verfolgung politischer Straftaten durch innerstaatliche Gerichte. 7

Diese Unsicherheit lässt den Verwaltungs- und Justizbehörden einen sehr großen Ermessensspielraum bei der Bestimmung dessen, was sie als politische Straftat betrachten, und ermöglicht es, dass die Entscheidungsfindung von 8

Erwägungen beeinflusst wird, die über den engen rechtlichen Rahmen hinausgehen. Dadurch weist der Begriff der politischen Straftat Ähnlichkeiten mit dem Ermessensspielraum auf, der den urteilenden Strafbehörden bei der Annahme des Milderungsgrundes der "ehrenhaften Beweggründe" eingeräumt wird (StGB 48 I a).

B. Arten von politischen Straftaten

9 In Ermangelung einer gesetzlichen Definition ist der Begriff der politischen Straftat seit langem Gegenstand von Debatten, bei denen zwei Hauptthesen gegenüberstehen: einerseits die objektivistische These, die die politische Straftat auf der Grundlage der Art der strafbaren Handlung, d.h. insbesondere der Tatbestandsmerkmale, definiert; andererseits die subjektivistische These, die sich auf das Motiv des Täters konzentriert.

10 Die Bundesrechtsprechung hat einen gemischten Ansatz gewählt, indem sie drei verschiedene Arten von politischen Straftaten unterscheidet, nämlich die absolute politische Straftat (1), die relative politische Straftat (2) und die mit einer politischen Straftat zusammenhängende Tat (3), die alle drei unter Art. 3 Abs. 1 IRSG fallen können.

1. Absolutes politisches Delikt

11 Eine absolute politische Straftat, auch als rein politische Straftat, reine politische Straftat oder einfach als politische Straftat bezeichnet, ist eine Straftat, die sich ausschließlich gegen die institutionelle, politische und rechtliche Organisation des Staates richtet. Die Absicht des Täters/der Täterin ist es, "die politische Ordnung in einem oder mehreren ihrer Elemente zu zerstören, zu verändern oder zu stören".

12 Nach Lehre und Rechtsprechung muss dieser "Zweck" ("Ziel") unter den Tatbestandsmerkmalen der Straftat genannt werden und ausschließlich sein. Dies muss aus der im Schweizer Recht vorgesehenen Qualifikation hervorgehen, unabhängig vom Gesetz oder der Rechtsprechung des ersuchenden Staates.

13 In diesem Zusammenhang wird der Begriff "besondere Absicht" in der Rechtsprechung verwendet, um auf eine besondere Absicht des Täters oder der Täterin hinzuweisen, eine künftige Handlung auszuführen oder ein bestimmtes Ergebnis zu erzielen. Im Interesse der Vereinheitlichung und

Kohärenz sollte daher der Begriff "Absicht" dem Begriff "Zweck" vorgezogen werden. Die reine Straftat stellt somit eine "Absichtsdelikte" dar.

Als absolute politische Straftaten gelten insbesondere Maßnahmen, die auf den Umsturz des Staates abzielen, wie Aufruhr, Staatsstreich und Hochverrat, sowie Handlungen der Spionage oder des politischen Nachrichtendienstes. Nach Ansicht der Bundesanwaltschaft sind die in den Titeln 13 bis 16 des Strafgesetzbuches beschriebenen Straftaten als politische Straftaten zu betrachten. 14

2. Relative politische Straftat

Die zweite Kategorie betrifft die relative politische Straftat, die auch als komplexe Straftat oder als politisch motivierte Straftat bezeichnet wird. 15

Nach alter Rechtsprechung ist eine relative politische Straftat eine gewöhnliche Straftat, die unter Berücksichtigung der Umstände, unter denen sie begangen wurde, d. h. insbesondere des Motivs und des angestrebten Ziels, einen überwiegend politischen Charakter annimmt. 16

Dies bedeutet, dass in zwei Schritten vorgegangen werden muss, indem zunächst eine Prüfung der Umstände der vorgeworfenen Straftat vorgenommen wird, um zu untersuchen, ob die politischen Elemente gegenüber den gemeinrechtlichen überwiegen. Anschließend ist zu prüfen, ob zwischen den eingesetzten Mitteln und dem verfolgten Ziel eine angemessene Verhältnismäßigkeit besteht. 17

a. Umstände

Bei der Prüfung der politischen Elemente sind die inneren (Zweck, Motiv usw.) und äusseren (Verhalten, Handlungsweise des Täters) Umstände der verfolgten Handlung zu berücksichtigen. 18

In Bezug auf die inneren Umstände schlagen wir vor, nacheinander den Zweck der Handlung (Ziel) und den Grund für die Handlung des Täters (Motiv) zu prüfen. 19

In Bezug auf den Zweck ist es notwendig, sich zu fragen, welches Ergebnis der Täter anstrebt. Die Bundesrechtsprechung hat in der Vergangenheit darauf hingewiesen, dass eine politische Straftat von der Absicht des Täters abhängt, einen politischen Wandel herbeizuführen. Die vorgeworfene Handlung "muss 20

immer im Rahmen eines Kampfes um oder gegen die Macht begangen worden sein" und "in einem engen und direkten, klaren und eindeutigen Zusammenhang mit dem Gegenstand dieses Kampfes stehen". Dies betrifft vor allem Handlungen, die darauf abzielen, die legislative und exekutive Macht zu stürzen oder auf andere Weise zu übernehmen. Ein politischer Zweck sollte auch bei Handlungen angenommen werden, die darauf abzielen, politische Veränderungen herbeizuführen oder anderweitig zu beeinflussen, einschließlich Handlungen, die darauf abzielen, die Verletzung von Grundrechten anzuprangern und deren Umsetzung zu fordern oder die Anerkennung neuer Rechte zu erreichen, ohne dass die Täter durch den Willen motiviert sind, die legislative oder exekutive Macht zu übernehmen. Diese Ansicht scheint von der Bundesanwaltschaft geteilt zu werden, die einräumte, dass ein Aufruf, aus politischen Gründen keine Wehrsteuer zu zahlen, als "politische Straftat" einzustufen sei.

21 Der Beweggrund wird im Strafrecht definiert als "die psychologische Ursache einer Willensäußerung, die den Ausdruck bewusster oder unbewusster Gefühle, Impulse oder Überlegungen darstellt, die unmittelbar oder mittelbar auf die Handlung einwirken". Mit anderen Worten, es muss zuerst geprüft werden, ob der Täter "von einer politischen Absicht geleitet" war und dann, ob diese Absicht einen "vorherrschenden Einfluss auf die angeklagte Handlung" ausgeübt hat. Dies bedeutet insbesondere, dass festgestellt werden muss, ob der Täter aus ideologischen Überzeugungen handelte oder ob die Tat durch den Wunsch nach Bereicherung oder Rache motiviert war. Mit anderen Worten: Es geht darum, festzustellen, ob die Tat von einem altruistischen Gefühl oder anderen Überzeugungen von allgemeinem Interesse motiviert war oder ob sie einem egoistischen Motiv und dem Eigeninteresse des Täters entsprach.

22 Die Unterscheidung zwischen Zweck und politischem Motiv ist nicht immer eindeutig, da diese beiden Elemente häufig, aber nicht immer, nebeneinander bestehen. Ein Beispiel ist ein Auslieferungsersuchen gegen einen Söldner, der angeblich am Sturz einer ausländischen Regierung gearbeitet hat und dabei zwar zu einem politischen Zweck, aber aus Gewinnsucht, also ohne politische Motive, gehandelt hat. Weitere Beispiele sind Vergeltungs- oder Racheakte gegen Personen, die eine politische Organisation verraten oder aus politischen Gründen für eine gestürzte Regierung gearbeitet haben, ohne jedoch einen Wandel herbeiführen zu wollen.

Bei den äußeren Umständen, die den politischen Charakter der Tat belegen können, geht es darum, das vorgeworfene Verhalten zu untersuchen, insbesondere die eingesetzten Mittel und das gewählte Ziel sowie den Zusammenhang zwischen dem angestrebten Ziel und den eingesetzten Mitteln zu ermitteln. Diese Frage kann insbesondere bei der Bestrafung von künstlerischen Handlungen wie Aufführungen, die religiöse Gefühle, Symbole oder
die Ehre eines Staatsoberhauptes verletzen können, von Bedeutung sein. 23

b. Verhältnismäßigkeit

Die politische Überlegenheit einer Handlung ist keine hinreichende Bedingung, um eine internationale Zusammenarbeit in Strafsachen auszuschließen. Vielmehr muss ein vernünftiges Verhältnis zwischen der Verletzung von Rechtsgütern und dem vom Täter verfolgten Ziel bestehen. Je schwerer der Eingriff in die Rechte anderer, insbesondere aufgrund des Grades der Gewaltanwendung, desto mehr muss nachgewiesen werden, dass das angestrebte Ziel nicht durch ein weniger einschneidendes Mittel erreicht werden konnte. Umgekehrt gilt: Je geringer die Verletzung und der verursachte Schaden, desto breiter muss der politische Charakter der Handlung angenommen werden. 24

In diesem Zusammenhang fordert die Rechtsprechung insbesondere dazu auf, das politische System des Staates, gegen den sich die vorgeworfenen Handlungen richten, sowie seinen möglichen autoritären Charakter zu berücksichtigen. Zu den von der Lehre genannten Kriterien gehört somit das Kriterium der im ersuchenden Staat bestehenden Situation in politischer, legislativer und verfassungsrechtlicher Hinsicht, seiner Auffassung von den Grundrechten und der Unabhängigkeit und Unparteilichkeit seiner Justiz. 25

Die ältere Rechtsprechung geht davon aus, dass, wenn der ersuchende Staat "zufällig ein demokratisches Land ist", die Einrede der politischen Straftat restriktiv zugelassen werden muss. Wir sind der Ansicht, dass dieser Grundsatz heute nuanciert werden sollte. Wie oben (I.) festgestellt wurde, schließt die Existenz eines "demokratischen" Regimes im liberalen Sinne des Wortes die Anerkennung der politischen Natur einer Straftat nicht aus. Selbst ein Staat, der über zuverlässige und im Allgemeinen rechtsstaatlich funktionierende Institutionen verfügt, kann in Fällen existenzieller 26

Dringlichkeit in eine Krisensituation geraten, die die Begehung politischer Straftaten rechtfertigen kann.

3. Mit der Straftat zusammenhängende Straftat

27 Unter einer "mit einer politischen Straftat verbundenen Straftat" versteht man eine nach allgemeinem Recht strafbare Handlung, für die eine gewisse Immunität gewährt wird, weil sie parallel zu einer (absoluten oder relativen) politischen Straftat begangen wurde, in der Regel um deren Begehung vorzubereiten, zu erleichtern, sicherzustellen oder zu verschleiern bzw. um später Immunität für die Begehung der politischen Straftat zu erlangen.

28 Rechtsprechung und Lehre sind der Ansicht, dass eine solche Handlung keine "politische Komponente" hätte. Andere führen als Beispiel Handlungen an, die nicht in einem direkten kausalen Zusammenhang mit dem angestrebten politischen Ziel stehen, wie etwa der Diebstahl von Waffen zur Vorbereitung eines bewaffneten Aufstands oder die Begehung von Raubüberfällen zur Finanzierung politischer Aktivitäten. Hingegen steht fest, dass die bloße Tatsache, dass eine gemeinrechtliche Straftat in einem bestimmten politischen Kontext begangen wurde, "in der Öffentlichkeit große Resonanz" fand und "politische Unruhe hervorrief" oder von einer politisch exponierten Person begangen wurde, nicht geeignet ist, der Tat einen besonderen Schutz zu verleihen. Die Folge der unklaren Definition ist, dass die verbundene Straftat in der Praxis so gut wie nie angenommen wird.

29 Unseres Erachtens sollte eine verbundene politische Straftat eine Handlung bezeichnen, die darauf abzielt, die Verwirklichung einer absoluten oder relativen politischen Straftat zu ermöglichen oder zu erleichtern, die jedoch von einem Täter ausgeführt wird, der nicht aus politischen Motiven, sondern aus anderen Erwägungen heraus gehandelt hat. Denkbar wäre z. B. ein Täter, der gegen Bezahlung gehandelt hat, z. B. eine Person, die Waffen verkauft oder sich bereit erklärt hat, politischen Aktivisten beim illegalen Grenzübertritt zu helfen, oder ein Angehöriger eines gesuchten politischen Aktivisten, der ihm aufgrund persönlicher Beziehungen und nicht aufgrund von Sympathie für die Sache logistische Unterstützung leistet. Je nach den Umständen kann eine solche Situation Zweifel an der Unparteilichkeit der Gerichte des ersuchenden Staates begründen und somit eine Verweigerung der Zusammenarbeit rechtfertigen.

Dagegen ist die bloße Gefahr von Repressalien durch die Behörden nach der Begehung einer gewöhnlichen Straftat nicht geeignet, dieser einen politischen Charakter zu verleihen, selbst wenn sie damit in Zusammenhang steht. Eine solche Situation muss unter dem Gesichtspunkt von Art. 2 a und d IRSG geprüft werden. 30

C. Ausnahmen von der Entpolitisierung

Das Schweizer Recht hat vorgesehen, dass für bestimmte Handlungen aufgrund ihrer Schwere eine Entpolitisierungsausnahme gelten muss, sodass diese nicht in den Genuss des Schutzes kommen können, der politischen Straftaten gewährt wird. Dies gilt für Verbrechen des Völkerrechts (1) und bestimmte Verbrechen des "Terrorismus" (2). Diese Ausnahmen sind auch im Völkerrecht vorgesehen, an das die Schweiz gebunden ist. 31

Die Anwendung der Entpolitisierungsausnahme bedeutet nicht, dass der vorgeworfenen Tat der politische Charakter abgesprochen wird, sondern dass ihr jeglicher besonderer Schutz entzogen wird, indem sie genauso behandelt wird wie gewöhnliche Straftaten. 32

1. Verbrechen nach internationalem Recht

Das Schweizer Recht, das nach der Ratifizierung des Römer Statuts des Internationalen Strafgerichtshofs geändert wurde, schliesst nun den Schutz für politische Straftaten aus, wenn diese die schwersten Verbrechen nach dem Völkerrecht darstellen, d.h. Völkermord (IRSG 3 Abs. 2 Bst. a), Verbrechen gegen die Menschlichkeit (IRSG Abs. 3 Bst. b) und Kriegsverbrechen (IRSG 3 Abs. 2 Bst. c). 33

Das Verbrechen der Aggression ist in Art. 3 Abs. 2 IRSG nicht enthalten. Dies ist die Folge seiner Aufnahme in das Statut des Internationalen Strafgerichtshofs in einer zweiten Phase, die auf lange Debatten folgte, sowie seiner fehlenden Umsetzung in das positive Schweizer Recht. In seiner jetzigen Form stellt das Verbrechen der Aggression also kein Verbrechen dar, bei dem die Einstufung als politische Straftat systematisch abgelehnt werden kann. Mehrere parlamentarische Vorstösse befassen sich mit diesem Thema, und es scheint wahrscheinlich, dass dieser Straftatbestand demnächst in das Strafgesetzbuch aufgenommen werden kann. Sollte dies geschehen, wäre es kohärent, bei der gleichen Gelegenheit das IRSG zu revidieren, um diesen 34

Straftatbestand in die Liste der internationalen Verbrechen aufzunehmen, bei denen der politische Charakter die Auslieferung nicht ausschließt.

2. Terrorismus und andere besonders verwerfliche Handlungen

35 Die Schweiz hat das Europäische Übereinkommen zur Bekämpfung des Terrorismus (CERT) ratifiziert, das unter anderem zum Ziel hat, "den Anwendungsbereich des politischen Delikts als Ausnahme von der Auslieferung zu verringern".

36 Indem es den in Art. 1 und 2 des CERT vorgesehenen Ausschluss übernahm, änderte das Schweizer Parlament Art. 3 IRSG geändert, um den Schutz für politische Handlungen für jede Handlung zu verweigern, die "besonders verwerflich ist, weil der Täter, um Zwang oder Erpressung auszuüben, Leib und Leben von Menschen gefährdet oder zu gefährden droht, insbesondere durch eine Flugzeugentführung, den Einsatz massiver Vernichtungsmittel, die Auslösung einer Katastrophe oder eine Geiselnahme" (Art. 3 Abs. 2 Bst. d IRSG). Das Parlament entschied sich für eine weitgehende Übernahme der in Art. 2 Abs. 1 CERT verwendeten Begriffe, indem es den politischen Schutz für bestimmte Handlungen ausschloss, anstatt einen generellen Ausschluss aller als "terroristisch" eingestuften Handlungen vorzunehmen. Diese Formulierung zeugt von der Schwierigkeit, den Begriff "Terrorismus" zu definieren, um zu vermeiden, dass er Personen einschließt, die als "Freiheitskämpfer" ("Freedom fighters") angesehen werden können.

37 Der Schutz einer politischen Straftat muss verweigert werden, wenn drei kumulative Bedingungen erfüllt sind: eine Erpressungs- oder Nötigungsabsicht, eine Gefährdung oder die Androhung einer Gefährdung sowie - im Falle eines bewaffneten Konflikts - eine Verletzung des humanitären Völkerrechts.

a. Wille zur Ausübung von Erpressung oder Nötigung

38 Die verfolgte Handlung muss darauf abzielen, "Zwang oder Erpressung auszuüben", und zwar als Mittäter oder Mittäterin.

39 Dies schließt vom Anwendungsbereich von Art. 3 Abs. 2 lit. d IRSG die Anwerbung oder öffentliche Erklärungen der Unterstützung von Organisationen aus, die Gewalt als Mittel zur Erreichung ihrer politischen

Ziele einsetzen. Die bloße Mitgliedschaft in einer als "terroristisch" eingestuften Organisation erfüllt diese Bedingung nicht zusätzlich.

b. Gefährdung des Lebens und der körperlichen Unversehrtheit

Unter Art. 3 Abs. 2 lit. d IRSG fallen nur Nötigungs- und Erpressungshandlungen, die eine Gefährdung von Leib und Leben oder die Androhung einer solchen Gefährdung beinhalten. In diesem Punkt lehnte das Schweizer Parlament die von der CERT angebotene Möglichkeit ab, die Entpolitisierungsausnahme auf politische Gewaltakte auszudehnen, die sich ausschließlich gegen die Freiheit von Personen oder Handlungen gegen Sachen richten, aber einen kollektiven Schaden für Personen verursachen. 40

Eine Ausnahme von diesem Grundsatz besteht in Bezug auf Finanzierungshandlungen, bei denen die Einstufung als politische Straftat gemäß dem Übereinkommen zur Bekämpfung der Finanzierung des Terrorismus von 1999 ausgeschlossen ist. 41

Es muss ein ausreichend enger Kausalzusammenhang zwischen dem Verhalten, das der Person, gegen die sich die Rechtshilfe richtet, konkret vorgeworfen wird, und der Gefährdung oder drohenden Gefährdung des Lebens oder der körperlichen Unversehrtheit bestehen. Eine solche Lösung ergibt sich auch aus der Beachtung des Legalitätsprinzips, das eine extensive Auslegung der gesetzlichen Bestimmungen in Strafsachen gegenüber einer angeklagten Person vorschreibt. 42

In der Schweizer Rechtsprechung kam dies in Entscheidungen zum Ausdruck, die die Auslieferung einer Person befürworteten, die beschuldigt wurde, Waffen und Sprengstoff an eine albanischsprachige Separatistenorganisation geliefert zu haben, die Anschläge in Serbien verübte, Ein Mitglied der Arbeiterpartei Kurdistans (PKK) wurde wegen seiner Beteiligung an der Ermordung eines "Dorfschützers" und der persönlichen Anordnung von Mordanschlägen angeklagt. 43

Handlungen, die nicht die Begehung oder Androhung einer Gewalttat gegen Personen beinhalten, fallen nicht unter Art. 3 Abs. 2 lit. d IRSG. Eine solche Auslegung ist umso notwendiger, als es nicht selten vorkommt, dass Strafverfolgungen wegen "Terrorismus" wegen Sachverhalten eingeleitet werden, die die Ausübung von Grundrechten betreffen, auch innerhalb des Europarats. Gerade in diesem Rahmen gewinnt der Schutz, der politischen 44

Straftaten gewährt wird, wieder an Bedeutung. Die Ausnahme von der Entpolitisierung bei "terroristischen" Straftaten sollte daher nicht gelten für die Unterstützung einer flüchtigen Person, die keine Gewalttaten plant, die Veröffentlichung von Presseartikeln, in denen auf die Aktivitäten illegaler Organisationen hingewiesen wird, Schritte zur materiellen und rechtlichen Unterstützung von Personen, die wegen terroristischer Straftaten inhaftiert sind oder ihre Freilassung fordern, sowie die Teilnahme an Gedenkfeiern für Mitglieder einer Organisation, die von den Ordnungskräften getötet wurden.

c. Verletzung des humanitären Völkerrechts

45 In bewaffneten Konflikten, einschließlich nicht-internationaler Konflikte, kann die bloße Anwendung von Gewalt zur Erreichung eines politischen Ziels, auch gegen Einzelpersonen, nicht als "Terrorismus" oder als besonders verwerfliche Handlung eingestuft werden. Wenn die vorgeworfene Handlung in einem solchen Kontext stattfindet, gilt die Ausnahme des Art. 3 Abs. 2 lit. d IRSG nur für Handlungen, die eine Verletzung des humanitären Völkerrechts beinhalten.

III. MILITÄRISCHE VERPFLICHTUNG

46 Art. 3 IRSG sieht auch eine andere, weniger häufig geltend gemachte Ausnahme vor, die eine Auslieferung ausschließt, die sich gegen eine Handlung richtet, die eine Verletzung der militärischen Pflichten oder ähnlicher Pflichten oder Handlungen darstellt, die gegen die Landesverteidigung oder die Verteidigungsmacht des ersuchenden Staates gerichtet sind (IRSG 3 I).

47 Die vom Bundesgesetzgeber gewählte Formulierung unterscheidet sich von derjenigen des Europarats. Letzterer hat eine negative Definition gewählt, indem er davon ausgeht, dass militärische Straftaten solche sind, die keine gemeinrechtlichen Straftaten darstellen (CEExtr 4). Der subsidiäre Charakter des IRSG wird in dessen Art. 1 Abs. 1 in Erinnerung gerufen. Die Bundesrechtsprechung erinnert daran, dass im Falle eines Konflikts zwischen nationalem Recht und Vertragsrecht das Schweizer Recht im Einklang mit dem internationalen Recht auszulegen ist. Wenn das Ersuchen aus einem Mitgliedstaat der EWGxtr kommt, ist somit die Negativdefinition anwendbar. In diesem Fall ist die internationale Zusammenarbeit bei einer Straftat ausgeschlossen, deren Tatbestandsmerkmale sich ausschließlich aus einem

Wehrpflichtgesetz ergeben und die sich auf ein Verhalten bezieht, das im allgemeinen Strafrecht nicht in gleichwertiger Weise geahndet wird. Wenn das Ersuchen aus einem Drittstaat kommt, findet die positive Definition Anwendung. Wir sind jedoch der Ansicht, dass dieser Widerspruch durch eine Anpassung der Formulierung im innerstaatlichen Recht an die vom Europarat gewählte Formulierung gelöst werden sollte.

Im Schweizer Recht sind die rein militärischen Straftaten in das Militärstrafgesetzbuch integriert. Dies gilt beispielsweise für Wehrdienstverweigerung, Desertion, Verrat, den Dienst in einer ausländischen Armee, aber auch für Trunkenheit, Verstümmelung oder die Verletzung von vertraglichen Verpflichtungen für die Armee. Da sich das Parlament dafür entschieden hat, sie in das Strafgesetzbuch aufzunehmen, sind Spionage sowie politische und militärische Nachrichtendienste keine militärischen Straftaten, können aber politische Straftaten darstellen. 48

Unter der Verletzung ähnlicher Pflichten sind in erster Linie die anderen Dienstpflichten zu verstehen. Die justizielle Zusammenarbeit in Strafsachen ist daher bei Verstößen gegen die Bestimmungen über den Zivildienst oder den Zivilschutz ausgeschlossen. Die Frage, ob die Zusammenarbeit bei Verstößen gegen das Kriegsmaterialgesetz, die ausschließlich militärisch genutzte Güter betreffen, ausgeschlossen ist, wurde noch nicht entschieden, wäre aber klärungsbedürftig. 49

Entgegen der mehrheitlichen Lehre, die eine alte Rechtsprechung aufgreift, wird der Ausschluss durch die Art der Tat und nicht durch die Eigenschaft des Täters oder der Täterin bestimmt. Die militärische Straftat ist daher nicht notwendigerweise ein reines Eigenvergehen ("echtes Sonderdelikt"), das nur von einem Individuum mit bestimmten objektiven Merkmalen ("intraneus") begangen werden kann. Es ist daher nicht entscheidend, ob die beschuldigte Person einer militärischen oder ähnlichen Verpflichtung unterliegt oder zum Zeitpunkt der Tat unterlag, es sei denn, dies ist ein konstitutives Element der betreffenden Straftat. Diese Frage ist besonders aktuell, da es immer häufiger vorkommt, dass private Unternehmen im Rahmen nationaler oder internationaler Konflikte militärische Aufgaben übernehmen. 50

Einerseits kann eine wehrpflichtige Person grundsätzlich ausgeliefert werden, wenn die ihr vorgeworfene Straftat dem gemeinen Recht zuzuordnen ist. Eine 51

Tötung, die von einer Person in Ausübung ihrer Wehrpflicht begangen wird, stellt somit keine militärische Straftat dar.

52 Andererseits sieht das Militärstrafgesetzbuch ausdrücklich vor, dass "Zivilisten" dem Militärstrafrecht unterworfen werden können. Zivilisten können für die Begehung bestimmter militärischer Straftaten wie Verletzung der Wehrpflicht, Gründung einer Gruppierung zur Untergrabung der militärischen Disziplin, Behinderung des Wehrdienstes oder Beleidigung eines Angehörigen der Streitkräfte belangt werden. In diesem Fall würde die Ausnahme von Art. 3 IRSG gelten.

53 In besonderen Fällen sollte eine Auslieferung auch in Anwendung des Grundrechts auf Wehrdienstverweigerung aus Gewissensgründen verweigert werden, das auf dem Recht auf Gedanken-, Gewissens- und Religionsfreiheit beruht. Damit soll verhindert werden, dass eine verfolgte Person an einen Staat überstellt wird, in dem sie unmittelbar nach Verbüßung ihrer Strafe für eine gewöhnliche Straftat unter Androhung des Freiheitsentzugs zum Militärdienst gezwungen werden könnte. Die Person muss begründen können, dass ihr Widerstand auf einem schweren und unüberwindbaren Konflikt zwischen der Verpflichtung, in der Armee zu dienen, und ihren aufrichtigen und tiefen Überzeugungen religiöser oder anderer Art beruht. Nicht alle Überzeugungen sind geschützt und es ist legitim zu verlangen, dass die Zielperson die Ernsthaftigkeit ihrer Überzeugungen nachweist.

LITERATURVERZEICHNIS

Ballot-Squirawski Claire, Les éléments constitutifs : essai sur les composantes de l'infraction, Paris, 2017.

Connelly Alpha, Ireland and the Political Offence: Exception to Extradition, Journal of Law and Society 12 n° 2 1985, p. 153-185.

De Courten Frédérique, Le refus d'extrader *in personam*, Lausanne, Lausanne 2006.

Demay Clémence, Le droit face à la désobéissance civile, Lausanne 2022.

Diena Giulio, Étude sur l'extradition : des réclamations de l'extradé, Revue générale de droit international public, Paris 1905.

Fiolka Gerhard, Politische Delikte : Funktionale Opazität in der Rechtshilfe, dans : Jeanneret Yvan/Sträuli Bernhard, (éds.). Empreinte d'une pionnière sur le droit pénal : mélanges en l'honneur de Ursula Cassani, Genève 2021.

François, Jean-Pierre-Adrien, Le droit de la paix et l'organisation de la paix, Règles générales du droit de la paix, Académie de droit international, Leiden 1938.

Geoff Gilbert, Aspects of extradition law, Dordrechtet al. 1991 (cité: Extradition law).

Geoff Gilbert, Transnational fugitive offenders in international law : extradition and other mechanisms, La Haye 1998 (cité: Transnational fugitive offenders).

Graven Jean, Contribution à l'étude des origines de l'extradition en Suisse, Revue de droit pénal suisse, 1929 (cité : Extradition en Suisse).

Graven Philippe, L'infraction pénale punissable, 2ème édition, Berne 1995.

Lardy C., Notes historiques sur l'Extradition en Suisse, Zeitschrift für Schweizerischens Recht, Neue Folge, XXXVIII, 1919.

Lepeneuve de Lafon, Des crimes et délits politiques et des infractions connexes d'après les plus récents traités d'extradition, dans : Journal de droit international privé et jurisprudence comparée, 1891.

Lefebvre José, Codifier l'infraction politique ?, dans : La politique ailleurs, Droit et sociétés, Paris 1998.

Lévy-Bruhl Henry, Les délits politiques : recherche d'une définition, Revue française de Sociologie, 1964.

Ludwiczak Glassey Maria, Entraide judiciaire internationale en matière pénale, Bâle, 2018.

Moreillon Laurent (éd), Entraide internationale en matière pénale, Commentaire romand, Bâle 2004.

Ntono Tsimi Germain, Les principes généraux de l'extradition et la réforme du droit camerounais de l'extradition passive, dans : Revue de science criminelle et de droit pénal comparé, 2013/3 (N° 3), p. 527-546.

Roten Christian, Extradition, dans : Brägger Benjamin/Vuille Joëlle (éds), Lexique pénitentiaire suisse, Bâle 2016.

Sadoff, David A., Bringing International Fugitives to Justice: Extradition and its Alternatives, Cambridge 2018.

Szabo Denis, Le délit idéologique, dans : Liberté, 1966, vol. 8 (1).

Tarapués Sandino Diego Fernando, El delito político, Bogotá 2019.

Top Sibel, The political offence exception clause to extradition, Bruxelles, 2022.

Tulkens François, La sanction pénale de l'offense à chef d'État : un symbole en voie de disparition. *Who cares ?*, dans : Revue Trimestrielle des Droits de l'Homme, 132 (2022/4), pp. 915-924.

Tulkens Françoise, Analyse critique de la Convention Européenne pour la Répression du Terrorisme, dans : Déviance et Société, vol. 3, n° 3 (1979), pp. 229-246.

Van Poecke Thomas/Verbruggen Frank/Yperman Ward, Terrorist offences and international humanitarian law : the armed conflict exclusion clause, dans: International Review of the Red Cross, 916-917 (2022).

Verdussen Edouard, De l'extradition, discours prononcé à l'audience de rentrée de la Cour d'Appel du 16 octobre 1876, Bruxelles 1876.

Zimmermann Robert, La coopération judiciaire internationale en matière pénale, 5e édition, Berne 2019.

ACHTUNG: Diese Version des Kommentars ist eine automatische maschinelle Übersetzung des Originals. Die Originalversion ist französisch. Die Übersetzung wurde mit www.deepl.com durchgeführt. Nur die Originalversion ist autoritativ. Die übersetzte Form des Kommentars kann nicht zitiert werden.

KOMMENTIERUNG ZU

Art. 8 IRSG

Eine Kommentierung von Maha Meier

ZITIERVORSCHLAG

Maha Meier, Kommentierung zu Art. 8 IRSG, in: Maria Ludwiczak Glassey/ Lukas Staffler (Hrsg.), Onlinekommentar zum Bundesgesetz über internationale Rechtshilfe in Strafsachen

Kurzzitat: OK-Meier, Art. 8 IRSG N. XXX.

Art. 8 Gegenrecht

[1] Einem Ersuchen wird in der Regel nur entsprochen, wenn der ersuchende Staat Gegenrecht gewährt. Das Bundesamt für Justiz (BJ) holt eine Zusicherung des Gegenrechts ein, wenn dies geboten erscheint.

[2] Das Gegenrecht ist insbesondere nicht erforderlich bei Zustellungen oder wenn die Ausführung eines Ersuchens:

a. im Hinblick auf die Art der Tat oder die Notwendigkeit der Bekämpfung bestimmter Taten geboten erscheint;

b. die Lage des Verfolgten oder die Aussichten für seine soziale Wiedereingliederung verbessern könnte; oder

c. der Abklärung einer gegen einen Schweizer Bürger gerichteten Tat dient.

[3] Der Bundesrat kann im Rahmen dieses Gesetzes anderen Staaten das Gegenrecht zusichern.

GLIEDERUNG

I. Allgemeines 56
II. Historischer Hintergrund 56
III. Grundsatz der Gegenseitigkeit des IRSG 57
A. Erfordernis der Gegenseitigkeit (Abs. 1) 57
1. Allgemeines 57
2. Gegenseitigkeitsgarantie 58
3. Anwendungsbereich 60
B. Ausnahmen von den Gegenseitigkeitsgarantien (Abs. 2) 61
Literaturverzeichnis 63

I. ALLGEMEINES

1 Der in Art. 8 IRSG verankerte Grundsatz der Gegenseitigkeit in der internationalen Rechtshilfe in Strafsachen ist eine Voraussetzung für die Gewährung von Rechtshilfe. Es kommt jedoch nur zur Anwendung, wenn zwischen den betroffenen Staaten kein Abkommen oder Vertrag über internationale Zusammenarbeit in Strafsachen besteht; in diesem Fall unterliegen Rechtshilfeersuchen ausschliesslich dem Schweizer Recht und den allgemeinen Grundsätzen des Völkerrechts.

2 Der Grundsatz der Gegenseitigkeit kann ausnahmsweise auch in Fällen gelten, in denen ein bilateraler oder multilateraler Vertrag über internationale Rechtshilfe in Strafsachen besteht, insbesondere wenn die in dem Rechtshilfeersuchen genannte Straftat nicht unter den Vertrag fällt. Damit Rechtshilfe über den Vertrag hinaus gewährt werden kann, muss daher der Grundsatz der Gegenseitigkeit gewährleistet sein. Ein internationales Rechtshilfeabkommen steht somit der Erlangung einer Zusicherung für einen nicht von diesem Abkommen erfassten Bereich nicht entgegen.

3 Die Gewährleistung des Grundsatzes der Gegenseitigkeit ist nicht in einer bestimmten Situation zu prüfen, sondern als Praxis zwischen Staaten zu verstehen, die sich gegenseitig in Strafsachen Rechtshilfe leisten. Der ersuchte Staat, der Rechtshilfe nach dem Grundsatz der Gegenseitigkeit gewährt, erwartet, dass der ersuchende Staat ihm in einer ähnlichen Situation die gleiche Unterstützung gewährt. Der Grundsatz der Gegenseitigkeit kann sich aus Vertragsverhandlungen, einer früheren Praxis zwischen den Staaten oder aus einer vom ersuchenden Staat gegebenen Zusicherung ergeben.

II. HISTORISCHER HINTERGRUND

4 Der Grundsatz der Gegenseitigkeit ist eine allgemeine Regel des Völkerrechts, die es einem Staat erlaubt, einen Vorteil, den er einem anderen Staat gewährt, von der absoluten Zusicherung abhängig zu machen, dass er gegebenenfalls denselben Vorteil erhält. Der Grundsatz der Gegenseitigkeit hat seine Grundlage im Allgemeinen im Völkergewohnheitsrecht. Die Bedingung der Gegenseitigkeit ist Ausdruck der Souveränität eines Staates, der die Gewährung von Rechtshilfe an einen anderen Staat als politischen und nicht als rechtlichen Akt betrachtet. Mit der Weiterentwicklung des Verständnisses

der staatlichen Souveränität und der strafrechtlichen Ziele wird die Bedingung der Gegenseitigkeit aufgrund einer weiten Auslegung der Ausnahmegründe, die sich aus verschiedenen Faktoren wie insbesondere der Weiterentwicklung der staatlichen Souveränität, der Achtung der Menschenrechte, der zunehmenden Bedeutung internationaler Übereinkommen oder der gegenseitigen Anerkennung gerichtlicher Entscheidungen anderer Staaten ergibt, zunehmend gelockert. Die zuständigen Behörden verfügen in dieser Frage über einen weiten Ermessensspielraum. Der Grundsatz der Gegenseitigkeit kann Gegenstand politischer Abwägungen sein; dem vorstehenden Text folgend ist daher zwischen der Förderung der internationalen Zusammenarbeit und der Wahrung der Souveränität oder sogar anderen oben genannten Interessen abzuwägen.

Gemäss Art. 8 Abs. 1 IRSG ist die Rechtshilfe in Strafsachen von der Gegenseitigkeit abhängig, insbesondere unter Berücksichtigung der Umstände, namentlich der Schwere der Straftat. Das Gesetz sieht jedoch Ausnahmen von der Gegenseitigkeit vor (Art. 8 Abs. 2 IRSG): eine einfache Mitteilung, die Art der begangenen Tat oder die Bekämpfung bestimmter Formen von Straftaten (Bst. a), die Verbesserung der Lage der verfolgten Person oder ihrer Chancen auf soziale Wiedereingliederung (lit. b) und schliesslich die Aufklärung einer gegen einen Schweizer Bürger gerichteten Handlung (lit. c). Für die Gewährleistung der Gegenseitigkeit gegenüber anderen Staaten ist ausschliesslich der Bundesrat zuständig (Art. 8 Abs. 3 IRSG). 5

III. GRUNDSATZ DER GEGENSEITIGKEIT DES IRSG

A. Erfordernis der Gegenseitigkeit (Abs. 1)

1. Allgemeines

Gemäss Art. 8 Abs. 1 IRSG gibt die Schweiz einem Rechtshilfeersuchen eines ausländischen Staates nur statt, wenn dieser ihr Gegenseitigkeit gewährt. Es handelt sich um einen Grundsatz des Völkerrechts, der es dem ersuchten Staat erlaubt, die Gewährung der Rechtshilfe davon abhängig zu machen, dass der ersuchende Staat ihm gegebenenfalls denselben Vorteil gewährt, d. h. dieselbe Art der Rechtshilfe zu denselben Zwecken (*do ut des*). 6

7 Die Gegenseitigkeit ist somit ein Grundsatz, der «für die Gewährung der Rechtshilfe, die Auslieferung, die Übertragung der Strafverfolgung und die Vollstreckung von Entscheidungen unerlässlich ist. Folglich kann Rechtshilfe nicht gewährt werden, wenn der ersuchende Staat keine Gegenseitigkeit gewährt und kein Ausnahmefall im Sinne von Art. 8 Abs. 2 IRSG vorliegt.

8 Der Grundsatz der Gegenseitigkeit spielt eine wesentliche Rolle, *allerdings* nur, wenn die Zusammenarbeit auf dem Rechtshilfegesetz (IRSG) beruht: Denn bei internationalen Rechtshilfeübereinkommen spielt die Gegenseitigkeit nur eine sehr begrenzte Rolle, da diese gemäss dem Grundsatz *Pacta sunt servanda* (Art. 26 des Wiener Übereinkommens über das Recht der Verträge) für die Vertragsstaaten verbindlich sind, sofern keine wesentliche Verletzung vorliegt (Art. 60 des Wiener Übereinkommens über das Recht der Verträge).

9 Das Erfordernis der Gegenseitigkeit als Voraussetzung für die Rechtshilfe liegt in erster Linie im Interesse des Staates und nicht der von dem Rechtshilfeersuchen betroffenen Person. Dennoch kann sich Letztere im schweizerischen Recht darauf berufen, wenn es zu ihren Gunsten wirkt. Deshalb wirken sich die Einschränkung der Gegenseitigkeit oder die weite Auslegung der Ausnahmen von Art. 8 Abs. 2 IRSG *de facto* zu ihren Ungunsten aus, da sie eine Ausweitung des Rechtshilferechts ermöglichen.

10 Die Bestimmung von Art. 8 IRSG befasst sich mit eingehenden Ersuchen, doch kennt die Schweiz aus Gründen der Symmetrie ein gleichwertiges System für ausgehende Ersuchen gemäss Art. 30 Abs. 1 IRSG, der wie folgt lautet:

«Die schweizerischen Behörden dürfen einem ausländischen Staat kein Ersuchen stellen, dem sie nach diesem Gesetz nicht nachkommen könnten.»

2. Gegenseitigkeitsgarantie

11 Wie bereits erwähnt, beruht der Grundsatz der Gegenseitigkeit auf gegenseitigen Erwartungen zwischen Staaten, sich zu denselben Zwecken dieselben Vorteile zu gewähren; diese können sich aus vertraglichen Verhandlungen, aus der bisherigen Praxis oder aus einer diesbezüglichen Zusicherung ergeben. Das OEIMP präzisiert, dass die Voraussetzung der Gegenseitigkeit auch dann erfüllt ist, wenn die Rechtshilfe vom ausländischen Staat ohne Mitwirkung seiner Behörden erbracht werden kann (Art. 1

OEIMP). Jeder Einzelfall muss geprüft werden, um festzustellen, ob im konkreten Fall Gegenseitigkeit gegeben ist oder nicht.

Die Gewährung der Gegenseitigkeit ist unproblematisch, wenn der ersuchende Staat der Schweiz bereits die gleiche Rechtshilfe gewährt hat, um die er ersucht. Diese kann definiert werden als Rechtshilfe, deren Zweck und Inhalt identisch sind, insbesondere in Bezug auf die betreffende Straftat. So wird die Gegenseitigkeit gegenüber Staaten, mit denen die Schweiz regelmässig zusammenarbeitet, vermutet und beruht auf dem Grundsatz des Vertrauens und der internationalen Treu und Glauben. 12

Hat der ersuchende Staat noch nie eine ähnliche Rechtshilfe geleistet, muss sein Verhalten unter Berücksichtigung seiner innerstaatlichen Rechtshilferegelung und gegebenenfalls seiner Praxis in Fällen mit ähnlichem Ziel und Inhalt gegenüber der Schweiz, aber auch gegenüber anderen Staaten geprüft werden. Daraus folgt, dass, wenn der ersuchende Staat die von ihm selbst erbetene Rechtshilfe generell gewährt, die Gegenseitigkeit als gegeben gilt, während er, wenn er die Rechtshilfe in ähnlichen Fällen nicht gewährt, die Rechtshilfe nicht *de facto* verweigern darf, sondern sie von einer Gegenseitigkeitserklärung abhängig machen muss. Das Bundesamt für Justiz (BJ) des Eidgenössischen Justiz- und Polizeidepartements (EJPD) ist als Zentralbehörde dafür zuständig, zu beurteilen, ob eine Gegenseitigkeitserklärung verlangt werden muss. So verlangt das BJ gemäss Art. 8 Abs. 1 *in fine* IRSG *«eine Gegenseitigkeitsgarantie, wenn die Umstände dies erfordern»*. Es verfügt damit über einen weiten Ermessensspielraum. Das BJ ist zuständig für die Prüfung der Gültigkeit der vom ersuchenden Staat vorgelegten Gegenseitigkeitsgarantie. Es ist darauf hinzuweisen, dass diese Garantie gemäss den üblichen Regeln für internationale Garantien erteilt werden muss, bevor die Schweiz über die Gewährung der Rechtshilfe entscheidet. Gemäss dem Vertrauensgrundsatz, der die Beziehungen zwischen Staaten prägt, haben die Schweizer Behörden nicht zu prüfen, ob die Gegenseitigkeitserklärung den Formvorschriften des ausländischen Rechts entspricht oder ob die Behörde, von der die Gegenseitigkeitserklärung stammt, zuständig ist, es sei denn, es liegt ein offensichtlicher Missbrauch vor. Bei offensichtlichem Missbrauch können die Schweizer Behörden die Anerkennung der Gegenseitigkeitserklärung des ersuchenden Staates verweigern, was eine Ausnahme vom Grundsatz des Vertrauens darstellt. Ein offensichtlicher Missbrauch hebt somit die Vermutung der Gültigkeit der 13

staatlichen Erklärungen auf und führt zu einer erneuten Prüfung durch das BJ. In einem solchen Fall kann das BJ die Gewährleistung und Gewährung der Rechtshilfe verweigern, um Klärungen ersuchen oder eine neue Gegenseitigkeitserklärung verlangen.

3. Anwendungsbereich

14 Der ersuchte Staat kann vom ersuchenden Staat eine Gegenseitigkeitsgarantie verlangen, mit der er sich verpflichtet, ihm künftig Rechtshilfe im gleichen Umfang und zu den gleichen Bedingungen zu gewähren, wie sie ihm gewährt wurde. Mit dieser Garantie verpflichtet sich der ersuchende Staat, dem ersuchten Staat für einen bestimmten Zeitraum Rechtshilfe zu gewähren. Er kann dies in Form einer Einzelgarantie oder einer Pauschalgarantie tun.

15 Der Geltungsbereich der Garantie muss mindestens den Zweck und den Inhalt der erbetenen Rechtshilfe umfassen: In diesem Fall handelt es sich um eine Einzelgarantie. Die Einzelgarantie hat die Rechtsnatur einer einseitigen Handlung, deren Verbindlichkeit im Völkerrecht dem Vertrauensschutz zuzuordnen ist. Sie ist jedoch davon abhängig, dass die erbetene Rechtshilfe gewährt wird.

16 Es ist auch möglich, dass die Garantie einen ganzen Bereich abdeckt, wie beispielsweise die Auslieferung im Allgemeinen, aber auf bestimmte Aspekte der Straftat beschränkt ist, wie die Androhung einer Mindeststrafe: In diesem Fall spricht man von globalen Garantien. Globale Garantien liegen im Bereich der Gegenseitigkeit im weiteren Sinne und haben die Merkmale eines völkerrechtlichen Vertrags, der oft eine vorherige Mindestvereinbarung über die Rechtshilfe darstellt, die jedoch eine gewisse Dauer haben kann.

17 Die Gegenseitigkeitsgarantie unterliegt keinen besonderen Formvorschriften, muss jedoch schriftlich festgehalten werden. Sie kann beispielsweise in Form eines Briefwechsels erfolgen. Das nationale Recht des ersuchenden Staates bestimmt, wer für die Gewährung der Gegenseitigkeitsgarantie zuständig ist. In der Schweiz ist gemäss Art. 8 Abs. 3 IRSG der Bundesrat zuständig, anderen Staaten Gegenrecht zu garantieren. Das BJ als Zentralbehörde ist zuständig, die Zweckmässigkeit der Einholung einer Gegenrechtserklärung zu prüfen. Konkret beantragt der Direktionsbereich Internationale Rechtshilfe des BJ eine Gegenseitigkeitsgarantie, wenn die Umstände dies erfordern. Das Eidgenössische Departement für auswärtige Angelegenheiten (EDA),

insbesondere die Direktion für Völkerrecht (DV), kann konsultiert werden, wenn politische oder diplomatische Erwägungen dies rechtfertigen.

Es versteht sich von selbst, dass der ersuchende Staat, der eine Gegenseitigkeitsgarantie übernimmt, nur dann daran gebunden ist, wenn der ersuchte Staat diese akzeptiert. Der Annahme geht eine Prüfung voraus, ob die Erklärung die Gegenseitigkeit zumindest im Umfang des Rechtshilfeersuchens gewährleistet. Die Annahme hängt von Form und Inhalt der Erklärung des ersuchenden Staates, aber auch von dessen Zuverlässigkeit und dem politischen Kontext ab. 18

Da das BJ für die Feststellung der Notwendigkeit einer Garantie zuständig ist, ist es auch zuständig, diese gemäss Art. 80p IRSG zu prüfen und gegebenenfalls anzunehmen. 19

B. Ausnahmen von den Gegenseitigkeitsgarantien (Abs. 2)

In bestimmten Ausnahmefällen kann die Schweiz gemäss Art. 8 Abs. 2 IRSG Rechtshilfe auch ohne Gegenseitigkeit leisten. Die Gegenseitigkeit ist grundsätzlich nicht erforderlich für einfache Notifikationen. Sie ist auch nicht erforderlich, wenn die Erledigung des Ersuchens einem hohen Strafverfolgungsinteresse dient, im Interesse der verfolgten Person liegt oder sogar der Aufklärung einer gegen einen Schweizer Bürger gerichteten Handlung dient. 20

Das BJ ist zuständig für die Beurteilung, ob das Ersuchen um Rechtshilfe von der Gegenseitigkeit befreit werden kann, weil es unter den Anwendungsbereich von Art. 8 Abs. 2 IRSG fällt. Dabei verfügt es über einen weiten Ermessensspielraum. Die Stellungnahme der von dem Rechtshilfeersuchen betroffenen Person hat bei der Beurteilung der Gegenseitigkeit nur begrenztes Gewicht, da dieses Erfordernis in erster Linie im Interesse des Staates und nicht der von dem Ersuchen betroffenen Person liegt. Die betroffene Person kann keine Gewährleistung der Gegenseitigkeit verlangen, aber sie kann sich auf deren Fehlen berufen, wenn dies für sie günstig ist, insbesondere um die Rechtmässigkeit der Rechtshilfe anzufechten. Sie kann sich jedoch nicht allein mit der Begründung, dass die Gegenseitigkeit gewährleistet ist, aber für sie ungünstig wäre, der Gewährung der Rechtshilfe widersetzen. 21

22 Gegenseitigkeit ist nicht erforderlich, wenn die Erledigung des Ersuchens aufgrund der Art der begangenen Tat oder der Notwendigkeit, bestimmte Straftaten zu bekämpfen, deren Verfolgung einem internationalen öffentlichen Interesse dient, geboten erscheint. Diese Ausnahme betrifft insbesondere die Bekämpfung der organisierten Kriminalität und der Wirtschaftskriminalität, der Geldwäscherei und der Korruption sowie der internationalen Verbrechen. Mit anderen Worten: In bestimmten Fällen hat die Schweiz aufgrund der Schwere der Straftaten ein Interesse daran, dass Rechtshilfe gewährt wird. Diese Straftaten beeinträchtigen den Frieden, die Sicherheit oder die Grundwerte der internationalen Gemeinschaft. Laut Popp muss es sich um Straftaten handeln, die international strafrechtlich verfolgt werden und durch internationale Übereinkommen unter Strafe gestellt sind, wie beispielsweise Völkermord, Rassendiskriminierung, Geiselnahme, Terrorismus, Sklaverei, Geldfälschung, Kinder- und Frauenhandel oder Geldwäscherei.

23 Die Gegenseitigkeit kann auch ausgeschlossen werden, wenn die Erledigung des Ersuchens im Interesse der verfolgten Person oder ihrer Wiedereingliederungsperspektiven liegt. Eine Verbesserung der Lage der verfolgten Person ist nur im Rahmen der kleinen Rechtshilfe denkbar und beschränkt sich auf entlastende Beweismittel. Die Situation, in der die Erledigung des Rechtshilfeersuchens geeignet ist, die Resozialisierungsaussichten der verfolgten Person zu verbessern, bezieht sich hingegen auf die Vollstreckung und kann sich auf die Auslieferung erstrecken. Sie entspricht insbesondere dem Wortlaut von Art. 100 Bst. b IRSG, der lautet:

« Die Vollstreckung einer schweizerischen Strafentscheidung kann einem ausländischen Staat übertragen werden, wenn die Übertragung eine bessere soziale Wiedereingliederung des Verurteilten erwarten lässt oder die Schweiz die Auslieferung nicht erwirken kann.

24 Schliesslich ist Gegenseitigkeit nicht erforderlich, wenn die Vollstreckung des Ersuchens der Aufklärung einer gegen einen Schweizer Staatsangehörigen gerichteten Straftat dient. Diese Ausnahmekategorie kann auf die kleine Rechtshilfe und die Auslieferung angewendet werden. Die Bestimmung scheint sich auch auf die Verfolgung von Straftaten gegen juristische Personen mit Sitz in der Schweiz zu erstrecken. Diese Ausnahme beruht auf dem Willen, die grundlegenden Interessen der Schweiz und ihrer Staatsangehörigen, seien es natürliche oder juristische Personen, zu schützen.

In einem internationalen Kontext, der durch eine zunehmende Zahl internationaler Rechtshilfeabkommen und die Bekräftigung der Grundsätze der Zusammenarbeit und gegenseitigen Anerkennung geprägt ist, könnte jedoch die einseitige Gewährung von Rechtshilfe ohne Gegenleistung als Schwächung des Grundsatzes der Gegenseitigkeit, der eine Säule der Gleichheit zwischen Staaten darstellt, angesehen werden.

LITERATURVERZEICHNIS

Ludwiczak Glassey Maria, Commentaire de l'article 8 EIMP, in : Ludwiczak Glassey Maria/Laurent Moreillon, Petit Commentaire, Loi sur l'entraide pénale internationale, Bâle 2024

Ludwiczak Glassey Maria, Entraide judiciaire internationale en matière pénale, Bâle 2018

Maeder Stefan, Commentaire de l'article 8 EIMP, in : Niggli Marcel Alexander/Heimgartner Stefan (Hrsg.), Internationales Strafrecht, IRSG, GwÜ, Basler Kommentar, Bâle 2015

Moreillon Laurent (éd), Entraide internationale en matière pénale, Commentaire romand, Bâle 2004

Popp Peter, Gründzüge der internationalen Rechtshilfe in Strafsachen, Bâle/Genève/Munich 2001

Sager Christian, Der Gegenrechtsgrundsatz im Rechtshilferecht – ein alter Zopf?, AJP 2014, p. 224 s.

Zimmermann Robert, La coopération judiciaire internationale en matière pénale, 6e éd., Berne 2024

ACHTUNG: Diese Version des Kommentars ist eine automatische maschinelle Übersetzung des Originals. Die Originalversion ist französisch. Die Übersetzung wurde mit www.deepl.com durchgeführt. Nur die Originalversion ist autoritativ. Die übersetzte Form des Kommentars kann nicht zitiert werden.

KOMMENTIERUNG ZU

Art. 8a IRSG

Eine Kommentierung von Gaelle Mieli

ZITIERVORSCHLAG

Gaelle Mieli, Kommentierung zu Art. 8a IRSG, in: Maria Ludwiczak Glassey/ Lukas Staffler (Hrsg.), Onlinekommentar zum Bundesgesetz über internationale Rechtshilfe in Strafsachen

Kurzzitat: OK-Mieli, Art. 8a IRSG N. XXX.

Art. 8*a* Bilaterale Abkommen

Der Bundesrat kann mit ausländischen Staaten bilaterale Abkommen über die Überstellung verurteilter Personen abschliessen, soweit sie den Grundsätzen des Europarat-Übereinkommens vom 21. März 1983[29] über die Überstellung verurteilter Personen folgen.

GLIEDERUNG

I. Allgemeines 67
A. Die Überstellung verurteilter Personen 67
B. Die rechtlichen Grundlagen 68
II. Entstehung 70
III. Anwendungsbereich 70
A. Delegation der Zuständigkeit 71
B. Bedingungen 71
C. Praxis 73
Literaturverzeichnis 74

I. ALLGEMEINES

A. Die Überstellung verurteilter Personen

Die Überstellung verurteilter Personen ist im Vergleich zur Rechtshilfe und zur Auslieferung ein neuerer Bereich der internationalen Rechtshilfe in Strafsachen. Die Vollstreckung strafrechtlicher Sanktionen erfolgte aus Gründen der Souveränität der Staaten im Hoheitsgebiet des Staates, der die Sanktion verhängt hatte. Das immer leichtere Reisen zwischen den verschiedenen Staaten hat zur Folge, dass manche Menschen in einem anderen Staat als dem ihrer Staatsangehörigkeit und/oder ihres Wohnsitzes Straftaten begehen und eine Freiheitsstrafe in einer wenig bekannten Umgebung, weit entfernt von ihrer Familie und ihren sozialen Bindungen, verbüßen müssen. Nun ist es aber auch ein Ziel der strafrechtlichen Verfolgung, die nach einer Straftat verurteilte Person nach Ablauf der verhängten Strafe wieder sozial zu integrieren. Eine solche soziale Wiedereingliederung ist nicht möglich oder wird erschwert, wenn die Person ihre Strafe im Ausland verbüßt. Darüber hinaus kann die Vollstreckung einer strafrechtlichen Sanktion in einem anderen Staat als dem, dessen Staatsangehörigkeit und/oder Wohnsitz die verurteilte Person besitzt, zu Diskriminierungen führen, wenn sie die Sprache nicht spricht oder bestimmte Möglichkeiten der Strafvollstreckung, z. B. aufgrund eines erhöhten Fluchtrisikos, eingeschränkt werden könnten. Auf diese Weise hat sich die Überstellung von verurteilten Personen auf internationaler Ebene entwickelt. 1

Unter Überstellung von verurteilten Personen versteht man den Fall, dass eine Person in einem anderen Staat als dem ihrer Staatsangehörigkeit und/oder ihres Wohnsitzes verurteilt wurde, aber zur Vollstreckung der Freiheitsstrafe, zu der sie verurteilt wurde, in diesen Staat überstellt wird. Die verurteilte Person hat jedoch keinen Anspruch darauf, überstellt zu werden. Sie kann ihren Wunsch nach Überstellung sowohl dem Urteils- als auch dem Vollstreckungsstaat mitteilen, aber dann entscheiden diese beiden Staaten über die Überstellung. 2

Die Überstellung dient in erster Linie einem humanitären Zweck, der eine bessere soziale Wiedereingliederung der verurteilten Person ermöglicht. Die Vollstreckung einer Freiheitsstrafe im Staatsangehörigkeits- und/oder Wohnsitzstaat bietet bessere Aussichten auf eine Wiedereingliederung nach 3

der Sanktion, da sie es der Person ermöglicht, z. B. ihr familiäres und soziales Netz aufrechtzuerhalten, und andererseits den Urteilsstaat von den Kosten einer Person entlastet, die zum Zeitpunkt ihrer Entlassung grundsätzlich nicht im Urteilsstaat bleiben sollte. Dies ist insbesondere dann der Fall, wenn die verurteilte Person aufgrund ihrer Verurteilung ihren Aufenthaltstitel verloren hat. Eine Strafvollstreckung im Hoheitsgebiet eines Staates, aus dem die Person anschließend ausgewiesen wird, bietet so gut wie keine Möglichkeit der Wiedereingliederung.

B. Die rechtlichen Grundlagen

4 Die Überstellung von verurteilten Personen wird hauptsächlich durch internationale Abkommen geregelt. Das IRSG enthält zwar einige Bestimmungen über die Vollstreckung von Entscheidungen (Art. 94 ff.). Die Vollstreckung von Entscheidungen betrifft jedoch Fälle, in denen eine Person im Ausland verurteilt wurde, sich aber in der Schweiz befindet. Im Gegensatz dazu ist die Überstellung von verurteilten Personen im IRSG nicht im Detail geregelt. Sie beinhaltet nicht nur die Vollstreckung des Urteils, sondern auch die Änderung des Ortes, an dem die Strafe vollstreckt wird, und damit des Aufenthaltsortes der verurteilten Person. Die Überstellung verurteilter Personen enthält somit sowohl Elemente der Strafvollstreckung im Sinne der Art. 94 ff. IRSG als auch der Auslieferung im Sinne der Art. 32 ff. Aufgrund dieser zweiten Dimension, d.h. der physischen Übergabe der Person, ist es wichtig, dass sich die beiden beteiligten Staaten über die Übergabe der Person und die Modalitäten dieser Übergabe einigen, und dies geschieht durch den Abschluss eines internationalen Abkommens. Auch in der CPTED-Botschaft heißt es, dass die Überstellung von Schweizer Personen, die im Ausland verurteilt wurden, nur in sehr begrenzten Fällen auf der Grundlage des nationalen Rechts erfolgen kann. Die Überstellung von verurteilten Personen setzt daher in den meisten Fällen einen internationalen, bi- oder multilateralen Vertrag zwischen der Schweiz und dem Urteils- oder Vollstreckungsstaat voraus.

5 Das CTPC ist für die Schweiz das wichtigste Instrument im Bereich der Überstellung verurteilter Personen. Es wurde Anfang der 1980er Jahre verabschiedet, also viel später als die Auslieferungs- und Rechtshilfeübereinkommen (die Ende der 1950er Jahre verabschiedet wurden), und steht auch Nichtmitgliedern des Europarats (im Folgenden:

CoE) zur Ratifizierung offen. Die Ratifizierung durch Nicht-Mitglieder des Europarats ist weit verbreitet: 23 Nicht-Mitglieder haben das Übereinkommen ratifiziert, was insgesamt 69 Ratifizierungen entspricht. Die Schweiz hat das Übereinkommen am 1. Mai 1988 ratifiziert und unterstützt Nicht-EU-Mitgliedstaaten, die dem Übereinkommen beitreten möchten. Aufgrund seiner weitreichenden Ratifizierung hat das CTPC einen besonderen Status erlangt, da es das international am häufigsten ratifizierte Instrument zur Überstellung verurteilter Personen ist. Die Organisation Amerikanischer Staaten (OAS) hat das Interamerikanische Übereinkommen über die Vollstreckung von Entscheidungen ausländischer Strafgerichte verabschiedet. Wie das CTPC wurde es im Rahmen einer regionalen Organisation verabschiedet, steht aber auch Staaten, die nicht Mitglied der Organisation sind, zur Ratifizierung offen. Die Schweiz ist jedoch nicht Vertragspartei. Auch die Anzahl der Staaten, die das Instrument der OAS ratifiziert haben, ist geringer, da es von 24 Staaten ratifiziert wurde. Das CTPC stellt daher den in der Schweiz anwendbaren Standard für Überstellungen dar.

Auch andere Instrumente enthalten Bestimmungen über die Überstellung. 6
Dies gilt für das Übereinkommen der Vereinten Nationen gegen die grenzüberschreitende organisierte Kriminalität, das in Art. 17 vorsieht, dass die Staaten den Abschluss bi- oder multilateraler Übereinkommen zu diesem Thema in Erwägung ziehen können, für das Übereinkommen der Vereinten Nationen gegen Korruption in Art. 45 und für andere internationale Instrumente in ihrem jeweiligen Anwendungsbereich. Die Bestimmungen dieser Instrumente sind jedoch nicht sehr detailliert und ermutigen die Staaten, bi- oder multilaterale Verträge zu schließen. Eine Ausnahme bildet das am 26. Mai 2023 in Ljubljana angenommene Ljubljana-Haager Übereinkommen über die internationale Zusammenarbeit bei der Ermittlung und Verfolgung von Völkermord, Verbrechen gegen die Menschlichkeit, Kriegsverbrechen und anderen internationalen Verbrechen. Letzteres, das noch nicht in Kraft ist, enthält ein ausführliches Kapitel über die Überstellung verurteilter Personen (Kapitel V, Art. 66 ff.). Dieses Kapitel orientiert sich jedoch weitgehend an den Grundsätzen der CTPC.

Wie bereits erwähnt, drängt die Schweiz die Staaten im Allgemeinen dazu, 7
dem ICCPR beizutreten. In den Fällen, in denen der Staat dies nicht tut, besteht jedoch die einzige Möglichkeit, einen zu einer langen Freiheitsstrafe verurteilten Schweizer Staatsangehörigen ins Ausland zu überstellen, in der

Aushandlung eines bilateralen Abkommens, da die Schweizer Behörden grundsätzlich mit jedem Staat, mit dem eine Überstellung beabsichtigt ist, durch einen Vertrag verbunden sein müssen. Dies hat zur Folge, dass mehrere Überstellungsabkommen geschlossen werden mussten.

II. ENTSTEHUNG

8 Nach der Ratifizierung des CTPC hat die Schweiz hauptsächlich Überstellungen auf der Grundlage dieses Instruments durchgeführt. Humanitäre Erwägungen veranlassten die Schweiz jedoch dazu, mit einigen Staaten, für die die Ratifizierung des CPTED nicht in Frage kam, bilaterale Abkommen zu schließen. So schloss die Schweiz 1997 einen Überstellungsvertrag mit Thailand und 2002 einen Vertrag mit Marokko ab.

9 Diese Abkommen erforderten jedoch die Zustimmung der Bundesversammlung. Das parlamentarische Verfahren kann langwierig sein, da die Bundesversammlung zu jedem Vertrag konsultiert werden muss, obwohl der Inhalt ähnlich ist und den Standards des CTPC entspricht. Nun ist Zeit bei der Annahme dieser Verträge wichtig, da sie oft auf der Grundlage eines konkreten Falls ausgehandelt werden, wie z.B. einer Schweizer Person, die zu einer langen Freiheitsstrafe in einem Staat verurteilt wird, in dem die Haftbedingungen nicht unbedingt den Schweizer Standards entsprechen. Je schneller der Vertrag in Kraft tritt, desto schneller sollte die Person überstellt werden können.

10 Um das Verfahren zu vereinfachen und zu vermeiden, dass die Bundesversammlung wiederholt einbezogen werden muss, um ähnliche Texte zu akzeptieren, über deren Inhalt sie bereits entschieden hat, wurde Art. 8a angenommen. Er ermöglicht es dem Bundesrat, Überstellungsverträge allein zu verabschieden, sofern diese Verträge sich am CTPC orientieren. Dieser Artikel wurde der Bundesversammlung parallel zur Genehmigung des Vertrags mit Marokko vorgelegt. Art. 8a IRSG trat am 1. November 2002 in Kraft.

III. ANWENDUNGSBEREICH

11 Art. 8a IRSG sieht vor, dass der Bundesrat allein bilaterale Verträge über die Überstellung abschliessen kann, wenn diese Verträge sich am CTPC orientieren. Es handelt sich um eine Kompetenzdelegation (A.), die die Einhaltung verschiedener Bedingungen voraussetzt (B.).

A. Delegation der Zuständigkeit

Art. 8a IRSG ist eine Norm zur Kompetenzdelegation. Nach schweizerischem Recht ist grundsätzlich die Bundesversammlung für die Genehmigung völkerrechtlicher Verträge zuständig (Art. 166 Abs. 2 erster Teil BV). Dies ergibt sich aus der Tatsache, dass wichtige Gesetzgebungsakte vom Parlament angenommen werden müssen, und verankert das Legalitätsprinzip. Die Bundesversammlung kann diese Kompetenz jedoch durch ein Gesetz oder einen Vertrag an den Bundesrat delegieren (Art. 166 Abs. 2 zweiter Teil BV). Diese Möglichkeit der Kompetenzdelegation wird in Art. 7a RVOG näher erläutert. Sie muss auf einem von der Bundesversammlung genehmigten Gesetz oder Vertrag beruhen und hinreichend abgegrenzt und präzise sein. Sie ist besonders üblich, wenn es sich bei den Verträgen z.B. um technische und ähnliche Verträge handelt, um eine Überlastung der Bundesversammlung zu vermeiden. Der Bundesrat kann dann einen Vertrag abschließen, aber nur im Rahmen dieser Kompetenzdelegation. Geht der Vertrag über das hinaus, was die Kompetenzdelegation erlaubt, ist die Zustimmung der Bundesversammlung erforderlich. 12

In Bezug auf die Überstellung verurteilter Personen muss die Schweiz, wie oben erwähnt, grundsätzlich über einen Vertrag verfügen, um eine verurteilte Person überstellen zu können. Wenn die Schweiz Staaten dazu ermutigt, dem CTPC beizutreten, muss sie mit den Staaten, die dies nicht tun, bilaterale Abkommen schließen. Dies kann dazu führen, dass eine große Anzahl von bilateralen Abkommen mit ähnlichem Inhalt wie das CTPC abgeschlossen wird. Um die Bundesversammlung zu entlasten und die Annahme solcher Verträge zu erleichtern, wurde eine Änderung des IRSG vorgeschlagen. Art. 8a IRSG wurde hinzugefügt. 13

B. Bedingungen

Wie in Art. 166 Abs. 2 BV und Art. 7a RVOG vorgeschrieben, stellt Art. 8a IRSG eine Norm zur Kompetenzdelegation dar. Damit der Bundesrat ein Abkommen ohne Genehmigung der Bundesversammlung abschliessen kann, müssen mehrere Voraussetzungen erfüllt sein. 14

Die erste ist, dass es sich bei dem Vertrag, auf den diese Bestimmung abzielt, um einen bilateralen Vertrag zwischen der Schweiz und einem anderen Staat handeln muss. Multilaterale Verträge fallen weiterhin in die Zuständigkeit der 15

Bundesversammlung und müssen von dieser genehmigt werden, bevor sie vom Bundesrat ratifiziert werden können.

16 Die zweite Voraussetzung ist, dass der Vertrag die Überstellung von verurteilten Personen behandelt. Die anderen im IRSG geregelten Materien sind von dieser Kompetenzdelegation nicht betroffen. So fallen Verträge, die sich mit der internationalen Rechtshilfe in Strafsachen, der Auslieferung oder der Delegation der Strafverfolgung befassen, weiterhin in die Zuständigkeit der Bundesversammlung. Verträge über die Vollstreckung anderer strafrechtlicher Entscheidungen, bei denen es sich nicht um die Überstellung verurteilter Personen handelt, wie z. B. die Vollstreckung von Finanzsanktionen, müssen ebenfalls von der Bundesversammlung genehmigt werden.

17 Die dritte Bedingung ist, dass die Verträge, die der Bundesrat abschließt, sich an den im CTPC festgelegten Grundsätzen orientieren. Wie bereits erwähnt, hat die ICCPR in der Schweiz und auf internationaler Ebene einen besonderen Stellenwert, da es sich um ein Instrument handelt, das eine breite Ratifizierung genießt und dem die Schweiz bereits vor vielen Jahren beigetreten ist. Darüber hinaus war das CTPC Gegenstand eines parlamentarischen Verfahrens, in dessen Verlauf die Bundesversammlung zu seinem Inhalt Stellung nehmen konnte und seiner Ratifizierung zustimmte. Somit waren die Grundsätze, die in diesem Übereinkommen enthalten sind, Gegenstand eines demokratischen Prozesses in der Schweiz und sind nun Teil des Schweizer Rechts. Da die Bundesversammlung bereits zu ihnen konsultiert wurde, kann eine erneute Konsultation bei jedem Vertrag, der die Grundsätze dieses Instruments übernimmt, als überflüssig angesehen werden.

18 Es muss jedoch klargestellt werden, dass nur die im CTPC vorgesehenen Grundsätze in Verträge übernommen werden können, die der Bundesrat allein abschließen kann. Wenn der Vertrag Grundsätze aus den Zusatzprotokollen zum CTPC übernimmt, muss er von der Bundesversammlung genehmigt werden. So müssen bilaterale Verträge, die eine "zwangsweise" Überstellung vorsehen, d. h. eine Überstellung ohne Zustimmung der verurteilten Person, wie sie im Zusatzprotokoll zum PKKA vorgesehen ist, der Bundesversammlung vorgelegt werden. Dies ist beim Vertrag mit dem Kosovo der Fall, der 2012 abgeschlossen und 2013 von der Bundesversammlung genehmigt wurde.

Schliesslich hält die Botschaft noch fest, dass der Vertrag nicht dem fakultativen Referendum unterstehen darf. Die vor dieser Kompetenzdelegation verabschiedeten Verträge über die Überstellung verurteilter Personen unterlagen nicht dem Referendum (weder der Vertrag mit Thailand noch der Vertrag mit Marokko wurden dem Referendum unterstellt, ebenso wenig übrigens das CTPC). Diese Verträge wurden jedoch vor der Änderung von Art. 141 BV und der Hinzufügung von Abs. 3 in lit. d genehmigt, wonach Verträge, die wichtige rechtsetzende Bestimmungen enthalten, dem Referendum unterstellt werden müssen. Als rechtsetzend gelten generell-abstrakte, direkt anwendbare Bestimmungen, die Pflichten begründen, Rechte verleihen oder Zuständigkeiten zuweisen (Art. 22 Abs. 4 ParlG). Darüber hinaus scheint die Bundesversammlung diese Regel restriktiv auszulegen und das Referendum auch dann vorzuschreiben, wenn Verträge inhaltlich ähnlich sind. Überstellungsverträge, die nach der Verfassungsänderung verabschiedet wurden, würden unserer Ansicht nach dem fakultativen Referendum unterliegen. Dies ist der Fall beim Vertrag zwischen der Schweiz und dem Kosovo, der einem solchen Referendum unterstellt wurde. 19

Wir sind jedoch der Ansicht, dass diese Bedingung nicht erwähnt werden sollte, da sie streng genommen keine ist. Das fakultative Referendum kann nämlich nur für Rechtsakte verlangt werden, die von der Bundesversammlung genehmigt werden. Der eigentliche Zweck der in Art. 8a vorgesehenen Delegation besteht jedoch darin, dass die Verträge, die in den Anwendungsbereich dieser Kompetenzdelegation fallen, nicht von der Bundesversammlung genehmigt werden. Sie werden daher aufgrund von Art. 8a IRSG nicht dem fakultativen Referendum unterstellt. 20

C. Praxis

Infolge des Inkrafttretens von Art. 8a IRSG hat die Schweiz mehrere bilaterale Verträge geschlossen, indem sie von dieser Kompetenzdelegation Gebrauch gemacht hat. So wurden Abkommen mit Peru, Paraguay, der Dominikanischen Republik, Kuba, Brasilien und Barbados geschlossen. Diese Abkommen wurden, soweit sie sich an den Grundsätzen der CTPC orientieren, direkt vom Bundesrat abgeschlossen, ohne der Bundesversammlung vorgelegt zu werden. 21

22 Im Gegensatz dazu sieht der Vertrag mit dem Kosovo, wie oben erwähnt, die Überstellung ohne Zustimmung der betroffenen Person vor. Er geht weiter als das CTPC, da er Normen übernimmt, die im Zusatzprotokoll zum CTPC enthalten sind. Er wurde daher von der Bundesversammlung genehmigt, da er über den Rahmen der Kompetenzdelegation hinausgeht.

Die Stellungnahme gibt die persönliche Meinung des Autors wieder und ist für das Bundesamt für Justiz nicht bindend.

LITERATURVERZEICHNIS

Biaggini Giovanni, BV Kommentar, 2e éd., Zurich 2017.

Ehrenzeller Bernhard/Egli Patricia/Hettich Peter, Hongler Peter/Schindler Benjamin/Schmid Stefan G./Schweizer Rainer J. (édit), Die schweizerische Bundesverfassung – St. Galler Kommentar, 4e éd., Zurich 2023.

Gonin Luc, Droit constitutionnel suisse, Genève/Zurich 2021.

Ludwiczak Glassey Maria, Entraide judiciaire internationale en matière pénale – Précis de droit suisse, Bâle 2018.

Martenet Vincent/Dubey Jacques, Constitution fédérale, Commentaire romand, Bâle 2021.

Moreillon Laurent (édit.), Entraide internationale en matière pénale, Commentaire romand, Bâle 2004.

Nations Unies, Conférence des Parties à la Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée, Transfert des personnes condamnées (article 17 de la Convention contre la criminalité organisée) – Document d'information établi par le Secrétariat, CTOC/COP/WG.3/2022/2 [NU, Transfert de personnes condamnées].

Niggli Marcel Alexander/Heimgartner Stefan (édit.), Internationales Strafrecht, IRSG, GwÜ, Basler Kommentar, Bâle 2015.

OFJ, Gutachten des Bundesamtes für Justiz vom 6. Januar 2004 zuhanden der aussenpolitischen und staatspolitischen Kommissionen von National- und Ständerat, überarbeitet im Mai 2004, JAAC 2004 83 1077.

Peters Anne/Petrig Anna, Völkerrecht - Allgemeiner Teil, 6e éd., Zurich 2023.

Protic Jelena, Commentaire de l'art. 166 Cst, in: Stefan Schlegel / Odile Ammann (édit.), Onlinekommentar de la Constitution fédérale - version: 31.01.2023: https://onlinekommentar.ch/fr/kommentare/bv166 (visité le 16.04.2023).

Sägesser Thomas, Regierungs- und Verwaltungsorganisationsgesetz RVOG, Berne 2022.

Unseld Lea, Internationale Rechtshilfe im Steuerrecht – akzessorische Rechtshilfe, Auslieferung und Vollstreckungshilfe bei Fiskaldelikten, Zurich 2011.

Zimmermann Robert, La coopération judiciaire internationale en matière pénale, 5e éd., Berne 2019.

KOMMENTIERUNG ZU

Art. 11b IRSG

Eine Kommentierung von Elif Askin

ZITIERVORSCHLAG

Elif Askin, Kommentierung zu Art. 11b IRSG, in: Maria Ludwiczak Glassey/ Lukas Staffler (Hrsg.), Onlinekommentar zum Bundesgesetz über internationale Rechtshilfe in Strafsachen

Kurzzitat: OK-Askin, Art. 11b IRSG N. XXX.

1*b*. Kapitel: Schutz von Personendaten

Art. 11*b* Auskunftsrecht bei hängigen Verfahren

[1] Solange ein Rechtshilfeverfahren hängig ist, kann die Person, gegen die sich ein Ersuchen um zwischenstaatliche Zusammenarbeit in Strafsachen richtet, die sie betreffenden Personendaten sowie die folgenden Informationen einsehen:

a. den Zweck und die Rechtsgrundlage der Bearbeitung;

b. die Aufbewahrungsdauer der Personendaten oder, falls dies nicht möglich ist, die Kriterien zur Festlegung dieser Dauer;

c. die Empfänger oder die Kategorien von Empfängern;

d. die verfügbaren Angaben über die Herkunft der Personendaten;

e. die Informationen, die erforderlich sind, damit sie ihre Rechte geltend machen kann.

[2] Die zuständige Behörde kann die Auskunft verweigern, einschränken oder aufschieben, wenn Gründe nach Artikel 80*b* Absatz 2 vorliegen oder wenn:

a. es aufgrund überwiegender Interessen Dritter erforderlich ist;

b. es aufgrund überwiegender öffentlicher Interessen, insbesondere der inneren oder äusseren Sicherheit der Schweiz, erforderlich ist; oder

c. durch die Information der betroffenen Person eine Ermittlung, ein Untersuchungs- oder ein Gerichtsverfahren oder ein Verfahren der zwischenstaatlichen Zusammenarbeit in Strafsachen gefährdet werden kann.

GLIEDERUNG

I. Entstehungsgeschichte 80
II. Bedeutung der Norm 80
III. Geltungsbereich von Art. 11b IRSG 81
A. Anwendungsbereich des Auskunftsrechts (Art. 11b Abs. 1 IRSG) 81
B. Adressatenkreis der Auskunftsberechtigung 83
C. Einschränkungen (Art. 11b Abs. 2 IRSG) 85
Literaturverzeichnis 88
Materialienverzeichnis 89

I. ENTSTEHUNGSGESCHICHTE

1 Am 1. März 2019 ist Art. 11*b* als Teil des neu eingeführten Kapitels 1*b* des Bundesgesetzes über internationale Rechtshilfe in Strafsachen (IRSG) in Kraft getreten.[37] Diese Bestimmung soll den Schutz personenbezogener Daten in hängigen Rechtshilfeverfahren durch die Verankerung eines Auskunftsrechts gewährleisten.[38]

2 Die Vorschrift wurde im Rahmen der Totalrevision des Bundesgesetzes über den Datenschutz (DSG)[39] eingeführt und setzt die Anforderungen der EU-Richtlinie 2016/680[40] um.[41] Mit der Umsetzung der EU-Richtlinie 2016/680 und der Einführung von Art. 11*b* in das IRSG nutzt der Bund seine Gesetzgebungskompetenz, da die zwischenstaatliche Zusammenarbeit in Strafsachen im Bundesrecht geregelt ist.[42]

II. BEDEUTUNG DER NORM

3 Das DSG ist auf das Verfahren der internationalen Rechtshilfe in Strafsachen nicht anwendbar.[43] Die Verarbeitung von Personendaten in diesen Rechtshilfeverfahren fällt in den Anwendungsbereich des europäischen Rechtsakts.[44] Art. 11*b* IRSG regelt das Auskunftsrecht im Rahmen eines

37. Bundesgesetz über internationale Rechtshilfe in Strafsachen (IRSG) vom 20.3.1981, SR 351.1. Siehe auch Botschaft zum Bundesgesetz über die Totalrevision des Bundesgesetzes über den Datenschutz und die Änderung weiterer Erlasse zum Datenschutz vom 15.9.2017 (Botschaft Totalrevision Datenschutz), BBl 2017 6941, S. 7162.
38. Stelzer-Więckowska, Die kleine Rechtshilfe in Strafsachen, 358.
39. Bundesgesetz über den Datenschutz (DSG) vom 25.9.2020, SR 235.1. Siehe auch Botschaft Totalrevision Datenschutz, BBl 2017 6941.
40. Richtlinie (EU) 2016/680 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 27.4.2016 zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten durch die zuständigen Behörden zum Zwecke der Verhütung, Ermittlung, Aufdeckung oder Verfolgung von Straftaten oder der Strafvollstreckung sowie zum freien Datenverkehr und zur Aufhebung des Rahmenbeschlusses 2008/977/JI des Rates (EU-Richtlinie 2016/680), ABl L 119/89.
41. Botschaft Totalrevision Datenschutz, BBl 2017 6941, S. 7162.
42. Ibid.; EJPD, Erläuternder Bericht zum Vorentwurf für das Bundesgesetz über die Totalrevision des Datenschutzgesetzes und die Änderung weiterer Erlasse zum Datenschutz vom 21.12.2016 (Erläuternder Bericht Datenschutzgesetz), 105.
43. Botschaft Totalrevision Datenschutz, BBl 2017 6941, S. 7162. Vgl. hierzu auch Art. 2 Abs. 3 DSG. Siehe auch BSK-Drechsler Art. 2 DSG N. 37.

hängigen Rechtshilfeverfahrens und setzt damit die Anforderungen von Art. 14 und 18 der EU-Richtlinie 2016/680 um, die aufgrund der Schengen-Zusammenarbeit auch für die Schweiz relevant sind.[45]

Bei Art. 11*b* IRSG handelt es sich um ein besonderes Auskunftsrecht im Rahmen hängiger Rechtshilfeverfahren, das anderen verfahrensrechtlichen Bestimmungen vorgeht.[46] Ausgeschlossen ist insbesondere die Anwendung der Vorschriften der schweizerischen Strafprozessordnung (StPO) zur Datenverarbeitung.[47] 4

Die Anwendung von Art. 11*b* IRSG ist nicht auf Bundesbehörden wie die Bundesanwaltschaft oder das Bundesamt für Justiz beschränkt.[48] Die Bestimmung gilt für alle Behörden, auch die kantonalen, die an der Unterstützung von Rechtshilfeverfahren beteiligt sind oder über ausländische Rechtshilfeersuchen entscheiden.[49] 5

III. GELTUNGSBEREICH VON ART. 11*B* IRSG

A. Anwendungsbereich des Auskunftsrechts (Art. 11*b* Abs. 1 IRSG)

Art. 11*b* IRSG dient grundsätzlich dem Ausgleich zwischen Verfahrensrechten und Datenschutz.[50] Die Bestimmung trägt insbesondere dem Bedürfnis nach besonderen datenschutzrechtlichen Regelungen zum Schutz von Personendaten während eines hängigen Rechtshilfeverfahrens Rechnung.[51] Das Auskunftsrecht in Art. 11*b* IRSG ermöglicht es den ersuchenden Personen, Transparenz hinsichtlich der Verarbeitung ihrer personenbezogenen Daten durch die Behörden zu erlangen.[52] 6

Die Bestimmung gewährt einer Person, gegen die sich ein Ersuchen um zwischenstaatliche Zusammenarbeit in Strafsachen richtet, das Recht, ihre 7

44. Botschaft Totalrevision Datenschutz, BBl 2017 6941, S. 7162.
45. Ibid.
46. Stelzer-Więckowska, Die kleine Rechtshilfe in Strafsachen, 358. Siehe aus der Rechtsprechung z.B. BVGer, A-5706/2020 vom 5.3.2021, E. 2.3.2; BVGer, A-5709/2020 vom 5.3.2021, E. 2.3.2; BStGer, RR.2020.311 vom 2.2.2021, E. 2.2.
47. Vgl. Art. 95 ff. der schweizerischen Strafprozessordnung (StPO) vom 5.10.2007, SR 312.0.
48. Botschaft Totalrevision Datenschutz, BBl 2017 6941, S. 7162.
49. Ibid.
50. Gless, Internationales Strafrecht, Rn. 353.
51. EJPD, Erläuternder Bericht Datenschutzgesetz, 105.

personenbezogenen Daten und die in Art. 11*b* Abs. 1 lit. a-e IRSG aufgeführten Informationen einzusehen.[53] Gleichzeitig werden den zuständigen Behörden, die im Rahmen eines Rechtshilfeverfahrens Personendaten verarbeiten, entsprechende Informationspflichten auferlegt.[54]

8 Die betroffene Person besitzt demnach das Recht auf Zugang zu den sie betreffenden Personendaten. Darunter fallen gemäss Art. 5 lit. a DSG «alle Angaben, die sich auf eine bestimmte oder bestimmbare natürliche Person beziehen»[55] und sämtliche Informationen, die in Art. 11*b* Abs. 1 lit. a-e IRSG abschliessend aufgeführt sind.[56]

9 Gemäss Art. 11*b* Abs. 1 IRSG hat die betroffene Person das Recht, Auskunft über die Bearbeitung ihrer Personendaten zu erhalten. Dies beinhaltet zunächst das Recht, den Zweck und die Rechtsgrundlage der Bearbeitung zu kennen.[57] Die Datenverarbeitung umfasst sämtliche Vorgänge in Bezug auf Personendaten, unabhängig von angewandten Mitteln und Verfahren, insbesondere das Erheben, Speichern, Aufbewahren, Verwenden, Verändern, Bekanntgeben, Archivieren, Löschen oder das Vernichten von Daten.[58] Die betroffene Person hat ferner das Recht, die Dauer der Aufbewahrung ihrer Daten oder, wenn dies nicht möglich ist, zumindest die Kriterien für die Festlegung dieser Dauer zu erfahren.[59] Darüber hinaus kann ihr die zuständige Behörde Auskunft über die Empfänger oder Kategorien von Empfängern ihrer personenbezogenen Daten sowie über die verfügbaren Informationen über die Herkunft dieser Daten erteilen.[60] Schliesslich hat die betroffene Person das Recht auf Zugang zu Informationen, die für die wirksame Ausübung ihrer Rechte erforderlich sind.[61] Dies bedeutet unter anderem, dass die zuständige Behörde die betroffene Person darüber informieren muss, dass ihre

52. Siehe Botschaft Totalrevision Datenschutz, BBl 2017 6941, S. 6981.
53. Stelzer-Więckowska, Die kleine Rechtshilfe in Strafsachen, 358.
54. EJPD, Erläuternder Bericht Datenschutzgesetz, 105.
55. Art. 5 lit. a DSG. Siehe auch Ludwiczak Glassey, Art. 11*b* EIMP, in: Ludwiczak Glassey/Moreillon (Hrsg.), Petit commentaire loi fédérale sur l'entraide internationale en matière pénale, Rn. 2.
56. Ludwiczak Glassey, Art. 11*b* EIMP, in: Ludwiczak Glassey/Moreillon (Hrsg.), Petit commentaire loi fédérale sur l'entraide internationale en matière pénale, Rn. 2
57. Art. 11*b* Abs. 1 lit. a IRSG.
58. Art. 5 lit. d DSG.
59. Art. 11*b* Abs. 1 lit. b IRSG.
60. Art. 11*b* Abs. 1 lit. c und d IRSG.
61. Art. 11*b* Abs. 1 lit. e IRSG.

datenschutzrechtlichen Ansprüche im Rahmen des hängigen Rechtshilfeverfahrens beurteilt werden und denselben Rechtsmitteln unterliegen.[62]

Eine Person, gegen die sich ein Ersuchen um zwischenstaatliche Zusammenarbeit in Strafsachen richtet, kann sich gemäss Art. 11*d* IRSG gegen die rechtswidrige Bearbeitung ihrer Personendaten wehren.[63] Sie kann von den zuständigen Behörden verlangen, dass rechtswidrig bearbeitete Personendaten gemäss den Bestimmungen des IRSG berichtigt oder gelöscht werden.[64] Die Löschung von Personendaten unterliegt jedoch gemäss Art. 11*d* Abs. 2 IRSG Ausnahmen. So können Personendaten in bestimmten Fällen nicht gelöscht, sondern lediglich in ihrer Bearbeitung «eingeschränkt» werden.[65] Dies bedeutet, dass die Daten nicht vollständig gelöscht, sondern der Zugriff und die Bearbeitung eingeschränkt werden.[66] 10

B. Adressatenkreis der Auskunftsberechtigung

Gemäss Art. 11*b* Abs. 1 IRSG unterscheidet sich die Auskunftsberechtigung von jener nach Art. 14 und 16 der EU-Richtlinie 2016/680 dadurch, dass nur die «Person, gegen die sich ein Ersuchen um zwischenstaatliche Zusammenarbeit richtet» und nicht die «betroffene Person» auskunftsberechtigt ist.[67] 11

Anders als die Regelung in Art. 11*b* Abs. 1 IRSG geht die EU-Richtlinie 2016/680 davon aus, dass bei der Verarbeitung personenbezogener Daten im Rechtshilfeverfahren potenziell verschiedene Kategorien von Personen betroffen sind, denen das Auskunftsrecht zustehen könnte.[68] Dementsprechend sollen nach der EU-Richtlinie 2016/680 alle «betroffenen» Personen ein Auskunftsrecht haben, insbesondere Verdächtige, verurteilte Straftäter, Opfer sowie weitere Parteien wie Zeugen, Personen mit 12

62. Botschaft Totalrevision Datenschutz, BBl 2017 6941, S. 7162; Ludwiczak Glassey, Art. 11*b* EIMP, in: Ludwiczak Glassey/Moreillon (Hrsg.), Petit commentaire loi fédérale sur l'entraide internationale en matière pénale, Rn. 2.
63. Stelzer-Więckowska, Die kleine Rechtshilfe in Strafsachen, 359.
64. Art. 11*d* Abs. 1 IRSG.
65. Art. 11*d* Abs. 2 lit. a-c IRSG
66. Ibid.
67. Stelzer-Więckowska, Die kleine Rechtshilfe in Strafsachen, 359.
68. EU-Richtlinie 2016/680, E. 31.

einschlägigen Informationen oder Personen, die mit Verdächtigen oder verurteilten Straftätern in Kontakt oder in Verbindung stehen.[69]

13 Aus Art. 11*b* IRSG ergibt sich jedoch, dass nur Personen, gegen die sich ein Rechtshilfeersuchen richtet, auskunftsberechtigt sind.[70] Dies zeigt, dass der schweizerische Gesetzgeber offenbar den Kreis der Auskunftsberechtigten – ähnlich wie bei der Beschwerdefähigkeit im IRSG[71] – auf einen eng definierten Kreis von Berechtigten beschränken wollte, entgegen den Vorgaben der EU-Richtlinie 2016/680.[72]

14 Die Regelung von Art. 11*b* Abs. 1 IRSG, wonach das Auskunftsrecht nur den Personen zusteht, gegen die sich das Rechtshilfeersuchen richtet, steht auch im Widerspruch zu anderen datenschutzrechtlichen Bestimmungen des IRSG. [73] Sie verstösst insbesondere gegen die in Umsetzung von Art. 6 der EU-Richtlinie 2016/680 erlassene Berechtigungsregelung in Art. 11*h* Abs. 2 lit. a IRSG. Diese Bestimmung verlangt, dass die zuständigen Behörden bei der Bearbeitung von Personendaten zwischen verschiedenen Kategorien von Personen unterscheiden.[74]

15 Auch im Vergleich zum innerstaatlichen Strafverfahren wird das Auskunftsrecht gemäss Art. 11*b* IRSG restriktiver gehandhabt.[75] Nach Art. 97 StPO haben nicht nur die «Parteien» eines hängigen Strafverfahrens, sondern auch «andere Verfahrensbeteiligte» das Recht auf Auskunft über die sie betreffenden Personendaten.[76] Zu diesen Verfahrensbeteiligten gehören geschädigte Personen, Personen, die Anzeige erstatten, Zeugen, Auskunftspersonen, Sachverständige oder durch Verfahrenshandlungen beschwerte Dritte.[77] Umgekehrt haben Personen, die keiner dieser Kategorien angehören, kein Auskunftsrecht gemäss Art. 97 StPO, auch wenn ihre Personendaten in einem hängigen Strafverfahren bearbeitet werden.[78]

---

69. Ibid. Siehe auch Stelzer-Więckowska, Die kleine Rechtshilfe in Strafsachen, 359.
70. Art. 11*b* IRSG. Siehe auch Stelzer-Więckowska, Die kleine Rechtshilfe in Strafsachen, 359.
71. Art. 21 Abs. 3 IRSG, in dem die Beschwerdefähigkeit «persönlich und direkt Betroffenen» zugesprochen wird. Siehe auch Stelzer-Więckowska, Die kleine Rechtshilfe in Strafsachen, 360.
72. Stelzer-Więckowska, Die kleine Rechtshilfe in Strafsachen, 360.
73. Ibid.
74. Art. 11*h* Abs. 2 lit. a IRSG.
75. Stelzer-Więckowska, Die kleine Rechtshilfe in Strafsachen, 360.
76. Art. 97 StPO.
77. Art. 105 Abs. 1 lit. a–f StPO.

Die restriktive Regelung der Anspruchsberechtigten gemäss Art. 11*b* IRSG führt aus grund- und menschenrechtlicher Perspektive dazu, dass betroffenen Personen, deren Rechte gemäss Art. 13 Abs. 2 BV und Art. 8 EMRK berührt sind, das Auskunftsrecht in einem Rechtshilfeverfahren verweigert wird.[79] So haben beispielsweise Zeugen oder durch Verfahrensverhandlungen beschwerte Dritte kein Auskunftsrecht nach Art. 11*b* Abs. 1 IRSG, auch wenn ihre Personendaten in den Verfahrensakten enthalten sind.[80] Obwohl Art. 8 Abs. 1 EMRK kein ausdrückliches Recht auf Auskunft für den Einzelnen vorsieht,[81] kann das Fehlen eines Rechtsschutzes im Bereich des Datenschutzes zu einer Verletzung des Rechts auf wirksame Beschwerde gemäss Art. 13 EMRK führen.[82] 16

Das Auskunftsrecht im Rahmen eines hängigen Rechtshilfeverfahrens gemäss Art. 11*b* IRSG ist damit restriktiver ausgestaltet als in den einschlägigen schweizerischen und unionsrechtlichen Bestimmungen. Dies steht im Widerspruch zu Ziel und Zweck von Art. 11*b* IRSG, der als Datenschutzbestimmung im Sinne der EU-Richtlinie 2016/680 auszulegen ist.[83] In der Literatur wird daher die Auffassung vertreten, von einer zu engen Auslegung abzusehen und den Betroffenen in hängigen Rechtshilfeverfahren Zugang zu den sie betreffenden Personendaten zu gewähren.[84] Auch das Bundesgericht hat in einem Urteil zur Übermittlung von anwaltlich ausgestellten Dokumenten darauf hingewiesen, dass es im Zusammenhang mit den Bestimmungen zum Schutz von Personendaten (Art. 11*b* ff. IRSG) Ausnahmen geben kann.[85] 17

C. Einschränkungen (Art. 11*b* Abs. 2 IRSG)

Das Auskunftsrecht gemäss Art. 11*b* Abs. 1 IRSG gilt nicht absolut.[86] Die möglichen Gründe für die Einschränkung des Auskunftsrechts sind in der 18

78. BSK-Fiolka Art. 97 StPO N. 11; Botschaft zur Vereinheitlichung des Strafprozessrechts vom 21.12.2005, BBl 2006 1085, S. 1159 f.
79. Stelzer-Więckowska, Die kleine Rechtshilfe in Strafsachen, 360
80. Ibid.
81. Vgl. SK-StPO-Meyer Art. 8 EMRK N. 173.
82. Ibid.; Stelzer-Więckowska, Die kleine Rechtshilfe in Strafsachen, 360.
83. Ludwiczak Glassey/Bonzanigo, Protection des données et coopération internationale, in: AJP 2021, S. 1001.
84. Ibid.

Bestimmung weit gefasst.[87] Nach Art. 11*b* Abs. 2 IRSG kann die zuständige Behörde die Auskunft verweigern, einschränken oder aufschieben, wenn Gründe gemäss Art. 80*b* Abs. 2 IRSG vorliegen oder eine der Voraussetzungen gemäss Art. 11*b* Abs. 2 lit. a–c IRSG erfüllt ist.

19 Gemäss Art. 11*b* Abs. 2 lit. a–c IRSG kann das Auskunftsrecht betroffener Personen eingeschränkt werden, wenn überwiegende Interessen Dritter (lit. a) oder überwiegende öffentliche Interessen, insbesondere im Hinblick auf die innere oder äussere Sicherheit der Schweiz (lit. b), dies erfordern. Zudem kann das Auskunftsrecht eingeschränkt werden, wenn die Bekanntgabe von Personendaten eine Ermittlung, eine Untersuchung, ein Gerichtsverfahren oder ein internationales Rechtshilfeverfahren gefährden könnte (lit. c).

20 Die Aufzählung in Art. 11*b* Abs. 2 IRSG ist nicht abschliessend.[88] Die Behörde kann sich im Einzelfall auf weitere Gründe stützen, um das Auskunftsrecht in einem hängigen Rechtshilfeverfahren einzuschränken.[89]

21 Zusätzlich zu den in Art. 11*b* Abs. 2 lit. a-c IRSG genannten Einschränkungsgründen gelten für das Auskunftsrecht auch die in Art. 80*b* Abs. 2 lit. a-e IRSG aufgelisteten Gründe. Danach kann das Auskunftsrecht eingeschränkt werden, wenn dies im Interesse eines ausländischen Verfahrens liegt (lit. a). Dies betrifft insbesondere Fälle, in denen Kollusionsgefahr besteht und Anhaltspunkte dafür vorliegen, dass die Auskunftsberechtigten nach Art. 11*b* IRSG indirekt Zugang zu Beweismitteln des Rechtshilfeverfahrens erhalten könnten und damit die Integrität des ausländischen Strafverfahrens gefährdet wäre.[90] Auch der Schutz eines wesentlichen rechtlichen Interesses, sofern der ersuchende Staat dies verlangt (lit. b), sowie die Natur oder die Dringlichkeit der zu ergreifenden Massnahme (lit. c) können zu einer Einschränkung des Auskunftsrechts führen. Dies betrifft vor allem Fälle

86. Botschaft Totalrevision Datenschutz, BBl 2017 6941, S. 7162; Stelzer-Więckowska, Die kleine Rechtshilfe in Strafsachen, 360; Ludwiczak Glassey, Art. 11*b* EIMP, in: Ludwiczak Glassey/Moreillon (Hrsg.), Petit commentaire loi fédérale sur l'entraide internationale en matière pénale, Rn. 3.
85. BGE 130 II 162 E. 1.3. Siehe auch Ludwiczak Glassey/Bonzanigo, Qualité pour recourir de certaines entités particulières en entraide pénale internationale: hoirie, société dissoute et liquidée et trust, in: AJP 2022, S. 147.
87. Stelzer-Więckowska, Die kleine Rechtshilfe in Strafsachen, 361.
88. EJPD, Erläuternder Bericht Datenschutzgesetz, 105.
89. Ibid.
90. BSK-Heimgartner/Niggli Art. 80b IRSG N. 14.

vorsorglicher Massnahmen, in denen das Auskunftsrecht erst nach Anordnung solcher Massnahmen gewährt werden kann, beispielsweise zur Sicherung von Beweismitteln wie der Sperrung eines Bankkontos.[91] Eine Einschränkung ist auch möglich zum Schutz wesentlicher privater Interessen (lit. d), wie insbesondere privater Geheimhaltungsinteressen oder zum Schutz der Sicherheit von Personen (z.B. psychische Integrität).[92] Schliesslich kann es unter Umständen angezeigt sein, den Betroffenen keine Auskunft zu erteilen, wenn in der Schweiz ein paralleles Verfahren läuft und die Bekanntgabe von Personendaten die Beweislage des Rechtshilfeverfahrens gefährden würde (lit. e).[93]

Die in Art. 80*b* Abs. 2 und Art. 11*b* Abs. 2 IRSG vorgesehenen Einschränkungsgründe können sich teilweise überschneiden. Die Entscheidung der zuständigen Behörde, die Erteilung von Informationen zu verweigern, einzuschränken oder aufzuschieben, muss jedoch begründet werden. Diese Begründung muss allerdings in einer Weise erfolgen, dass die verweigerten Informationen nicht offengelegt werden.[94] 22

Eine weitere Einschränkung des Auskunftsrechts gemäss Art. 11*b* IRSG ergibt sich aus dem allgemeinen Geltungsbereich des IRSG. Das IRSG, einschliesslich Art. 11*b* IRSG, ist auf Rechtshilfeverfahren in Strafsachen nicht anwendbar, wenn die Schweiz mit dem ersuchenden Staat durch einen internationalen Rechtshilfevertrag in Strafsachen verbunden ist.[95] 23

So hat das Bundesstrafgericht in einem konkreten Fall eines strafrechtlichen Rechtshilfeverfahrens, bei dem die Schweiz und die Ukraine durch das Europäische Rechtshilfeübereinkommen (EUeR)[96] staatsvertraglich gebunden waren, festgehalten, dass die datenschutzrechtliche Bestimmung – hier Art. 11*f* IRSG – gegenüber Staaten, die ein angemessenes Datenschutzniveau gewährleisten, nicht anwendbar sei.[97] Das Auskunftsrecht gemäss Art. 11*b* IRSG (wie auch Art. 11*f* IRSG) hat somit subsidiären Charakter, unabhängig 24

91. Ibid.
92. Ibid.
93. Ibid.
94. Botschaft Totalrevision Datenschutz, BBl 2017 6941, S. 7162 f.
95. Art. 1 Abs. 1 IRSG.
96. Europäisches Übereinkommen über die Rechtshilfe in Strafsachen (EUeR) vom 20.4.1959, SR 0.351.1.
97. BStGer, RR.2020.311 vom 2.2.2021, E. 3.3. Vgl. auch Art. 11*f* Abs. 2 IRSG.

davon, ob es von einer von einem Rechtshilfeersuchen unmittelbar betroffenen Person oder von einer nicht direkt betroffenen Drittperson geltend gemacht wird.[98]

25 Ein Ausschluss des Auskunftsrechts auf der Grundlage eines Staatsvertrags ist jedoch nur möglich, wenn das Schutzniveau des internationalen Rechtshilfeabkommens in Bezug auf das Auskunftsrecht demjenigen des IRSG entspricht. Dies ergibt sich auch aus dem Günstigkeitsprinzip,[99] wonach das innerstaatliche Recht keine restriktiveren Voraussetzungen vorsehen darf als das Vertragsrecht.[100] Andernfalls müssten die datenschutzrechtlichen Standards gemäss Art. 11*b* IRSG trotz eines speziellen Rechtshilfevertrags zwischen der Schweiz und dem ersuchenden Staat zur Anwendung gelangen.

LITERATURVERZEICHNIS

Drechsler Christian, Kommentierung zu Art. 2 DSG, in: Vasella David/Blechta Gabor P. (Hrsg.), Basler Kommentar, Datenschutzgesetz Öffentlichkeitsgesetz, 4. Aufl., Basel 2024.

Fiolka Gerhard, Kommentierung zu Art. 97 StPO, in: Niggli Marcel Alexander/Heer Marianne/Wiprächtiger Hans (Hrsg.), Basler Kommentar, Schweizerische Strafprozessordnung, 2. Aufl., Basel 2011.

Gless Sabine, Internationales Strafrecht, 3. Aufl., Zürich 2021.

Heimgartner Stefan/Niggli Marcel Alexander, Kommentierung zu Art. 80b, in: Niggli Marcel Alexander/Heimgartner Stefan (Hrsg.), Basler Kommentar, Internationales Strafrecht, Basel 2015.

Ludwiczak Glassey Maria, Kommentierung zu Art. 11b IRSG, in: Ludwiczak Glassey Maria/Moreillon Laurent (Hrsg), Petit commentaire loi fédérale sur l'entraide internationale en matière pénale, Basel 2024.

Ludwiczak Glassey Maria/Bonzanigo Francesca, Protection des données et coopération internationale, AJP 2021, S. 998.

98. Siehe auch Ludwiczak Glassey/Wahl, Chronique de droit pénal suisse dans le domaine international (2021), in: SRIEL 2022, S. 461.
99. BStGer, RR.2020.311 vom 2.2.2021, E. 1.1.
100. Ibid., E. 3.3.

Ludwiczak Glassey Maria/Bonzanigo Francesca, Qualité pour recourir de certaines entités particulières en entraide pénale internationale: hoirie, société dissoute et liquidée et trust, AJP 2022, S. 146.

Ludwiczak Glassey Maria/Wahl Thomas, Chronique de droit pénal suisse dans le domaine international (2021), SRIEL 2022, S. 451.

Meyer Frank, Kommentierung zu Art. 8 EMRK, in: Wolter Jürgen (Hrsg.), Systematischer Kommentar zur Strafprozessordnung, Band X, 5. Aufl., Köln 2018.

Stelzer-Więckowska Marta, Die kleine Rechtshilfe in Strafsachen: grundrechtliche Stellung der betroffenen Person, Zürich 2022.

MATERIALIENVERZEICHNIS

Botschaft vom 21.12.2005 zur Vereinheitlichung des Strafprozessrechts, BBl 2006 1085, abrufbar unter: https://www.fedlex.admin.ch/eli/fga/2006/124/de (zuletzt besucht am 1.7.2024).

EJPD, Erläuternder Bericht zum Vorentwurf für das Bundesgesetz über die Totalrevision des Datenschutzgesetzes und die Änderung weiterer Erlasse zum Datenschutz, 21.12.2016, abrufbar unter: https://www.newsd.admin.ch/newsd/message/attachments/75576.pdf (zuletzt besucht am 1.7.2024).

Botschaft vom 15.9.2017 zum Bundesgesetz über die Totalrevision des Bundesgesetzes über den Datenschutz und die Änderung weiterer Erlasse zum Datenschutz, BBl 2017 6941, abrufbar unter https://www.fedlex.admin.ch/eli/fga/2017/2057/de (zuletzt besucht am 1.7.2024).

ACHTUNG: Diese Version des Kommentars ist eine automatische maschinelle Übersetzung des Originals. Die Originalversion ist französisch. Die Übersetzung wurde mit www.deepl.com durchgeführt. Nur die Originalversion ist autoritativ. Die übersetzte Form des Kommentars kann nicht zitiert werden.

KOMMENTIERUNG ZU

Art. 16 IRSG

Eine Kommentierung von Lisa Harrison

ZITIERVORSCHLAG

Lisa Harrison, Kommentierung zu Art. 16 IRSG, in: Maria Ludwiczak Glassey/ Lukas Staffler (Hrsg.), Onlinekommentar zum Bundesgesetz über internationale Rechtshilfe in Strafsachen

Kurzzitat: OK-Harrison, Art. 16 IRSG N. XXX.

3. Kapitel: Innerstaatliches Verfahren

1. Abschnitt: Behörden und Befugnisse

Art. 16 Kantonale Behörden

[1] Die Kantone wirken bei der Durchführung des Auslieferungsverfahrens mit. Wenn das Bundesrecht nichts anderes bestimmt, obliegt ihnen die Ausführung von Ersuchen um andere Rechtshilfe, die stellvertretende Strafverfolgung und die Vollstreckung von Strafentscheiden. Sie unterstehen der Aufsicht des Bundes, soweit dieses Gesetz anzuwenden ist.

[2] ...

GLIEDERUNG

I. Allgemeiner historischer Überblick über den Ursprung der Norm 93
II. Änderung der Norm 94
III. Der Artikel in seinem Kontext 94
IV. Kommentar zum Artikel 96
A. Allgemeines 96
B. Kompetenzverteilung zwischen dem BJ und den kantonalen und eidgenössischen Behörden 97
1. Im Bereich der Auslieferung 97
a. Ausländische Auslieferungsersuchen 97
b. Die schweizerischen Auslieferungsersuchen 97
2. Die anderen Fälle von Rechtshilfe 98
3. Die Delegation der Strafverfolgung 101
a. An die Schweiz 101
b. An den ausländischen Staat 101
4. Die Vollstreckung ausländischer Strafurteile 102
a. Durch die Schweiz 102
b. Von einem ausländischen Staat 102
Weiterführende Lektüre 103
Literaturverzeichnis 103

I. ALLGEMEINER HISTORISCHER ÜBERBLICK ÜBER DEN URSPRUNG DER NORM

Vor dem Inkrafttreten des IRSG konnte im Auslieferungsverfahren je nach Art der Vorwürfe entweder die Verwaltung oder das Bundesgericht entscheiden. Für die anderen Arten der Zusammenarbeit in Strafsachen, d.h. die sonstige Rechtshilfe (auch "kleine" oder "akzessorische" Rechtshilfe genannt), die Delegation der Strafverfolgung und der Strafverfolgung sowie die Vollstreckung ausländischer Strafurteile, gab es keine Regelung. 1

In der Praxis hing die Kompetenzverteilung von der Rechtsnatur der zu entscheidenden Fragen ab: Die durch die kantonalen Prozessordnungen ermächtigten kantonalen Behörden entschieden über Fragen der Anwendung und Tragweite von Verfahrensvorschriften, und im Allgemeinen entschied die Polizeiabteilung über Fragen der internationalen Beziehungen sowie über die Bedingungen und Einschränkungen der Rechtshilfe. Darüber hinaus konnte die Polizeiabteilung die Entscheidungen der kantonalen Behörden mittels einer Anzeige an die eidgenössische Aufsichtsbehörde anfechten. Die Entscheide der Polizeiabteilung konnten ihrerseits mit einer Verwaltungsbeschwerde angefochten werden. 2

Wie aus der Botschaft des Bundesrates an die Bundesversammlung zu einem Bundesgesetz über internationale Rechtshilfe in Strafsachen und zu einem Bundesbeschluss über die Vorbehalte zum Europäischen Auslieferungsübereinkommen vom 8. März 1976 (im Folgenden: "Botschaft des Bundesrates vom 8. März 1976") hervorgeht, war diese Kompetenzverteilung unbefriedigend: Es war möglich, dass sowohl der Bundesrat als auch das Bundesgericht in derselben Angelegenheit für den Erlass eines Entscheids zuständig waren. Darüber hinaus war die Zuständigkeit in anderen Rechtshilfeakten nicht eindeutig, was das Risiko barg, dass, wenn die zuerst befasste Behörde nicht zuständig war, die Beschwerde später von der anderen Behörde wegen verspäteter Einreichung abgewiesen wurde. Da sich die Öffentlichkeit zudem zunehmend für bestimmte Problematiken der internationalen Rechtshilfe - insbesondere den Schutz des Geheimbereichs - interessierte, nahmen die Beschwerdefälle zu. Es galt, "eine einheitliche und sinnvolle Regelung für alle Arten der Zusammenarbeit" zu schaffen. Der Bundesrat beschloss, dass Artikel 12 IRSG, 3

der später zu Artikel 16 wurde, der Bundesverwaltung die Zuständigkeit für die Durchführung des Auslieferungsverfahrens einräumt. Die übrigen Rechtshilfefälle wurden aus Opportunitätsgründen - der Bund verfügte nur in Spezialfällen über entsprechende Organe - und sofern eine Bundesbehörde nicht zuständig war, den Kantonen übertragen.

4 Interessanterweise lehnte sich dieser Artikel, ebenso wie Artikel 17 IRSG, weitgehend an Artikel 3 des Bundesgesetzes zum Vertrag mit den Vereinigten Staaten von Amerika über die Rechtshilfe in Strafsachen vom 3. Oktober 1975 (nachfolgend: RVUS) an.

II. ÄNDERUNG DER NORM

5 Die einzige Änderung dieses Artikels seit dem Inkrafttreten des IRSG am 1. Januar 1983 betraf Absatz 2, der am 13. Juni 2008 mit Wirkung vom 1. Januar 2011 aufgehoben wurde, was auf die Vereinheitlichung des Strafprozessrechts vom 21. Dezember 2005 zurückzuführen ist. Tatsächlich wurde dieser Absatz durch Artikel 54 StPO obsolet, der vorsieht, dass, wenn ein Kanton mit einem internationalen Rechtshilfeersuchen befasst wird, die Staatsanwaltschaft des betreffenden Kantons für die Erfüllung der sich daraus ergebenden Aufgaben zuständig ist.

III. DER ARTIKEL IN SEINEM KONTEXT

6 Artikel 16 IRSG befindet sich im ersten Teil des Gesetzes, genauer gesagt im dritten Kapitel, das das Verfahren in der Schweiz regelt und die Vorschriften enthält, die sich aus der besonderen Rechtsnatur der internationalen Rechtshilfe in Strafsachen ergeben.

7 In diesem ersten Teil des Gesetzes finden sich die allgemeinen Bestimmungen des Gesetzes. Kapitel 1 bestimmt den Anwendungsbereich des Gesetzes (Gegenstand und Grenzen der Zusammenarbeit, Unzulässigkeit des Ersuchens, Sonderbestimmungen, System der Personen-, Akten- und Fallverwaltung, Schutz personenbezogener Daten), Kapitel 2 betrifft das anwendbare Recht, Kapitel 3 zielt darauf ab, das Verfahren in der Schweiz zu legiferieren (Behörden und Befugnisse, die hier von Interesse sind, und Rechtsschutz), während Kapitel 4 das Verfahren zwischen Staaten betrifft.

Kapitel 3, das zwei Abschnitte enthält, beschreibt die in der Schweiz für die internationale Rechtshilfe in Strafsachen zuständigen Behörden, nennt ihre Befugnisse (Abschnitt 1) und sieht den Rechtsschutz für die beschuldigte Person und andere von einer Rechtshilfemassnahme betroffene Personen oder den Geschädigten, der bei den Ermittlungen anwesend ist, vor (Abschnitt 2). 8

Artikel 16 IRSG, der die kantonalen Behörden betrifft, geht Artikel 17 voraus, der die Zuständigkeiten der Bundesbehörden vorsieht. Aus dieser Systematik ist ersichtlich, dass für das ordentliche Rechtshilfeverfahren in erster Linie die kantonalen Behörden zuständig sind. 9

Für das Auslieferungsverfahren ist die Zuständigkeit der kantonalen Behörden jedoch kollaborativ, da das BJ diese ausschliesslich bearbeitet, bevor es sie zum Vollzug an die zuständigen kantonalen Behörden weiterleitet. 10

Für die kleine Rechtshilfe, die stellvertretende Strafverfolgung und die Vollstreckung von Entscheiden sind die kantonalen Behörden zuständig, unter der Aufsicht des Bundes, wenn das IRSG anwendbar ist. Für die übrigen Rechtshilfehandlungen ist somit ab initio eine kantonale Zuständigkeit vorgesehen. Das BJ hat eine Restzuständigkeit, insbesondere für Ersuchen, die auf eine Gegenrechtsgarantie abzielen (Art. 17 Abs. 3 IRSG), oder wenn ein von der Schweiz abgeschlossener Vertrag die Zuständigkeit des BJ als Zentralbehörde begründet, wie dies mit den Vereinigten Staaten von Amerika der Fall ist (Art. 28 des Vertrags zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und den Vereinigten Staaten von Amerika über die Rechtshilfe in Strafsachen vom 25. Mai 1973) und - für Rechtshilfeersuchen in Fällen von organisiertem Verbrechen, Korruption und anderen schweren Verbrechen - mit Italien (Art. XVIII des Abkommens zwischen der Schweiz und Italien über die Ergänzung des Europäischen Übereinkommens über die Rechtshilfe in Strafsachen vom 20. April 1959 und die Erleichterung seiner Anwendung vom 10. September 1998). Das BJ hat auch eine operative Funktion in dringenden Fällen, in denen es befugt ist, vorsorgliche Maßnahmen anzuordnen (Art. 18 Abs. 2 IRSG). 11

IV. KOMMENTAR ZUM ARTIKEL

A. Allgemeines

12 Art. 16 Abs. 1 Satz 1 IRSG sieht in Übereinstimmung mit Art. 17 Abs. 2 IRSG vor, dass die kantonalen Behörden bei der Durchführung des Auslieferungsverfahrens, für das das BJ zuständig ist, zusammenarbeiten. Es ist also verständlich, dass das BJ die für Auslieferungsersuchen zuständige Behörde ist. In Unterstützung dieser Bundeskompetenz vollziehen die kantonalen Behörden die vom BJ angeordneten Massnahmen. Diese Maßnahmen gelten dann als in Ausführung des anwendbaren Bundesrechts ergriffen. Insbesondere sind die kantonalen Behörden - auf Anordnung des BJ - dafür zuständig, die Person, gegen die sich das Auslieferungsersuchen richtet, festzuhalten, Befragungen durchzuführen und möglicherweise am Ende des Auslieferungsverfahrens die Übergabe der betreffenden Person an den ersuchenden Staat zu vollziehen.

13 Art. 16 Abs. 1 Satz 2 IRSG räumt den kantonalen Behörden die primäre Zuständigkeit für den Vollzug von Ersuchen betreffend die übrigen Rechtshilfehandlungen ein. Das BJ hat in diesem Fall eine Delegations- und Koordinationsfunktion gegenüber den kantonalen Behörden. In bestimmten Fällen, wenn ein bilateraler Vertrag dies vorsieht, wird dem BJ jedoch eine primäre Zuständigkeit für den Vollzug von Rechtshilfeersuchen eingeräumt (siehe Kapitel IV B 2 unten).

14 Art. 16 Abs. 1 Satz 3 IRSG erinnert daran, dass die Kantone unter der Aufsicht des Bundes stehen, wenn dieses Gesetz anwendbar ist. Das BJ ist somit mit der Aufsicht über die Anwendung des IRSG beauftragt und verfügt daher über ein Anfechtungsrecht gegen kantonale und eidgenössische Entscheide (Art. 25 IRSG).

15 Wie bereits erwähnt (siehe Kapitel II oben), wurde Art. 16 Abs. 2 IRSG am 1. Januar 2011 aufgehoben, nachdem Art. 54 Abs. 1 StPO in Kraft getreten war, der diesen Absatz obsolet machte.

B. Kompetenzverteilung zwischen dem BJ und den kantonalen und eidgenössischen Behörden

1. Im Bereich der Auslieferung

a. Ausländische Auslieferungsersuchen

Das BJ ist zuständig für die Entgegennahme von Auslieferungsersuchen, d.h. die Übergabe von Personen an den ersuchenden Staat - zum Zwecke der Strafverfolgung oder der Vollstreckung einer freiheitsentziehenden Sanktion - an den Staat, der das Recht hat, von der Straftat Kenntnis zu erhalten, und der um die Auslieferung ersucht (Art. 32 IRSG). 16

Das BJ entscheidet, ob und unter welchen Voraussetzungen es auf das Ersuchen eintreten kann (Art. 43 IRSG), überträgt den kantonalen oder eidgenössischen Behörden die allenfalls zu treffenden Massnahmen (Art. 44 ff. IRSG) und entscheidet in erster Instanz über die Auslieferung (Art. 55 IRSG). 17

Die Kantone unterstützen diese Behörde bei der Ausführung des Auslieferungsersuchens, indem sie vorläufige Maßnahmen durchführen (Art. 44 ff. IRSG), Festnahmen und Beschlagnahmen vornehmen (Art. 47 ff. IRSG) und der verfolgten Person das rechtliche Gehör gewähren (Art. 52 ff. IRSG). Die Zuständigkeit der Kantone kann somit als operativ bezeichnet werden, da das BJ nicht über die notwendigen Mittel verfügt, um die Auslieferungsersuchen selbst zu vollziehen. 18

b. Die schweizerischen Auslieferungsersuchen

Das BJ stellt die von der Schweiz auf Ersuchen einer kantonalen oder eidgenössischen Strafverfolgungs- oder Strafvollzugsbehörde gestellten Fahndungsersuchen und leitet sie über das Schengener Informationssystem (SIS) oder über Interpol weiter (Art. 30 Abs. 2 IRSG). Wenn der Aufenthaltsort der Person bekannt ist oder vermutet wird, richtet das BJ das Fahndungsersuchen direkt an den Aufenthaltsstaat. 19

Sobald die gesuchte Person festgenommen ist, reicht das BJ das formelle Auslieferungsersuchen, das je nach vertraglicher Regelung Angaben zur gesuchten Person, einen rechtskräftigen und vollstreckbaren Haftbefehl oder ein Urteil, die anwendbaren Strafbestimmungen, allfällige Beweismittel (ein 20

Erfordernis in der Regel bei Ersuchen an sogenannte Common Law-Staaten) und nötigenfalls eine Übersetzung der Dokumente enthält, innert der vorgesehenen Frist dem ersuchten Staat ein.

21 Das BJ kann insbesondere die Weiterleitung eines Auslieferungsersuchens verweigern, wenn die Bedeutung der Straftat das Verfahren nicht rechtfertigt (Art. 30 Abs. 4 IRSG). Die kantonale Behörde kann dann gegen den Entscheid des BJ, kein Ersuchen zu stellen, Beschwerde einlegen (Art. 25 Abs. 3 zweiter Satz IRSG).

2. Die anderen Fälle von Rechtshilfe

22 Bei den anderen Rechtshilfefällen sind in erster Linie die kantonalen Behörden für das Verfahren zuständig, die eine Vorprüfung des Ersuchens vornehmen (Art. 80 IRSG) und es vollziehen (Art. 80a ff. IRSG). Die Bestimmungen des IRSG bleiben anwendbar, wenn die Schweiz mit dem ersuchenden Staat durch einen Rechtshilfevertrag verbunden ist, es sei denn, der Vertrag enthält spezifische Bestimmungen, die Vorrang vor den Bestimmungen des IRSG haben (z.B. Art. 9 2. E.A. EUeR, der die Einvernahme per Videokonferenz regelt).

23 Wenn ein internationales, bilaterales oder multilaterales Abkommen den Justizbehörden des ersuchenden Staates erlaubt, ihr Rechtshilfeersuchen direkt an die Justizbehörden des ersuchten Staates zu richten, nimmt die zuständige kantonale oder eidgenössische Justizbehörde das ausländische Rechtshilfeersuchen direkt entgegen und übermittelt nach Abschluss der Erledigung des Ersuchens die Vollstreckungsakten an den ersuchenden Staat unter Hinweis auf den Vorbehalt der üblichen Spezialität (Art. 78 Abs. 1 IRSG). In diesem Zusammenhang ist Art. 4 Abs. 1 2. ZP EUeR zu nennen, der Art. 15 EUeR ersetzt und die direkte Übermittlung zwischen Justizbehörden zulässt, ohne den Umweg über das Justizministerium der ersuchten Partei, d.h. das BJ im Falle der Schweiz, gehen zu müssen. Diese Ausnahme gilt jedoch nicht für Ersuchen um vorübergehende Überstellung von inhaftierten Personen im Sinne von Art. 11 EUeR und Art. 13 2. EV EUeR, die in jedem Fall vom Justizministerium des ersuchenden Staates an das Justizministerium des ersuchten Staates gerichtet und auf demselben Weg zurückgesandt werden müssen.

Wenn keine Vereinbarung besteht, die eine direkte Weiterleitung an die zuständige Behörde vorsieht, oder insbesondere wenn der ersuchende Staat die zuständige Justizbehörde nicht kennt, nimmt das BJ die ausländischen Ersuchen entgegen (Art. 27 Abs. 2 und 78 Abs. 1 IRSG in fine). In diesem Fall prüft das BJ summarisch die Zulässigkeit des Ersuchens in formeller Hinsicht und leitet es zur Erledigung an die zuständige kantonale oder eidgenössische Behörde weiter, es sei denn, das Ersuchen ist offensichtlich unzulässig (Art. 78 Abs. 2 IRSG). Bei der summarischen Prüfung und der Delegation an die Vollzugsbehörde verfügt das BJ über einen grossen Ermessensspielraum, und sein Entscheid zur Delegation an die Vollzugsbehörde ist nicht separat anfechtbar (Art. 78 Abs. 4 IRSG und Art. 14 IRSV). 24

In dringenden Fällen hat das BJ die Kompetenz, die notwendigen vorläufigen Massnahmen anzuordnen (Art. 18 Abs. 2 IRSG). 25

Die kantonale Zuständigkeit bestimmt sich hauptsächlich nach dem Ort, an dem die Vollstreckungshandlungen vorgenommen werden sollen. Beispielsweise sind die kantonalen Behörden für die Einvernahme einer Person mit Wohnsitz in ihrem Hoheitsgebiet oder für die Durchsuchung der Räumlichkeiten einer Firma mit Sitz in ihrem Kanton zuständig. Das BJ kann auch entscheiden, den Kanton mit dem Vollzug des Rechtshilfeersuchens zu betrauen, der ein nationales Verfahren im Zusammenhang mit dem Rechtshilfeersuchen führt, oder die Behörde, die zuständig wäre, wenn die Straftat in der Schweiz begangen worden wäre (Art. 17 Abs. 4 und 79 Abs. 2 IRSG). Grundsätzlich betrifft diese letzte Annahme Straftaten, die der Bundesrechtsprechung unterliegen (Art. 23 StPO) und führt daher zur Zuständigkeit der Bundesanwaltschaft. 26

Wenn die Ausführung des Rechtshilfeersuchens Ermittlungen in mehreren Kantonen erfordert oder auch eine Bundesbehörde betrifft, kann das BJ einen Leitkanton bezeichnen (Art. 79 Abs. 1 IRSG). Das BJ kann zudem entscheiden, selbst über die Durchführung der Rechtshilfe zu entscheiden, wenn die zuständige kantonale Behörde nicht in der Lage ist, innert angemessener Frist einen Entscheid zu fällen, oder in komplexen Fällen oder solchen von besonderer Bedeutung (Art. 79a Abs. 1 IRSG). 27

Die zuständige kantonale Behörde ist die Staatsanwaltschaft (Art. 55 Abs. 1 StPO) bzw. während der Hauptverhandlung das Gericht (Art. 55 Abs. 2 StPO). Das kantonale Ausführungsrecht zur StPO sieht vor, welche 28

Staatsanwaltschaft zuständig ist (z.B.: Die zentrale Staatsanwaltschaft im Kanton Waadt ist zuständig für die Entgegennahme und Ausführung von Rechtshilfeersuchen, die von einer Behörde ausserhalb des Kantons stammen, oder auch für die Einreichung eines Auslieferungsgesuchs beim BJ).

29 Das Verfahren für die Verwaltungsbehörden des Bundes wird analog vom VwVG geregelt; die kantonalen Behörden wenden ihrerseits analog das kantonale Verwaltungsrecht an (Art. 12 Abs. 1 IRSG). Die Verfahrenshandlungen sind in der StPO (Art. 12 Abs. 1 IRSG) geregelt, die durch das StBOG (Art. 1 Abs. 1 StBOG via Art. 12 Abs. 1 IRSG) ergänzt wird.

30 Das BJ hat die Aufgabe, die kantonalen Behörden zu beaufsichtigen (Art. 16 IRSG). In dieser Rolle kann das BJ beschliessen, kantonale Entscheide bei der Beschwerdekammer des Bundesstrafgerichts anzufechten (Art. 25 Abs. 1 und 3 sowie 80h Bst. a IRSG). Damit das BJ seine Rolle als Aufsichtsbehörde wahrnehmen kann, müssen ihm die kantonalen und eidgenössischen Entscheide im Bereich der internationalen Rechtshilfe in Strafsachen sowie die Entscheide der Beschwerdekammer des Bundesstrafgerichts mitgeteilt werden (Art. 5 IRSV). Ausserdem kann das BJ bei einer Verzögerung des Verfahrens oder bei einer Verweigerung des Entscheids die kantonale Behörde interpellieren und Informationen über den Stand des Verfahrens, die Gründe für eine allfällige Verzögerung und die geplanten Massnahmen verlangen (Art. 17a Abs. 2 IRSG). Im Falle einer ungerechtfertigten Verweigerung kann das BJ bei der zuständigen Aufsichtsbehörde intervenieren (Art. 17a Abs. 2 IRSG) oder, wenn die Behörde den Entscheid verweigert oder verzögert, Beschwerde gegen das Ausbleiben einer Verfügung einlegen, was einer negativen Verfügung gleichkommt (Art. 17a Abs. 3 IRSG). Das BJ kann auch entscheiden, selbst über die Ausführung des Rechtshilfeersuchens zu entscheiden (Art. 79a Abs. 3 Bst. c IRSG), und zwar auf Kosten des betroffenen Kantons (Art. 13 Abs. 1bis IRSV).

31 Für die Rechtshilfe mit den USA ist immer das BJ zuständig, das dann in seiner Funktion als Zentralstelle USA handelt (Art. 28 Abs. 1 RVUS und Art. 1 Ziff. 3 und 5 RVUS). Die kantonalen und eidgenössischen Strafverfolgungsbehörden unterstützen das BJ beim Vollzug dieser Rechtshilfeersuchen.

3. Die Delegation der Strafverfolgung

a. An die Schweiz

Wenn eine Auslieferung ausgeschlossen ist, die verfolgte Person sich in der Schweiz für andere, schwerere Straftaten verantworten muss und der ersuchende Staat die Garantie gibt, sie nach einem Freispruch oder einer Bestrafung in der Schweiz nicht mehr für die gleiche Tat zu verfolgen, kann die Schweiz an ihrer Stelle eine im Ausland begangene Tat ahnden (Art. 85 IRSG). Diese Möglichkeit "entspricht den Zielen einer guten Rechtspflege und einer besseren sozialen Wiedereingliederung" und stellt eine Alternative zur Auslieferung dar. 32

Ein solches Ersuchen ist an das BJ zu richten, das in Fällen kantonaler Strafgerichtsbarkeit nach Anhörung der Strafverfolgungsbehörde entscheidet, ob es das ausländische Ersuchen annimmt und die Ersuchensakten an die zuständige Strafverfolgungsbehörde weiterleitet (Art. 91 Abs. 1 IRSG). Diese Entscheidung verpflichtet die Behörde nicht, ein Strafverfahren zu eröffnen (Art. 91 Abs. 3 IRSG) oder die verfolgte Person zu verurteilen. Danach ist die zuständige Behörde verpflichtet, das Bundesamt über ihre Entscheidung, dem Delegationsantrag stattzugeben oder nicht, über die gegebenenfalls verhängte Sanktion und deren Vollstreckung sowie über jede andere getroffene Entscheidung zu informieren, und das Bundesamt unterrichtet den ersuchenden Staat darüber (Art. 36 Abs. 1 Bst. a bis e IRSV). 33

Liegt die Zuständigkeit bei der Bundesstrafgerichtsbarkeit, entscheidet das BJ im Einvernehmen mit dem Bundesanwalt oder der Bundesanwältin über die Annahme der Ersuchen (Art. 4 Abs. 4 IRSV). Diese Bestimmungen gelten nicht, wenn die Straftat aufgrund einer anderen Bestimmung der schweizerischen Gerichtsbarkeit unterliegt. 34

b. An den ausländischen Staat

Auf Ersuchen der Schweiz kann ein ausländischer Staat ersucht werden, die Strafverfolgung einer Straftat zu übernehmen, die der schweizerischen Gerichtsbarkeit unterliegt, wenn seine Gesetzgebung die gerichtliche Verfolgung und Bestrafung dieser Straftat zulässt, und zwar in zwei Fällen: a) wenn die verfolgte Person in diesem Staat wohnt und ihre Auslieferung an die Schweiz unzweckmässig oder ausgeschlossen ist, oder b) wenn die verfolgte Person an diesen Staat ausgeliefert wird und die Übertragung der 35

Strafverfolgung eine bessere soziale Wiedereingliederung erwarten lässt (Art. 88 IRSG).

36 Das Ersuchen um Übertragung der Strafverfolgung wird von der zuständigen schweizerischen Behörde, in der Regel der zuständigen Staatsanwaltschaft, beim BJ eingereicht, das es anschliessend an den ausländischen Staat weiterleitet (Art. 30 Abs. 2 IRSG). Ausgenommen sind Ersuchen, die Deutschland, Österreich und Italien betreffen, Länder, mit denen die Schweiz bilaterale Abkommen abgeschlossen hat, die es ermöglichen, ein Ersuchen um Delegation der Strafverfolgung direkt an die zuständigen Strafverfolgungsbehörden zu richten.

37 Während des Delegationsverfahrens ist es Sache des BJ, über das Schicksal des Arrests zu entscheiden, und zwar auch dann, wenn das Ersuchen um Delegation der Strafverfolgung direkt an die ausländische Behörde gerichtet wird, ohne den Umweg über das BJ zu gehen.

4. Die Vollstreckung ausländischer Strafurteile

38 Die Vollstreckung ausländischer Strafentscheidungen besteht darin, dass der ersuchte Staat eine rechtskräftige ausländische Strafentscheidung - d.h. eine Verurteilung zu einer Strafe oder Maßnahme - vollstreckt.

39 Da viele Staaten ihre eigenen Staatsangehörigen nicht ausliefern, besteht für den ersuchenden Staat die Möglichkeit, die Vollstreckung der Sanktion (Strafe oder Maßnahme) an das Herkunftsland zu delegieren, um zu verhindern, dass Personen, die durch eine rechtskräftige und vollstreckbare Entscheidung verurteilt wurden, sich der Sanktion entziehen. In diesem Fall muss dem Herkunftsland ein Antrag auf Vollstreckung des Strafurteils vorgelegt werden.

a. Durch die Schweiz

40 Das BJ ist nach Anhörung der Vollstreckungsbehörde für die Entscheidung über das Ersuchen zuständig und leitet es im Falle der Annahme an die Vollstreckungsbehörde weiter. Das Exequaturverfahren richtet sich dann nach der Strafprozessordnung.

b. Von einem ausländischen Staat

41 Ein in der Schweiz ergangener Strafentscheid kann von einem ausländischen Staat zur Vollstreckung delegiert werden, sofern die Voraussetzungen der

Artikel 100 bis 102 IRSG erfüllt sind. Das BJ ist dafür zuständig, auf Antrag der kantonalen oder eidgenössischen Behörde über die Delegation ins Ausland zu entscheiden (Art. 30 Abs. 2 IRSG).

Die Autorin hat den vorliegenden Beitrag in persönlicher Eigenschaft verfasst. Die dargestellten Einschätzungen und Meinungen sind ihre eigenen und binden das Bundesamt für Justiz nicht.

WEITERFÜHRENDE LEKTÜRE

Moreillon Laurent (édit.), Commentaire romand, Entraide internationale en matière pénale, Bâle 2004.

Donatsch Andreas/Heimgartner Stefan/Meyer Frank/Simonek Madeleine, Internationale Rechtshilfe, Zurich 2015.

LITERATURVERZEICHNIS

Bühlmann Doris, Kommentierung zu Art. 16 IRSG, in: Niggli Marcel Alexander/Heimgartner Stefan (édit.), Basler Kommentar, Internationales Strafrecht, IRSG, GwÜ, Bâle 2015.

Chatelain Roland, Problèmes relatifs à l'application de l'EIMP, RPS 1992 p. 170 ss.

Hurtado Pozo Jos, Droit pénal, Partie générale, Genève 2008.

Ludwiczak Glassey Maria, Entraide judiciaire internationale en matière pénale, Bâle 2018.

Zimmermann Robert, La coopération judiciaire internationale en matière pénale, 5e éd., Berne 2019.

ACHTUNG: Diese Version des Kommentars ist eine automatische maschinelle Übersetzung des Originals. Die Originalversion ist französisch. Die Übersetzung wurde mit www.deepl.com durchgeführt. Nur die Originalversion ist autoritativ. Die übersetzte Form des Kommentars kann nicht zitiert werden.

KOMMENTIERUNG ZU

Art. 17 IRSG

Eine Kommentierung von Lisa Harrison

ZITIERVORSCHLAG

Lisa Harrison, Kommentierung zu Art. 17 IRSG, in: Maria Ludwiczak Glassey/ Lukas Staffler (Hrsg.), Onlinekommentar zum Bundesgesetz über internationale Rechtshilfe in Strafsachen

Kurzzitat: OK-Harrison, Art. 17 IRSG N. XXX.

Art. 17 Bundesbehörden

[1] Das Eidgenössische Justiz- und Polizeidepartement (Departement) entscheidet im Fall von Artikel 1*a.* Um einen Entscheid des Departements kann bis 30 Tage nach der schriftlichen Mitteilung der Schlussverfügung ersucht werden.

[2] Das BJ nimmt die Ersuchen des Auslands entgegen und stellt die schweizerischen Ersuchen. Es behandelt Ersuchen um Auslieferung und veranlasst die Prüfung von Ersuchen um andere Rechtshilfe, stellvertretende Strafverfolgung oder Vollstreckung von Strafentscheiden durch die zuständigen kantonalen oder Bundesbehörden, sofern ihre Ausführung nicht offensichtlich unzulässig ist.

[3] Es entscheidet über:

a. das Einholen der Zusicherung des Gegenrechts (Art. 8 Abs. 1);

b. die Wahl des geeigneten Verfahrens (Art. 19);

c. die Zulässigkeit schweizerischer Ersuchen (Art. 30 Abs. 1).

[4] Es kann die Durchführung eines Verfahrens ganz oder teilweise der Bundesbehörde übertragen, die bei Begehung der Tat in der Schweiz für die Ahndung zuständig wäre.

[5] Es kann auch über die Zulässigkeit der Rechtshilfe und die Ausführung gemäss Artikel 79*a* entscheiden.

GLIEDERUNG

I. Allgemeiner historischer Überblick über den Ursprung der Norm 108
II. Änderungen der Norm 110
A. Absatz 1 110
B. Absatz 2 111
C. Absatz 3 111
D. Absatz 4 111
E. Absatz 5 111
III. Der Artikel in seinem Kontext 112
IV. Kommentar zum Artikel 113
A. Absatz 1 113
B. Absatz 2 116
1. Die Entgegennahme von Rechtshilfeersuchen aus dem Ausland. 116
2. Das Stellen von Rechtshilfeersuchen der Schweiz im Ausland 117
3. Die Bearbeitung von Auslieferungsersuchen 118
a. Die Übermittlung von schweizerischen Auslieferungsersuchen 118
b. Die Entgegennahme von ausländischen Auslieferungsersuchen 119
4. Die Weiterleitung ausländischer Rechtshilfeersuchen an die zuständigen Schweizer Behörden 119
5. Die Strafverfolgung durch Delegation 119
6. Die Vollstreckung von Entscheidungen 119
C. Absatz 3 119
1. Forderung nach einer Gegenseitigkeitsgarantie 120
2. Wahl des geeigneten Verfahrens 121
D. Absatz 4 122
E. Absatz 5 122
1. Das Gesuch erfordert Abklärungen in mehreren Kantonen. 123
2. Das Ausbleiben einer Entscheidung innerhalb einer angemessenen Frist 123
3. Komplexe Fälle oder Fälle von besonderer Bedeutung 124
Empfohlene weiterführende Lektüre 124
Literaturverzeichnis 124

I. ALLGEMEINER HISTORISCHER ÜBERBLICK ÜBER DEN URSPRUNG DER NORM

1 Wie aus dem Kommentar zu Art. 16 IRSG hervorgeht, war die Kompetenzverteilung vor dem Inkrafttreten des IRSG unbefriedigend. Das Ziel des Entwurfs des IRSG bestand darin, eine einfache Regelung zu schaffen, die eine rasche Bearbeitung des Ersuchens des ersuchenden Staates ohne unzumutbare Verzögerungen ermöglicht. Nach diesem Entwurf wurden die Zuständigkeiten zwischen dem EJPD und der Polizeiabteilung aufgeteilt, da die Erledigung eines Rechtshilfeersuchens sowohl Fragen zur "Anwendung der Strafprozessordnung" aufwerfen konnte, da die anfechtbaren Verfügungen und Entscheide "aufgrund ihrer Natur den Amtshandlungen des Untersuchungsrichters wesentlich ähneln", als auch zum Verwaltungsrecht gehörten, wenn es um die Anwendung "der eigentlichen Bestimmungen des Rechtshilfegesetzes" ging. Die Zuständigkeit, insbesondere für alles, was die Auslieferung betraf, wurde der Polizeiabteilung zugewiesen. Für andere Rechtshilfehandlungen wurde die Zuständigkeit weitgehend "den für die Strafverfolgung zuständigen Behörden" zugewiesen. Somit übernehmen die Kantone "den größten Teil der Befugnisse, die grundsätzlich der Polizeiabteilung zugewiesen sind". Der Polizeiabteilung wurde jedoch das Recht eingeräumt, "in ihrer Eigenschaft als Aufsichtsbehörde die in der kantonalen Gesetzgebung vorgesehenen Rechtsmittel zu ergreifen". Angesichts dieser Kompetenzverteilung folgt Art. 17 IRSG, der die Kompetenzen der Bundesbehörden betrifft, auf Art. 16 IRSG, der die kantonalen Behörden betrifft.

2 Art. 14 Abs. 1 des Entwurfs, der später zu Art. 17 Abs. 1 IRSG wurde, übertrug dem EJPD in den in Art. 1 Abs. 2 des Entwurfs, der inzwischen zu Art. 1a IRSG geworden ist, vorgesehenen Fällen eine ausschliessliche Entscheidungsbefugnis.

3 Die Buchstaben a und b von Art. 14 Abs. 2 des Entwurfs, der später in Art. 17 Abs. 2 IRSG integriert wurde, übertrugen der Polizeiabteilung eine ausschliessliche Entscheidungsbefugnis, um über das Vorliegen eines Unzulässigkeitsgrundes und die Ablehnung eines Antrags je nach Bedeutung der Straftat zu entscheiden.

Die Buchstaben c, e und f von Art. 14 Abs. 2 des Entwurfs, die später in Art. 17 Abs. 3 IRSG integriert wurden, übertrugen der Polizeiabteilung eine Entscheidungsbefugnis in den folgenden Fällen: 4

- Antrag auf Zusicherung der Gegenseitigkeit,
- Wahl des Verfahrens und
- Zulässigkeit eines schweizerischen Antrags.

Aus dem Entwurf des IRSG geht zudem hervor, dass Art. 13 Abs. 1 sowie Art. 14 Abs. 2 Bst. d, die später in Art. 17 Abs. 4 IRSG integriert wurden, die Übertragung der Zuständigkeit von den kantonalen Behörden auf die Bundesbehörden für die Durchführung eines Rechtshilfeverfahrens in der Schweiz regelten. Diese Kompetenzübertragung erfolgte auf Beschluss der Polizeiabteilung, die sich dafür entscheiden konnte, "die teilweise oder vollständige Durchführung eines Verfahrens einer Bundesbehörde zu übertragen, wenn die Verfolgung oder Bestrafung der Straftat bei einer Begehung in der Schweiz dieser Behörde obliegen würde". Art. 13 Abs. 2 führte in seinem zweiten Absatz ebenfalls eine Befugnis für "die gemeinsame obere Behörde" ein, über Meinungsverschiedenheiten zwischen Bundesbehörden zu entscheiden . 5

Wie Artikel 16 IRSG lehnte sich auch der Wortlaut von Artikel 17 IRSG weitgehend an Artikel 3 des Bundesgesetzes zum Vertrag mit den Vereinigten Staaten von Amerika über Rechtshilfe in Strafsachen vom 3. Oktober 1975 (nachfolgend: RVUS) an. 6

Es ist zu erwähnen, dass 1979, also noch vor dem Inkrafttreten des IRSG im Jahr 1981, die Polizeiabteilung zum Bundesamt für Polizei wurde, das im Text des IRSG gemeinhin als "Bundesamt" bezeichnet wird. Anfang der 2000er Jahre wurden die Kompetenzen des Bundesamts für Polizei im Bereich der Rechtshilfe dem Bundesamt für Justiz (nachfolgend "BJ") neu zugewiesen, ohne dass jedoch der Gesetzestext des IRSG geändert wurde. Erst Anfang 2024, im Rahmen der am 17. Juni 2022 beschlossenen Änderung der StPO, wurde der in den verschiedenen Bestimmungen des IRSG - darunter auch Art. 17 IRSG - verwendete Begriff "Bundesamt" tatsächlich durch "BJ" ersetzt. 7

II. ÄNDERUNGEN DER NORM

A. Absatz 1

8 Der erste Absatz von Art. 17 IRSG wurde 1996 aufgrund der Aufhebung des zweiten Absatzes von Art. 1, der in Art. 1a IRSG übernommen wurde geändert. Die Änderung trat am 1. Februar 1997 in Kraft.

9 Diese Änderung entsprach dem Willen des Gesetzgebers, "den Gegenstand der internationalen Zusammenarbeit besser von den Grenzen dieser Zusammenarbeit zu trennen". Gemäß der Botschaft zur Revision des Bundesgesetzes über internationale Rechtshilfe in Strafsachen und des Bundesgesetzes zum Vertrag mit den Vereinigten Staaten von Amerika über Rechtshilfe in Strafsachen sowie dem Entwurf eines Bundesbeschlusses über einen Vorbehalt zum Europäischen Übereinkommen über die Rechtshilfe in Strafsachen vom 29. März 1995, Das Ziel dieser Revision bestand darin, die Schwächen des IRSG "in Bezug auf die Ausführung von Rechtshilfeersuchen zu beheben, insbesondere in Bezug auf die Dauer des Vollstreckungsverfahrens, die sich in einigen besonders aufsehenerregenden Fällen (Pemex, Marcos) als übermäßig lang erwiesen hat". Die Mittel zur Vereinfachung und Beschleunigung des Verfahrens, die der Bundesrat und das EJPD durch Verordnungen oder Vorstösse oder durch die Rechtsprechung des Bundesgerichts anwandten, erwiesen sich als unzureichend und erforderten eine umfassendere und umfassendere Revision des Gesetzes.

10 Im Jahr 2001 wurde Art. 17 Abs. 1 IRSG im Rahmen der Totalrevision der Bundesrechtspflege erneut geändert, und zwar mit demselben Ziel wie die Änderung vom 29. März 1995, "nämlich der Beschleunigung des Verfahrens". Diese zweite Änderung, die am 1. Januar 2007 in Kraft trat, betraf die Einführung eines zweiten Satzes mit einer Frist von 30 Tagen nach der Mitteilung der Schlussverfügung, innerhalb derer ein Entscheid des Departements verlangt werden kann. Diese Frist diente dazu, "sicherzustellen, dass das Verfahren nach Artikel 1a IRSG parallel zum Beschwerdeverfahren abläuft", und somit zu verhindern, dass Personen mit Parteistellung durch die Berufung auf Artikel 1a IRSG den endgültigen Rechtshilfeentscheid blockieren können. Wie aus der Botschaft zur Totalrevision der Bundesrechtspflege vom 28. Februar 2001 hervorgeht, wurde in der Praxis das Instrument des Art. 1a IRSG "mit dem Ziel eingesetzt, die zulässige Herausgabe von Rechtshilfedokumenten zu verhindern", nachdem die ordentlichen

Rechtsmittel erfolglos ausgeschöpft worden waren. Dieses Ergebnis ist die Folge der Tatsache, dass das Verfahren nach Artikel 1a IRSG es ermöglicht, die "an sich zulässige" Rechtshilfe zu verweigern, wenn diese Zusammenarbeit die Souveränität, die Sicherheit, die öffentliche Ordnung oder andere wesentliche Interessen der Schweiz beeinträchtigen könnte.

B. Absatz 2

Absatz 2, der die Zuständigkeiten des BJ betrifft, wurde seit Inkrafttreten des IRSG nicht geändert, unter Vorbehalt der Ersetzung des Begriffs "Bundesamt" durch "BJ" am 1. Januar 2024. 11

C. Absatz 3

Absatz 3 war Gegenstand einer einzigen Änderung bei der Revision des Bundesgesetzes über internationale Rechtshilfe in Strafsachen und des Bundesgesetzes zum Vertrag mit den Vereinigten Staaten von Amerika über Rechtshilfe in Strafsachen sowie eines Entwurfs für einen Bundesbeschluss betreffend einen Vorbehalt zum Europäischen Übereinkommen über die Rechtshilfe in Strafsachen vom 29. März 1995. 12

Diese Änderung, die am 1. Februar 1997 in Kraft trat, betraf Buchstabe b dieses Absatzes, der dem BJ die Zuständigkeit für die Wahl des geeigneten Verfahrens in den in Artikel 19 IRSG vorgesehenen Fällen überträgt. 13

D. Absatz 4

Absatz 4 - der die vollständige oder teilweise Erledigung eines Rechtshilfeersuchens durch eine Bundesbehörde betrifft, die zuständig wäre, wenn die Straftat in der Schweiz begangen worden wäre - wurde seit dem Inkrafttreten des IRSG nicht geändert. 14

E. Absatz 5

Dieser letzte Absatz wurde mit der Änderung des IRSG vom 4. Oktober 1996 eingeführt und trat am 1. Februar 1997 in Kraft. 15

Er verleiht dem BJ die Kompetenz, über die Zulässigkeit der Rechtshilfe und deren Vollzug in den Fällen zu entscheiden, die in Artikel 79a IRSG vorgesehen sind, der ebenfalls bei dieser Revision eingeführt wurde und am 1. 16

Februar 1997 in Kraft trat. Die Einführung dieses Absatzes und von Artikel 79a IRSG hatte zum Ziel, die Befugnisse des BJ in bestimmten Situationen zu erweitern, in denen seine Zuständigkeit die Gewährung der Rechtshilfe oder deren Vollzug erleichtern würde.

17 Es ist darauf hinzuweisen, dass weder dieser Absatz noch Art. 79a IRSG in der Botschaft zur Revision des Bundesgesetzes über internationale Rechtshilfe in Strafsachen und des Bundesgesetzes zum Vertrag mit den Vereinigten Staaten von Amerika über Rechtshilfe in Strafsachen sowie zum Entwurf eines Bundesbeschlusses über einen Vorbehalt zum Europäischen Übereinkommen über die Rechtshilfe in Strafsachen vom 29. März 1995 vorgesehen waren. Sie wurden während der parlamentarischen Beratungen hinzugefügt.

III. DER ARTIKEL IN SEINEM KONTEXT

18 Artikel 17 IRSG befindet sich im ersten Teil des Gesetzes, der sich auf die allgemeinen Bestimmungen des Gesetzes bezieht.

19 Der Artikel ist in Kapitel 3, Abschnitt 1 eingeordnet, der das Verfahren in der Schweiz regelt und die für die internationale und Rechtshilfe in Strafsachen zuständigen Behörden und die Befugnisse dieser Behörden festlegt.

20 Wie in Kapitel 1 festgestellt, folgt Art. 17 IRSG, der die Zuständigkeiten der Bundesbehörden betrifft, auf Art. 16 IRSG, der die kantonalen Behörden betrifft. Aus dieser Systematik ergibt sich, dass das ordentliche Rechtshilfeverfahren in erster Linie in die Zuständigkeit der kantonalen Behörden fällt. Von diesem Grundsatz gibt es jedoch einige Ausnahmen, namentlich beim Auslieferungsverfahren, für das das BJ zuständig ist, oder bei der kleinen Rechtshilfe, wenn ein von der Schweiz abgeschlossener Vertrag die Zuständigkeit des BJ als Zentralbehörde begründet, wie dies mit den Vereinigten Staaten von Amerika der Fall ist (Art. 28 des Vertrags zwischen der Schweiz und den Vereinigten Staaten von Amerika, Art. 28 des Vertrags zwischen der Schweiz und den Vereinigten Staaten von Amerika, Art. 28 des Vertrags zwischen der Schweiz und den Vereinigten Staaten von Amerika, Art. 28 des Vertrags zwischen der Schweiz und den Vereinigten Staaten von Amerika, Art. 28 des Vertrags zwischen der Schweiz und dem BJ). 28 des Vertrags zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und den Vereinigten Staaten von Amerika über die Rechtshilfe in Strafsachen vom 25. Mai 1973) und - für Rechtshilfeersuchen in Fällen von organisiertem

Verbrechen, Korruption und anderen schweren Verbrechen - mit Italien (Art. XVIII des Abkommens zwischen der Schweiz und Italien über die Ergänzung des Europäischen Übereinkommens über die Rechtshilfe in Strafsachen vom 20. April 1959 und die Erleichterung seiner Anwendung, geschlossen am 10. September 1998). Daher haben die Bundesbehörden eine so genannte Residualkompetenz, die in Artikel 17 IRSG definiert ist.

IV. KOMMENTAR ZUM ARTIKEL

A. Absatz 1

Mit diesem ersten Absatz wird dem EJPD die Kompetenz eingeräumt, in den in Artikel 1a IRSG vorgesehenen Fällen zu entscheiden. Insbesondere ist das EJPD dafür zuständig, zu beurteilen, ob die gewährte Rechtshilfe die Souveränität, die Sicherheit, die öffentliche Ordnung oder andere wesentliche Interessen der Schweiz beeinträchtigen könnte, und kann gegebenenfalls die Durchführung der Rechtshilfe aus diesem Grund verweigern. 21

Der Begriff "andere wesentliche Interessen" bezieht sich auf andere Interessen, die für die Existenz des Landes als Ganzes entscheidend sind. Eine blosse Schädigung einzelner Wirtschaftsakteure reicht für die Beeinträchtigung wesentlicher Interessen nicht aus: Die Vollstreckung muss geeignet sein, der gesamten schweizerischen Volkswirtschaft Schaden zuzufügen (z.B. Gefahr eines allgemeinen Embargos für Schweizer Produkte oder eines systematischen Ausschlusses von Schweizer Unternehmen von öffentlichen Aufträgen). Artikel 1a IRSG schränkt daher die Kooperationsmöglichkeiten der Schweiz ein, wenn die Erledigung des "ansonsten gut begründeten" Ersuchens geeignet ist, die Interessen der Schweiz zu beeinträchtigen. 22

Die Tragweite dieses Artikels ist im Bereich der Auslieferung äußerst begrenzt. Wenn ein Rechtshilfevertrag mit dem ersuchenden Staat besteht, gelten die Ablehnungsgründe aus Art. 1a IRSG nur, wenn der Vertrag eine diesem Artikel gleichwertige Bestimmung enthält, was im Bereich der Auslieferung selten der Fall ist. Im Bereich der kleinen Rechtshilfe ist dieser Ablehnungsgrund in den Rechtshilfeübereinkommen sowie in bilateralen Verträgen vorgesehen. 23

24 Die Prüfung des EJPD muss sich beschränken auf "die Frage, ob die Souveränität, die Sicherheit, die öffentliche Ordnung oder andere wesentliche Interessen der Schweiz nach Artikel 1a IRSG verletzt werden, ist rein politischer Natur und muss unabhängig von einem Verfahren vor dem Bundesgericht entschieden werden" .

25 Die Berechtigung, einen Entscheid des EJPD zu verlangen, ist ausschliesslich schweizerischen Staatsangehörigen und Ausländern mit Wohnsitz in der Schweiz sowie Gesellschaften mit Sitz oder ständiger Niederlassung in der Schweiz vorbehalten.

26 Um zu verhindern, dass dieses Mittel zur Verzögerung des Verfahrens und zur Verhinderung des Vollzugs einer rechtskräftigen Schlussverfügung verwendet wird, wird der Person, die über die Legitimation zur Klage verfügt (Art. 21 Abs. 3 und 80h Bst. b IRSG), eine Frist von 30 Tagen nach der schriftlichen Mitteilung der Schlussverfügung eingeräumt, um eine Verfügung des EJPD zu beantragen. Die 30-tägige Frist beginnt mit der schriftlichen Mitteilung der Schlussverfügung (und nicht mit deren Rechtskraft) und soll sicherstellen, dass das in Art. 1a IRSG vorgesehene Verfahren "parallel zum Beschwerdeverfahren abläuft". Nach Ablauf der 30-tägigen Frist ist der Antrag unzulässig. Interessant ist jedoch, dass der Bundesrat als Beschwerdeinstanz des EJPD "von Amts wegen und jederzeit ein Rechtshilfeersuchen ablehnen kann, wenn er der Auffassung ist, dass die Ausführung des Ersuchens die Souveränität, die Sicherheit, die öffentliche Ordnung oder andere wesentliche Interessen der Schweiz beeinträchtigen könnte".

27 Die Einreichung eines auf Art. 1a IRSG gestützten Ersuchens, das nach einem vollstreckbaren Entscheid eingereicht wird, setzt die Vollstreckung dieses Entscheids nicht aus (Art. 21 Abs. 4 IRSG); es obliegt dann dem Gesuchsteller, vorsorgliche Massnahmen zu beantragen.

28 Die Zuständigkeit des EJPD zeigt die rein politische Natur dieses Entscheids. Aus demselben Grund steht gegen diesen Entscheid eine Verwaltungsbeschwerde an den Bundesrat offen (Art. 26 IRSG).

29 Ein Teil der Lehre kritisiert diese doppelte Beschwerdeinstanz scharf und ist der Ansicht, dass sie aufgrund der Tatsache, dass das EJPD direkt vom Bundesrat abhängig ist, keine Beschwerdeinstanz ist. Wir teilen diese Kritik aus zwei Gründen nicht. Erstens sind wir der Ansicht, dass die doppelte Beschwerdeinstanz im Verwaltungsverfahren keine allgemeine

Verfahrensgarantie oder ein verfassungsmäßiges Recht der Bürger ist. Zweitens sind wir der Ansicht, dass die doppelte Instanz zumindest teilweise mit dem Anspruch auf rechtliches Gehör verwechselt wird. Im vorliegenden Fall ermöglicht die doppelte Beschwerdeinstanz - EJPD und Bundesrat - dem Gesuchsteller, sich mehrmals und vor verschiedenen Behörden zu äussern und seine Argumente und Beweismittel vorzubringen. Der Anspruch des Antragstellers auf rechtliches Gehör ist somit gewahrt. Die Tatsache, dass das EJPD dem Bundesrat unterstellt ist, bedeutet nicht, dass die von den Antragstellern vorgebrachten Argumente nicht von jeder Behörde unabhängig und unparteiisch geprüft werden.

30 Ein anderer Teil der Lehre kritisiert diesen Absatz wegen der Möglichkeit, parallel dazu eine Beschwerde gegen die Zulässigkeit der Rechtshilfe zu beantragen, die gemäss Art. 80e IRSG bei der Beschwerdekammer des BStGer (Art. 37 Abs. 2 Bst. a StBOG) möglich ist. Um zu vermeiden, was sie als "Verdoppelung des Rechtswegs" bezeichnet, schlägt sie dann vor, die Abwägung aller Interessen, einschliesslich der in Art. 1a IRSG genannten, dem Richter allein vorzubehalten. Auch diese Auffassung teilen wir nicht. Es stimmt, dass die gesetzliche Systematik dazu führt, dass parallel zwei verschiedene Behörden für Entscheidungen über ein und dasselbe Rechtshilfeersuchen zuständig sind. Allerdings nehmen diese beiden Behörden, sobald sie damit befasst sind, nicht die gleiche Analyse vor: Das EJPD und der Bundesrat sind nur dafür zuständig, festzustellen, ob die wesentlichen Interessen der Schweiz die Gewährung von Rechtshilfe unmöglich machen. Im Gegensatz dazu sind das BStGer und das BGer nicht für die Prüfung dieser Frage zuständig, sondern nur für die Feststellung, ob die Rechtshilfe aufgrund der anderen Bestimmungen des IRSG gewährt werden kann. Mit anderen Worten, und wie in den Entscheidungen des Bundesrates zu Artikel 1a IRSG wiederholt betont wurde, "prüfen diese beiden Wege nicht dieselben Aspekte des Problems". Der eminent politische Charakter der in Art. 1a IRSG vorgesehenen Herausforderungen macht die Kontrolle durch das EJPD bzw. den Bundesrat unerlässlich, die besser als eine Justizbehörde in der Lage sind, mögliche politische Grenzen für die Gewährung von Rechtshilfe festzulegen. Wir weisen auch darauf hin, dass diese Kompetenzverteilung mit der Zuständigkeit dieser Behörden für die Ermächtigung der Strafverfolgungsbehörden zur Verfolgung von Straftaten politischer Natur (Art. 302 StGB und 66 StBOG) vergleichbar ist, wo der Bundesrat die Ermächtigung nur zur Wahrung übergeordneter Interessen des Landes verweigern kann (Art.

66 Abs. 1 StBOG). Wir halten schliesslich fest, dass, obwohl sich die Parallelität der Rechtswege in der Praxis manchmal als problematisch erweisen kann, die Rechtsprechung gezeigt hat, dass die beiden Rechtswege in zufriedenstellender Weise nebeneinander bestehen.

B. Absatz 2

31 Der zweite Absatz erinnert an die Kompetenzverteilung zwischen den kantonalen und eidgenössischen Behörden im Bereich der internationalen Rechtshilfe (Art. 16 Abs. 1 IRSG), wobei die Kompetenzen des BJ präzisiert werden.

32 Konkret sieht dieser Absatz vor, dass das BJ dafür zuständig ist, Ersuchen aus dem Ausland entgegenzunehmen und solche aus der Schweiz zu stellen, Auslieferungsersuchen zu bearbeiten und Ersuchen betreffend andere Rechtshilfehandlungen, die stellvertretende Strafverfolgung und die Vollstreckung von Entscheiden zur Prüfung an die zuständigen kantonalen und eidgenössischen Behörden weiterzuleiten, sofern sie nicht offensichtlich unzulässig sind.

33 Da unser Kommentar zu Artikel 16 IRSG die Kompetenzverteilung zwischen dem BJ und den kantonalen und eidgenössischen Behörden ausführlich untersucht, gehen wir im Folgenden nur auf die Besonderheiten bezüglich der Kompetenzen des BJ ein, die weiter ausgearbeitet werden können.

1. Die Entgegennahme von Rechtshilfeersuchen aus dem Ausland.

34 Unter Vorbehalt einer direkten Weiterleitung durch die ersuchende Behörde an die zuständige Vollzugsbehörde des Bundes oder der Kantone ist das BJ für die Entgegennahme von Rechtshilfeersuchen aus dem Ausland zuständig.

35 Der direkte Weg zwischen den Justizbehörden hängt in erster Linie "vom Grad der Nähe der Rechtssysteme und vom Grad der geografischen Entfernung" ab. Dieser Weg wird durch mehrere Instrumente geschaffen: die Zusatzabkommen zum EUeR, das PAII EUeR, das SDÜ und das AAF. Dieser Weg ist auch in dringenden Fällen zulässig. So können ausländische Justizbehörden in europäischen Staaten ihr Ersuchen grundsätzlich direkt an die ersuchte kantonale oder eidgenössische Justizbehörde richten. Es ist jedoch zu beachten, dass das Vereinigte Königreich einen Vorbehalt zu Artikel

4 ZPII EUeR angebracht hat. Somit müssen Ersuchen aus diesem Land an das BJ gerichtet werden und umgekehrt.

Wenn der direkte Weg nicht möglich oder nicht praktikabel ist oder eine Zuständigkeit des BJ vorgesehen ist, nimmt das BJ als schweizerische Zentralstelle ausländische Ersuchen entgegen. Dieser Weg, der auch als ministerieller Weg bezeichnet wird, ist der sogenannte Standardweg. 36

Besteht kein Vertrag mit der Schweiz, der einen solchen Weg einrichtet, muss der diplomatische Weg beschritten werden. Das BJ erhält dann das Ersuchen über die diplomatischen Kanäle von der ausländischen Behörde. 37

Bei Erhalt eines ausländischen Ersuchens nimmt das BJ eine summarische Prüfung der formellen Zulässigkeit des Ersuchens vor, bevor es dieses - sofern es nicht offensichtlich unzulässig ist - an die zuständige kantonale oder eidgenössische Behörde delegiert (Art. 78 Abs. 2 IRSG). Das BJ hat auch die Möglichkeit, das Ersuchen an den ersuchenden Staat zur Änderung oder Ergänzung zurückzusenden (Art. 78 Abs. 3 IRSG). In der Praxis wird von dieser Möglichkeit nur Gebrauch gemacht, wenn das Ersuchen mit einem schwerwiegenden Mangel behaftet ist. Die zuständige kantonale oder eidgenössische Behörde, die mit der Erledigung des Ersuchens betraut ist, wird als am besten geeignet angesehen, die von ihr benötigten Ergänzungen anzufordern. 38

Der Empfang und die Übermittlung sind nicht beschwerdefähig (Art. 78 Abs. 4 IRSG). Ebenso erlässt das BJ keinen formellen Vorentscheid über die Frage der offensichtlichen Unzulässigkeit des ausländischen Gesuchs, und ein solcher Entscheid kann auch nicht herbeigeführt werden. 39

In dringenden Fällen ist das BJ auch befugt, bei Bedarf selbst vorsorgliche Massnahmen anzuordnen (Art. 18 Abs. 2 IRSG). 40

2. Das Stellen von Rechtshilfeersuchen der Schweiz im Ausland

Bei der Einreichung von schweizerischen Ersuchen im Ausland prüft das BJ, ob diese zulässig sind (Art. 17 Abs. 2 und 3 Bst. c in Verbindung mit Art. 30 Abs. 1 IRSG). 41

In der Praxis beschränkt sich diese Prüfung auf die Feststellung, ob die Sachverhaltsdarstellung mit der Qualifikation der Straftat, auf die sich das Ersuchen bezieht, übereinstimmt, sowie allgemein auf die Vereinbarkeit mit 42

dem IRSG. Zu denken ist insbesondere an die Einhaltung des Grundsatzes der Gegenseitigkeit (Art. 8 IRSG), der zur Folge hat, dass eine schweizerische Behörde keine Massnahmen verlangen kann, die nicht von ihr selbst in Ausführung eines ausländischen Ersuchens angeordnet werden können. Dasselbe gilt, wenn die Straftat, auf die sich das Ersuchen bezieht, nach Artikel 3 IRSG keinen Anlass zur Rechtshilfe durch die Schweiz geben würde.

43 Bezüglich des Übermittlungswegs von Ersuchen der Schweiz an das Ausland gelten die Ausführungen im vorherigen Kapitel mutatis mutandis. Das BJ wird das Ersuchen also entweder auf ministeriellem oder diplomatischem Weg übermitteln, wobei der direkte Weg den Justizbehörden vorbehalten ist.

44 Im Übrigen wird auf unsere Ausführungen zu Art. 16 IRSG verwiesen, die mutatis mutandis gelten.

3. Die Bearbeitung von Auslieferungsersuchen

a. Die Übermittlung von schweizerischen Auslieferungsersuchen

45 Vor der Übermittlung eines formellen Auslieferungsersuchens ist das BJ auf Ersuchen der kantonalen oder eidgenössischen Strafverfolgungs- oder Strafvollzugsbehörde für die Übermittlung von Personenfahndungsersuchen zuständig.

46 Das Fahndungsersuchen muss von der schweizerischen Behörde schriftlich an den Fachbereich Auslieferung des BJ übermittelt werden. Eine vorzeitige Übermittlung auf elektronischem Weg ist in dringenden Fällen möglich. Bei einem Notfall ausserhalb der Bürozeiten kann die Meldung über die Einsatzzentrale von Fedpol erfolgen. Der Inhalt, der in einem solchen Ersuchen enthalten sein muss, wird im Merkblatt für internationale Personenfahndungen zum Zwecke der Auslieferung näher erläutert.

47 Die Fahndungsersuchen werden anschliessend vom BJ weitergeleitet, entweder direkt an den Aufenthaltsstaat der Person, wenn der Aufenthaltsort bekannt ist oder vermutet wird, oder über die Plattform des Schengener Informationssystems (SIS) für die Mitgliedsländer oder über Interpol.

48 Sobald die gesuchte Person festgenommen ist, ist das BJ dafür zuständig, das Auslieferungsersuchen innerhalb der gesetzten Frist im Ausland zu stellen. Dazu berät es die zuständige Schweizer Behörde bei der Vorbereitung der notwendigen Dokumente.

b. Die Entgegennahme von ausländischen Auslieferungsersuchen

In Bezug auf die Entgegennahme ausländischer Auslieferungsersuchen wird auf unsere Ausführungen in Artikel 16 IRSG verwiesen, die mutatis mutandis gelten. 49

4. Die Weiterleitung ausländischer Rechtshilfeersuchen an die zuständigen Schweizer Behörden

Sofern nicht der direkte Weg vorgesehen ist (und beschritten wird), nimmt das BJ die ausländischen Rechtshilfeersuchen (Ersuchen betreffend andere Rechtshilfehandlungen) entgegen und leitet sie nach einer summarischen Zulässigkeitsprüfung zur Erledigung an die zuständigen kantonalen und eidgenössischen Strafverfolgungsbehörden weiter. 50

5. Die Strafverfolgung durch Delegation

In Bezug auf die Delegation der Strafverfolgung wird auf unsere Ausführungen in Artikel 16 IRSG verwiesen, die mutatis mutandis gelten. 51

6. Die Vollstreckung von Entscheidungen

In Bezug auf die Vollstreckung von Strafentscheidungen wird auf unsere Erwägungen zu Artikel 16 IRSG verwiesen, die mutatis mutandis anwendbar sind. 52

C. Absatz 3

Der dritte Absatz betrifft die besonderen Befugnisse des BJ in Bezug auf : 53

a. Beantragung einer Gegenseitigkeitsgarantie (Art. 8 Abs. 1),

b. Wahl des geeigneten Verfahrens (Art. 19) und

c. Zulässigkeit eines schweizerischen Gesuchs (Art. 30 Abs. 1).

Bis zur Revision vom 17. Juni 2005 konnten die Entscheide des BJ im Sinne dieses Absatzes mit Verwaltungsbeschwerde beim Eidgenössischen Departement angefochten werden, das endgültig entschied. Ab dem 1. Januar 2007 wurde dieser Rechtsweg durch eine Beschwerde an das BStGer ersetzt, das als einzige Instanz entscheidet. 54

1. Forderung nach einer Gegenseitigkeitsgarantie

55 Der erste Buchstabe von Absatz 3 räumt dem BJ die Kompetenz ein, eine Gegenrechtsgarantie zu verlangen, wenn die Umstände dies erfordern.

56 Diese ist "im Wesentlichen ein Versprechen des ersuchenden Staates an den ersuchten Staat, ihm künftig die gleiche Art von Hilfe zu gewähren, wenn der ersuchte Staat ihn darum ersucht".

57 Verträge enthalten in der Regel keine Gegenseitigkeitsgarantie, da sie "gerade darauf abzielen, die internationale Zusammenarbeit auf eine stabile Grundlage zu stellen, die ohne derartige Erklärungen auskommt"; "die Garantie der Gegenseitigkeit ergibt sich aus dem Vertrag". Daher ist eine Gegenseitigkeitsgarantie grundsätzlich nur dann erforderlich, wenn es keine vertragliche Grundlage zwischen dem ausländischen Staat und der Schweiz gibt.

58 Art. 8 Abs. 1 IRSG in fine erinnert an die diesbezügliche Zuständigkeit des BJ, "wenn die Umstände es erfordern", und präzisiert, dass einem Rechtshilfeersuchen grundsätzlich nur entsprochen wird, wenn der ersuchende Staat Gegenseitigkeit zusichert (Art. 8 Abs. 1 IRSG). Art. 8 Abs. 2 IRSG nennt in nicht erschöpfender Weise die Fälle, in denen eine Zusicherung der Gegenseitigkeit nicht erforderlich ist, d. h. wenn es sich um eine Zustellung handelt oder wenn die Erledigung des Ersuchens :

a. aufgrund der Art der begangenen Handlung oder der Notwendigkeit, bestimmte Formen von Straftaten zu bekämpfen, geboten erscheint,

b. geeignet ist, die Situation der beschuldigten Person oder ihre Chancen auf eine soziale Wiedereingliederung zu verbessern, oder

c. der Aufklärung einer gegen einen Schweizer Bürger oder eine Schweizer Bürgerin gerichteten Tat dient.

59 Das BJ verfügt bei der Entscheidung, ob eine Gegenrechtsgarantie verlangt werden muss, über einen grossen Ermessensspielraum. Gemäss Rechtsprechung kann gemäss Buchstabe a von Art. 8 Abs. 2 IRSG insbesondere bei der Bekämpfung der organisierten Kriminalität und der Wirtschaftsdelikte sowie der Geldwäscherei und der Korruption auf eine solche Garantie verzichtet werden.

Schliesslich ist anzumerken, dass das BJ gemäss dem Vertrauensprinzip die Zuständigkeit der Behörde, welche die Gegenrechtserklärung ausstellt, nicht zu überprüfen hat, unter Vorbehalt des Falles eines offensichtlichen Missbrauchs. 60

2. Wahl des geeigneten Verfahrens

Gemäss dem zweiten Buchstaben von Absatz 3 ist das BJ auch dann zuständig, wenn ein Gesuch an einen Staat gerichtet werden muss, der die Wahl zwischen mehreren Verfahren anbietet. 61

Dieser Buchstabe von Art. 17 Abs. 3 bezieht sich auf Art. 19 IRSG, wonach, wenn sich die verfolgte Person im Ausland befindet und das Recht des Staates, an den das Ersuchen gerichtet werden soll, die Wahl zwischen mehreren Verfahren bietet, demjenigen der Vorzug zu geben ist, das die beste soziale Wiedereingliederung zu gewährleisten scheint. Diese Wahl erfolgt auf der Grundlage von : 62

a. den Beziehungen der verfolgten Person zum ersuchten Staat und zur Schweiz,

b. der Wahrscheinlichkeit einer Ausweisung aus der Schweiz,

c. einer rationalen Rechtspflege und d. einem Gesamturteil bei mehreren Straftaten (Art. 8 IRSV).

3. Zulässigkeit eines schweizerischen Ersuchens

Dieser dritte Buchstabe von Absatz 3 verleiht dem BJ die Kompetenz, über die Zulässigkeit eines schweizerischen Ersuchens zu entscheiden. 63

Das BJ nimmt diese Prüfung auf der Grundlage von Art. 30 Abs. 1 IRSG vor und prüft insbesondere, ob die Schweiz einem solchen Ersuchen Folge leisten könnte, wenn es an sie gerichtet wäre (Grundsatz der Gegenseitigkeit). 64

Damit das BJ diese Prüfung vornehmen kann, ist die ersuchende Schweizer Behörde verpflichtet, die Akten an das BJ zu übermitteln (Art. 7 IRSV). 65

Gegen einen allfälligen Entscheid des BJ, kein Rechtshilfeersuchen zu stellen, kann die kantonale Strafbehörde (Art. 25 Abs. 3 IRSG) beim BStGer Beschwerde einlegen. Gemäss Rechtsprechung kann auch die 66

Bundesstrafbehörde gegen den Entscheid des BJ, kein Ersuchen zu stellen, Beschwerde einlegen.

D. Absatz 4

67 Gemäss Absatz 4 kann das BJ, nachdem es eine summarische Prüfung des Ersuchens vorgenommen und festgestellt hat, dass dieses nicht offensichtlich unzulässig ist (Art. 17 Abs. 2 IRSG), in seiner Eigenschaft als Zentralbehörde entscheiden, die Durchführung eines Rechtshilfeverfahrens ganz oder teilweise der Bundesbehörde zu übertragen, die zuständig wäre, wenn die Straftat in der Schweiz begangen worden wäre, unter Vorbehalt der Fälle, in denen das BJ selbst für die Behandlung des Rechtshilfeersuchens zuständig ist.

68 Zu diesem Zweck bezieht sich das BJ auf die Artikel 22 ff. StPO, welche die Zuständigkeiten zwischen Bund und Kantonen abgrenzen, insbesondere auf die Artikel 23 und 24 StPO, welche die Bundeszuständigkeit für bestimmte Straftaten des StGB festlegen. Wie aus dem Begriff "kann" hervorgeht" hervorgeht, sind Art. 17 Abs. 4 IRSG sowie Art. 79 Abs. 2 IRSG aufgrund ihrer organisatorischen Natur potestativ, da diese nur die Beziehungen zwischen dem BJ und den Vollzugsbehörden regeln. Daher ist das BJ nicht an die Bestimmungen der StPO gebunden, wenn es entscheidet, eine Bundes- oder kantonale Behörde mit der Erledigung eines Ersuchens zu betrauen, und verfügt daher über einen grossen Ermessensspielraum. Auch aus diesem Grund ist der Delegationsentscheid des BJ an die Vollzugsbehörde nicht separat anfechtbar (Art. 14 IRSV).

69 Die Verfügung des BJ zur Bezeichnung der verfahrensführenden Behörde ist endgültig; sie ist weder separat noch zusammen mit der Schlussverfügung anfechtbar (Art. 79 Abs. 4 IRSG).

E. Absatz 5

70 Mit diesem letzten Absatz ist das BJ zuständig für den Entscheid über die Zulässigkeit der Rechtshilfe und deren Vollzug gemäss Art. 79a IRSG.

71 Gemäss Artikel 79a IRSG kann das BJ "über die Zulässigkeit der Rechtshilfe entscheiden und den Vollzug an eine kantonale Behörde delegieren oder selbst über den Vollzug entscheiden:

a. wenn das Ersuchen Ermittlungen in mehreren Kantonen erfordert,

b. wenn die zuständige kantonale Behörde nicht in der Lage ist, innerhalb einer angemessenen Frist einen Entscheid zu treffen,

oder c. in komplexen Fällen oder Fällen von besonderer Bedeutung".

1. Das Gesuch erfordert Abklärungen in mehreren Kantonen.

Gemäss Art. 79a Bst. a IRSG hat das BJ die Möglichkeit, über die Zulässigkeit der Rechtshilfe zu entscheiden und den Vollzug an eine kantonale Behörde zu delegieren oder selbst über den Vollzug zu entscheiden, wenn das Ersuchen Ermittlungen in mehreren Kantonen erfordert. 72

In der Praxis hat das BJ von dieser Möglichkeit nie Gebrauch gemacht, weshalb dieser Absatz bis heute toter Buchstabe bleibt. 73

2. Das Ausbleiben einer Entscheidung innerhalb einer angemessenen Frist

Das BJ kann zudem entscheiden, selbst über die Erledigung des Ersuchens zu entscheiden, wenn die zuständige kantonale Behörde nicht in der Lage ist, innerhalb einer angemessenen Frist einen Entscheid zu treffen. 74

In diesem Zusammenhang ist darauf hinzuweisen, dass im Bereich der Rechtshilfe der Grundsatz der Beschleunigung im nächsten Artikel, d.h. in Art. 17a Abs. 1 IRSG, verankert ist, der die angerufene Behörde verpflichtet, "unverzüglich" zu entscheiden. Eine Ordnungsfrist gibt es nicht. 75

Im Bereich der Rechtshilfe ist es komplex, die Einhaltung des Beschleunigungsgrundsatzes zu beurteilen, da dieser je nach Komplexität des Rechtshilfeersuchens, z. B. den erforderlichen Rechtshilfemaßnahmen und dem möglichen Austausch mit der ersuchenden Behörde, der zur Ausführung des Ersuchens erforderlich sein könnte, unterschiedlich ist. In der Lehre heißt es: "Nach einer Frist von sechs Monaten jedoch muss das Bundesamt besorgt sein und Erklärungen verlangen". Die Beschwerdebehörde muss ihrerseits dafür sorgen, dass sie innerhalb einer "Höchstfrist von drei Monaten" entscheidet. 76

Bei Auslieferungen, bei denen die Freiheit von Personen auf dem Spiel steht, müssen das BJ als ausführende Behörde sowie die Beschwerdeinstanzen innerhalb von Tagen oder sogar Wochen nach dem Ersuchen entscheiden. 77

78 Zu beachten ist, dass die Kosten, die dem Bund in Anwendung von Art. 79a Bst. b IRSG entstehen, dem Kanton auferlegt werden (Art. 13 Abs. 1bis IRSV).

3. Komplexe Fälle oder Fälle von besonderer Bedeutung

79 Schliesslich kann das BJ beschliessen, in komplexen Fällen oder Fällen von besonderer Bedeutung selbst zu entscheiden.

80 Zur Illustration sei insbesondere an die Fregattenaffäre gedacht, die "in einem Rahmen französisch-taiwanischer öffentlicher Korruption" angesiedelt war und in der das BJ auf Ersuchen des Eidgenössischen Untersuchungsrichters ("JIF") gestützt auf Art. 79a Bst. c IRSG das Rechtshilfeverfahren übernahm.

81 Ein weiteres Beispiel ist der Fall Abacha, eine Rechtshilfe, die auf einer Strafuntersuchung der nigerianischen Behörden über die Veruntreuung öffentlicher Gelder unter dem Regime des ehemaligen Staatschefs Sani Abacha beruhte. In diesem Fall übernahm das BJ das Rechtshilfeverfahren auf der Grundlage derselben Bestimmung, da das Verfahren gegen eine "politisch exponierte Person" oder "PEP" gerichtet war, in diesem Fall also gegen ein ehemaliges Staatsoberhaupt.

EMPFOHLENE WEITERFÜHRENDE LEKTÜRE

Donatsch Andreas/Heimgartner Stefan/Meyer Frank/Simonek Madeleine, Internationale Rechtshilfe, Zurich 2015.

Glassey Maria, Entraide judiciaire internationale en matière pénale, Bâle 2018.

Ludwiczak Moreillon Laurent (édit.), Commentaire romand, Entraide internationale en matière pénale, Bâle 2004.

LITERATURVERZEICHNIS

Bühlmann Doris, Kommentierung zu Art. 17 IRSG, in: Niggli Marcel Alexander/Heimgartner Stefan (édit.), Basler Kommentar, Internationales Strafrecht, IRSG, GwÜ, Bâle 2015.

Harrison Lisa, Kommentierung zu Art. 16 IRSG, in: Lukas Staffler/Maria Ludwiczak Glassey (Hrsg.), Onlinekommentar zum Bundesgesetz über

internationale Rechtshilfe in Strafsachen – Version: 08.09.2023: https://onlinekommentar.ch/fr/kommentare/irsg16.

Nations Unies, Office des Nations Unies contre la Drogue et le Crime (ONUDC), Manuel sur l'entraide judiciaire et l'extradition, New York, 2012.

Zimmermann Robert, La coopération judiciaire internationale en matière pénale, 5e éd., Berne 2019.

ACHTUNG: Diese Version des Kommentars ist eine automatische maschinelle Übersetzung des Originals. Die Originalversion ist französisch. Die Übersetzung wurde mit www.deepl.com durchgeführt. Nur die Originalversion ist autoritativ. Die übersetzte Form des Kommentars kann nicht zitiert werden.

KOMMENTIERUNG ZU

Art. 17a IRSG

Eine Kommentierung von Kastriot Lubishtani / Hélène Rodriguez-Vigouroux

ZITIERVORSCHLAG

Kastriot Lubishtani/Hélène Rodriguez-Vigouroux, Kommentierung zu Art. 17a IRSG, in: Maria Ludwiczak Glassey/Lukas Staffler (Hrsg.), Onlinekommentar zum Bundesgesetz über internationale Rechtshilfe in Strafsachen

Kurzzitat: OK-Lubishtani/Rodriguez-Vigouroux, Art. 17a IRSG N. XXX.

Art. 17*a* Gebot der raschen Erledigung

[1] Die zuständige Behörde erledigt die Ersuchen beförderlich. Sie entscheidet ohne Verzug.

[2] Sie informiert das BJ auf dessen Ersuchen über den Stand des Verfahrens, die Gründe für eine allfällige Verzögerung und die erwogenen Massnahmen. Bei ungerechtfertigter Verzögerung kann das BJ bei der zuständigen Aufsichtsbehörde intervenieren.

[3] Verweigert oder verzögert die zuständige Behörde ohne Grund den Erlass einer Verfügung, so kommt ihr Verhalten einem ablehnenden, anfechtbaren Entscheid gleich.

GLIEDERUNG

I. Grundlage und Entstehung von Art. 17a IRSG 129
II. Pflicht zur Beschleunigung (Abs. 1). 129
A. Begriff und konkrete Bedeutung 130
B. Zuständige Behörde 131
C. Begünstigte 131
D. Normative Konkretisierungen und Rechtsprechung 132
III. Informationspflicht und Interventionsrecht des BJ (Abs. 2). 134
IV. Gleichstellung der Rechtsverweigerung mit einem negativen Entscheid (Abs. 3). . 135
Literaturverzeichnis 135

I. GRUNDLAGE UND ENTSTEHUNG VON ART. 17A IRSG

Art. 17a IRSG trägt die Randbemerkung "Gebot der raschen Erledigung" ("obligation de célérité"; "obbligo di celerità"). Er konkretisiert die konventionelle und verfassungsrechtliche Garantie des Rechts auf ein faires Verfahren im Sinne von Art. 6 Abs. 1 EMRK, Art. 14 Ziff. 3 UNO-Pakt II und Art. 29 Abs. 1 BV in ihrer zeitlichen Dimension für die internationale Rechtshilfe in Strafsachen. Diese Garantien beziehen sich genau auf das Recht eines jeden Menschen, dass seine Sache "innerhalb einer angemessenen Frist" entschieden wird, und damit einhergehend auf das Verbot der Rechtsverweigerung, gemäß dem Sprichwort "Justice delayed is justice denied". Damit wird der Grundsatz der Beschleunigung ("Beschleunigungsgebot"; "imperativo di celerità") durch diese Bestimmung innerhalb des IRSG normativ verankert. Darüber hinaus findet es seine Entsprechung im Strafverfahren in Art. 5 StPO. 1

Art. 17a IRSG war im Gesetz, wie es ursprünglich am 1. Januar 1983 in Kraft trat, nicht enthalten. Erst bei der Revision am 1. Januar 1997 wurde das Beschleunigungsgebot in das IRSG aufgenommen. Seitdem wurde diese Bestimmung nicht mehr gesetzlich geändert. 2

Unter dem Gesichtspunkt der ratio legis hat Art. 17a IRSG den doppelten Zweck, die Dringlichkeit, aber auch die Bedeutung der internationalen Rechtshilfe zu markieren. Der Grundsatz der Schnelligkeit spielt somit eine Kardinalrolle, indem er darauf abzielt, zwei Imperative der internationalen Zusammenarbeit miteinander in Einklang zu bringen: einerseits die Effizienz und Schnelligkeit der Bearbeitung eines Rechtshilfeersuchens, um dem ersuchenden Staat die erforderlichen Informationen zu liefern; andererseits die Achtung der Rechte der betroffenen Personen, während die Rechtshilfe eine "erhebliche Verlangsamung" darstellt, die jedoch "angesichts des Hindernisses der Staatsgrenzen", das die Kriminalität nicht kennt, notwendig geworden ist. 3

II. PFLICHT ZUR BESCHLEUNIGUNG (ABS. 1).

Nach Art. 17a Abs. 1 IRSG ist die zuständige Behörde verpflichtet, Ersuchen "zügig" zu bearbeiten und "ohne Verzug" zu entscheiden. Diese Bestimmung führt ausdrücklich eine Pflicht zur Beschleunigung ein. 4

A. Begriff und konkrete Bedeutung

5 Art. 17a Abs. 1 IRSG sieht zwar vor, dass die Behörde "zügig" handelt und "unverzüglich" entscheidet, setzt jedoch keinen genaueren Rahmen und führt keine "Grenzfrist" ein, die nicht überschritten werden kann. In diesem Zusammenhang hat die Bundesversammlung bei den Vorarbeiten zur Norm darauf verzichtet, eine grundsätzliche zeitliche Grenze von 9 Monaten einzuführen, nach deren Ablauf die Behörde in der Regel entschieden haben muss. Der Gesetzgeber war der Ansicht, dass eine solche Frist sowohl für einfache Fälle zu lang als auch für komplexe Fälle zu kurz erscheinen könnte, so dass die Einführung einer gesetzlichen Frist zu gegenteiligen Effekten führen könnte als beabsichtigt.

6 Da der Gesetzgeber es bewusst abgelehnt hat, in Art. 17a IRSG eine grundsätzliche Frist einzuführen, muss die Einhaltung des Beschleunigungsgebots gemäss Rechtsprechung folglich in concreto beurteilt werden. Laut Bundesgericht ist nämlich eine Gesamtbewertung der Situation vorzunehmen, bei der alle Umstände des Einzelfalls und insbesondere der Grad der Komplexität der Sache, das Verhalten der Person, die Gegenstand des Verfahrens ist, sowie das Verhalten der zuständigen ausländischen Behörden zu berücksichtigen sind. Im Rahmen dieser Prüfung darf die Behörde nicht aus einer mangelhaften Organisation oder strukturellen Überlastung Nutzen ziehen, um die Langsamkeit des durchzuführenden Verfahrens zu rechtfertigen, auch wenn unvermeidbare "Leerlaufzeiten" zulässig sind und ihr nicht vorgeworfen werden können.

7 Als Beispiel stellte das Bundesgericht eine schwerwiegende Verletzung des Beschleunigungsgrundsatzes in einem Fall fest, in dem zwischen dem Rechtshilfeersuchen (5. Juli 2001) und dem Entscheid des BJ (31. Dezember 2008) siebeneinhalb Jahre verstrichen waren, wobei zu betonen ist, dass das BJ mehr als drei Jahre untätig geblieben war, nachdem es die von der ersuchenden Behörde angeforderten Dokumente erhalten hatte. In einem anderen Fall bejahte der Oberste Gerichtshof das Vorliegen eines Grenzfalls und verneinte eine Verletzung des Beschleunigungsgrundsatzes, bezeichnete aber die Dauer von zwei Jahren zwischen der Einreichung einer Beschwerde beim Bundesstrafgericht (28. September 2020) und dessen Entscheid (11. November 2022) als ungewöhnlich lang.

Generell gilt im Rahmen eines Auslieferungsverfahrens (Art. 32 ff. IRSG) das Beschleunigungsgebot als verletzt, wenn die Dauer der Auslieferungshaft die zu erwartende Freiheitsstrafe übersteigt. Im Bereich der Beschlagnahme lässt das Beschleunigungsgebot die Aufrechterhaltung der Beschlagnahme nicht zu, wenn die zuständige Behörde das Verfahren nicht gemäss Art. 17a IRSG durchführt, wobei in diesem Zusammenhang auch die Eigentumsgarantie (Art. 26 BV) zum Tragen kommt. 8

B. Zuständige Behörde

Das Beschleunigungsgebot hat als Adressaten die "zuständige Behörde". Dies hat zur Folge, dass der Grundsatz einerseits in allen Phasen des Rechtshilfeverfahrens eingehalten werden muss und andererseits für alle Schweizer Behörden verbindlich ist, sowohl für die erstinstanzliche Vollstreckungs- als auch für die Rechtsmittelinstanz, unabhängig davon, ob es sich um kantonale oder eidgenössische Behörden handelt. Daraus folgt, dass das BJ an die Einhaltung dieser Verpflichtung gebunden ist, insbesondere im Bereich der Auslieferung, ebenso wie das Bundesgericht. 9

Hingegen erstreckt sich Art. 17a IRSG nicht bis vor die ersuchende Behörde, da die Rüge einer Verletzung des Beschleunigungsgebots durch die ersuchende Behörde bei den zuständigen Behörden des ausländischen Staates vorgebracht werden muss. Die Schweiz ist daher nicht für eine Verletzung des Beschleunigungsgrundsatzes durch den ersuchenden Staat in Bezug auf das von ihm geführte Strafverfahren verantwortlich. Ein solcher Verstoß kann jedoch im Zusammenhang mit dem schweizerischen Rechtshilfeverfahren geltend gemacht werden, jedoch nur in begrenztem Umfang in Bezug auf Art. 2 IRSG, wenn dieser ins Spiel kommt. Darüber hinaus verlangt die Rechtsprechung, dass die Verzögerung des Strafverfahrens im ausländischen Staat gegen die öffentliche Ordnung verstößt und somit eine schwere Verletzung des Rechts auf ein faires Verfahren oder eine Verweigerung der Rechtsprechung darstellt. 10

C. Begünstigte

Das Beschleunigungsgebot, das sich an die zuständige Behörde richtet, hat zur Folge, dass die Person, die von der an die Schweiz gerichteten Rechtshilfemassnahme betroffen ist, ein Recht darauf hat, dass ihre Sache so rasch wie möglich behandelt wird, da Art. 17a IRSG die normative Umsetzung 11

eines verfassungsmässigen und vertraglichen Menschenrechtsrechts ist (N. 1). In diesem Zusammenhang muss unbedingt daran erinnert werden, dass die Rechtshilfe Teil eines im Ausland geführten Strafverfahrens ist, in dem die betroffene Person das Recht hat, dass ihre Sache innerhalb einer angemessenen Frist entschieden wird (Art. 6 Abs. 1 EMRK; Art. 14 Ziff. 3 UNO-Pakt II). Aus diesem Grund muss die Rechtshilfe rasch geleistet werden.

12 Davon abgesehen hat der Beschleunigungsgrundsatz noch eine weitere Facette, denn er hat in erster Linie und hauptsächlich zum Ziel, zugunsten des ersuchenden Staates die rasche Erledigung seines Rechtshilfeersuchens zu gewährleisten. In seiner Rechtsprechung stellt das Bundesgericht klar, dass die ersuchende Behörde nicht unter einer Verzögerung zu leiden hat, die allein der schweizerischen Vollzugsbehörde zuzuschreiben ist. Unter Bezugnahme auf die Rechtsprechung zur Amtshilfe, die mutatis mutandis auch im Bereich der Rechtshilfe in Strafsachen gilt, hält das Bundesstrafgericht zudem fest, dass die zügige Durchführung eines Verfahrens "sich sowohl aus der Verpflichtung der Schweiz ergibt, den Informationsaustausch nicht zu verzögern - um dessen Wirksamkeit nicht zu beeinträchtigen -, als auch aus dem innerstaatlichen Recht, das vorsieht, dass Amtshilfeverfahren zügig durchgeführt werden müssen". Die rasche Vollstreckung von Entscheidungen über internationale Rechtshilfe stellt in dieser Hinsicht ein öffentliches Interesse dar. In diesem Zusammenhang ist der Grundsatz der Schnelligkeit somit komplementär zum Grundsatz von Treu und Glauben, da die Schweiz ihre internationalen Verpflichtungen optimal erfüllen muss, insbesondere was die Einhaltung der Fristen betrifft. So kann eine Verzögerung des Verfahrens und selbst eine schwerwiegende Verletzung des Beschleunigungsgrundsatzes nicht mit der Ablehnung des Rechtshilfeersuchens geahndet werden, da die Schweiz weiterhin verpflichtet ist, die erforderliche Rechtshilfe zu gewähren, da das Rechtshilfeverfahren die zwischenstaatliche Zusammenarbeit in Strafsachen fördern soll. Wird das Verfahren nicht abgeschlossen, müssen die in Art. 17a Abs. 2 und 79a IRSG vorgesehenen Massnahmen sowie gegebenenfalls Massnahmen im Rahmen der Aufsicht oder der Oberaufsicht ergriffen werden.

D. Normative Konkretisierungen und Rechtsprechung

13 Das Beschleunigungsgebot wird in Gesetz und Rechtsprechung auf unterschiedliche Weise umgesetzt.

Auf normativer Ebene wird das Beschleunigungsgebot vor allem durch die kurzen Fristen konkretisiert, die die Schnelligkeit kennzeichnen, mit der das Rechtshilfeverfahren sowohl vor der erstinstanzlichen Behörde als auch vor dem Bundesgericht durchgeführt werden muss: So gibt es im IRSG keine Gerichtsferien (Art. 12 Abs. 2 und 46 Abs. 2 lit. d BGG); zudem besteht grundsätzlich keine aufschiebende Wirkung bei Beschwerden (Art. 21 Abs. 4 Satz 1 IRSG und Art. 103 Abs. 1 BGG), mit Ausnahme der in Art. 21 Abs. 4 Satz 2 IRSG und Art. 103 Abs. 1 BGG erwähnten Fälle. IRSG und 103 Abs. 2 Bst. c BGG; im Übrigen beträgt die Frist für die Beschwerde an das Bundesgericht 10 Tage (Art. 102 Abs. 2 Bst. b BGG); schliesslich wurde unserem Obergericht vom Gesetzgeber eine Frist von 15 Tagen für den Erlass eines Unzulässigkeitsentscheids gesetzt, die mit dem Abschluss des Schriftenwechsels zwischen den Parteien beginnt. Diese Frist gilt jedoch nicht, wenn "das Auslieferungsverfahren eine Person betrifft, deren Asylgesuch noch nicht Gegenstand eines rechtskräftigen Endentscheids war" (Art. 107 Abs. 3 BGG). 14

Die Ausprägungen des Beschleunigungsgrundsatzes im Gesetz gehen über die reine Frage der Fristen hinaus. So muss die Vollzugsbehörde beispielsweise "unverzüglich" die erforderlichen vorläufigen Massnahmen im Sinne von Art. 18 IRSG treffen. Darüber hinaus kann sie auf die Rechtshilfe im engeren Sinne (Art. 80c IRSG) und die vereinfachte Auslieferung (Art. 54 IRSG) zurückgreifen, wenn die betroffene Person dem zustimmt. Darüber hinaus trägt das Fehlen eines "inzidenten" Rechtsbehelfs im Zusammenhang mit der Übermittlung von Informationen oder Dokumenten aus dem Geheimbereich (Art. 80e Abs. 1 IRSG) ebenfalls zur Umsetzung des Beschleunigungsgrundsatzes durch "die Konzentration der Rechtsbehelfe am Ende des Verfahrens" bei, vorbehaltlich der in Art. 80e Abs. 2 IRSG vorgesehenen Ausnahmen. Schließlich betont Ludwiczak Glassey, dass die Bestimmungen über die dynamische Rechtshilfe (Art. 18b und 80dbis ff. IRSG) "Teil eines allgemeinen Ziels der Beschleunigung" sind, da diese Instrumente "eine gewisse (eingeschränkte) Verwendung von Schriftstücken durch die ersuchende Behörde vor Abschluss des Rechtshilfeverfahrens beschleunigen", auch wenn sie das Verfahren nicht beschleunigen. 15

In der anschließenden Rechtsprechung wurde der Grundsatz der Beschleunigung auch in Bezug auf die Fristen konkretisiert. So gilt für die Partei, die einen Kostenvorschuss zahlen muss, eine Frist von 10 Tagen. Auch 16

für das Recht auf eine Erwiderung gilt eine Frist von 10 Tagen. Dieses kann jedoch vorbehaltlich einer Ablehnung um 7 Tage verlängert werden.

17 Darüber hinaus stellt die Rechtsprechung fest, dass eine Aussetzung des Verfahrens durch die Schweizer Behörden dem Beschleunigungsgrundsatz zuwiderlaufen und daher zu einer Ablehnung eines entsprechenden Antrags führen kann. Eine solche Ablehnung ist insbesondere dann gerechtfertigt, wenn der Antrag auf Aussetzung auf einer beim Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte eingereichten Beschwerde beruht und darauf abzielt, die Entscheidung der Vollstreckungsbehörde bis zur Entscheidung des Straßburger Gerichts auszusetzen, obwohl diese nicht in naher Zukunft zu erwarten ist. Dasselbe gilt in Bezug auf den Antrag auf Aussetzung bis zum Ausgang eines parallelen Verfahrens, das im ersuchenden Staat geführt wird. Darüber hinaus ist die Schweiz in Fällen, in denen zwei parallele Auslieferungsersuchen von zwei Staaten an die Schweiz gerichtet werden, nach der Rechtsprechung nicht verpflichtet, gleichzeitig über beide Ersuchen zu entscheiden. Nachdem das BJ anhand der gesetzlichen Kriterien das Land bestimmt hat, das vorrangig von der Auslieferung profitieren soll, prüft es die Zulässigkeit des von diesem Staat eingereichten Ersuchens. Wird das Gesuch gutgeheissen, so ist es gerechtfertigt, dass es in Anwendung des Beschleunigungsgrundsatzes unverzüglich bearbeitet wird.

18 Das Beschleunigungsgebot bringt auch Pflichten für die von der Rechtshilfemassnahme betroffene Person mit sich. Insbesondere muss sie bei einem Rechtshilfeersuchen, das sich auf die Herausgabe von Beweismitteln bezieht, an der Sichtung der Unterlagen mitwirken, indem sie der Vollzugsbehörde mitteilt, welche Unterlagen ihrer Meinung nach nicht herausgegeben werden sollten und aus welchen Gründen. Die Nichteinhaltung dieser Verpflichtung wird mit der Verwirkung dieses Anspruchs geahndet.

III. INFORMATIONSPFLICHT UND INTERVENTIONSRECHT DES BJ (ABS. 2).

19 Das BJ hat insbesondere die Funktion, die korrekte Anwendung des IRSG nach Art. 16 Abs. 1 3. IRSG. Im Rahmen dieser Funktion hat es somit auf die Einhaltung des Beschleunigungsgrundsatzes zu achten. Der Gesetzgeber hat daher in Art. 17a Abs. 2 1. IRSG vorgesehen, dass die Vollzugsbehörde auf

Ersuchen des BJ dieses über den Stand des Verfahrens, die Gründe für eine allfällige Verzögerung sowie die geplanten Massnahmen zu informieren hat. Zudem hat das BJ die Möglichkeit, bei einer ungerechtfertigten Verzögerung bei der zuständigen Aufsichtsbehörde zu intervenieren (Art. 17a Abs. 2 Satz 2 IRSG). Wenn das BJ die zuständige Behörde ist, ist der Bundesrat die Aufsichtsbehörde (Art. 187 Abs. 1 Bst. a BV kumulativ Art. 8 Abs. 3 RVOG).

IV. GLEICHSTELLUNG DER RECHTSVERWEIGERUNG MIT EINEM NEGATIVEN ENTSCHEID (ABS. 3).

Gemäss Art. 17a Abs. 3 IRSG ist, wenn "die zuständige Behörde ohne Grund den Entscheid verweigert oder verzögert, ihre Haltung einer beschwerdefähigen negativen Verfügung gleichgestellt". Damit setzt der Gesetzgeber die Rechtsverweigerung mit einer negativen Entscheidung gleich und eröffnet ausdrücklich einen Rechtsbehelf dagegen. Der Gesetzgeber wollte auf diese Weise dem BJ als Aufsichtsbehörde und Verfahrenspartei ermöglichen, im Falle einer Rechtsverweigerung wirksamer einzugreifen. 20

LITERATURVERZEICHNIS

Dang Martine/Nguyen Minh Son, Art. 29, in : Martenet Vincent/Dubey Jacques (édit.), Constitution fédérale, Commentaire romand, Bâle 2021.

Harari Maurice/Corminboeuf Harari Corinne, Entraide internationale en matière pénale et transmission anticipée à l'État requérant, in : Eigenmann Antoine/Poncet Charles/Ziegler Bernard (édit.), Mélanges en l'honneur de Claude Rouiller, Bâle 2016, 77 ss.

Ludwiczak Maria, À la croisée des chemins du CPP et de l'EIMP – la problématique de l'accès au dossier, RPS 2015 p. 295 ss (cité : Ludwiczak, Chemins).

Ludwiczak Glassey Maria, Entraide judiciaire internationale en matière pénale, Précis de droit suisse, Bâle 2018 (cité : Ludwiczak Glassey, Précis).

Ludwiczak Glassey Maria/Moreillon Laurent, Petit commentaire de la Loi fédérale sur l'entraide internationale en matière pénale, Bâle 2024.

Moreillon Laurent (édit.), Entraide internationale en matière pénale, EIMP, TEJUS, LTEJUS, TEXUS, Commentaire romand, Bâle 2004.

Niggli Marcel Alexander/Heimgartner Stefan (édit.), Internationales Strafrecht, IRSG, GwÜ, Basler Kommentar, Bâle 2015.

Steinmann Gerold/Schindler Benjamin/Wyss Damian, Art. 29, in : Ehrenzeller Bernhard/Egli Patricia/Hettich Peter/Hongler Peter/Schindler Benjamin/Schmid Stefan G./Schweizer Rainer J. (édit.), St. Galler Kommentar, Bundesverfassung, 4ème éd., St.-Gall 2023.

Zimmermann Robert, La coopération judiciaire internationale en matière pénale, 5ème éd., Berne 2019.

KOMMENTIERUNG ZU

Art. 32 IRSG

Eine Kommentierung von Andrés Payer

ZITIERVORSCHLAG

Andrés Payer, Kommentierung zu Art. 32 IRSG, in: Maria Ludwiczak Glassey/Lukas Staffler (Hrsg.), Onlinekommentar zum Bundesgesetz über internationale Rechtshilfe in Strafsachen

Kurzzitat: OK-Payer, Art. 32 IRSG N. XXX.

Zweiter Teil: Auslieferung

1. Kapitel: Voraussetzungen

Art. 32 Ausländer

Ausländer können einem anderen Staat wegen Handlungen, die er ahnden kann, zur Strafverfolgung oder zum Vollzug einer freiheitsbeschränkenden Sanktion übergeben werden, wenn dieser Staat um Auslieferung ersucht oder auf Ersuchen der Schweiz die Strafverfolgung oder die Vollstreckung des Strafentscheides übernimmt.

GLIEDERUNG

I. Entstehungsgeschichte 139
II. Kontext der Bestimmung. Zugleich zur Bedeutung und Ratio der Auslieferung 140
III. Normgehalt im Einzelnen 142
A. Konkretisierung des Auslieferungsbegriffs 142
B. Formulierung erster Voraussetzungen für die Auslieferung 143
1. Ausländer 143
2. Übergabe an einen anderen Staat 145
3. Anlasstat 147
4. Zweck der Übergabe: Strafverfolgung oder Vollzug einer freiheitsbeschränkenden Sanktion 152
5. Ersuchen 153
Literaturverzeichnis 154
Materialienverzeichnis 156

I. ENTSTEHUNGSGESCHICHTE

Art. 32 IRSG trat mit dem Rechtshilfegesetz am 1. Januar 1983 **in Kraft**.[101] Seither ist er unverändert in Kraft geblieben. 1

Die **Auslieferung** mutmasslicher oder verurteilter Delinquenten von einem Souverän (heute: Staat) an einen anderen, die Gegenstand der Art. 32 ff. IRSG bildet, ist die Urform der Strafrechtshilfe[102] und hat eine lange **Geschichte**,[103] von der hier allein der neuzeitliche Teil grob zu umreissen ist. Besonders bekannt, wenngleich nicht erstmalig, ist der Grundsatz «aut dedere aut punire» (entweder ausliefern oder bestrafen) von Grotius im 17. Jahrhundert postuliert worden.[104] Ab dem 18. Jahrhundert begannen europäische Länder untereinander Auslieferungsverträge zu schliessen, welche als rechtliche Grundlage für solche Auslieferungen dienten.[105] Im 19. Jahrhundert wurden die ersten Auslieferungsgesetze eingeführt, um zu verhindern, dass Staaten Zufluchtsorte für Straftäter werden.[106] Die Schweiz verabschiedete im Jahr 1892 ein solches Gesetz, das bis zum Inkrafttreten des IRSG in Kraft blieb.[107] 2

Art. 1 des Auslieferungsgesetzes von 1892 kann als **Vorgängerbestimmung** des Art. 32 IRSG angesehen werden. Der Bundesrat scheint in seiner Botschaft von 1976 davon ausgegangen zu sein, dass Art. 28 E-IRSG (später Art. 32 IRSG) im Vergleich zum früheren Recht keine Änderung bewirkt.[108] 3

---

101. Er entspricht wortgleich Art. 28 des IRSG-Entwurfs von 1976 (nachfolgend: E-IRSG) und war in derselben Form im am 20.3.1981 beschlossenen Rechtshilfegesetz enthalten (AS 1982 846).
102. Vgl. Popp, N. 3.
103. Vgl. schon, die Auslieferung von politischen Flüchtlingen betreffend, Ziff. 11 f. des Friedensvertrages zwischen dem ägyptischen Pharao Ramses II. und dem hethitischen Grosskönig Ḫattušili III. (vermutlich 1259 v. Chr.); später z.B. den Vertrag von Falaise zwischen England und Schottland von 1174.
104. Grotius, l. 2 c. 21 §§ 4 ff.
105. Vgl. z.B. den Vertrag von Quiévrain zwischen Frankreich und den Niederlanden von 1718 und den Vertrag zwischen Frankreich und Württemberg von 1759; vgl. auch den Jay-Vertrag zwischen dem Königreich Grossbritannien und den USA von 1794. Von besonderer Bedeutung ist heute das Europäische Auslieferungsübereinkommen vom 13.12.1957 (SR 0.353.1; nachfolgend: EAÜ).
106. Vgl. z.B. das belgische Auslieferungsgesetz vom 1.10.1833, später abgelöst durch das Auslieferungsgesetz vom 15.3.1874.
107. Bundesgesetz vom 22.1.1892 betreffend die Auslieferung gegenüber dem Auslande (SR 353.0; s. BBl 1892 I 402 ff.); vgl. zum Ganzen auch Donatsch/Heimgartner/Simonek, S. 13; ausführlich Heimgartner, S. 5 ff.

II. KONTEXT DER BESTIMMUNG. ZUGLEICH ZUR BEDEUTUNG UND RATIO DER AUSLIEFERUNG

4 Mit Art. 32 IRSG beginnt der **zweite Teil des Rechtshilfegesetzes**, der die Auslieferung regelt. Noch 1976 hielt der Bundesrat fest, dass sie «als die wichtigste Form der internationalen Zusammenarbeit zu betrachten» sei.[109] So erklärt sich auch ihre Spitzenstellung unter den Rechtshilfeformen in der Systematik des IRSG. Die Auslieferung spielt in der schweizerischen Rechtshilfepraxis nach wie vor eine wichtige Rolle.[110] Sie ist auch die für die betroffene Person einschneidendste Massnahme im Bereich der Rechtshilfe[111] und ein Proprium der Rechtshilfe in Strafsachen: Die Rechtshilfen in Zivil- und Verwaltungssachen kennen keine zwangsweise Verbringung einer Person in einen anderen Staat.[112] Nur die Schwere des Vorwurfs strafbaren Verhaltens (über einer gewissen Schwelle) vermag sie zu begründen. Es kommt also nicht von ungefähr, dass die Auslieferung auch als «grosse Rechtshilfe» bezeichnet wird.[113]

5 Die **Ratio der Auslieferung** ist zum einen dieselbe wie bei den anderen Formen der Strafrechtshilfe: Unterstützung der anderen Staaten bei der Verbrechensbekämpfung.[114] Um reinen Altruismus geht es dabei freilich nicht, denn für die Unterstützung wird auch das Gegenrecht erheischt (vgl. Art. 8 IRSG), d.h. entsprechende Unterstützung im eigenen Bedarfsfall erwartet (do ut des).[115] Zum zweiten kommt bei der Auslieferung speziell das Eigeninteresse der Schweiz hinzu, keine im Ausland mutmasslich delinquent gewordenen, potenziell gefährlichen Personen zu beherbergen und kein beliebter Zufluchtsort für ausländische Verbrecher zu werden.[116] Aus der Perspektive des Staates, an den ausgeliefert werden soll, ermöglicht das

108. Vgl. Botschaft 1976, S. 481 e contrario.
109. Botschaft 1976, S. 447.
110. Im Jahr 2024 sind 514 Auslieferungsgesuche an die Schweiz und 231 von der Schweiz an das Ausland gestellt worden, vgl. Internationale Rechtshilfe – Statistik 2024, https://www.bj.admin.ch/bj/de/home/sicherheit/rechtshilfe/strafsachen.html, besucht am 22.6.2025.
111. Vgl. dazu bereits von Martitz, S. 434; vgl. auch BGer 1C_454/2019 vom 12.9.2019, E. 2.2 (Auslieferung als erheblicher Eingriff in die persönliche Freiheit).
112. BSK-Fiolka, Art. 32 IRSG N. 5.
113. Vgl. statt vieler CR Entraide, Introduction générale N. 22.
114. Vgl. z.B. Votum Furgler, AB 1977 SR S. 618; Votum Muheim, AB 1979 NR S. 647, 649.
115. Popp, N. 11.

Verfahren, den Täter seiner gerechten Strafe zuzuführen und deren generalpräventive Wirkungen auszulösen (Ratio der Einlieferung).[117]

Innerhalb des zweiten Teils des IRSG steht Art. 32 am Anfang des **1. Kapitels**, das die Voraussetzungen der Auslieferung regelt. Dabei greift Art. 32 IRSG das auslieferungsrechtliche Inländerprivileg des Art. 7 Abs. 1 IRSG wieder auf, indem seinem Wortlaut nach nur «Ausländer» ausgeliefert werden können (dazu N. 13 ff.), und zeichnet den durch Art. 35 IRSG konkretisierten Auslieferungsgrund einer bestimmten Straftat (Auslieferungsdelikt) vor (dazu N. 22 ff.). 6

Wie alle anderen Verfahren der internationalen Rechtshilfe in Strafsachen untersteht die Auslieferung den **Allgemeinen Bestimmungen des Rechtshilfegesetzes** (Art. 1 ff. IRSG).[118] 7

Zu beachten ist das **Verhältnis** des Art. 32 IRSG **zu international-vertraglichen und kantonalrechtlichen Bestimmungen**. Nach Art. 1 Abs. 1 lit. a IRSG gehen Bestimmungen in internationalen Vereinbarungen (Rechtshilfe- bzw. Auslieferungsverträgen) dem zweiten Teil des IRSG und damit auch dessen Art. 32 vor.[119] Die Art. 32 ff. IRSG gehen wiederum dem kantonalen Recht vor (Art. 49 Abs. 1 Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft [BV][120]).[121] 8

116. Vgl. z.B. Botschaft 1890, S. 329. Zwar wäre die Schweiz auch ohne die Auslieferung kein «sicherer Hafen» für ausländische Delinquenten, da noch die Möglichkeit stellvertretender Strafrechtspflege gemäss Art. 7 Abs. 2 lit. a Schweizerisches Strafgesetzbuch (StGB; vom 21.12.1937; SR 311.0) und Art. 85 IRSG verbliebe. Dennoch könnte die Schweiz dann zu einem beliebten Zufluchtsort werden, weil die inländische Strafjustiz (z.B. betreffend das zu erwartende Strafmass oder den Strafvollzug) deutlich milder erscheinen kann als die ausländische. – Bei Schwarzenbach, S. 6 f., findet sich noch eine idealistische Begründung der Auslieferung (Pflicht der ganzen Menschheit, zur Sühne des Unrechts beizutragen); zudem weist er auf das schlechte Vorbild hin, das die ins Inland geflüchteten Verbrecher für den kriminell veranlagten Teil der Bevölkerung setzen könnten.
117. Vgl. zum Ganzen Heimgartner, S. 4 f.; van der Wilt, S. 2 f.
118. Markees, Nr. 422, Rubr. 2.10.
119. S. dazu BGE 120 Ib 120, E. 1a; hierzu wiederum Donatsch/Heimgartner/Simonek, S. 21 f.; Gless, N. 341 f.; Heimgartner, S. 39 ff.; vgl. ferner BGE 122 II 485, E. 3.
120. Vom 18.4.1999; SR 101.
121. BGer 8G.115/2003 vom 14.11.2003, E. 2.3.

III. NORMGEHALT IM EINZELNEN

9 Art. 32 IRSG können zwei **Funktionen** zugeschrieben werden: Zum einen trägt die Norm dazu bei, den Begriff der Auslieferung im geltenden Recht zu klären (A.), zum anderen stellt sie erste Voraussetzungen für die Auslieferung auf (B.), die durch die darauffolgenden Artikel des Rechtshilfegesetzes ergänzt werden.[122]

10 Art. 32 IRSG ist als **«Kann-Vorschrift»** formuliert; eine Pflicht zur Auslieferung begründet er nicht (zu den Gründen für eine Auslieferung s. N. 5). Damit spiegelt Art. 32 IRSG den in Art. 1 Abs. 4 IRSG enthaltenen Grundsatz wider, wonach aus dem Rechtshilfegesetz kein Anspruch auf Zusammenarbeit abgeleitet werden kann. Eine Pflicht zur Auslieferung kann sich indes aus internationalen Vereinbarungen (s. N. 8) ergeben.[123]

A. Konkretisierung des Auslieferungsbegriffs

11 Art. 32 IRSG lässt Rückschlüsse auf den Begriff der Auslieferung zu, der dem Rechtshilfegesetz zugrunde liegt. Wie der Bundesrat in seiner Botschaft von 1976 zu diesem Gesetz ausführte, bedeutete «ausliefern» unter dem Regime des Auslieferungsgesetzes von 1892 «die Überantwortung des Verfolgten an den ersuchenden Staat zur Strafverfolgung oder -vollstreckung wegen Taten, die der (originären) Gerichtsbarkeit dieses Staates unterliegen».[124] Unter dem Rechtshilfegesetz geht es zwar weiterhin um die Übergabe eines Menschen an einen anderen Staat zur Strafverfolgung oder -vollstreckung wegen Handlungen, die dieser ahnden kann. Im Einklang mit europäischen Übereinkommen ist die Auslieferung nun aber auch ein Instrument für die (zwangsweise)[125] Überführung des Verfolgten **in den um Übernahme der Strafverfolgung oder -vollstreckung ersuchten Staat**. Dies geht aus dem Text des Art. 32 in fine IRSG wie auch den zugehörigen Materialien hervor.[126]

---

122. So auch PC-Ludwiczak Glassey, Art. 32 EIMP N. 1; anders BSK-Fiolka, Art. 32 IRSG N. 24 (weitestgehend Erinnerungsfunktion).
123. Vgl. z.B. Art. 1 EAÜ und dazu BGE 122 II 485, E. 3; Art. 1 Ziff. 1 Auslieferungsvertrag vom 14.11.1990 zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und den Vereinigten Staaten von Amerika (SR 0.353.933.6; nachfolgend: AVUS).
124. Botschaft 1976, S. 460.
125. Zwang dürfte bei der Auslieferung die Regel sein, ist aber nicht begriffsnotwendig (man denke z.B. an die Einwilligung des Auszuliefernden, vgl. Art. 54 IRSG).
126. Botschaft 1976, S. 460; s.a. Markees, Nr. 422, Rubr. 2.04.

Die Initiative für eine Auslieferung an das Ausland braucht somit nicht vom Ausland auszugehen und dessen Strafhoheit braucht nicht originär zu sein (Stichwort: stellvertretende Strafrechtspflege).

B. Formulierung erster Voraussetzungen für die Auslieferung

Dem Wortlaut des Art. 32 IRSG können folgende erste, durch die anschliessenden Gesetzesbestimmungen ergänzte Voraussetzungen für die Auslieferung entnommen werden: 12

1. Ausländer

Erstens muss es sich bei der betroffenen Person grundsätzlich um einen *Ausländer* handeln. Dies folgt sowohl aus der Sachüberschrift als auch aus dem Wortlaut des Art. 32 IRSG in allen drei Amtssprachen. Dass prinzipiell nur Ausländer ausgeliefert werden können – sog. **Inländerprivileg** –, ergibt sich zudem aus Art. 25 Abs. 1 zweiter Teilsatz BV und Art. 7 Abs. 1 IRSG.[127] 13

Den beiden letztgenannten Vorschriften ist zu entnehmen, dass für die Möglichkeit der Auslieferung nicht der Besitz einer ausländischen Staatsbürgerschaft (des ersuchenden[128] oder eines anderen Staates), sondern der **mangelnde Besitz der schweizerischen Staatsbürgerschaft** entscheidend ist. Ausländer im Sinne des Art. 32 IRSG ist somit jeder, der keine schweizerische Staatsbürgerschaft (im Sinne des BüG) besitzt (rein negativer Begriff).[129] Schweizerisch-ausländische Doppel- bzw. Mehrfachbürger sind daher keine Ausländer im Sinne dieser Bestimmung, wohl aber Staatenlose und Personen mit Aufenthalts- oder Niederlassungsbewilligung in der Schweiz oder Flüchtlingsstatus.[130] 14

Massgeblich ist der **Zeitpunkt**, zu dem die Auslieferungsvoraussetzungen beurteilt werden bzw. die Vollstreckung der Auslieferung stattfindet (und nicht etwa der Zeitpunkt der Tat).[131] Wer das Schweizer Bürgerrecht vor dem Auslieferungsentscheid verloren hat, kann somit ausgeliefert werden,[132] nicht aber, wer es (sei es auch unmittelbar) vor dem Entscheid[133] oder der geplanten 15

127. Vgl. auch Art. 44 IRSG («Ausländer können zur Auslieferung festgenommen werden [...]»). Zur Geschichte des auslieferungsrechtlichen Inländerprivilegs vgl. Macaluso/Rodriguez-Vigouroux, S. 991 ff.
128. Vgl. bereits Botschaft 1890, S. 330.
129. CR Entraide, Art. 32 EIMP N. 1; BSK-Fiolka, Art. 32 IRSG N. 2; vgl. auch Donatsch/Heimgartner/Simonek, S. 34; Ludwiczak Glassey, Entraide, N. 866.

Auslieferung erworben hat.[134] Dementsprechend ist auch einem Erwerb oder Verlust der Schweizer Nationalität nach der Erstentscheidung im Beschwerdeverfahren Rechnung zu tragen.[135]

16 Entgegen dem, was der Wortlaut des Art. 32 IRSG vermuten lassen könnte, ist eine **Auslieferung von Schweizer Staatsangehörigen** nicht per se ausgeschlossen, sondern möglich, wenn diese in die Auslieferung einwilligen (Art. 25 Abs. 1 zweiter Teilsatz BV; Art. 7 Abs. 1 IRSG; s.a. Art. 54 IRSG).[136] Diesfalls gelten im Übrigen die gleichen Voraussetzungen für die Auslieferung.[137]

17 Weitere Fälle, in denen Schweizer Staatsangehörige nach aussen übergeben werden können, sind die **Überstellung an den Internationalen**

130. Vgl. CR Entraide, Art. 32 EIMP N. 2; Donatsch/Heimgartner/Simonek, S. 34; BSK-Fiolka, Art. 32 IRSG N. 2; Ludwiczak Glassey, Entraide, N. 866 f.; Markees, Nr. 421a, Rubr. 1.131 Ziff. 2. Zum Begriff «Staatenloser» s. Art. 1 Ziff. 1 Übereinkommen vom 28.9.1954 über die Rechtsstellung der Staatenlosen (SR 0.142.40); s.a. Art. 7 Ziff. 1 dieses Übereinkommens. Bezüglich Flüchtlinge ist das Non-Refoulement-Prinzip zu beachten, wonach eine Auslieferung, Ausweisung oder Rückschiebung einer Person in ein Land verboten ist, wenn ernsthafte Gründe für die Annahme bestehen, dass sie dort einem ernsthaften Risiko von Folter bzw. unmenschlicher Behandlung oder einer anderen sehr schweren Menschenrechtsverletzung ausgesetzt wäre (vgl. Art. 25 Abs. 2 BV; Art. 3 Übereinkommen vom 10.12.1984 gegen Folter und andere grausame, unmenschliche oder erniedrigende Behandlung oder Strafe [SR 0.105]; Art. 33 Abkommen vom 28.7.1951 über die Rechtsstellung der Flüchtlinge [SR 0.142.30]; näher Aufiero, S. 779 ff.).
131. Für den Zeitpunkt des Auslieferungsentscheids auch BSK-Fiolka, Art. 7 IRSG N. 15; Ludwiczak Glassey, Entraide, N. 867 (m.H. auf Art. 6 Ziff. 1 lit. c EAÜ); Markees, Nr. 421a, Rubr. 1.131 Ziff. 2; Riedo/Fiolka/Niggli, N. 3726; zur Unwesentlichkeit des Tatzeitpunkts bereits Botschaft 1890, S. 333. Macaluso/Rodriguez-Vigouroux, S. 993, wollen auf den Zeitpunkt des Auslieferungs*gesuchs* abstellen (ebenso Zimmermann, N. 876) und berufen sich dabei auf diese bundesrätliche Botschaft. Diese hält jedoch fest, dass im (kaum anzunehmenden) Fall einer Naturalisation zwischen der Stellung des Auslieferungsbegehrens und dem Zeitpunkt der Entscheidung über dieses Begehren die Auslieferung abzulehnen wäre.
132. Vgl. BGE 57 I 12 (Auslieferung nach Verlust der Schweizer Staatsbürgerschaft unter dem Regime des Auslieferungsgesetzes).
133. In diesem Sinne auch BSK-Fiolka, Art. 7 IRSG N. 15; Markees, Nr. 421a, Rubr. 1.131 Ziff. 2.
134. Wie hier bereits unter dem alten Recht Scheim/Markees, Nr. 755, S. 5 f.
135. PC-Ludwiczak Glassey, Art. 32 EIMP N. 6.
136. Zur Auslieferungsmöglichkeit von Schweizern in Befolgung von Art. 8 AVUS vgl. Donatsch/Heimgartner/Simonek, S. 33 Fn. 99; PC-Ludwiczak Glassey, Art. 32 EIMP N. 4; Macaluso/Rodriguez-Vigouroux, S. 997 ff.
137. Markees, Nr. 422, Rubr. 2.11.

Strafgerichtshof (vgl. Art. 16 Abs. 3 Bundesgesetz über die Zusammenarbeit mit dem Internationalen Strafgerichtshof [ZISG][138]), die **Durchlieferung** (Art. 7 Abs. 2, Art. 20*a* IRSG),[139] die **Rücklieferung** (Art. 7 Abs. 2 IRSG) und die – temporär begrenzte – **Zuführung** nach Art. 70 IRSG, wobei in letztem Fall freies Geleit zu gewähren ist (Art. 70 Abs. 1 IRSG). Auch Art. 101 IRSG spricht – im Kontext der Übertragung von Strafvollstreckung an das Ausland – von Zuführung, obwohl hier kein Grund ersichtlich ist, nicht von Auslieferung zu sprechen.[140] Während Durch- und Rücklieferung traditionell als Sonderarten der Auslieferung verstanden werden,[141] wollen Gesetzgeber und überwiegende Literatur die Überstellung an den Internationalen Strafgerichtshof von der Auslieferung terminologisch und konzeptionell klar trennen. Dies offenbar vor allem, um der verfassungsrechtlichen Vorgabe, dass Schweizer Staatsangehörige ohne ihr Einverständnis nicht ausgeliefert werden dürfen (Art. 25 Abs. 1 BV), auszuweichen.[142]

2. Übergabe an einen anderen Staat

Zweitens muss die Übergabe an einen *anderen Staat* erfolgen. Dem Gesetzeswortlaut nach ist somit keine «Auslieferung» im Sinne des IRSG möglich an schweizerisch-innerstaatliche Behörden – wie schon der Titel und Kontext des IRSG nahelegen –, an nicht als Staaten konstituierte Gemeinschaften oder an inter- oder supranationale Organisationen (s. zu solchen Organisationen aber N. 20). Allerdings billigte das Bundesstrafgericht in TPF 2008 61 die Auslieferung an die United Nations Interim Administration 18

138. Vom 22.6.2001; SR 351.6.
139. Soweit sie überhaupt eine Übergabe bzw. aktive Mitwirkung schweizerischer Behörden umfasst.
140. PC-Ludwiczak Glassey, Art. 101 EIMP N. 1 ff., spricht denn auch von extradition.
141. Vgl. z.B. Botschaft 1976, S. 459 f. (Durchlieferung); Donatsch/Heimgartner/Simonek, S. 30; BSK-Fiolka, Art. 32 IRSG N. 3; Schork, S. 34.
142. S. dazu Botschaft 2000, S. 435, 485 f.; BSK-Achermann, Art. 25 BV N. 12 f. m.H. auch zu kritischen Stimmen; Gless, N. 356; Ludwiczak Glassey, Entraide, N. 737 viertes Lemma, N. 1092, N. 1112; Macaluso/Rodriguez-Vigouroux, S. 993 f. Prima facie ist dies ein problematischer Ansatz, der jedoch nicht hier, sondern im Zusammenhang mit Art. 25 Abs. 1 BV und Art. 7 Abs. 1 IRSG zu diskutieren ist. Immerhin dürfte eine Überstellung von Schweizern an den IStGH aufgrund der in den betreffenden Fällen bestehenden schweizerischen Strafhoheit (vgl. Art. 264m StGB) und des Komplementaritätsprinzips (Art. 17 und 53 Römer Statut des Internationalen Strafgerichtshofs vom 17.7.1998 [SR 0.312.1]) auf absehbare Zeit kaum vorkommen.

Mission in Kosovo.[143] Dies war insofern ein Sonderfall, als besagte Behörde die Verwaltungsgewalt über den Kosovo (einschliesslich Justiz) innehatte.[144]

19 Die **Konstitution als Staat** setzt nach der völkerrechtlich anerkannten Drei-Elemente-Lehre ein Staatsgebiet, ein Staatsvolk und die Staatsgewalt voraus.[145] Nach der schweizerischen Praxis ist es nicht erforderlich, dass der ersuchende Staat international als Staat anerkannt ist; nicht einmal muss ihn die Schweiz als solchen anerkennen,[146] denn die Anerkennung hat bloss deklaratorische Wirkung.[147]

20 Die am 1. Juni 2021 in Kraft getretene Änderung des Art. 1 IRSG[148] wirft die Frage auf, ob Art. 32 IRSG sinngemäss auch in Bezug auf **internationale Gerichte oder andere zwischen- oder überstaatliche Einrichtungen** anwendbar ist (vgl. Art. 1 Abs. 3bis und 3ter IRSG). Die Botschaft zu dieser Änderung spricht dafür: «Die Öffnung von Artikel 1 IRSG hat [...] zur Folge, dass nicht nur die andere Rechtshilfe flexibilisiert wird, sondern auch die Zusammenarbeit im Bereich der ‹Auslieferung› [...].»[149] In Bezug auf den Internationalen Strafgerichtshof ist jedoch das ZISG als lex specialis zu

143. Vgl. auch zuvor BStGer BH.2005.39 vom 25.11.2005 (betreffend Auslieferungshaft im Hinblick auf eine Auslieferung an den Kosovo); kritisch aus menschenrechtlicher Perspektive Henzelin, S. 201 ff. Derselbe stellt auch weiterführende Überlegungen dazu an, inwieweit die neuere Bundesgerichtspraxis eine Relativierung des Erfordernisses eines *staatlichen* Gegenübers impliziert (S. 199 f.).
144. Vgl. Resolution 1244 vom 10.6.1999 des UN-Sicherheitsrats; Gutachten der Direktion für Völkerrecht (EDA) vom 18.11.2003, wiedergegeben in: SZIER 2004, S. 679 f.
145. BGE 130 II 217, E. 5 (betreffend Taiwan); TPF 2008 61, E. 1.2 m.H. (bezüglich Kosovo); Ludwiczak Glassey, Entraide, N. 21; Riedo/Fiolka/Niggli, N. 3140; s.a. Urteil des Verwaltungsgerichts Köln 9 K 2565/77 vom 3.5.1978 (bezüglich Sealand), abgedruckt in: Deutsches Verwaltungsblatt (DVBl) 1978, S. 510 ff. Grundlegend für die Drei-Elemente-Lehre Jellinek, S. 394 ff.; ähnlich Art. 1 Konvention von Montevideo vom 26.12.1933.
146. Vgl. BGE 130 II 217, E. 5 (betreffend Taiwan); Ludwiczak Glassey, Entraide, N. 21.
147. S. BGE 130 II 217, E. 5.3; Henzelin, S. 196.
148. Zeitgleich wurde das Bundesgesetz vom 21.12.1995 über die Zusammenarbeit mit Internationalen Gerichten zur Verfolgung schwerwiegender Verletzungen des humanitären Völkerrechts (SR 351.20) aufgehoben.
149. Botschaft 2019, S. 7420. Die Anführungs- und Schlusszeichen um den Begriff der Auslieferung herum können entweder so gedeutet werden, dass damit nur dem Umstand Rechnung getragen werden sollte, dass die Auslieferung damals als ein rein zwischenstaatliches Institut verstanden wurde, oder aber als Zeichen dafür, dass auch in Zukunft in diesem Zusammenhang nicht von «Auslieferung» (sondern, wie im Kontext des ZISG und des aufgehobenen Bundesgesetzes über die Zusammenarbeit mit den Internationalen Gerichten von 1995, von «Überstellung») gesprochen werden soll.

beachten.[150] Die Übergabe einer Person durch die Schweiz an den Internationalen Strafgerichtshof richtet sich ausschliesslich nach diesem spezielleren Gesetz[151] und stellt dementsprechend auch keine Auslieferung, sondern eine *Überstellung* dar (s. N. 17).

Indem Art. 32 IRSG von *«übergeben»* spricht, wird implizit vorausgesetzt, dass sich die **betroffene Person im Inland** befindet. 21

3. Anlasstat

Drittens muss die Übergabe aufgrund einer *Handlung*, *die der andere Staat ahnden kann*, erfolgen. Während der italienische Gesetzeswortlaut mit *«atti»* wie der deutsche von Handlungen spricht, schliesst der französische mit *«infraction»* bereits den Rechtsbruch ein, ist dafür aber bezüglich der Art desselben offener, da er auch die Unterlassung auf Anhieb einzuschliessen vermag. Doch sind auch die «Handlungen» bzw. «atti» in Art. 32 IRSG in einem weiten, sowohl Tun als auch Unterlassen umfassenden Sinn zu verstehen. Diese Auslegung steht im Einklang mit Art. 35 IRSG, der festlegt, welche Eigenschaften die Anlasstat überdies aufzuweisen braucht, und von «[D]elikte[n]» und «Tat» («infractions»/«reati») spricht, ohne eine Beschränkung auf Begehungsdelikte vorzusehen. 22

Soweit Art. 32 IRSG verlangt, dass der andere Staat die fragliche Handlung *«ahnden kann»* («a le droit de connaître de»/«può reprimere»), ist damit gemeint, dass er *Strafhoheit (Strafgewalt)* über sie besitzen muss,[152] und zwar in beiden Sinnen des Wortes:[153] Einmal muss er die völkerrechtliche Berechtigung besitzen, die Handlung strafrechtlich zu erfassen *(ius puniendi)*, d.h. sich dafür auf ein völkerrechtlich anerkanntes Anknüpfungsprinzip (Territorialitätsprinzip, Flaggen- oder Immatrikulationsprinzip, aktives oder passives Personalitätsprinzip, Staatsschutzprinzip oder Universalitätsprinzip)[154] oder eine andere völkerrechtlich anerkannte 23

150. Anders als das IRSG sieht das ZISG eine verpflichtende Form der Zusammenarbeit vor, vgl. z.B. Art. 16 Abs. 1 ZISG.
151. Vgl. Art. 2 ZISG.
152. Wie hier BSK-Fiolka, Art. 32 IRSG N. 7; s. ferner Donatsch/Heimgartner/Simonek, S. 37; Markees, Nr. 422, Rubr. 2.10 und 2.11. Heimgartner, S. 74 a.E., führt aus, dass es bei Fehlen der Strafgewalt an einer effektiven Strafverfolgung und demzufolge auch am Auslieferungsobjekt des Verfolgten mangelt.
153. Vgl. Payer, S. 1 Fn. 2 m.H.
154. Vgl. Payer, S. 22 f. m.H.; näher BSK-Keshelava/Payer, Vor Art. 3 StGB N. 26 ff.

Grundlage (insbesondere Prinzip der stellvertretenden Strafrechtspflege)[155] stützen können.[156] Dies kommt im französischen Wortlaut des Art. 32 IRSG, der ausdrücklich auf die Berechtigung statt bloss auf das Können abstellt, am besten zum Ausdruck und entspricht dem tradierten und geltenden Auslieferungsbegriff (s. N. 11). Ausserdem muss der andere Staat diese Handlung tatsächlich strafrechtlich erfassen (gemäss seinem Strafanwendungsrecht).

24 Grundsätzlich ist unerheblich, auf welche völkerrechtliche Grundlage sich der andere Staat zur Begründung seiner Strafhoheit beruft, z.B. ob auf das Territorialitätsprinzip oder das Staatsschutzprinzip (s. zum Universalitätsprinzip N. 28 ff.).[157] Allerdings folgt aus dem Reziprozitätsgrundsatz, dass es eine solche sein muss, auf Grund derer die Schweiz von ihm die Auslieferung verlangen könnte.[158]

25 Fiolka folgert aus dem Erfordernis einer «Handlung, die der andere Staat ahnden kann», dass die Tat nach dem Recht des anderen Staates strafbar und dass dieses Recht auf sie anwendbar sein muss sowie dass die ausländischen Behörden für die «Ahndung» der Tat zuständig sein müssen.[159] Das erscheint präzisierungsbedürftig: Ersteres ergibt sich erst aus Art. 35 Abs. 1 lit. a IRSG eindeutig.[160] Sodann kann es vorkommen, dass der andere Staat zwar Strafhoheit beansprucht, aber ein ausländisches Strafrecht (z.B. als lex mitior) für anwendbar erklärt; das aber sollte eine Auslieferung nicht ausschliessen.

155. Vgl. Payer, S. 23 m.H.; näher BSK-Keshelava/Payer, Vor Art. 3 StGB N. 36 ff. Art. 32 IRSG kann keine Beschränkung auf die originäre Strafhoheit des anderen Staates entnommen werden; im Gegenteil deutet die Erwähnung der Übernahme von Strafverfolgung oder -vollstreckung durch den anderen Staat (Art. 32 letzter Teilsatz IRSG) darauf hin, dass dieser auch nur derivative (d.h. von der Schweiz abgeleitete) Strafgewalt besitzen kann (N. 11).

156. Donatsch/Heimgartner/Simonek, S. 37; ebenso bereits vor dem IRSG Kaltchas, S. 28 ff. m.H. S. allgemein zu den völkerrechtlichen Grundlagen und Begrenzungen der staatlichen Strafgewalt Payer, S. 17 ff.

157. Dafür ist schon vor dem IRSG Kaltchas, S. 34, 40 ff. eingetreten.

158. Vgl. Heimgartner, S. 77; Ludwiczak Glassey, Entraide, N. 870 a.E.

159. BSK-Fiolka, Art. 32 IRSG N. 7; teilweise in diese Richtung auch Markees, Nr. 422, Rubr. 2.1.11. Das zweite bezeichnet Fiolka als «Strafgewalt». Doch bedeutet Strafgewalt nicht notwendigerweise die Anwendbarkeit nationaler Strafgesetze. Ein Staat besitzt auch dann die Strafgewalt, wenn er einen Sachverhalt strafrechtlich erfasst, dabei jedoch das ausländische Recht für anwendbar erklärt (vgl. z.B. Art. 19 Abs. 4 Satz 2 BetmG). S. Payer, S. 1 Fn. 2, S. 8.

Und schliesslich ist die interne Zuständigkeit der ausländischen Behörde nicht zu prüfen.[161]

Die Rechtsprechung legt einen zurückhaltenden **Beurteilungsmassstab** an. Danach ist die Rechtshilfe bzw. Auslieferung (nur) dann zu verweigern, wenn das Fehlen der Strafhoheit des anderen Staates *derart offensichtlich* ist, dass dessen Ersuchen als *missbräuchlich* bzw. dessen Bejahung der eigenen Zuständigkeit als *willkürlich* erscheint.[162] Soweit diese Zurückhaltung allerdings damit begründet wird, dass es sich um eine Frage der «Auslegung des Rechts des ersuchenden Staates» handele, die «in erster Linie Sache seiner Behörden» sei,[163] greift dies zu kurz, da sich die ausländische Strafhoheit auch auf geltendes Völkerrecht stützen können muss (s. N. 23). 26

Der erwähnte von der Rechtsprechung angewandte sehr rechtshilfefreundliche Massstab[164] hat zur **Konsequenz**, dass nur in Fällen, in denen keinerlei Bezug des ersuchenden Staates zur Tat bzw. keinerlei 27

160. Prima vista scheint zwar schon Art. 32 IRSG zu suggerieren, dass die Tat nach dem Recht des anderen Staates strafbar sein muss, indem er von «ahnden» bzw. «reprimere» bzw. «connaître de l'infraction» spricht und als Zweck der Übergabe die Strafverfolgung oder den Sanktionsvollzug (s. N. 34 ff.) bezeichnet. Allerdings wäre es theoretisch auch möglich, dass der andere Staat ein nach seinem Recht strafloses Verhalten für einen dritten Staat strafrechtlich verfolgt bzw. sanktioniert (z.B. als Dienst an diesen oder, wenn seine eigenen Staatsangehörigen betroffen sind, aus Eigeninteresse im Gegenzug dafür, dass der Drittstaat sie an ihn ausliefert); vgl. aus deutscher Perspektive Conrad, S. 290 ff.

161. BGE 114 Ib 254, E. 5 (zum Vertrag zwischen der Schweiz und Belgien vom 13.5.1874 über gegenseitige Auslieferung von Verbrechern [SR 0.353.917.2]); BGer 1A.15/2002 vom 5.3.2002, E. 3.1 und E. 3.2 (zum EAÜ; vorbehältlich besonders eklatanter Verfahrensfehler); Ludwiczak Glassey, Entraide, N. 873; Zimmermann, N. 816 m.w.H.; vgl. bereits BGer, JdT 1891, S. 449 ff. (zum Vertrag zwischen der Schweiz und Italien vom 22.7.1868 über Auslieferung von Verbrechern und Beschuldigten), 458; Kaltchas, S. 29 f. m.H.

162. Vgl. BGE 142 IV 250, E. 6.2; BGE 126 II 212, E. 6c; BGE 116 Ib 89, E. 2c/aa; BGer 1C_143/2016 vom 2.5.2016, E. 6.2; BGer 1A.205/2006 vom 7.12.2006, E. 3.2; BGer 1A.35/2002 vom 18.6.2002, E. 5.2; TPF 2019 109, E. 3.1; BStGer RR.2024.106 vom 30.1.2025, E. 6.2; BStGer RR.2015.305 vom 6.4.2016, E. 6.5; BStGer RR.2015.280 vom 27.1.2016, E. 7.5; BStGer RR. 2015.129 vom 3.11.2015, E. 5.1 f.; vgl. auch BGer 1A.165/2004 vom 27.7.2004, E. 2.1; BGer 1A. 54/2000 v. 3.5.2000, E. 5c–d. In BGE 132 II 81, E. 2.12, zweifelte das Bundesgericht an der Strafkompetenz der USA über ein mutmassliches Delikt eines russischen Ministers zum Nachteil Russlands. Es lehnte die Auslieferung an die USA aber schon aus anderen Gründen ab.

163. Vgl. die in der vorangehenden Fn. genannten Judikate.

164. Donatsch/Heimgartner/Simonek, S. 38, und PC-Ludwiczak Glassey, Art. 32 EIMP N. 14, führen ihn auf das Vertrauensprinzip zurück.

völkerrechtliche Grundlage für dessen Strafhoheit über die Tat ersichtlich ist, die Auslieferung mangels tauglicher Anlasstat im Sinne des Art. 32 IRSG zu verweigern ist. Internationale Abkommen können freilich einen anderen Massstab vorsehen.[165]

28 Wie ist mit einem Auslieferungsgesuch umzugehen, in dem sich der ersuchende Staat zur Begründung seiner Strafhoheit auf das **Universalitätsprinzip** (Weltrechtsprinzip) beruft? Es sind zwei Konstellationen zu unterscheiden.

29 Befand sich der mutmassliche Täter zuvor nicht im Hoheitsgebiet des ersuchenden Staates, so handelt es sich eindeutig um einen Fall des sog. **uneingeschränkten Universalitätsprinzips** (auch absolutes, reines oder echtes Universalitätsprinzip genannt), wonach die Anwesenheit des Täters im Hoheitsgebiet der Strafverfolgungsbehörde nicht erforderlich ist.[166] Dieses Prinzip kann derzeit *nicht* als völkerrechtlich anerkannt gelten. Es wurde zwar von einzelnen Rechtsordnungen übernommen (z.B. Deutschland,[167] Neuseeland[168]),[169] ist aber nach wie vor sehr umstritten,[170] und die Schwelle zu seiner völkergewohnheitsrechtlichen Anerkennung erscheint nicht überschritten.[171]

30 Speziell an der hier interessierenden Konstellation ist freilich, dass sich der ersuchende Staat im Falle einer Auslieferung nicht mehr auf das uneingeschränkte Universalitätsprinzip berufen müsste, sondern den Ausgelieferten nunmehr auf der Grundlage des – völkerrechtlich anerkannten – eingeschränkten Universalitätsprinzips verfolgen könnte. Allerdings verlangt Art. 32 IRSG nicht, dass der andere Staat die Tat ahnden *könnte*, sondern dass er sie ahnden *kann*. Eine naheliegende Lesart ist, dass der andere Staat die völkerrechtlich fundierte Strafhoheit bereits besitzen muss und es nicht genügt, wenn er sie erst durch die Auslieferung erlangt (m.a.W.: eine

165. Vgl. 126 II 212, E. 6c; Donatsch/Heimgartner/Simonek, S. 38.
166. Rienzo, S. 26.
167. Vgl. Art. 1 Völkerstrafgesetzbuch vom 26.6.2002.
168. Vgl. Sec. 8(1)(c)(iii) International Crimes and International Criminal Court Act 2000.
169. Belgien und Spanien sind zurückgekrebst. Die Schweiz hat bekanntlich das eingeschränkte Universalitätsprinzip verankert, vgl. Art. 264m Abs. 1 StGB.
170. Vgl. z.B. Robinson/Vasiliev/van Sliedregt/Oosterveld, S. 57 ff.; Zimmermann, N. 700 in fine.
171. Vgl. BSK-Keshelava/Payer, Vor Art. 3 StGB N. 34. Dazu, dass Strafhoheit eine völkerrechtliche Erlaubnisnorm bedingt, s. Payer, S. 17 ff. Zu den Voraussetzungen für die Entstehung von Völkergewohnheitsrecht s. die Hinweise bei dems., S. 30 Fn. 123.

hypothetische bzw. suspensiv bedingte Strafhoheit reicht nicht). Ihr lässt sich jedoch entgegenhalten, dass Art. 32 IRSG in seinem letzten Teilsatz die Übernahme der Strafverfolgung oder -vollstreckung durch den anderen Staat auf Ersuchen der Schweiz erwähnt und damit auf die stellvertretende Strafrechtspflege anspielt, bei welcher der andere Staat aber zunächst auch noch keine völkerrechtliche Strafhoheit innehat. Somit scheint es für Art. 32 IRSG zu genügen, wenn der andere Staat die Tat *nach der Auslieferung* ahnden kann.

Hinzu kommt folgender Gesichtspunkt: Auch wenn – wie in der hier diskutierten Konstellation – der ersuchende Staat seine Strafhoheit letztlich nicht auf bestehendes Völkerrecht stützen kann, wird sein Ersuchen umso weniger als *missbräuchlich* erscheinen, je mehr dies (hier: die Tragweite des Universalitätsprinzips) umstritten ist. In Anwendung des – freilich nicht überzeugend begründeten (s. N. 26) – sehr rechtshilfefreundlichen Massstabs des Bundesgerichts könnte daher einem auf das uneingeschränkte Universalitätsprinzip gestützten Ersuchen möglicherweise dennoch entsprochen werden. 31

Befand sich der präsumierte Täter zunächst auf dem Territorium des ersuchenden Staates, der eine Untersuchung gegen ihn einleitete, und verliess er anschliessend dieses Staatsgebiet, so kann argumentiert werden, dass ein Fall des **eingeschränkten Universalitätsprinzips** vorliegt. Ob dieses Prinzip im Völkerrecht diesen Fall tatsächlich abdeckt oder aber die Strafhoheit mit dem Verlassen des Staatsgebietes erlischt, bedarf einer völkergewohnheitsrechtlichen Untersuchung, die hier nicht zu leisten ist. Das Auslieferungsersuchen erscheint in dieser Konstellation jedenfalls noch weniger missbräuchlich und wird schon deshalb einer Bewilligung zugänglich sein, weil die Schweiz in der gleichen Konstellation selber die Strafhoheit in Anspruch nimmt und Auslieferungsersuchen an das Ausland stellt.[172] 32

Schliesslich sei bereits an dieser Stelle erwähnt, dass die in Frage stehende **Handlung** von **der betroffenen Person** selbst getätigt worden (bzw. ihr zuzurechnen) sein muss. Hierauf ist sogleich zurückzukommen (N. 34). 33

172. Vgl. BStGer RR.2021.299 vom 19.6.2022, Bespr. Ludwiczak Glassey/Bonzanigo; BStGer BB. 2011.140 vom 25.7.2012, E. 3.

4. Zweck der Übergabe: Strafverfolgung oder Vollzug einer freiheitsbeschränkenden Sanktion

34 Viertens muss die Übergabe zur Strafverfolgung oder zum Vollzug einer freiheitsbeschränkenden Sanktion erfolgen. Damit wird Art. 1 Abs. 1 lit. a IRSG wieder aufgegriffen. Ein **anderer Zweck**, etwa die Durchführung von Zivil- oder Verwaltungsverfahren oder die Einvernahme in einem anderen Strafverfahren (gegen Dritte) im betreffenden Ausland, fällt ausser Betracht.[173] Die Strafverfolgung bzw. zu vollziehende Sanktion muss somit auf die durch die betroffene Person ausgeführte (bzw. ihr zurechenbare) Handlung gerichtet sein.

35 Die **Auslieferung zur Strafverfolgung** dient der Festnahme und Übergabe einer in einem ausländischen Strafverfahren beschuldigten Person, damit die ausländischen Justizbehörden ein Strafverfahren gegen sie durchführen können.[174] Vorausgesetzt ist, dass im Ausland ein Strafverfahren gegen die Person zumindest vorbereitet wird.[175]

36 Aus Art. 35 Abs. 1 lit. a IRSG folgt, dass es auch in der Variante des Zwecks der Strafverfolgung (und nicht nur in derjenigen des Zwecks der Sanktionsvollstreckung) um ein Delikt gehen muss, das eine **gewisse Schwere** aufweist. Die Bestimmung setzt nämlich ein Delikt voraus, das nach dem Recht sowohl der Schweiz als auch des ersuchenden Staates mit einer freiheitsbeschränkenden Sanktion im Höchstmass von mindestens einem Jahr oder mit einer schwereren Sanktion bedroht ist.

37 Die **Auslieferung zum Vollzug einer freiheitsbeschränkenden Sanktion** bezweckt die Festnahme und Übergabe einer Person an den anderen Staat, gegen die eine ausländische rechtskräftige und vollstreckbare Entscheidung zum Vollzug einer freiheitsbeschränkenden Sanktion vorliegt.[176] Unter freiheitsbeschränkenden Sanktionen (vgl. Art. 11 Abs. 2 IRSG) sind Freiheitsstrafen und stationäre Massnahmen zu verstehen.[177]

---

173. BSK-Garré, Art. 35 IRSG N. 1; vgl. auch BSK-Fiolka, Art. 32 IRSG N. 5 f., wo darauf hingewiesen wird, dass nach der Auslieferung ohne Weiteres Zivil- oder Verwaltungsverfahren eröffnet werden können (keine Verletzung des Spezialitätsprinzips).
174. Vgl. Donatsch/Heimgartner/Simonek, S. 30; Heimgartner, S. 14.
175. Vgl. BGE 123 II 161, E. 3a; BGE 118 Ib 457, E. 4b; BGE 116 Ib 452, E. 3a; BGer 1A.249/2006, 1A.175/2006 vom 27.11.2006, E. 3.2; Ludwiczak Glassey, Entraide, N. 27 ff.
176. Vgl. Donatsch/Heimgartner/Simonek, S. 30; Heimgartner, S. 15.

«Freiheitsbeschränkend» ist hier also mit «freiheitsentziehend» gleichzusetzen, wie aus der französischen Sprachversion («sanction privative de liberté») am klarsten hervorgeht.

Eine **Mindestdauer der zu vollstreckenden Sanktion** ist dem Gesetz nicht zu entnehmen.[178] Gemäss Botschaft zum IRSG ist es «selbstverständlich, dass eine Auslieferung nicht mehr als verhältnismässig erscheint, wenn der noch zu vollziehende Freiheitsentzug weniger als etwa drei Monate beträgt.»[179] Solche Fälle dürften unter Art. 4 IRSG zu subsumieren sein.[180] In verschiedenen Auslieferungsverträgen ist die Mindestdauer zu vollstreckender Sanktionen, damit die vertragliche Auslieferungspflicht zum Tragen kommt, ausdrücklich geregelt (z.B. Art. 2 Ziff. 1 EAÜ: vier Monate; Art. 2 Ziff. 1 AVUS: sechs Monate). 38

Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts im Kontext des EAÜ ist die **Auslieferung zur Vollstreckung einer bedingten Freiheitsstrafe** nur dann möglich, wenn der bedingte Strafvollzug widerrufen wird (Suspensivbedingung).[181] Es besteht kein Zwang, diese Rechtsprechung auf den Kontext des IRSG zu übertragen, zumal hier – anders als beim EAÜ – keine Auslieferungspflicht besteht. Vielmehr drängt sich eine Verhältnismässigkeitsprüfung im Einzelfall auf, wobei klar ist, dass sowohl die verbleibende Strafe als auch die verbleibende Probezeit nicht unter dem Minimum liegen dürfen, das bezüglich unbedingter Strafen gilt (vgl. N. 38).[182] 39

5. Ersuchen

Fünftens muss entweder der andere Staat **um Auslieferung ersuchen** (vgl. Art. 27 ff. IRSG) **oder auf Ersuchen der Schweiz** die Strafverfolgung oder die Vollstreckung des Strafentscheides **übernehmen** (vgl. Art. 88 f., 100 ff. IRSG). Die beiden letztgenannten Varianten setzen auch die ausdrückliche 40

177. BSK-Fiolka, Art. 32 IRSG N. 14; vgl. auch Ludwiczak Glassey, Entraide, N. 863; Markees, Nr. 422, Rubr. 2.1.11.
178. Zu Recht kritisch BSK-Fiolka, Art. 32 IRSG N. 16; Heimgartner, S. 83; vgl. allerdings Markees, Nr. 422, Rubr. 2.1.11.
179. Botschaft 1976, S. 461.
180. BSK-Fiolka, Art. 32 IRSG N. 16; Ludwiczak Glassey, Entraide, N. 944; vgl. auch Heimgartner, S. 83.
181. BGE 115 Ib 378, E. 3a/bb; zweifelnd BSK-Fiolka, Art. 32 IRSG N. 19.
182. Vgl. BSK-Fiolka, Art. 32 IRSG N. 19.

Einwilligung des anderen Staates in die Auslieferung voraus.[183] Sie dürften praktisch selten zum Zug kommen.[184]

Danksagung:

Der Autor dankt den Herausgebern des Onlinekommentars und einem anonymen Gutachter.

LITERATURVERZEICHNIS

Achermann Alberto, Kommentierung zu Art. 25 BV, in: Waldmann Bernhard/Belser Eva Maria/Epiney Astrid (Hrsg.), Basler Kommentar, Bundesverfassung, 2. Aufl., Basel 2025.

Aufiero Giuseppe, Non-refoulement en matière d'expulsion pénale, d'extradition et de transfèrement forcé, AJP 2025, S. 773–784.

Conrad Peter, Der Grundsatz der beiderseitigen Strafbarkeit im Rechtshilfe- und Strafanwendungsrecht, Hamburg 2013.

Donatsch Andreas/Heimgartner Stefan/Simonek Madeleine, Internationale Rechtshilfe, unter Einbezug der Amtshilfe im Steuerrecht, 3. Aufl., Zürich et al. 2024.

Fiolka Gerhard, Kommentierung zu Art. 7 IRSG, in: Niggli Marcel Alexander/Heimgartner Stefan (Hrsg.), Basler Kommentar, Internationales Strafrecht, IRSG, GwÜ, Basel 2015.

Fiolka Gerhard, Kommentierung zu Art. 32 IRSG, in: Niggli Marcel Alexander/Heimgartner Stefan (Hrsg.), Basler Kommentar, Internationales Strafrecht, IRSG, GwÜ, Basel 2015.

Garré Roy, Kommentierung zu Art. 35 IRSG, in: Niggli Marcel Alexander/Heimgartner Stefan (Hrsg.), Basler Kommentar, Internationales Strafrecht, IRSG, GwÜ, Basel 2015.

Gless Sabine, Internationales Strafrecht, Grundriss für Studium und Praxis, 3. Aufl., Basel 2021.

Grotius Hugo, De jure belli ac pacis, Libri tres, Aalen 1993 (Orig. 1625).

183. Ludwiczak Glassey, Entraide, N. 864.
184. Vgl. BSK-Fiolka, Art. 32 IRSG N. 23.

Heimgartner Stefan, Auslieferungsrecht, Zürich et al. 2002.

Henzelin Marc, L'Etat requérant en matière de coopération judiciaire : extensions et limites de l'approche pragmatique, in: Zen-Ruffinen Piermarco (Hrsg.), Du monde pénal, Mélanges en l'honneur de Pierre-Henri Bolle, Basel et al. 2006, S. 193–204.

Jellinek Georg, Allgemeine Staatslehre, 3. Aufl., Berlin 1914.

Kaltchas Emmanuel, De l'extradition en cas de concours de compétences de plusieurs États, Lausanne 1934.

Keshelava Tornike/Payer Andrés, Vorbemerkungen zu Art. 3 ff. StGB, in: Niggli Marcel Alexander/Wiprächtiger Hans/Maeder Stefan (Hrsg.), Basler Kommentar, Strafrecht I, Strafgesetzbuch, Jugendstrafgesetz, 5. Aufl., Basel, im Erscheinen.

Ludwiczak Glassey Maria, Entraide judiciaire internationale en matière pénale, Précis de droit suisse, Basel 2018 (zit. Ludwiczak Glassey, Entraide).

Ludwiczak Glassey Maria, Kommentierung zu Art. 32 IRSG, in: Ludwiczak Glassey Maria/Moreillon Laurent, Petit commentaire, Loi sur l'entraide pénale internationale, Basel 2024.

Ludwiczak Glassey Maria, Kommentierung zu Art. 101 IRSG, in: Ludwiczak Glassey Maria/Moreillon Laurent, Petit commentaire, Loi sur l'entraide pénale internationale, Basel 2024.

Ludwiczak Glassey Maria/Bonzanigo Francesca, Compétence universelle et demande d'extradition : pouvoir d'appréciation de l'OFJ, in: https://www.crimen.ch/211 vom 31.8.2023.

Macaluso Alain/Rodriguez-Vigouroux Hélène, Le principe constitutionnel de non-extradition des citoyens suisses, AJP 2023, S. 990–999.

Markees Curt, Internationale Rechtshilfe in Strafsachen, Das Bundesgesetz vom 20. März 1981 (IRSG), Schweizerische Juristische Kartothek, Karten Nr. 421a und 422, Genf 1982.

Martitz Ferdinand von, Internationale Rechtshilfe in Strafsachen, Bd. 1, Leipzig 1888.

Moreillon Laurent (Hrsg.), Commentaire romand, Entraide internationale en matière pénale, EIMP - TEJUS - LTEJUS - TEXUS, Basel 2004.

Payer Andrés, Territorialität und grenzüberschreitende Tatbeteiligung, Zürich et al. 2021.

Riedo Christof/Fiolka Gerhard/Niggli Marcel Alexander, Strafprozessrecht sowie Rechtshilfe in Strafsachen, Basel 2011.

Rienzo Lorenzo, Das Universalitätsprinzip bei der Strafverfolgung von Völkerrechtsverbrechen nach schweizerischem Strafrecht, Zürich et al. 2014.

Robinson Darryl/Vasiliev Sergey/Sliedregt Elies van/Oosterveld Valerie, An Introduction to International Criminal Law and Procedure, 5. Aufl., Cambridge 2024.

Scheim Ernest/Markees K.A., Extradition dans les relations internationales (Entr'aide judiciaire en matière pénale), Schweizerische Juristische Kartothek, Karte Nr. 755, Genf 1941.

Schork Alexander, Das Auslieferungsverfahren in der Schweiz und in Deutschland unter Einbeziehung des Europäischen Haftbefehls, Frankfurt a.M. 2009.

Schwarzenbach Alfred, Das materielle Auslieferungsrecht der Schweiz nach dem Bundesgesetz vom 22. Januar 1892 und den geltenden Verträgen, Zürich 1901.

Wilt Harmen van der, The Law and Practice of Extradition, Abingdon et al. 2022.

Zimmermann Robert, La coopération judiciaire internationale en matière pénale, 6. Aufl., Bern 2024.

MATERIALIENVERZEICHNIS

Amtliches Bulletin der Bundesversammlung, 1977, Bd. 5, Wintersession, Ständerat, Sitzung vom 29.11.1977 zum Geschäft Nr. 76.033, S. 612–637, abrufbar unter https://www.amtsdruckschriften.bar.admin.ch/viewOrigDoc/20006302.pdf?id=20006302, besucht am 24.8.2025.

Amtliches Bulletin der Bundesversammlung, 1979, Bd. II, Sommersession, Nationalrat, Sitzung v. 12.6.1979, Geschäft Nr. 76.033, S. 647–664, abrufbar

unter https://www.amtsdruckschriften.bar.admin.ch/viewOrigDoc/20007652.pdf?ID=20007652, besucht am 24.8.2025.

Botschaft des Bundesrathes an die Bundesversammlung zum Entwurf des Bundesgesetzes betreffend die Auslieferung gegenüber dem Ausland vom 9.6.1890, BBl 1890 III 316 ff., abrufbar unter https://www.fedlex.admin.ch/eli/fga/1890/3_316_193_/de, besucht am 17.8.2025.

Botschaft des Bundesrates an die Bundesversammlung zu einem Bundesgesetz über internationale Rechtshilfe in Strafsachen und einem Bundesbeschluss über Vorbehalte zum Europäischen Auslieferungsübereinkommen
vom 8.3.1976, BBl 1976 II 444 ff., abrufbar unter https://www.fedlex.admin.ch/eli/fga/1976/2_444_430_443/de, besucht am 17.8.2025.

Botschaft über das Römer Statut des Internationalen Strafgerichtshofs, das Bundesgesetz über die Zusammenarbeit mit dem Internationalen Strafgerichtshof und eine Revision des Strafrechts vom 15.11.2000, BBl 2001 391 ff., abrufbar unter https://www.fedlex.admin.ch/eli/fga/2001/133/de, besucht am 17.8.2025.

Botschaft zur Änderung von Artikel 1 des Rechtshilfegesetzes vom 6.11.2019, BBl 2019 7413 ff., abrufbar unter https://www.fedlex.admin.ch/eli/fga/2019/2683/de, besucht am 17.8.2025.

Bundesgesetz über internationale Rechtshilfe in Strafsachen (IRSG), Entwurf, BBl 1976 II 491 ff., abrufbar unter https://www.fedlex.admin.ch/eli/fga/1976/2_444_430_443/de, besucht am 17.8.2025.

KOMMENTIERUNG ZU

Art. 35 IRSG

Eine Kommentierung von Andrés Payer

ZITIERVORSCHLAG

Andrés Payer, Kommentierung zu Art. 35 IRSG, in: Maria Ludwiczak Glassey/ Lukas Staffler (Hrsg.), Onlinekommentar zum Bundesgesetz über internationale Rechtshilfe in Strafsachen

Kurzzitat: OK-Payer, Art. 35 IRSG N. XXX.

Art. 35 Auslieferungsdelikte

[1] Die Auslieferung ist zulässig, wenn nach den Unterlagen des Ersuchens die Tat:

a. nach dem Recht sowohl der Schweiz als auch des ersuchenden Staates mit einer freiheitsbeschränkenden Sanktion im Höchstmass von mindestens einem Jahr oder mit einer schwereren Sanktion bedroht ist; und

b. nicht der schweizerischen Gerichtsbarkeit unterliegt.

[2] Bei der Beurteilung der Strafbarkeit nach schweizerischem Recht werden nicht berücksichtigt:

a. dessen besondere Schuldformen und Strafbarkeitsbedingungen;

b. die Bedingungen des persönlichen und zeitlichen Geltungsbereichs des Strafgesetzbuches und des Militärstrafgesetzes vom 13. Juni 1927 hinsichtlich der Strafvorschriften über Völkermord, Verbrechen gegen die Menschlichkeit und Kriegsverbrechen.

GLIEDERUNG

I. Entstehungsgeschichte 161
II. Kontext der Bestimmung 162
III. Normgehalt im Einzelnen 162
A. Unterlagen des Ersuchens als Prüfungsgrundlage (Abs. 1). Zugleich zur innerstaatlichen Natur des Auslieferungsverfahrens 164
B. Positive Voraussetzung: Beidseitige Androhung einer Mindestsanktion (Abs. 1 lit. a) 169
1. Prinzip der beidseitigen Strafbarkeit 170
a. Ratio 170
b. Nebeneffekte 173
c. Anwendungsbereiche und jeweilige Unterschiede 174
2. Mindestschwelle: Freiheitsbeschränkende Sanktion von einem Jahr 177
3. Inhalt und Modalitäten der Prüfung 179
a. Massgebliche Rechtsquellen 180
b. Umstellung des Sachverhalts für die Prüfung nach schweizerischem Recht 182
c. Umfang der Prüfung – positive Bestimmung 185
d. Nicht zu prüfende Faktoren. Einschliesslich der von Abs. 2 ausdrücklich ausgeschlossenen 188
e. Intensität der Prüfung 195
C. Negative Voraussetzung: Fehlen schweizerischer Gerichtsbarkeit (Abs. 1 lit. b) 196
Literaturverzeichnis 199
Materialienverzeichnis 204
Wegleitung 205

I. ENTSTEHUNGSGESCHICHTE

Art. 35 IRSG ist im vorstehend wiedergegebenen Wortlaut seit dem 1. Januar 2011 **in Kraft**.[185] Zuvor galt eine ähnliche Fassung (aArt. 35 IRSG), die mit dem Rechtshilfegesetz am 1. Januar 1983 in Kraft getreten war.[186] 1

Die **Änderungen** per 2011 sind überschaubar: Nunmehr sind die in Abs. 2 aufgeführten nicht zu berücksichtigenden Faktoren (dazu N. 56 ff.) in zwei Buchstaben (a und b) unterteilt; zudem wurden in lit. b das StGB eingefügt und die betroffenen Strafvorschriften aktualisiert. 2

Vorgänger des Art. 35 IRSG ist Art. 3 des Auslieferungsgesetzes vom 22. Januar 1892.[187] Dieser führte im Unterschied zu jenem alle möglichen Anlasstaten für die Auslieferung einzeln in einem Katalog auf, im Einklang mit der damals verbreiteten «Aufzählungsmethode».[188] Demgegenüber folgt Art. 35 IRSG der in modernen Auslieferungsverträgen dominierenden «Schwellenmethode», wonach Anlass zur Auslieferung alle Taten geben können, die mit einer bestimmten Mindestsanktion bedroht sind (dazu N. 16).[189] 3

185. Vgl. AS 2010 4963, S. 4986 f.

186. Sie entsprach mit wenigen Änderungen rein redaktioneller Natur Art. 31 des IRSG-Entwurfs von 1976 und wurde am 20.3.1981 mit dem Rechtshilfegesetz beschlossen (AS 1982 846). In den parlamentarischen Beratungen waren ein Änderungsantrag der Kommissionsminderheit im Ständerat sowie ein Änderungsantrag eines Nationalrats unterlegen (AB 1977 SR S. 629 ff. [dazu Fn. 95]; AB 1979 NR S. 849 [dazu Fn. 24]).

187. Bundesgesetz betreffend die Auslieferung gegenüber dem Auslande (SR 353.0; s. BBl 1892 I 402).

188. Auch Enumerationsmethode oder -prinzip genannt (vgl. z.B. BSK-Garré, Art. 35 IRSG N. 3; PC-Ludwiczak Glassey, Art. 35 EIMP N. 7; Schultz, Auslieferungsrecht, S. 262; Schwarzenbach, S. 69 ff.), auf Englisch «method of enumeration» (Dewulf, S. 305) oder «enumerative method» (Shearer, S. 133; van der Wilt, S. 23). Die Aufzählungsmethode regiert noch heute in Kraft stehende alte Auslieferungsverträge, vgl. z.B. Art. 2 Vertrag vom 13.5.1874 zwischen der Schweiz und Belgien über gegenseitige Auslieferung von Verbrechern (SR 0.353.917.2).

189. Auch – freilich nicht präzise – Eliminationsmethode oder -prinzip (z.B. von Moock, S. 90; Schultz, Auslieferungsrecht, S. 264) oder Eliminierungs- oder Aussonderungsmethode genannt (Schork, S. 140), auf Englisch «method of elimination» (Dewulf, S. 305), «eliminative method» (Shearer, S. 134) oder «elimination approach» (van der Wilt, S. 23). Vgl. zu den beiden Methoden auch Popp, N. 199 (Deliktskatalog vs. Generalklausel). Zur parlamentarischen Diskussion dieses Übergangs zur Generalklausel vgl. AB 1977 SR S. 629 ff.; AB 1979 NR S. 648.

II. KONTEXT DER BESTIMMUNG

4 In der **Systematik des Rechtshilfegesetzes** befindet sich Art. 35 im zweiten Teil über Auslieferung, und zwar in dessen 1. Kapitel über deren Voraussetzungen. Art. 35 IRSG konkretisiert dabei die Auslieferungsvoraussetzung der Anlasstat (vgl. N. 6), die bereits von Art. 32 IRSG vorzeichnet wird.[190] Diese Voraussetzung ist beim Entscheid über die Auslieferung zu prüfen, kann aber auch schon im Rahmen der Prüfung von *Auslieferungshaft* von Belang sein, insbesondere, wenn das angelastete Verhalten nach schweizerischem Recht augenscheinlich nicht mit Strafe bedroht ist (z.B. Ehebruch, Konkubinat): Diesfalls ist die Auslieferung offensichtlich unzulässig i.S.v. Art. 51 Abs. 1 IRSG.[191]

5 Im **Verhältnis zu international-vertraglichen Vorschriften** gilt die Regel von Art. 1 Abs. 1 lit. a IRSG, wonach Bestimmungen in internationalen Vereinbarungen dem zweiten Teil des Rechtshilfegesetzes und damit auch dessen Art. 35 vorgehen. Auslieferungsverträge können insbesondere die Schwelle für die Anlasstat tiefer ansetzen, d.h. die Auslieferung für leichtere Straftaten ermöglichen, als es nach Art. 35 IRSG zulässig wäre.

III. NORMGEHALT IM EINZELNEN

6 Wie sich aus seiner Sachüberschrift in allen drei Amtssprachen und seinem Inhalt ergibt, hat Art. 35 IRSG die **Funktion**, die Auslieferungsvoraussetzung der *Anlasstat* (Auslieferungsdelikt) zu konkretisieren. Er verlangt, dass nach den Unterlagen des Ersuchens (A.) die Tat beidseitig mit einer bestimmten Mindestsanktion bedroht ist, wobei manche Faktoren nicht zu berücksichtigen sind (B.), und nicht der schweizerischen Gerichtsbarkeit unterliegt (C.).

7 Art. 35 IRSG stellt nach seinem eindeutigen Wortlaut in allen drei Amtssprachen nur **Zulässigkeitsbedingungen** der Auslieferung auf; er begründet keine Pflicht zur Auslieferung.[192] Damit reflektiert er die Kann-Vorschrift des Art. 32 IRSG[193] und das Prinzip des Art. 1 Abs. 4 IRSG, wonach aus dem Rechtshilfegesetz kein Anspruch auf Zusammenarbeit abgeleitet

190. S. OK-Payer, Art. 32 IRSG N. 22 ff.
191. BSK-Garré, Art. 35 IRSG N. 11; vgl. ferner PC-Ludwiczak Glassey, Art. 51 EIMP N. 2.
192. BSK-Garré, Art. 35 IRSG N. 1 in fine.
193. Vgl. OK-Payer, Art. 32 IRSG N. 10.

werden kann. Eine Pflicht zur Auslieferung kann sich aber aus internationalen Vereinbarungen ergeben (s. OK-Payer, Art. 32 IRSG N. 10).

Art. 35 IRSG regelt allein die klassische Konstellation, in der ein anderer Staat die Schweiz um Auslieferung einer Person an ihn ersucht, und nicht auch die Konstellation, in der die **Schweiz** einen anderen Staat **um Übernahme der Strafverfolgung oder -vollstreckung ersucht** und in diesem Zusammenhang an ihn ausliefern will (vgl. Art. 32 letzter Teilsatz, Art. 88 lit. b, Art. 100 f. IRSG).[194] Das macht erstens schon Abs. 1 lit. a deutlich, der vom «Recht sowohl der Schweiz als auch des ersuchenden Staates» («du droit suisse et du droit de l'État requérant»/«sia secondo il diritto svizzero sia secondo quello dello Stato richiedente») spricht. Es zeigt sich zweitens daran, dass Abs. 1 lit. b das Fehlen schweizerischer Gerichtsbarkeit zur Auslieferungsvoraussetzung erhebt, obwohl sie bei schweizerischem Ersuchen an das Ausland um Übernahme besteht (vgl. Art. 88, Art. 100 IRSG) und Auslieferung in dieser Konstellation anderen Vorschriften (Art. 32, 88 lit. b und 101 IRSG) zufolge zulässig ist.[195] Drittens spricht für dieses restriktive Verständnis von Art. 35 IRSG, dass die Schweiz ausländische Ersuchen um Übernahme der Strafverfolgung/-vollstreckung in Verbindung mit Einlieferung auch bei Straftaten unterhalb der Mindestschwelle von Abs. 1 lit. a annehmen kann (Art. 85 und 94 ff. IRSG formulieren keine solche Schwelle). Somit steht Art. 30 Abs. 1 IRSG einem Ersuchen der Schweiz an das Ausland um Übernahme der Strafverfolgung/-vollstreckung in Verbindung mit Auslieferung bei Straftaten unter dieser Schwelle nicht entgegen; im Gegenteil spricht der Reziprozitätsgedanke dafür, der Schweiz dieses Recht ebenfalls zuzuerkennen. Aus diesen Gründen ist Art. 35 IRSG so auszulegen, dass er bei

8

194. Dazu OK-Payer, Art. 32 IRSG N. 11, 40.

195. Zwar liesse sich die Ausnahmebestimmung des Art. 36 IRSG als für diese Konstellation geschaffen verstehen (in diesem Sinne wohl BStGer RR.2013.42 vom 7.5.2013, E. 6). Angesichts der wiedergegebenen Formulierung in Art. 35 Abs. 1 lit. a IRSG und der Tatsache, dass die Schweiz ausländische Ersuchen um Übernahme der Strafverfolgung/-vollstreckung inkl. Einlieferung auch bei unter der Schwelle dieser Vorschrift liegenden Straftaten annehmen kann, erscheint jedoch die Interpretation näherliegend, dass Art. 35 IRSG die Konstellation des schweizerischen Ersuchens um Übernahme inkl. Auslieferung gar nicht regelt und Art. 36 IRSG – als Ausnahme zu Art. 35 Abs. 1 lit. b IRSG – dementsprechend nur in Fällen zur Anwendung kommen kann, in denen das Ausland um Auslieferung ersucht. Ersucht also die Schweiz das Ausland um Übernahme inkl. Auslieferung, so gilt die Auslieferungsvoraussetzung fehlender schweizerischer Gerichtsbarkeit nicht, und zwar nicht wegen und nach Massgabe des Art. 36 IRSG, sondern schon weil Art. 35 Abs. 1 lit. b IRSG diese Voraussetzung für diese Konstellation gar nicht aufstellt.

schweizerischem Ersuchen an das Ausland nicht anwendbar ist; in dieser Konstellation gilt also weder die Voraussetzung fehlender schweizerischer Gerichtsbarkeit (Abs. 1 lit. b) noch die Mindestschwelle von Abs. 1 lit. a.[196] Damit besteht freilich zumindest theoretisch die Gefahr, dass die Mindestschwelle des Abs. 1 lit. a umgangen wird, wo sie gelten müsste – nämlich wenn das Ausland die Auslieferung wünscht –, indem auf (informelle) Bitte des Auslands hin die Schweiz das Ersuchen stellt. Die Gefahr wird jedoch schon dadurch verringert, dass ein Ersuchen der Schweiz nur in Betracht kommt, wenn die Übertragung an das Ausland eine bessere soziale Wiedereingliederung erwarten lässt (vgl. Art. 88 lit. b, Art. 100 lit. b IRSG).[197] Ausserdem ist das BJ auf das Legalitätsprinzip und die Wahrung der in Art. 35 IRSG zum Ausdruck kommenden Wertung des Gesetzgebers verpflichtet.

A. Unterlagen des Ersuchens als Prüfungsgrundlage (Abs. 1). Zugleich zur innerstaatlichen Natur des Auslieferungsverfahrens

9 **Grundlage der Prüfung** der weiteren Voraussetzungen sind die Unterlagen des Ersuchens (Art. 35 Abs. 1 IRSG). Das bedarf der Präzisierung: Die (hypothetische) Strafbarkeit und Mindestsanktion nach schweizerischem Recht sowie das Fehlen der schweizerischen Gerichtsbarkeit sind unter Beizug der relevanten inländischen Rechtsquellen zu prüfen.

10 Was den **Inhalt** des Ersuchens bzw. seiner Anlagen angeht, so muss daraus insbesondere hervorgehen, welcher Sachverhalt dem Verfolgten zur Last gelegt wird und wie dieser vom ersuchenden Staat rechtlich qualifiziert wird; der Wortlaut der einschlägigen Rechtsnormen ist beizufügen (vgl. Art. 28 Abs. 2 lit. c und Abs. 3 IRSG, Art. 10 Verordnung über internationale Rechtshilfe in Strafsachen [Rechtshilfeverordnung, IRSV][198]). Zudem muss aus den Unterlagen erhellen, worauf die ermittelnde Behörde ihren Verdacht gegen den Verfolgten stützt, damit das Ersuchen nicht missbräuchlich erscheint.[199] Liegt ein vollstreckbarer Strafentscheid oder Haftbefehl vor, so ist dieser

196. Das heisst nicht, dass eine Auslieferung hier für jede noch so leichte Tat in Betracht kommt; es gilt der Verhältnismässigkeitsgrundsatz.

197. Aus diesem Grund besteht keine Umgehungsgefahr hinsichtlich der Voraussetzung in Art. 35 Abs. 1 lit. b IRSG: Ist bessere soziale Wiedereingliederung im Ausland zu erwarten – nur dann wäre ein schweizerisches Ersuchen an das Ausland zulässig –, so kann einem ausländischen Auslieferungsersuchen direkt entsprochen werden (Art. 36 IRSG).

198. Vom 24.2.1982; SR 351.11.

199. BSK-Garré, Art. 35 IRSG N. 5; vgl. auch Capus, S. 450 f.

beizufügen (Art. 41 IRSG). Die ersuchende Behörde muss ihrem Ersuchen indes keine Beweise beilegen.[200]

Die Rechtsprechung stellt keine strengen **Anforderungen an die Sachverhaltsdarstellung**: Lückenlosigkeit und völlige Widerspruchsfreiheit werden nicht verlangt.[201] Das leuchtet bei der Auslieferung zur Strafverfolgung ein, zumal diese oft in einem frühen Stadium des ausländischen Verfahrens stattfindet und dem ersuchenden Staat gerade ermöglichen soll, zu prüfen, ob und gegebenenfalls wie sich der Verfolgte strafbar gemacht hat.[202] Anders liegt es jedoch bei der Auslieferung zum Sanktionsvollzug, bei der bereits ein kontradiktorisches Verfahren geführt und ein Strafurteil gefällt wurde. Hier sollten dementsprechend höhere Anforderungen an die Darstellung des Sachverhalts (und der rechtlichen Qualifikation) gestellt werden.[203] 11

Die über Auslieferung entscheidende Instanz – das BJ – muss mithin keine eigenen Sachverhaltsermittlungen anstellen, sondern auf das Ersuchen und seine Unterlagen abstellen. Das lässt sich mit den **Prinzipien des Vertrauens und des guten Glaubens** in internationalen Beziehungen begründen.[204] Ihnen entspricht es, dass sich die entscheidende Instanz grundsätzlich an diese Angaben hält (zu Ausnahmen s. N. 15). Bei Unklarheiten oder mangelhafter Übersetzung kann vom ersuchenden Staat eine Ergänzung bzw. Verbesserung verlangt werden (Art. 28 Abs. 6 IRSG).[205] 12

Das Abstellen auf die Unterlagen des Ersuchens (sowie bspw. die Tatsache, dass über die Auslieferung inkl. Auslieferungshaft das BJ und nicht ein Gericht 13

200. Vgl. allgemein für Rechtshilfeersuchen in Strafsachen BGE 136 IV 4, E. 4.1; BGE 122 II 367, E. 2c; BGE 118 Ib 111, E. 5b; BGer 1C_18/2021 vom 19.1.2021, E. 1.7; BGer 1C_260/2013 vom 19.3.2013, E. 1.4; Ludwiczak Glassey, Entraide, N. 842; vgl. bereits zum alten Recht Botschaft 1890, S. 357.
201. Vgl. allgemein für Rechtshilfeersuchen in Strafsachen BGE 117 Ib 64, E. 5c S. 88; BGer 1A. 125/2006 vom 10.8.2006, E. 2.1; BStGer RR.2009.39 vom 22.9.2009, E. 8.1; im Kontext der Auslieferung auch TPF 2012 114, E. 7.3; kritisch Fiolka, S. 606 ff.
202. Vgl. Botschaft 1976, S. 461; vgl. auch BGE 117 Ib 64, E. 5c S. 88; Fiolka, S. 609 f.
203. PC-Ludwiczak Glassey, Art. 35 EIMP N. 2.
204. Vgl. Votum Duboule, AB 1979 NR S. 849; PC-Ludwiczak Glassey, Art. 35 EIMP N. 2; Staffler, S. 152 f.; kritisch Fiolka, S. 606 ff. («organisierte Unverantwortung»); vgl. auch die Kritik von Schaffner, S. 215 ff. Schwaighofer, S. 107, weist mit Recht darauf hin, dass nicht jedem Staat das gleiche Vertrauen entgegengebracht werden kann, sondern z.B. politische und vertragliche Beziehungen sowie Erfahrungen aus früheren Fällen zu berücksichtigen sind.
205. Vgl. BStGer RR.2013.360 vom 15.5.2014, E. 2.2.3.

entscheidet) erklärt sich auch vor dem Hintergrund, dass das Auslieferungsverfahren aus schweizerisch-innerstaatlicher Perspektive[206] ein **Verwaltungsverfahren** ist und kein Strafverfahren oder Teil des ausländischen Strafverfahrens.[207] Das BJ hat nicht über Unrecht, Schuld oder Strafe zu entscheiden,[208] sondern über eine verwaltungsrechtliche Zwangsmassnahme.[209] Es muss sich also nicht mit der Frage beschäftigen, ob sich der Verfolgte tatsächlich des im Raum stehenden Delikts schuldig gemacht habe, sondern nur mit der Frage, ob nach dem Ersuchen und seinen Unterlagen die Voraussetzungen für die Auslieferung gegeben seien.[210] Das Auslieferungsverfahren dient mithin nicht der Eruierung materieller Wahrheit, und für die Auslieferung ist nicht erforderlich, dass ein Auslieferungsdelikt

206. Als zwischenstaatlicher Vorgang hat das Auslieferungsverfahren auch eine völkerrechtliche Dimension (vgl. z.B. Heimgartner, S. 9; Schork, S. 38, Zimmermann, N. 11). Schultz, Auslieferungsrecht, S. 7 ff., stellt diese in den Vordergrund.

207. Vgl. BGE 117 IV 209, E. 1d; BGE 113 IV 93, E. 2; BGE 99 Ia 78, E. 5b; BGer 1C_146/2018 vom 26.4.2018, E. 2.2; BGer 1C_113/2018 vom 26.3.2018, E. 3.6; PC-Ludwiczak Glassey, Art. 35 EIMP N. 4; vgl. auch bereits BGE 28 I 184, E. 5; allgemein für (sekundäre) Rechtshilfeverfahren in Strafsachen Botschaft 1976, S. 448; Botschaft 2001, S. 4420, 4422; Votum Furgler, AB 1977 SR S. 618; BGE 150 IV 121, E. 3.2.3; BGE 139 II 404, E. 6 («dem Grundsatz nach»); BGE 136 IV 4, E. 6.4; BGE 127 II 104, E. 3d; BGE 120 Ib 112 , E. 4 («dem Grundsatz nach»); BGE 118 Ib 436, E. 4a; BGE 116 Ib 190, E. 5b; BGE 109 Ib 156, E. 3b; BGer 1C_763/2013 vom 27.9.2013, E. 2.2; BJ, Wegleitung, S. 5; BSK-Garré, Art. 35 IRSG N. 1; Ludwiczak Glassey, Entraide, N. 3, 26, 30; CR Entraide, Introduction générale N. 50 f., 55; Riedo/Fiolka/Niggli, N. 3185 ff., 3316 f.; Zimmermann, N. 11; ferner Markees, Nr. 421, Rubr. 0.61 f. Weitere Hinweise, insbesondere zu abweichenden Meinungen, in Fn. 30. – Anderes gilt für die «primäre» Rechtshilfe (i.S.v. Ludwiczak Glassey, Entraide, N. 8), konkreter: die stellvertretende Strafverfolgung (Art. 85 IRSG), wo ein inländisches Strafverfahren geführt wird (statt vieler Markees, Nr. 421, Rubr. 0.63).

208. Vgl. BGer 1C_146/2018 vom 26.4.2018, E. 2.2; BGer 1C_113/2018 vom 26.3.2018, E. 3.6; in diesem Sinne – keine Prüfung der Tat- oder Schuldfrage im Auslieferungs- bzw. Rechtshilfeverfahren – bereits Botschaft 1890, S. 357; Botschaft 1976, S. 461; Votum Muheim, AB 1979 NR S. 849 (der sich in der Abstimmung gegen den Antrag Baechtold durchsetzte, der die Auslieferung davon abhängig machen wollte, dass die Unterlagen nach Auffassung der schweizerischen Behörden genügend Belastungsgründe enthalten); Botschaft 2001, S. 4420, 4422; BGE 117 Ib 64, E. 5c S. 88; BGE 112 Ib 215, E. 5b; TPF 2012 114, E. 7.3; weitere Nachweise in Fn. 26.

209. So BGer 1C_113/2018 vom 26.3.2018, E. 3.6, bezüglich Auslieferungshaft.

210. Vgl. BGE 136 IV 4, E. 4.1; BGE 107 Ib 264, E. 3a; BGer 1A.270/2006 vom 13.3.2007, E. 2.1; BGer 1A.3/2004 vom 3.5.2004, E. 4.1 (nicht publ. in BGE 130 II 217); ferner BGE 133 IV 76, E. 2.2; BGE 132 II 81, E. 2.1; BGE 118 Ib 111, E. 5b; BGer 1A.125/2006 vom 10.8.2006, E. 2.1; BStGer RR.2009.39 vom 22.9.2009, E. 8.1; vgl. auch BGE 149 IV 376, E. 3.4. Vgl. bereits zum Bundesgericht als Auslieferungsgericht unter altem Recht BGE 42 I 208, E. 2 S. 222; BGE 38 I 165, E. 3; BGE 18 186, E. 2; ferner BGE 53 I 314, E. 2; Botschaft 1890, S. 360.

wirklich begangen wurde, sondern nur, dass ein solches (mutmassliches) Delikt im ersuchenden Staat verfolgt wird oder bestraft wurde.[211] Auch der EGMR hat in Bezug auf Auslieferungsverfahren die Geltung der in Art. 6 Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten (EMRK)[212] enthaltenen Garantien für strafrechtliche Anklagen (wie auch für zivilrechtliche Ansprüche) prinzipiell verneint.[213]

Die Qualifikation des Auslieferungs- und allgemeiner des Rechtshilfeverfahrens als Verwaltungsverfahren hat in jüngerer Zeit von Teilen des Schrifttums (wieder) **Kritik** erfahren.[214] Für eine ausführliche Stellungnahme ist hier nicht der richtige Ort, daher muss eine kurze genügen: Es gibt in der Tat einige Elemente, die darauf hinzudeuten scheinen, dass das Auslieferungsverfahren eine strafprozessuale Komponente aufweist (z.B. Art. 12 Abs. 1 Satz 2 IRSG, der Beschwerdeweg an das Bundesstrafgericht, die Voraussetzung der beidseitigen Strafbarkeit). Allerdings lassen sie sich auch anders erklären (s. z.B. N. 22 f.), und die Kritik scheint dort stärker zu sein, wo es nicht um die Auslieferung, sondern um die kleine Rechtshilfe bzw. 14

211. BSK-Garré, Art. 35 IRSG N. 1; vgl. auch die Nachweise in Fn. 26.

212. Vom 4.11.1950; SR 0.101.

213. EGMR *Martuzevicius gegen das Vereinigte Königreich*, Nr. 13566/13, 24.3.2015, § 32; EGMR *Khomullo gegen die Ukraine*, Nr. 47593/10, 27.11.2014, § 92; EGMR *Mamatkulov und Askarov gegen die Türkei*, Nr. 46827/99, 46951/99, 4.2.2005, §§ 81 f.; zuvor bereits mit Begründung EKMR *Kirkwood gegen das Vereinigte Königreich*, Nr. 10479/83, 12.3.1984, E. 9 S. 191; EKMR *H. gegen Spanien*, Nr. 10027/82, 15.12.1983, E. 2; vgl. auch BGE 149 IV 376, E. 3.4; kritisch Schaffner, S. 49 ff. m.H.; Stelzer-Wieckowska, S. 76 ff., 214.

214. Vgl. Capus, S. 288 ff., für welche die (grosse und kleine) Rechtshilfe in Strafsachen als Strafrechtspflege anzusehen ist; sodann Gless, N. 225 f., die von einem besonderen Verfahren mit starker Konnexität zum Straf- und Strafprozessrecht bzw. einem international-arbeitsteiligen Strafverfahren spricht; ähnlich Donatsch/Heimgartner/Simonek, S. 24, die allerdings auch die Verschiedenheit zwischen den Arten von Hilfeleistungen hervorheben und der Übergabe von Personen verwaltungsrechtliche Züge attestieren (S. 23). Vermittelnd Schaffner, S. 16 ff., 44 f.; vgl. auch Schork, S. 28, 39 f.; differenzierend Popp, N. 18 f.; Stelzer-Wieckowska, S. 60, die indes auch auf die Schwierigkeit einer solchen Differenzierung bei der Auslieferung hinweist (S. 52). Früher zählte Meili, S. 7 f., 14, die Auslieferung zum «internationalen Strafprozessrecht»; dagegen sowie gegen die Betrachtung des Auslieferungsverfahrens als Strafrechtspflege bereits von Martitz, Rechtshilfe I, S. 54 ff., 428 ff., 432 ff., 440 f., 450 f. Gegen die Qualifikation als Strafrechtspflege z.B. auch Schultz, Auslieferungsrecht, S. 13 f.; Schwarzenbach, S. 25 ff. Kritisch zur Einordnung der Strafrechtshilfe als «international-arbeitsteiliges Strafverfahren» Zimmermann, N. 12 f. – Die bisweilen anzutreffende Bezeichnung der beiden Qualifikationen «Verwaltungsrecht vs. Strafprozessrecht» als «Rechtshilfetheorie vs. Rechtspflegetheorie» erscheint unpassend (so mit Recht Capus, S. 278).

Zwangsmassnahmen nach Schweizerischer Strafprozessordnung (StPO)[215] geht. Die Konzeption der Auslieferung als administrative Angelegenheit ist jedenfalls die des Gesetzgebers[216] und erscheint auch nachvollziehbar, zumal die Schweiz hier typischerweise[217] keine Strafgewalt – auch keine abgeleitete – besitzt und ausübt.[218] Ein eigenes Strafverfahren kann die Schweiz also gar nicht durchführen, und wer meint, dass die von ihr geleistete Rechtshilfe Teil des ausländischen Strafverfahrens sei, müsste darlegen, dass das Ausland ihr (durch das Auslieferungsgesuch) insofern seine Strafgewalt übertragen hat.[219] Das aber erscheint fernliegend bzw. nicht der Konzeption des praktizierten Auslieferungsverfahrens zu entsprechen. Ausserdem wäre es dem Zweck der internationalen Kooperation in Strafsachen abträglich, bereits im Auslieferungsverfahren alle strafprozessualen Garantien zuzuerkennen, da dies das Verfahren entsprechend aufwändiger und langwieriger machen würde. Die Auslieferungshaft dürfte sich entsprechend in die Länge ziehen,[220] und die Kapazität und Bereitschaft zur Leistung von Rechtshilfe könnte abnehmen. Das Gesagte entbindet die Schweiz natürlich nicht von der Pflicht, zu verhindern, dass durch die Auslieferung (schwere) Menschenrechtsverletzungen im Ausland ermöglicht werden (vgl. Art. 2 IRSG). Die Nichtgewährung strafprozessualer Rechte im Auslieferungsverfahren fusst auf der Prämisse ihrer Gewährung im ausländischen Strafverfahren.

---

215. Vom 5.10.2007; SR 312.0.
216. Vgl. Botschaft 1976, S. 448; Botschaft 2001, S. 4420, 4422; Votum Furgler, AB 1977 SR S. 618.
217. Vorbehältlich der Fälle, in denen die Schweiz trotz eigener Strafgewalt einem Auslieferungsersuchen entspricht (Art. 36 IRSG) oder bei eigener Strafgewalt selber das Ausland um Auslieferung und Übernahme ersucht (N. 8).
218. In diesem Sinne auch Zimmermann, N. 11; Ludwiczak Glassey, Entraide, N. 30; vgl. auch Schultz, Auslieferungsrecht, S. 14. Historische Verfechter der Qualifikation der Auslieferung als Akt der Strafrechtspflege gingen davon aus, dass auch der ausliefernde Staat immer Strafgewalt besitze, nämlich kraft einer Art Weltrechtsprinzip mit Geltung für alle Delikte (vgl. z.B. Hamaker, S. 304 ff.; Lammasch, S. 27 ff., 42 ff.). Diese Annahme steht im Widerspruch zur heute einhelligen Auffassung, dass ein Staat ohne hinreichenden Bezug zu Tat oder Täter grundsätzlich keine Strafgewalt beanspruchen darf; ein allgemeines Weltrechtsprinzip existiert also nicht (sondern nur ein für bestimmte Delikte geltendes). Vgl. BSK-Keshelava/Payer, Vor Art. 3 StGB N. 3 f., 31 ff. sowie bereits Schwarzenbach, S. 27.
219. Ohne Strafgewalt kein Strafverfahren. Vgl. auch zur Strafgewalt (oder: Strafhoheit, Strafbefugnis, Strafkompetenz) als Voraussetzung eines jeden Strafverfahrens BSK-Keshelava/Payer, Vor Art. 3 StGB N. 9 f.
220. Vgl. auch bereits Botschaft 1890, S. 360.

Die vorstehend (N. 9, N. 12 f.) dargestellten Grundsätze kennen drei **Ausnahmen**:[221] Erstens muss das BJ in Fällen eines (liquiden) Alibibeweises nach Art. 53 IRSG eigene Abklärungen treffen, und bei klarer Unschuld i.S.v. Art. 53 Abs. 2 Satz 1 IRSG die Auslieferung verweigern. Zweitens kann es insoweit von der Sachverhaltsdarstellung im Auslieferungsersuchen bzw. dessen Unterlagen abweichen, als diese «durch offensichtliche Fehler, Lücken oder Widersprüche sofort entkräftet wird».[222] Das sollte es nach hier vertretener Ansicht auch tun, wenn keine Berichtigung oder Ergänzung (vgl. N. 12) erfolgt. Drittens ist Auslieferungsersuchen, die rechtsmissbräuchlich erscheinen – namentlich wegen besonders schwerwiegender und offensichtlicher Verletzung des ausländischen Verfahrensrechts –, keine Folge zu leisten.[223] 15

B. Positive Voraussetzung: Beidseitige Androhung einer Mindestsanktion (Abs. 1 lit. a)

Art. 35 IRSG definiert die Delikte, die zur Auslieferung Anlass geben können, nicht mittels Aufzählung, sondern durch Formulierung einer **Mindestschwelle** (N. 3): Die Tat muss in beiden Staaten, der Schweiz und dem ersuchenden, mit Sanktion bedroht sein (Prinzip der beidseitigen Strafbarkeit), und zwar mit einer freiheitsbeschränkenden Sanktion im Höchstmass von mindestens einem Jahr oder mit einer schwereren Sanktion (Mindestschwelle). Diese Definitionsmethode hat gegenüber einem Katalog insbesondere den Vorteil, dass sie nicht ständiger Aktualisierung und Ergänzung bedarf und zusätzliche (schwierige) Auslegungsfragen vermeidet.[224] 16

221. Keine eigentliche Ausnahme stellt die Situation dar, in der die im Inland betroffene Person behauptet, nicht die vom ausländischen Ersuchen genannte Person zu sein, und das BJ dies überprüfen muss. Denn hier werden das Ersuchen und seine Sachverhaltsdarstellung nicht in Zweifel gezogen.

222. BGE 142 IV 250, E. 6.3; BGE 133 IV 76, E. 2.2; BGE 132 II 81, E. 2.1; TPF 2012 114, E. 7.3; vgl. auch BGE 136 IV 4, E. 4.1; allgemein für Rechtshilfeverfahren BGE 125 II 250, E. 5b; BGE 122 II 422, E. 3c; BGE 118 Ib 111, E. 5b; BGE 117 Ib 64, E. 5c S. 88; BGE 115 Ib 68, E. 3b/bb; BGE 107 Ib 264, E. 3a; BGer 1A.270/2006 vom 13.3.2007, E. 2.1; BGer 1A.3/2004 vom 3.5.2004, E. 4.1 (nicht publ. in BGE 130 II 217); BStGer RR.2009.39 vom 22.9.2009, E. 8.1; vgl. bereits BGE 92 I 108, E. 1.

223. Vgl. BGer 1C_82/2021 vom 16.2.2021, E. 1.2; BGer 1C_454/2019 vom 12.9.2019, E. 2.2; BGer 1A.214/2001, 1A.215/2001 vom 19.2.2002, E. 2.3.

1. Prinzip der beidseitigen Strafbarkeit

17 Was zunächst das Erfordernis betrifft, dass die Tat in beiden Staaten mit Strafe bzw. Sanktion bedroht sei, so entspricht dieses dem **Grundsatz der beidseitigen Strafbarkeit**, auch Grundsatz der doppelten Strafbarkeit genannt. Eine weitere, jedoch unpassende bzw. irreführende (vgl. N. 54) Bezeichnung lautet Grundsatz der identischen Norm(en).[225]

a. Ratio

18 Wozu wird beidseitige Strafbarkeit verlangt? Dass die Tat **im ersuchenden bzw. verfolgenden Staat** strafbar sein muss, ergibt sich aus dem strafrechtlichen Legalitätsprinzip[226] sowie der Logik der Rechtshilfe in Strafsachen.[227] Warum aber muss sie es auch *im ersuchten bzw. helfenden Staat* sein?[228] Es ist essenziell, sich darüber Klarheit zu verschaffen, denn erst die Ratio des Prinzips ermöglicht es, diverse Fragen zu seiner Tragweite auf sicherer Basis und kohärent zu entscheiden (vgl. unten N. 30, 47, 49, 51 f., 55, 58, 63).

19 Ein erster Begründungsansatz will auch dies auf das strafrechtliche **Legalitätsprinzip** zurückführen.[229] Ein Staat dürfe keine strafprozessualen Massnahmen anwenden, wenn die mutmassliche Tat nicht nach seinen Gesetzen strafbar sei. Diese Argumentation kann jedoch von vornherein nicht überzeugen, wenn man die Rechtshilfeleistung als verwaltungsrechtlich qualifiziert (vgl. N. 13 f.).[230]

---

224. Vgl. Votum Schlumpf, AB 1977 SR S. 629; Votum Furgler, AB 1977 SR S. 630; Bantekas, S. 375 der zudem darauf hinweist, dass die Schwellenmethode eine gewisse Ähnlichkeit der Delikte in beiden Rechtsordnungen hinsichtlich der Strafdrohung gewährleistet (und nicht nur, wie die Aufzählungsmethode, hinsichtlich der Bezeichnung); Markees, Nr. 422, Rubr. 2.04; Schultz, Auslieferungsrecht, S. 264; Shearer, S. 134; van der Wilt, S. 23; vgl. auch Botschaft 1976, S. 460; Votum Muheim, AB 1979 NR S. 648; vgl. bereits Botschaft 1890, S. 336.
225. Sie dürfte auf Lammasch, S. 56, zurückgehen. Kritisch dazu bereits Schultz, Auslieferungsrecht, S. 312.
226. Vgl. van der Wilt, S. 24.
227. Benz, S. 34; BSK-Garré, Art. 35 IRSG N. 2; Mörsberger, S. 3; BSK-Heimgartner, Art. 64 IRSG N. 1; Schultz, Auslieferungsrecht, S. 312; vgl. auch Botschaft 1890, S. 336.
228. Dagegen z.B. Travers, N. 58 S. 57; in neuerer Zeit etwa Schomburg/Lagodny-Schierholt, § 3 IRG N. 2 m.H.
229. Z.B. Blakesley, S. 197; Dewulf, S. 306; in diese Richtung auch Capus, S. 418 ff., 423 ff.; vgl. auch Gless, N. 329, die den Schutz des Individuums bzw. die Prinzipien des Rechtsstaats und der Schuld zur Begründung anruft.

Ein zweiter Ansatz beruft sich auf die **Vorhersehbarkeit der Strafrechtshilfe**: Der Grundsatz der beidseitigen Strafbarkeit diene dem ersuchenden Staat, indem er für diesen den Umfang der Kooperation des ersuchten Staates vorhersehbar mache.[231] Das mag zutreffen, doch dürfte mancher ersuchende Staat es lieber sehen, wenn der ersuchte Staat diesen Grundsatz, der die Rechtshilfe einschränkt, aufgibt. Zudem lässt sich von jeder normierten Rechtshilfevoraussetzung sagen, sie fördere die Vorhersehbarkeit des Kooperationsumfangs, doch ist damit noch kein innerer Grund für ihr Bestehen geliefert (anders formuliert: Warum gerade sie?). 20

Nach einem dritten, verbreiteten Begründungsansatz reflektiert das Prinzip der beidseitigen Strafbarkeit dasjenige der **Reziprozität** (Gegenseitigkeit von Rechten und Pflichten).[232] Der Gedanke ist folgender: Wenn in Staat A ein Verhalten X nicht strafbar ist, in Staat B hingegen schon, und A den B um Auslieferung einer Person wegen X ersuchen würde (was natürlich sinnwidrig wäre), würde B die Auslieferung verweigern, weil A gar keine Strafverfolgung wegen X betreiben könnte. Daraus kann A nun folgern, dass er B wegen X – bzw. allgemeiner: wegen nach seinem (As) Recht nicht strafbaren Verhaltensweisen – auch keine Auslieferung gewähren sollte. Das beruht jedoch auf einer verkürzten Denkweise bzw. auf einem oberflächlichen Reziprozitätsverständnis. Der skizzierte Gedankengang übergeht nämlich den Grund, dessentwegen B die Auslieferung wegen X an A verweigern würde: weil A das Verhalten X mangels Kriminalisierung in A gar nicht verfolgen kann. Eine genaue Anwendung des Reziprozitätsprinzips muss diesen Grund berücksichtigen, sodass A gestützt auf dieses Prinzip die Auslieferung an B nur wegen Taten verweigern kann, die dieser mangels deren Kriminalisierung in B nicht verfolgen kann. Das trifft auf X nicht zu. Wenn A wegen X nicht ausliefern will, dann findet das im Reziprozitätsprinzip somit keine Stütze.[233] 21

230. Vgl. auch Murschetz, S. 119 f.; weitere überzeugende Gegenargumente bei Asp/von Hirsch/Frände, S. 514; van der Wilt, S. 27 ff. m.H.; anhand des deutschen Verfassungsrechts Conrad, S. 97 ff.

231. So Zimmermann, N. 713 (als ergänzendes Argument für den Grundsatz).

232. Vgl. Botschaft 1966, S. 479; Arzt, S. 428 (das Prinzip aus Art. 8 IRSG herleitend), S. 429 (völkerrechtlicher Grundsatz der Reziprozität); Benz, S. 15 f., 22; Ambos/König/Rackow-Kubiciel, § 3 IRG N. 23; von Martitz, Rechtshilfe II, S. 57 f.; Schultz, Auslieferungsrecht, S. 313; Schwarzenbach, S. 92 f.; Shearer, S. 137 f.; weitere Hinweise bei Gafner d'Aumeries, S. 32; van der Wilt, S. 24; vgl. auch (freilich den Eigenwert der beidseitigen Strafbarkeit betonend) Mörsberger, S. 11 ff.

233. In diesem Sinne schon Vogel, S. 942; anders Conrad, S. 92.

Kurzum: Wenn der andere Staat auch bei fehlender Strafbarkeit nach seinem Recht Rechtshilfe zu leisten bereit wäre, ist nicht ersichtlich, inwiefern der Reziprozitätsgedanke den Grundsatz der beidseitigen Strafbarkeit tragen könnte.[234] Ohnehin scheint die Berufung auf diesen Gedanken auf formaler Ebene verhaftet zu sein und damit den Grund zu verfehlen, warum ein Staat überhaupt (erstmalig) die beidseitige Strafbarkeit verlangen sollte (wodurch sich erst Reziprozitätsfolgen für andere Staaten ergeben).

22 Den drei dargestellten mangelhaften Erklärungen (N. 19–21) steht eine vierte, überzeugendere Begründung gegenüber, die auf den **Wertepluralismus** rekurriert. Demgemäss schützt der Grundsatz der beidseitigen Strafbarkeit die Staaten in ihren unterschiedlichen Wertüberzeugungen, indem kein Staat einen anderen bei dessen Strafverfolgung oder -vollstreckung unterstützen muss, wenn er selbst das Verhalten nicht als strafwürdig erachtet.[235] Das Strafrecht ist in der Tat wie kein anderes Rechtsgebiet Ausdruck der gesellschaftlichen Wertordnung.[236]

23 Ähnlich und ebenfalls nicht völlig von der Hand zu weisen ist eine fünfte, utilitaristische Deutung: Hält der ersuchte Staat das angelastete Verhalten nicht für strafwürdig, so **fehlt** ihm schlicht das **Interesse**, dem Ausland zu helfen.[237] Zwar könnte er bei Verzicht auf die Strafbarkeit nach eigenem Recht einen entsprechenden Verzicht des Auslandes bei seinen eigenen Ersuchen verlangen. Doch wird Rechtshilfe in Strafsachen nicht nur betrieben, um Gegenrechte zu erwerben, sondern vor allem auch, um wirksame und nicht an den Landesgrenzen scheiternde

234. Das sieht auch Arzt, S. 429 f.; vgl. auch Popp, N. 202.

235. Vgl. BGE 111 Ib 312, E. 5a; Ludwiczak Glassey, Double incrimination, S. 322 f.; Mörsberger, S. 4 f.; Murschetz, S. 120, 123; Schwaighofer, S. 93; Schwarzenbach, S. 92; Schultz, Ende, S. 144; Shearer, S. 137 f.; van der Wilt, S. 24 f. («social (or societal) rationale»); ähnlich Popp, N. 213, der die innerstaatliche Legitimation in den Blick nimmt und mit Recht auch auf das Spezialitätsprinzip hinweist; vgl. auch Botschaft 1890, S. 336; Botschaft 1966, S. 480; Benz, S. 16 f., 24; Donatsch/Heimgartner/Simonek, S. 115; Heimgartner, Auslieferungsrecht, S. 86; Schultz, Auslieferungsrecht, S. 313; ferner Asp/von Hirsch/Frände, S. 513 f. An anderer Stelle führt Schultz das Prinzip der beidseitigen Strafbarkeit auf die Schwere des Eingriffs in die persönliche Freiheit durch den auslieferndn Staat zurück (Schultz, Principes, 13; zustimmend Gafner d'Aumeries, S. 34; in diesem Sinne auch Markees, Nr. 421, Rubr. 0.64), was mit der Begründung des Wertepluralismus kompatibel ist und diese präzisiert.

236. Vgl. auch Benz, S. 16; Mörsberger, S. 5.

237. Vgl. Asp/von Hirsch/Frände, S. 513, die diese Begründung allerdings für unzureichend halten (S. 513 f.); Mörsberger, S. 7 f.; Riedo/Fiolka/Niggli, N. 3362 f.

Verbrechensbekämpfung zu ermöglichen.[238] Dieser Gedanke zwischenstaatlicher Solidarität bzw. gemeinsamer Verantwortung für Sicherheit stösst jedoch an seine Grenzen, wenn der ersuchte Staat das verfolgte Verhalten (auch bei Sachverhaltsumstellung) nicht als deliktisch bewertet.

In neuerer Zeit hat die Literatur mehrere Vorschläge entwickelt, wie das Prinzip der beidseitigen Strafbarkeit, das manchmal als zu einschränkend wahrgenommen wird, durch eine **neue Regelung** ersetzt werden könnte, die das ihm zugrunde liegende berechtigte Anliegen (vgl. N. 22) wahrnimmt, aber eine unnötige Einschränkung der Rechtshilfe vermeidet. Demnach soll der ersuchte Staat die Rechtshilfe verweigern können, wenn das Verhalten nach seinem Recht nicht strafbar ist *und* (kumulativ) nach Ansicht der entscheidenden Behörde auch nicht strafwürdig oder in dieser Rechtsordnung zulässigerweise kriminalisierbar erscheint.[239] Ein solcher Ansatz hätte in der Tat den Vorteil, in Fällen, in denen nicht eine grundsätzlich andere Wertung, sondern z.B. ressourcentechnische Gründe zu einer beschränkteren Kriminalisierung im ersuchten Staat geführt haben, die Rechtshilfe zu ermöglichen. Allerdings würde er von den Behörden eine aufwändigere und u.U. auch heikle Einschätzung abverlangen.[240] Das Parlament hat übrigens bei den Beratungen zum Rechtshilfegesetz eine vom Bundesrat vorgeschlagene Ausnahmeklausel abgelehnt, welche die Auslieferung für in der Schweiz straflose, im Ausland wegen besonderer Verhältnisse strafbare und nach allgemeinen Grundsätzen des schweizerischen Rechts strafwürdig erscheinende Taten ermöglicht hätte (Art. 32 Abs. 3 E-IRSG).[241] 24

b. Nebeneffekte

Von der Ratio des Prinzips der beidseitigen Strafbarkeit sind seine (potenziellen) **Nebenwirkungen** zu unterscheiden. Zu diesen gehört etwa, dass die Prüfung der beidseitigen Strafbarkeit eine Auseinandersetzung mit bestehenden Unterschieden zwischen den Strafrechtsordnungen erfordert 25

238. Vgl. OK-Payer, Art. 32 IRSG N. 5.
239. Asp/von Hirsch/Frände, S. 515 ff.; Ludwiczak Glassey, Double incrimination, S. 323.
240. Vgl. BSK-Garré, Art. 35 IRSG N. 10.
241. Vgl. AB 1977 SR S. 631 (unter Verweis auf die praktische Bedeutungslosigkeit der Konstellation); AB 1979 NR S. 849.

und damit eine Harmonisierung fördern kann.[242] Auch kann es vorkommen, dass im Rahmen der Prüfung beidseitiger Strafbarkeit erstmals eine bestimmte Auslegungsfrage zu einem Schweizer Straftatbestand zu entscheiden ist; dadurch trägt die beidseitige Strafbarkeit zur Interpretation der hiesigen Strafnormen bei.[243] Allerdings kann der Kontext des Rechtshilfeersuchens bzw. der Kooperationswille zu einer allzu tatbestandsausdehnenden Auslegung verleiten,[244] was problematisch ist und unterbleiben sollte.[245] Manche Tatbestände wurden sogar spezifisch zur Ermöglichung von Rechtshilfe bzw. im Hinblick auf das Erfordernis der beidseitigen Strafbarkeit erlassen.[246]

c. Anwendungsbereiche und jeweilige Unterschiede

26 Das Prinzip der beidseitigen Strafbarkeit ist grundsätzlich auch der in älteren Auslieferungsverträgen verwendeten Aufzählungsmethode inhärent.[247] Nach einem Leitentscheid des Bundesgerichts von 1979 ist das Erfordernis der beidseitigen Strafbarkeit **allgemeingültig** und infolgedessen bei Auslieferungsverträgen, die es nicht ausdrücklich verankern, als stillschweigend vorausgesetzt anzusehen.[248] Nach der Schwellenmethode verankert ist es z.B. in Art. 2 Ziff. 1 Satz 2 Europäisches Auslieferungsübereinkommen vom 13.12.1957 (SR 0.353.1; nachfolgend: EAÜ) und Art. 2 Ziff. 1 Satz 1 Auslieferungsvertrag vom 14.11.1990 zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und den Vereinigten Staaten von Amerika (SR 0.353.933.6; nachfolgend: AVUS). Demgegenüber wurde das Erfordernis innerhalb der EU mit dem Europäischen Haftbefehl teilweise abgeschafft.[249] Die Tendenz zur Relativierung des Prinzips auf europäischer Ebene wirft die Frage auf, ob die genannte bundesgerichtliche Praxis noch Bestand haben

242. Capus, S. 388, 482.
243. Ludwiczak Glassey, Double incrimination, S. 321 m.H.
244. Donatsch/Heimgartner/Simonek, S. 119.
245. Auch CR Entraide, Introduction générale N. 610, und PC-Ludwiczak Glassey, Art. 35 EIMP N. 39, betonen, dass Strafbestimmungen im Rahmen der Prüfung beidseitiger Strafbarkeit nicht weiter auszulegen sind als in einem nationalen Strafverfahren. Wie sie mit Recht ausführen, müssen die Auslegungsregeln die gleichen sein und der wahre Sinn des Gesetzes gesucht werden.
246. Ludwiczak Glassey, Double incrimination, S. 322 m.H.; Riedo/Fiolka/Niggli, N. 3390.
247. Bantekas, S. 375; Heimgartner, Auslieferungsrecht, S. 85.
248. BGE 105 Ib 286, E. 2a m.Verw. auf Schultz, Auslieferungsrecht, S. 318; vgl. auch schon BGE 88 I 37, E. 1; BGE 87 I 195, E. 2. Gl.M. Heimgartner, Auslieferungsrecht, S. 84 (mit einem Vorbehalt); Schwarzenbach, S. 93; Shearer, S. 138 (Völkergewohnheitsrecht).

kann;[250] nach hier vertretener Ansicht ist sie jedenfalls für die Auslieferung zu bejahen.[251]

Der Grundsatz der beidseitigen Strafbarkeit gilt auch bei der **Übernahme der Strafverfolgung oder** der **Strafvollstreckung** durch die Schweiz (vgl. Art. 86, 94 Abs. 1 lit. b IRSG).[252] Ist die Tat hierzulande nicht strafbar, so kann sie hier nicht verfolgt werden oder strafrechtliche Sanktionen nach sich ziehen. 27

Dem Grundsatz der beidseitigen Strafbarkeit untersteht grundsätzlich[253] auch die **kleine Rechtshilfe**, soweit prozessualer Zwang angewandt werden soll (Art. 64 Abs. 1 IRSG), jedoch in anderer Weise: Dort genügt es, wenn der im Rechtshilfeersuchen dargestellte Sachverhalt unter einen einzigen Straftatbestand des Schweizer Rechts subsumiert werden kann. Bejahendenfalls braucht nicht noch geprüft zu werden, ob der Sachverhalt unter weitere Tatbestände fallen könnte.[254] Zudem ist bei der kleinen Rechtshilfe nicht notwendig, dass die von der Hilfemassnahme betroffene Person im ausländischen Strafverfahren selbst beschuldigt wird.[255] 28

Im **Gegensatz** hierzu ist im Auslieferungsrecht die beidseitige Strafbarkeit (sowie die Mindestschwelle, N. 48) in Bezug auf jedes Delikt bzw. jeden Sachverhalt[256], für den Auslieferung beantragt wurde, zu prüfen.[257] In der 29

249. Vgl. Art. 2 Abs. 2 Rahmenbeschluss des Rates [der EU] vom 13.6.2002 über den Europäischen Haftbefehl und die Übergabeverfahren zwischen den Mitgliedstaaten (2002/584/JI), der bestimmte, einzeln aufgeführte schwere Delikte von der Prüfung beidseitiger Strafbarkeit herausnimmt und damit gewissermassen die Aufzählungsmethode (vgl. N. 3) wiederbelebt. Zur Historie und kontroversen Diskussion darüber vgl. Schork, S. 216 ff.
250. Donatsch/Heimgartner/Simonek verneinen sie für die Rechtshilfe im Allgemeinen (S. 114), meinen aber unter Verweis auf ebendiese Bundesgerichtspraxis, dass das Prinzip der beidseitigen Strafbarkeit für die *Auslieferung* auch dann gilt, wenn ein älterer Vertrag mit Deliktskatalog es nicht ausdrücklich vorsieht (S. 115).
251. Anderes mag für die kleine Rechtshilfe gelten, wo Ausnahmen von der beidseitigen Strafbarkeit nicht rar sind (Beispiele bei Donatsch/Heimgartner/Simonek, S. 113 f.).
252. Vgl. Gless, N. 321; BSK-Heimgartner, Art. 64 IRSG N. 4; Popp, N. 249 f. Was die Situation der Übernahme *durch das Ausland* betrifft, so wäre es theoretisch denkbar, dass der ausländische Staat auf Strafbarkeit nach seinem Recht verzichtet und allein das ihm fremde schweizerische Recht anwendet. Die Art. 88, 100 IRSG stünden dem wohl nicht im Wege, eventuell jedoch Art. 30 IRSG. In praxi wird ohnehin das Ausland i.d.R. Strafbarkeit nach seinem Recht verlangen.
253. Zu den Ausnahmen s. Art. 64 Abs. 2 IRSG.
254. BGer 1C_138/2007 vom 17.7.2007, E. 2.3; BStGer RR.2013.103 vom 4.7.2013, E. 4.3; vgl. auch BGE 129 II 462, E. 4.6; BGE 125 II 569, E. 6; Wegleitung, S. 28.
255. Vgl. z.B. BGer 1A.245/2006, 1A.249/2006 vom 26.1.2007, E. 3.

Folge darf der ersuchende Staat den Ausgelieferten nur für diejenigen (vor der Auslieferung begangenen) Sachverhalte belangen, für welche die Schweiz die beidseitige Strafbarkeit bejaht und die Auslieferung bewilligt hat (Spezialitätsprinzip, Art. 38 Abs. 1 lit. a IRSG).[258] Möchte er weitere Taten verfolgen, so muss er dafür ein nachträgliches Auslieferungsersuchen stellen.[259] Ausgeliefert werden darf nur der Verfolgte.[260]

30 Das Prinzip der beidseitigen Strafbarkeit beherrscht auch die **akzessorische Auslieferung** gemäss Art. 36 Abs. 2 IRSG, bei der neben einem Auslieferungsdelikt auch für Delikte ausgeliefert wird, die kein solches darstellen. Wie die Rechtsprechung klargestellt hat, müssen auch diese anderen Delikte nach schweizerischem Recht strafbar sein; die erwähnte Bestimmung macht für sie nur das Erreichen der Mindestschwelle von Art. 35 Abs. 1 lit. a IRSG entbehrlich.[261] Diese Sichtweise entspricht der Ratio des Prinzips (N. 22 f.). Gleiches hat für eine *Ausdehnung* der Strafverfolgung nach erfolgter Auslieferung zu gelten: Ein entsprechendes Nachtragsersuchen ist abzulehnen, wenn keine Strafbarkeit nach schweizerischem Recht besteht; hingegen ist nicht erforderlich, dass die neu zu verfolgenden Delikte die Mindestschwelle von Art. 35 Abs. 1 lit. a IRSG erreichen.

31 Ausserdem normieren verschiedene Vorschriften des **Strafanwendungsrechts** den Grundsatz der beidseitigen Strafbarkeit (z.B. Art. 6 Abs. 1 lit. a, Art. 7 Abs. 1 lit. a Schweizerisches Strafgesetzbuch [StGB][262]). Dieser erfüllt dort aber eine andere Funktion: Er hält die inländischen Strafbehörden zur Prüfung an, ob die Tat nach fremdem Recht (des Begehungsortsstaates) strafbar sei. Das dient vor allem der Verhinderung einer unzulässigen Einmischung in ausländische Angelegenheiten und dem

256. Vgl. auch BGE 124 II 184, E. 4b/cc; BGE 120 Ib 120, E. 3b/bb; BGer 1A.328/2000 vom 20.4.2001, E. 5a.
257. BGE 125 II 569, E. 6; BGer 1C_201/2019 vom 11.4.2019, E. 2.1; BGer 1C_205/2007 vom 18.12.2007, E. 4.2; BGer 1C_138/2007 vom 17.7.2007, E. 2.3; BGer 1A.118/2003 vom 26.6.2003, E. 3.1; TPF 2012 114, E. 7.4; TPF 2007 168, E. 2.2.2; BStGer RR.2011.246 vom 30.11.2011, E. 3.1; BStGer RR.2010.290 vom 16.5.2011, E. 4.2; CR Entraide, Introduction générale N. 589 f.; Donatsch/Heimgartner/Simonek, S. 115; BSK-Garré, Art. 35 IRSG N. 8; PC-Ludwiczak Glassey, Art. 35 EIMP N. 8; vgl. bereits BGE 87 I 195, E. 2.
258. BGer 1C_138/2007 vom 17.7.2007, E. 2.3; BSK-Garré, Art. 35 IRSG N. 8.
259. BSK-Garré, Art. 35 IRSG N. 8.
260. OK-Payer, Art. 32 IRSG N. 33 f.
261. BGE 111 Ib 312, E. 5; ebenso Heimgartner, Auslieferungsrecht, S. 81 f.
262. Vom 21.12.1937; SR 311.0.

Schutz des Individuums, welches sich so grundsätzlich allein nach den Gesetzen seines Aufenthaltsorts ausrichten kann.[263]

Im **Unterschied** hierzu veranlasst der Grundsatz der beidseitigen Strafbarkeit im Rechtshilferecht die entscheidende Behörde des ersuchten Staates vor allem zur Prüfung, ob die Tat auch nach eigenem Strafrecht strafbar sei. Dabei dient dieses Erfordernis inländischen Interessen (N. 22 f.). Aufgrund dieser unterschiedlichen Aufgaben ist der Grundsatz nicht zwingend im einen gleich wie im anderen Rechtsgebiet zu interpretieren; anstelle einer Tel-quel-Übernahme von Auslegungsergebnissen hat jeweils eine eigene Auslegung unter Berücksichtigung der Besonderheiten des jeweiligen Gebiets stattzufinden.[264] 32

2. Mindestschwelle: Freiheitsbeschränkende Sanktion von einem Jahr

Art. 35 Abs. 1 lit. a IRSG lässt es beim Erfordernis der beidseitigen Strafbarkeit nicht bewenden, sondern verlangt überdies, dass die Tat in beiden Staaten mit einer freiheitsbeschränkenden Sanktion im Höchstmass von mindestens einem Jahr oder einer schwereren Sanktion bedroht sei.[265] Die **Funktion** dieser Mindestschwelle oder «Mindestmaximalsanktion» liegt in einer Abgrenzung nach unten: Nur ab einer gewissen Schwere der Tat ist die Schweiz bereit, den Aufwand der Auslieferung auf sich zu nehmen, und nur dann erscheint auch der erhebliche Eingriff in die Rechte der betroffenen Person[266] gerechtfertigt.[267] Insofern erfüllt Art. 35 Abs. 1 lit. a IRSG die gleiche Filterfunktion – nur eben spezifisch für die grosse Rechtshilfe – wie schon Art. 1 Abs. 3 und Art. 4 IRSG, welche die Strafrechtshilfe bei Bagatellen oder Verfahren im ersuchenden Staat, in denen kein Richter angerufen werden kann, ausschliessen; es geht hier wie dort um die Wahrung der Verhältnismässigkeit.[268] Verschiedene Auslieferungsverträge sehen eine gleich 33

263. Vgl. BSK-Keshelava/Payer, Vor Art. 3 StGB N. 45; Asp/von Hirsch/Frände, S. 513.
264. Vgl. BGE 150 IV 121, E. 3.2.3; BSK-Keshelava/Payer, Vor Art. 3 StGB N. 45 f.
265. Man kann insofern von einer «qualifizierten beidseitigen Strafbarkeit» sprechen, vgl. Murschetz, S. 123; Schwaighofer, S. 102. Ambos/König/Rackow-Kubiciel, § 3 IRG N. 21, spricht von einem «Signifikanzprinzip».
266. Vgl. OK-Payer, Art. 32 IRSG N. 4.
267. CR Entraide, Art. 35 EIMP N. 4; Heimgartner, Auslieferungsrecht, S. 80; vgl. bereits Langhard, S. 10; vgl. auch Botschaft 1976, S. 461.
268. Vgl. auch Ludwiczak Glassey, Entraide, N. 887; Murschetz, S. 124; Riedo/Fiolka/Niggli, N. 3708; Schwaighofer, S. 93, 102.

hohe Mindestschwelle wie Art. 35 Abs. 1 lit. a IRSG vor, so etwa das EAÜ (Art. 2 Ziff. 1 Satz 2) und der Auslieferungsvertrag vom 29.7.1988 zwischen der Schweiz und Australien (SR 0.353.915.8; nachfolgend: AVAUS) in dessen Art. 2 Ziff. 1.[269] Allerdings ist der Kreis der Taten, welche diese Schwelle erreichen, gross.[270]

34 Es ist an dieser Stelle zu erinnern, dass die Mindestschwelle von Art. 35 Abs. 1 lit. a IRSG bei Auslieferungen im Zusammenhang mit von der Schweiz ausgehenden Ersuchen um Übernahme der Strafverfolgung oder -vollstreckung nicht gilt (N. 8). Diese **Ausnahme** dient den Interessen des Verfolgten, denn ein solches Ersuchen kommt nur dann in Frage, wenn die Übertragung an das Ausland eine bessere soziale Wiedereingliederung erwarten lässt (vgl. Art. 88 lit. b, Art. 100 lit. b IRSG).

35 Hinsichtlich der Begriffe «**Sanktion**», der auch freiheitsentziehende Massnahmen einschliesst,[271] und «**freiheitsbeschränkend**», der mit «freiheitsentziehend» gleichzusetzen ist, sei auf OK-Payer, Art. 32 IRSG N. 37, verwiesen.

36 «**Schwerere Sanktionen**» als eine freiheitsbeschränkende Sanktion (Freiheitsstrafe oder freiheitsentziehende Massnahme) im Höchstmass von mindestens einem Jahr sind die Todesstrafe und Leibesstrafen.[272] Wenn solche drohen, ist eine Auslieferung aus Gründen des Menschenrechtsschutzes bzw. Ordre public ausgeschlossen (Art. 2, 37 Abs. 3 IRSG, Art. 2 f. EMRK, Art. 1 Protokoll Nr. 6 zur Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten über die Abschaffung der Todesstrafe vom 18.4.1983 [SR 0.101.06]).[273] Eine Auslieferung kommt nur unter der Auflage (Art. 80p Abs. 1 IRSG) in Betracht, dass der ersuchende Staat versichert, auf den Antrag, die Aussprache sowie den Vollzug einer solchen Strafe zu verzichten.[274]

---

269. Art. 2 Ziff. 1 Satz 1 AVUS verlangt hingegen eine Mindestmaximalsanktion von mehr als einem Jahr. In Anwendung des Günstigkeitsprinzips wird an die USA aber auch für Taten ausgeliefert, deren Mindestmaximalsanktion exakt ein Jahr beträgt (BGE 147 II 432, E. 3).
270. Vgl. bereits Botschaft 1976, S. 461; BSK-Garré, Art. 35 IRSG N. 17.
271. In manchen Auslieferungsverträgen werden solche freiheitsbeschränkenden «sichernden» Massnahmen ausdrücklich erwähnt (z.B. Art. 2 Ziff. 1 EAÜ; Art. 2 Ziff. 1 AVAUS).
272. Botschaft 1976, S. 460; Heimgartner, Auslieferungsrecht, S. 80.
273. Ebenso BSK-Garré, Art. 35 IRSG N. 13 m.H.; vgl. auch OK-Kaufmann, Art. 1a IRSG N. 10; Ludwiczak Glassey, Entraide, N. 121; grundlegend EGMR *Soering gegen das Vereinigte Königreich*, Nr, 14038/88, 7.7.1989, §§ 86 ff.

Die Mindestschwelle von Art. 35 Abs. 1 lit. a IRSG orientiert sich an der (abstrakten) Sanktionsdrohung, nicht am zu erwartenden Sanktionsmass. Was aber, wenn ein Strafurteil bereits vorliegt, d.h. die Auslieferung die **Sanktionsvollstreckung** ermöglichen soll, und das Urteil eine unter dieser Schwelle liegende Sanktion ausgesprochen hat oder nur noch ein unter dieser Schwelle liegender Freiheitsentzug zu vollziehen ist? Wie verhält es sich, wenn der Täter zu einer **bedingten Freiheitsstrafe** verurteilt wurde? Ausführungen zu diesen Fragen finden sich unter OK-Payer, Art. 32 IRSG N. 38 f. Zu den dort referierten Mindestdauern des zu vollziehenden Freiheitsentzugs muss aber stets hinzukommen, dass die abstrakte Sanktionsdrohung die Mindestschwelle von Art. 35 Abs. 1 lit. a IRSG erreicht (kumulative Voraussetzungen). 37

Im Rahmen der Gesetzgebungsarbeiten hat sich der Bundesrat ausdrücklich dagegen entschieden, die Auslieferung auf **Amtsdelikte** zu beschränken bzw. die Verfolgung der Tat von Amtes wegen zum Merkmal der Auslieferungsdelikte zu erheben. Denn zwar handelt es sich bei den Antragsdelikten oft um leichtere Delikte, bei denen eine Verfolgung von Amtes wegen im Blick auf den Aufwand nicht verhältnismässig erscheint; doch kann das Strafantragserfordernis auch andere Funktionen (z.B. Schutz einer Täter-Opfer-Beziehung, Erleichterung einer einvernehmlichen Lösung) bezwecken und ist deshalb kein verlässliches Kriterium für die Schwere einer Tat.[275] 38

3. Inhalt und Modalitäten der Prüfung

Die über Auslieferung entscheidende Instanz muss zunächst bestimmen, nach welchen ausländischen und inländischen Rechtsquellen in welcher zeitlichen Fassung die beidseitige Strafbarkeit und Mindestmaximalsanktion geprüft werden sollen (a.). Weiter muss sie zur Prüfung nach schweizerischem Recht den Sachverhalt transponieren (b.) und sich über Umfang (c.) und Intensität (d.) der Prüfung im Klaren sein. An dieser Stelle sei nochmals auf die Subsidiarität des IRSG gegenüber völkerrechtlichen Abkommen hingewiesen (vgl. N. 5); letztere sind bei Einschlägigkeit als erstes heranzuziehen und können eine modifizierte Prüfung gebieten. Die folgenden Ausführungen betreffen die Prüfung der beidseitigen Mindestsanktion gemäss Art. 35 IRSG. 39

274. Vgl. BGE 131 II 228, E. 3.3; 123 II 511, E. 6b.
275. Vgl. Botschaft 1976, S. 461; zustimmend BSK-Garré, Art. 35 IRSG N. 14.

a. Massgebliche Rechtsquellen

40 Aus welcher **Rechtsquelle** sich die Strafbarkeit bzw. Sanktionsdrohung nach dem Recht **des ersuchenden Staates** ergibt, ist unerheblich. Es kann sich um ein Strafgesetzbuch, einen Sondererlass oder auch – man denke an Rechtsordnungen des Common Law – Richterrecht handeln. Der Satz «nullum crimen sine lege *scripta*» gilt hier nicht.

41 Die **Strafnorm** nach dem ausländischen Recht muss jedoch bereits zum **Zeitpunkt** der Tatbegehung bestanden haben.[276] Das ergibt sich aus dem menschenrechtlich verbürgten Rückwirkungsverbot (vgl. Art. 7 Ziff. 1 EMRK; Art. 15 Ziff. 1 Internationaler Pakt über bürgerliche und politische Rechte vom 16.12.1966 [SR 0.103.2; nachfolgend: IPBPR]), zu dessen Verletzungen im Ausland die Schweiz keine Hilfe leisten darf (vgl. Art. 2 IRSG). Zudem muss die Strafbarkeit zum Zeitpunkt der Beurteilung der Auslieferungsvoraussetzungen fortbestehen, da ansonsten das ebenso menschenrechtlich verbriefte Lex-mitior-Prinzip (Art. 15 Ziff. 1 IPBPR) verletzt bzw. zu einer solchen Verletzung Hilfe geleistet würde. Daher muss die über Auslieferung entscheidende Behörde sowohl das zur Tatzeit geltende als auch das gegenwärtige ausländische Recht konsultieren (zum Umfang dieser Konsultation vgl. N. 49).

42 Was den **Zeitpunkt** der Androhung der **Mindestmaximalsanktion** durch das ausländische Recht betrifft, so ist ebenfalls ihr Bestehen sowohl zum Tatzeitpunkt als auch zum Beurteilungszeitpunkt bzw. Übergabezeitpunkt zu verlangen. Bestand zum Tatzeitpunkt zwar eine Strafnorm, drohte diese jedoch nicht eine die Schwelle von Art. 35 Abs. 1 lit. a IRSG erreichende Höchststrafe an, so ist Auslieferung also auch dann nicht zulässig, wenn die Strafdrohung inzwischen angehoben wurde und diese Schwelle erreicht.[277] Denn entweder droht eine Verletzung des Rückwirkungsverbots (indem das Ausland die strengere, neue Strafdrohung zur Anwendung bringen will) oder es liegt eine Tat vor, die nicht mit der von Art. 35 Abs. 1 lit. a IRSG anvisierten Strenge verfolgt werden kann (wenn das Ausland die alte Strafdrohung anwenden will). Sah umgekehrt zur Tatzeit die Strafnorm eine die Mindestschwelle erreichende Strafdrohung vor, wurde diese unterdessen jedoch darunter herabgesenkt, so ist Auslieferung ebenfalls unzulässig. Es

276. So teilweise ausdrücklich mache Auslieferungsverträge, z.B. Art. 2 Ziff. 4 AVAUS.
277. In diesem Sinne auch Ludwiczak Glassey, Entraide, N. 888.

droht nämlich entweder eine Verletzung des Lex-mitior-Prinzips (indem das Ausland die strengere, alte Strafdrohung zur Anwendung bringen will) oder es liegt eine Tat vor, die nicht mit der von Art. 35 Abs. 1 lit. a IRSG vorgesehenen Strenge verfolgt werden kann (wenn das Ausland die neue Strafdrohung anwenden will).

Auch für die Strafbarkeit bzw. Sanktionsdrohung nach **schweizerischem Recht** genügt als **Rechtsquelle** jedes Gesetz; sie muss also nicht im StGB geregelt sein, sondern kann auch nur nach Nebenstrafrecht bestehen.[278] Das ist auf einen bewussten und ausdrücklichen Entscheid des Gesetzgebers zurückzuführen.[279] In Betracht kommt auch eine notrechtliche selbständige Verordnung des Bundesrats (vgl. Art. 185 Abs. 3 Schweizerische Bundesverfassung [BV][280]), sofern sie eine entsprechende Sanktion androht, was nach der (nicht ganz unumstrittenen) Rechtsprechung in Abweichung vom Gesetzesvorbehalt (Art. 31 Abs. 1, Art. 36 Abs. 1 Satz 2 BV) zulässig ist.[281] Dagegen kann Strafbarkeit nach *kantonalem* Recht (anders als vielleicht für die kleine Rechtshilfe)[282] nicht genügen, weil eine solche nur auf Übertretungen beschränkt ist (Art. 335 Abs. 1 StGB), die jedoch niemals Anlass für eine Auslieferung bilden können. 43

Der entscheidende **Zeitpunkt**, zu dem die Strafbarkeit und Mindestmaximalsanktion nach schweizerischem Recht vorliegen müssen, ist allein derjenige der Beurteilung der Auslieferungsvoraussetzungen, d.h. der Entscheidung darüber. Es kommt somit also nicht auf den Zeitpunkt der Tatbegehung oder der Stellung des Auslieferungsersuchens an, und bei Auslieferung gestützt auf einen Auslieferungsvertrag auch nicht auf den Moment des Abschlusses oder Inkrafttretens dieses Vertrags (vorbehältlich entgegenstehender Regelung).[283] Ändert sich das schweizerische Recht während des Verfahrens, so ist auf das neue Recht abzustellen.[284] Das strafrechtliche Rückwirkungsverbot ist hier nicht anwendbar.[285] 44

278. BSK-Garré, Art. 35 IRSG N. 9; PC-Ludwiczak Glassey, Art. 35 EIMP N. 11.
279. Vgl. AB 1977 SR S. 629 ff. (Ablehnung eines Antrags im Ständerat, der die Generalklausel im IRSG-Artikel über die Auslieferungsdelikte auf Delikte nach StGB beschränken und für solche nach Nebenstrafrecht eine Enumeration wollte).
280. Vom 18.4.1999; SR 101.
281. BGE 123 IV 29, E. 4c.
282. Vgl. Ludwiczak Glassey, Double incrimination, S. 317 f. (bejahend bei Strafbarkeit nach allen kantonalen Rechten, sonst verneinend); zuvor bereits Ludwiczak Glassey, Biens culturels, S. 153 mit Fn. 41.

Staatsverträge können eine abweichende Regelung vorsehen,[286] wobei das bundesgerichtliche Günstigkeitsprinzip zu beachten ist.[287]

b. Umstellung des Sachverhalts für die Prüfung nach schweizerischem Recht

45 Der im Auslieferungsersuchen geschilderte **Sachverhalt** ist für die Prüfung **umzustellen**. Dieser Vorgang wird oft so beschrieben, dass man sich vorstellen soll, die Handlung wäre in der Schweiz vorgefallen.[288] Das ist dann passend, wenn der ersuchende Staat der Tatortstaat ist. Beruft er sich jedoch zur Begründung seiner Strafhoheit nicht auf das Territorialitätsprinzip, sondern z.B. auf das Staatsschutzprinzip, so ist die Handlung so vorzustellen, wie wenn sie sich zwar im Ausland, aber gegen die Schweiz (statt gegen den ersuchenden Staat) gerichtet zugetragen hätte. Dem trägt die offenere Formulierung des Bundesgerichts Rechnung: «Für die Beurteilung der Strafbarkeit nach schweizerischem Recht ist der im Auslieferungsersuchen dargelegte Sachverhalt so zu würdigen, wie wenn die Schweiz wegen des entsprechenden Sachverhalts ein Strafverfahren eingeleitet hätte».[289] Was

283. Vgl. BGE 129 II 462, E. 4.3; BGE 122 II 422, E. 2a; BGE 112 Ib 576, E. 2; BGer 1A.328/2000 vom 20.4.2001, E. 5a; BStGer RR.2011.246 vom 30.11.2011, E. 3.2; implizit auch BGE 125 II 569, E. 6; aus dem Schrifttum vgl. Donatsch/Heimgartner/Simonek, S. 118; BSK-Garré, Art. 35 IRSG N. 12; Heimgartner, Auslieferungsrecht, S. 86; Ludwiczak Glassey, Entraide, N. 883, 888; Popp, N. 236; Riedo/Fiolka/Niggli, N. 3394; Zimmermann, N. 717; dagegen soll es nach Markees, Nr. 422, Rubr. 2.141 m.H., auf den Zeitpunkt der Stellung des Auslieferungsersuchens ankommen. Aus österreichischer Sicht meint Murschetz, S. 137, dass die Strafbarkeit auch im ersuchten Staat schon zum Tatzeitpunkt bestehen müsse.

284. PC-Ludwiczak Glassey, Art. 35 EIMP N. 5.

285. Vgl. BGE 109 Ib 60, E. 2a; BStGer RR.2011.246 vom 30.11.2011, E. 3.2; Donatsch/Heimgartner/Simonek, S. 118; BSK-Garré, Art. 35 IRSG N. 12; Ludwiczak Glassey, Double incrimination, S. 318; Zimmermann, N. 717; Gless, N. 322, hält dies für «nicht unbedenklich».

286. So z.B. Art. 2 Ziff. 4 AVAUS, wonach für die Strafbarkeit im ersuchten Staat auf den Zeitpunkt abzustellen ist, zu dem das Auslieferungsersuchen gestellt wird. Das EAÜ regelt die Frage nicht ausdrücklich, BGer 1A.318/1995 vom 19.2.1996, E. 3b, interpretiert seinen Art. 2 Ziff. 1 aber so, dass die Tat schon zum Tatzeitpunkt in der Schweiz strafbar gewesen sein muss.

287. Vgl. z.B. BGE 149 IV 376, E. 2.1; BGE 122 II 140, E. 2. Das gilt z.B. für die in der vorangehenden Fn. genannte Rechtsprechung, wonach das EAÜ strenger ist als das IRSG.

288. Donatsch/Heimgartner/Simonek, S. 118; BSK-Garré, Art. 35 IRSG N. 7; Schork, S. 138 f.; Zimmermann, N. 719; vgl. auch TPF 2012 114, E. 7.4; BStGer RR.2013.103 vom 4.7.2013, E. 4.3; BStGer RR.2010.290 vom 16.5.2011, E. 4.2; van der Wilt, S. 29. Capus, S. 439, weist auf ältere Staatsverträge hin, die in diesem Sinne formulieren.

aber heisst «entsprechend», wie genau muss man die Transposition des Sachverhalts vornehmen? Als konkrete Anleitung sei hier vorgeschlagen: Im Sachverhalt ist *der ersuchende Staat durch die Schweiz zu ersetzen*. Handelte ein Amtsträger dieses Staates, so muss man sich ihn als einen Amtsträger der Schweiz vorstellen, wurde die Tat im Gebiet des ersuchenden Staates verübt, so muss man sie sich als in der Schweiz verübt vorstellen, richtete sich die Tat gegen einen Staatsangehörigen des ersuchenden Staates, dann muss man sich das Opfer als einen Schweizer vorstellen usw.

Manchmal ist es damit nicht freilich getan, sondern es bedarf einer 46
zusätzlichen Modifikation oder Abstraktion des Sachverhaltes. So etwa, wenn dem Verfolgten vorgeworfen wird, in einem Staat mit Linksverkehr (z.B. im Vereinigten Königreich) auf der rechten Strassenseite gefahren zu sein: Hier ist zu abstrahieren, indem man den Sachverhalt darauf beschränkt, dass der Verfolgte auf der falschen Strassenseite gefahren ist, oder der Sachverhalt so zu modifizieren, dass man sich vorstellt, er sei hierzulande auf der linken Strassenseite gefahren.[290] Ein solches Vorgehen ist aber nur möglich, wenn es sich um ein *äquivalentes Verhalten* handelt, und nicht, wenn das Recht des ersuchenden Staates die Schwelle für die Strafbarkeit (z.B. Schutzalter [vgl. Art. 187 StGB], Mindestgehalt bestimmter Substanzen für Qualifikation als verbotenes Betäubungsmittel) tiefer ansetzt als das hiesige.[291]

Unter dem Regime des alten Rechts (Auslieferungsgesetz von 1892) schrieb 47
Schultz, dass keine Umstellung von **Sachverhaltselementen** stattfinden sollte, die **in unmittelbarer Beziehung zum schweizerischen Recht** stehen, wie die schweizerische Staatsangehörigkeit des Verfolgten oder des Verletzten, die Begehung der Tat auf dem Gebiet oder die Verfolgung der Tat in der Schweiz.[292] Das erscheint auch für das Recht der Gegenwart richtig,

289. BGE 142 IV 250, E. 5.2; sehr ähnlich zuvor BGE 132 II 81, E. 2.7.2; BGer 1A.125/2006 vom 10.8.2006, E. 2.1; TPF 2012 114, E. 7.4. Kritisch gegenüber der Formulierung «ein Strafverfahren eingeleitet hätte» Capus, S. 462 mit Fn. 148.
290. Ludwiczak Glassey, Biens culturels, S. 150; Ludwiczak Glassey, Double incrimination, S. 316; vgl. auch zum deutschen Recht Schomburg/Lagodny-Schierholt, § 3 IRG N. 9. Bei Ludwiczak Glassey, Biens culturels, S. 151 ff., finden sich instruktive Ausführungen dazu, wie der Sachverhalt im Kontext von illegal exportierten Kulturgütern umzustellen ist.
291. Ludwiczak Glassey, Double incrimination, S. 316; PC-Ludwiczak Glassey, Art. 35 EIMP N. 10 m.H.; für das österreichische Recht Schwaighofer, S. 96.
292. Schultz, Auslieferungsrecht, S. 328; so auch, für das gegenwärtige deutsche Recht, Schomburg/Lagodny-Schierholt, § 3 IRG N. 7.

ruft aber nach einer Begründung und einigen Hinweisen. Besteht realiter ein Anknüpfungspunkt für die schweizerische Strafhoheit, so kann die Tat nicht nur hypothetisch, sondern wirklich nach schweizerischem Recht strafbar sein; der Umstellung und Redeweise im Konjunktiv («wäre strafbar») bedarf es also nicht resp. letztere scheint unpräzise zu sein. Allerdings kann die Nichtumstellung in einem solchen Fall aufgrund des auf der Strafbarkeit nach schweizerischem Recht liegenden Augenmerks (N. 49) den Blick dafür trüben, dass der ersuchende Staat womöglich (1.) keinen völkerrechtlich anerkannten Anknüpfungspunkt für seine Strafhoheit besitzt (z.B. wenn er einen in einem anderen Staat begangenen Diebstahl eines Schweizers zulasten eines Staatsangehörigen eines anderen Staates verfolgt) oder (2.) zwar einen solchen Anknüpfungspunkt besitzt, das Schweizer Recht diesen aber selber nicht verwendet (z.B. inländischer Wohnsitz des Täters[293]), oder (3.) den Schutzbereich seiner Straftatbestände[294] weiter gefasst hat als das schweizerische Recht (z.B. indem er auch die Begünstigung [vgl. Art. 305 StGB] zulasten der ausländischen, in casu schweizerischen Rechtspflege kriminalisiert hat). Im ersten Fall ist die Auslieferung schon deshalb zu verweigern, weil Art. 32 IRSG die völkerrechtliche Strafbefugnis des ersuchenden Staates verlangt;[295] auch unabhängig davon ist einem völkerrechtswidrigen – zumal ohne Anknüpfungspunkt stattfindenden –[296] Strafverfahren kein Vorschub zu leisten. Im zweiten Fall spricht der Reziprozitätsgedanke gegen die Auslieferung[297] (der freilich die beidseitige Strafbarkeit nicht fundiert, vgl. N. 21). Und auch im dritten Fall mag es seltsam anmuten, dass die Tat bei sinngemässer Sachverhaltsumstellung in der Schweiz nicht strafbar wäre. Dennoch sollte in diesen beiden letzteren Fällen die beidseitige Strafbarkeit bejaht werden und eine Auslieferung möglich sein, denn die Tat, so wie sie sich wirklich zugetragen hat, *ist* auch nach schweizerischem Recht strafbar und damit nach schweizerischer Wertung strafwürdig, und es besteht daher ein (sogar besonderes) Interesse der Schweiz an der Unterstützung des ausländischen Strafverfahrens (vgl. zur Ratio der beidseitigen Strafbarkeit N. 22 f.). Es kann hier indes je nach Bezug

293. Vgl. zum sich völkergewohnheitsrechtlich immer mehr etablierenden aktiven Domizilprinzip BSK-Keshelava/Payer, Vor Art. 3 StGB N. 42 m.H.
294. Vgl. dazu BSK-Keshelava/Payer, Vor Art. 3 StGB N. 7.
295. Vgl. OK-Payer, Art. 32 IRSG N. 23.
296. Vgl. BSK-Keshelava/Payer, Vor Art. 3 StGB N. 4.
297. Vgl. allgemein OK-Payer, Art. 32 IRSG N. 24.

des Sachverhalts zur Schweiz ein vorrangiges Interesse der Schweiz an Strafverfolgung im Inland bestehen, in welchem Fall die Auslieferung zu verweigern ist (vgl. N. 65, 67).

c. Umfang der Prüfung – positive Bestimmung

Wie gesehen, ist die beidseitige Strafbarkeit in Bezug auf **jeden Sachverhalt** zu prüfen, für den die Auslieferung beantragt wurde (N. 29). Das gilt auch für die Mindestmaximalsanktion, die nur allenfalls gestützt auf Art. 36 Abs. 2 IRSG entbehrlich sein kann (vgl. N. 30). 48

In der Praxis wird die Richtigkeit der im Ersuchen präsentierten Subsumtion unter das ausländische Recht nicht näher überprüft,[298] auch wenn die Schweiz das als ersuchter Staat durchaus dürfte.[299] Das lässt sich mit dem Vertrauensprinzip (N. 12) erklären,[300] aber auch mit der Funktion der beidseitigen Strafbarkeit, welche die inländische Wertordnung und inländische Interessen schützen soll (N. 22 f.); der **Schwerpunkt** der Prüfung sollte daher auf der **Strafbarkeit nach schweizerischem Recht** liegen. Die inländischen Rechtsanwender sind mit dem inländischen Recht auch besser vertraut; auch aus diesem Grund scheint eine gewisse Zurückhaltung bei der Beurteilung der ausländischen Rechtslage angezeigt zu sein.[301] Allerdings sollte immerhin eine kursorische Prüfung stattfinden, bestehend aus einem Abgleich der dem Ersuchen beigefügten ausländischen Rechtsvorschriften (N. 10) mit dem Sachverhalt und der Frage, ob die Subsumtion im Ersuchen *zumindest vertretbar* erscheint. Wie Garré ausführt, ist eine «gewisse, kritische Dialektik [...] nötig, sonst würde das Rechtshilfeverfahren zu einem automatischen Genehmigungsverfahren degradiert».[302] Ist die fehlende 49

298. Vgl. BSK-Garré, Art. 35 IRSG N. 9; BGE 101 la 405, E. 4; TPF 2012 114, E. 7.4; vgl. ferner im Kontext der kleinen Rechtshilfe – wo allerdings der Wortlaut von Art. 64 Abs. 1 IRSG nur eine Prüfung nach schweizerischem Recht nahelegt – BGE 145 IV 294, E. 2.2 (keine Prüfung des ausländischen Rechts); BGE 116 Ib 89, E. 2c/aa (dito); BGE 112 Ib 576, E. 11b/ba (Art. 64 IRSG gehe von der Vermutung aus, dass Strafbarkeit im ersuchenden Staat gegeben ist); BGer 1C_371/2013 vom 3.5.2013, E. 2.1.2 (grundsätzlich keine Prüfung des ausländischen Rechts); BGer 1C_123/2007 vom 25.5.2007 (dito), E. 1.3; kritisch Popp, N. 235.
299. Vgl. bereits BGE 87 I 195, E. 2; Benz, S. 34 f., 38; Schultz, Auslieferungsrecht, S. 320 f.; vgl. auch BGE 120 Ib 120, E. 3b/cc; BGE 78 I 241, E. 3b; BGE 54 I 338, E. 1.
300. So Ludwiczak Glassey, Entraide, N. 71, 875 m.H. auf BStGer RR.2013.374 vom 17.2.2014, E. 2.1.
301. Vgl. auch Benz, S. 39; ferner Heimgartner, Auslieferungsrecht, S. 86 f.
302. BSK-Garré, Art. 35 IRSG N. 2.

Strafbarkeit nach ausländischem Recht offensichtlich, so erscheint das Ersuchen rechtsmissbräuchlich.[303] Zur ausländischen *Strafhoheit* über die Tat als Auslieferungsvoraussetzung im Besonderen vgl. OK-Payer, Art. 32 IRSG N. 23 ff.

50 Konkret ist mit Blick auf das Schweizer Recht zu prüfen, ob der umgestellte (N. 45 ff.) Sachverhalt den **objektiven und subjektiven Tatbestand** (bzw. bei Fahrlässigkeitsdelikten: den Tatbestand; zu besonderen subjektiven Elementen vgl. N. 58) einer hiesigen Strafbestimmung erfüllen würde, die eine freiheitsentziehende Sanktion im Höchstmass von mindestens einem Jahr (N. 33 ff.) androht.[304] Das setzt voraus, dass die Schweiz **Strafhoheit** über die Tat besässe,[305] was dementsprechend auch zu prüfen ist.[306]

51 Wurde die hypothetische Tatbestandsmässigkeit bejaht, so ist weiter zu prüfen, ob nach schweizerischem Recht ein **Rechtfertigungsgrund** greifen würde.[307] Die bisherige Rechtsprechung sieht das anders und will sich auf die Prüfung der Tatbestandsmässigkeit beschränken (sog. abstrakte Methode).[308] Auch der Bundesrat scheint von einer entsprechend beschränkten beidseitigen Strafbarkeit ausgegangen zu sein.[309] Für diesen Standpunkt liesse

303. BGer 1C_371/2013 vom 3.5.2013, E. 2.1.2; BGer 1C_123/2007 vom 25.5.2007, E. 1.3; BGer 1A. 32/2000 vom 19.6.2000, E. 6a; Donatsch/Heimgartner/Simonek, S. 119; BSK-Garré, Art. 35 IRSG N. 2; vgl. auch BGE 122 II 134, E. 7b.

304. BGE 117 Ib 64, E. 5c S. 90; Donatsch/Heimgartner/Simonek, 122; BSK-Garré, Art. 35 IRSG N. 9; Zimmermann, N. 721. Zimmermann bietet eine Zusammenstellung der reichen Kasuistik zu Straftatbeständen, die in der Rechtshilfepraxis wichtig sind (N. 726 ff.), beispielsweise zum Betrug und dessen Arglistmerkmal (N. 740 ff.).

305. Vgl. BSK-Keshelava/Payer, Vor Art. 3 StGB N. 5 m.H.

306. Markees, Nr. 421, Rubr. 0.64; Riedo/Fiolka/Niggli, N. 3414; Schultz, Auslieferungsrecht, S. 331 ff.; a.M., aber auch m.H. im Sinne der hier vertretenen Ansicht, Capus, S. 440 ff. Aus deutscher Sicht wie hier Ambos/König/Rackow-Kubiciel, § 3 IRG N. 26. Für eine rechtsvergleichende Diskussion der Frage, ob der ersuchte Staat hypothetisch Strafhoheit über die Auslandstat besitzen müsse, vgl. Murschetz, S. 131 ff. (die selber die Frage bejaht, aber von der beidseitigen Strafbarkeit loslösen will, S. 133). Vgl. auch BGE 132 II 81, E. 2.12; BGE 8 502, E. 3.

307. Capus, S. 465 f.; Donatsch/Heimgartner/Simonek, S. 122; BSK-Garré, Art. 35 IRSG N. 27; Popp, N. 222 f.; Riedo/Fiolka/Niggli, N. 3412; Schultz, Auslieferungsrecht, S. 329 f.; für das österreichische Recht Murschetz, S. 126; Schwaighofer, S. 96.

308. BGE 117 Ib 64, E. 5c S. 90; BGE 92 I 108, E. 1; BStGer RR.2007.128, RR.2007.129 vom 5.11.2007, E. 3; so auch PC-Ludwiczak Glassey, Art. 35 EIMP N. 37. Die Terminologie zur «abstrakten/konkreten Methode» ist uneinheitlich: wie hier z.B. Capus, S. 456; anderer Gebrauch z.B. bei CR Entraide, Introduction générale N. 597; wiederum anders und weiter differenzierend Gafner d'Aumeries, S. 35 ff.

sich vielleicht der deutschsprachige Wortlaut von Art. 35 Abs. 1 lit. a IRSG anführen, der nur von «mit einer ... Sanktion ... bedroht ist» spricht. Aber bereits der französische und der italienische Gesetzeswortlaut («est frappée d'une sanction ...», «è passibile di una sanzione ...») scheinen weiter gefasst zu sein, und Abs. 2 spricht in allen drei Amtssprachen von der «Strafbarkeit» («punissable», «punibilità»). Den Ausschlag muss das teleologische Auslegungselement geben: Die beidseitige Strafbarkeit soll inländische Werte und Interessen wahren (vgl. N. 22 f.); mit diesen wäre es jedoch kaum zu vereinbaren, z.B. einen in rechtfertigender Notwehr Handelnden auszuliefern.[310] Nun ist der Rechtsprechung zwar darin beizupflichten, dass die über Rechtshilfe entscheidende Instanz grundsätzlich keine Beweiswürdigung und eigenständige Rekonstruktion des Sachverhalts vornehmen muss (vgl. N. 9 ff.).[311] Wenn jedoch schon aus der ausländischen Sachverhaltsdarstellung ein Rechtfertigungsgrund nach den Massstäben des schweizerischen Rechts ersichtlich wird (was selten sein dürfte), ist dem Rechnung zu tragen.[312] Nebenher sei darauf hingewiesen, dass sich die abstrakte Methode auch das Problem einhandelt, die Kontroverse entscheiden zu müssen, ob eine Einwilligung tatbestandsausschliessende (und somit auch die beidseitige Strafbarkeit ausschliessende) oder «bloss» rechtfertigende Wirkung habe.[313]

Schuldausschlussgründe sind wegen der Ratio der beidseitigen Strafbarkeit (N. 22 f.) dann (auf der Grundlage der Sachverhaltsdarstellung im Ersuchen) zu prüfen und schliessen gegebenenfalls eine Auslieferung aus, wenn auch sie sowohl einer Strafe als auch einer freiheitsentziehenden Massnahme im Weg stehen. Das trifft namentlich zu auf die fehlende Strafmündigkeit (vgl. Art. 3 Bundesgesetz über das Jugendstrafrecht [JStG][314] e contrario), den unvermeidbaren Verbotsirrtum (Art. 21 Satz 1 StGB) oder Entschuldigungen nach Art. 16 Abs. 2 und Art. 18 Abs. 2 StGB, nicht aber auf eine schwere psychische Störung, die zwar die Schuld(-fähigkeit) und damit eine Bestrafung auszuschliessen vermag (Art. 19 Abs. 1 StGB), aber eine freiheitsentziehende Massnahme nach Art. 59 oder Art. 64 Abs. 1 lit. b StGB ermöglicht.[315] 52

309. Vgl. Botschaft 1976, S. 461.
310. Vgl. auch van der Wilt, S. 31.
311. Vgl. BGE 117 Ib 64, E. 5c S. 90.
312. Wie hier BSK-Garré, Art. 35 IRSG N. 27.
313. Ludwiczak Glassey, Double incrimination, S. 319.
314. Vom 20.6.2003; SR 311.1.

53 Im Sinne einer **Definition** lässt sich deshalb festhalten: **Strafbarkeit nach schweizerischem Recht** im Sinne von Art. 35 Abs. 1 lit. a IRSG liegt vor, wenn der umgestellte Sachverhalt als tatbestandsmässige, rechtswidrige und schuldhafte oder schuldlose, aber zu einer freiheitsentziehenden Massnahme Anlass geben könnende Tat zu bewerten ist.

d. Nicht zu prüfende Faktoren. Einschliesslich der von Abs. 2 ausdrücklich ausgeschlossenen

54 Nicht zu prüfen ist, ob die einschlägigen Strafnormen der beiden Rechte **identisch** oder ähnlich sind[316] oder das gleiche **Rechtsgut** schützen.[317] Solche Übereinstimmungen verlangt Art. 35 IRSG nicht, sondern er lässt es genügen, dass die im Ersuchen beschriebene Tat nach den Rechten beider Staaten strafbar ist (sog. *Tatidentität*). Dementsprechend erfordert die Prüfung der beidseitigen Strafbarkeit keinen Vergleich der ausländischen mit den inländischen Strafnormen.[318]

55 Manche Autoren haben **Kritik** an dieser Auffassung geäussert und sind für die strengere Voraussetzung der sog. *Normidentität* eingetreten. Damit wird nicht, wie die Bezeichnung vermuten lassen könnte, eine übereinstimmende Bezeichnung und Fassung der Vorschriften gefordert, sondern lediglich eine gleiche oder ähnliche Schutzrichtung der jeweiligen Straftatbestände. Argumentiert wird zum einen damit, dass ein ausländisches Verfahren nur

315. Im Ergebnis richtig daher BStGer RR.2007.27 vom 10.4.2007, E. 5.1. Wie hier Riedo/Fiolka/Niggli, N. 3413; in diesem Sinne auch aus österreichischer Perspektive Murschetz, S. 126 f.; Schwaighofer, S. 96 f. Für eine Berücksichtigung der Schuldausschlussgründe auch Capus, S. 466; BSK-Garré, Art. 35 IRSG N. 27; Popp, N. 226; Heimgartner, Auslieferungsrecht, S. 90; Schultz, Auslieferungsrecht, S. 329 f.; dagegen BGE 92 I 108, E. 1.

316. BGE 132 II 81, E. 2.1; 129 II 462, E. 4.6; BGE 128 II 355, E. 2.7; BGE 124 II 184, E. 4b/cc; BGE 118 Ib 111, E. 5c; BGE 117 Ib 337, E. 4a; BGE 117 Ib 64, E. 5c S. 90; BGE 112 lb 225, E. 3c; BGE 112 Ib 212, E. 4a; BGE 110 Ib 173, E. 5; BGE 110 Ib 82, E. 4a; BGer 1C_205/2007 vom 18.12.2007, E. 4.2; BGer 1C_123/2007 vom 25.5.2007, E. 1.3; BGer 1A.125/2006 vom 10.8.2006, E. 2.1; BGer 1A.184/2005 vom 9.12.2005, E. 2.2; BGer 1A.328/2000 vom 20.4.2001, E. 5a; BGer 1A.30/2001 vom 2.4.2001, E. 4a; TPF 2012 114, E. 7.4; TPF 2007 168, E. 2.2.2; BStGer RR.2013.103 vom 4.7.2013, E. 4.3; BStGer RR.2011.246 vom 30.11.2011, E. 3.1; BStGer RR.2010.290 vom 16.5.2011, E. 4.2; CR Entraide, Art. 35 EIMP N. 10, 12; Donatsch/Heimgartner/Simonek, S. 119; BSK-Garré, Art. 35 IRSG N. 7; Ludwiczak Glassey, Double incrimination, S. 318 f.; Zimmermann, N. 718; vgl. bereits BGE 54 I 338, E. 1; Langhard, S. 14.

317. Vgl. BGE 112 Ib 212, E. 4a; Donatsch/Heimgartner/Simonek, S. 119; BSK-Garré, Art. 35 IRSG N. 7; Gless, N. 322; Ludwiczak Glassey, Double incrimination, S. 318.

318. TPF 2017 103, E. 3.4.2; PC-Ludwiczak Glassey, Art. 35 EIMP N. 13.

dann Unterstützung verdiene, wenn es die gleichen Ziele wie das inländische Strafrecht verfolge, und nicht bereits dann, wenn eine zufällige doppelte Strafbarkeit bestehe.[319] Zum anderen wird ohne Normidentität eine exzessive Bestrafung im Ausland befürchtet, wenn z.B. die Beleidigung des Staatsoberhauptes nach schweizerischem Recht ein einfaches Ehrverletzungsdelikt, im ausländischen Recht hingegen ein Verbrechen ist.[320] Ersteres erscheint teilweise verständlich: Es lassen sich durchaus Fälle denken, in denen die ausländischen *Motive* für die Kriminalisierung und Bestrafung der inländischen Wertordnung widersprechen. So beispielsweise, wenn die Verletzung und Tötung von Menschen nicht zum Schutz von Leib und Leben der Betroffenen, sondern zum Schutz des «Eigentums» eines absolutistischen Machthabers kriminalisiert wird.[321] Indes bleibt die *Bestrafung* (an sich) solcher Taten nach den vom schweizerischen Strafgesetz reflektierten hiesigen Werten und Interessen (N. 22 f.) legitim. Nicht selten dürfte in einem solchen Fall freilich in Frage stehen, ob der Verfolgte im ausländischen Staat ein menschenrechtskonformes Verfahren erhält (falls nicht, so liegt darin ein eigenständiger Auslieferungsausschlussgrund). Häufiger als krasse Fälle der beschriebenen Art dürften jedoch Fälle sein, in denen die unterschiedliche Bezeichnung des geschützten Interesses mit den hiesigen Werten nicht kollidiert[322] und z.B. auf historisch gewachsene Eigentümlichkeiten der jeweiligen Rechtsordnung[323] oder sogar bloss auf ein anderes Kräfteverhältnis in der Lehre zurückgeht.[324] Es würde zudem den Auslieferungs- bzw. Rechtshilfeentscheider vor eine schwierige Aufgabe stellen, für jedes Ersuchen die Schutzrichtung der einschlägigen Strafnormen beider Staaten zu bestimmen; schon die Bestimmung des von einem schweizerischen Straftatbestand geschützten Rechtsguts kann umstritten sein.

319. Vgl. Arzt, S. 433 ff. (wider eine «Zufallsreziprozität»); Popp, N. 213 f., 216; vgl. ferner Capus, S. 474 ff.
320. Vgl. Popp, N. 214, 217.
321. Weiteres Beispiel: Der ersuchende Staat hat den Beischlaf eines erwachsenen Mannes mit einem Jungen nicht zum Schutz der sexuellen Integrität und Entwicklung des Kindes kriminalisiert, sondern als Akt einer staatsreligionswidrigen Homosexualität. Hier reiht sich die Bestrafung zwar in eine *Repression der sexuellen Orientierung* ein, welche hiesigen Wertungen sowie menschenrechtlichen Garantien zuwiderläuft. Allerdings ist die konkrete Tat auch nach diesen Wertungen und Garantien keine geschützte Ausübung einer sexuellen Orientierung, sondern ein verbotener Akt der Pädosexualität.
322. Vgl. auch Riedo/Fiolka/Niggli, N. 3386.
323. Man kann z.B. an eine unterschiedlich strukturierte Privatrechtsordnung denken, die sich in einem unterschiedlichen Vermögensstrafrecht widerspiegelt.

325 Auch stünde es der Schweizer Behörde generell schlecht an, ein Urteil über die Kriminalpolitik des ersuchenden Staats zu fällen. Was sodann das zweite für die Normidentität ins Feld geführte Argument – die Gefahr exzessiver Strafen im Ausland bei Verzicht auf Normidentität – betrifft, so ist ihm entgegenzuhalten, dass das Erfordernis der Normidentität ohnehin nicht ein passendes Mittel ist, solchen Sanktionsgefällen zu begegnen; denn auch bei gleicher Schutzrichtung kann im Ausland (z.B. in den USA) eine viel schärfere Strafe drohen. Als passendes Mittel erscheint vielmehr eine Auflage (Art. 80p Abs. 1 IRSG) im Einzelfall, wonach der ersuchende Staat versichern muss, dass er keine Sanktion über einer festgesetzten Obergrenze, die das nach schweizerischer Rechtsauffassung bzw. EMRK noch Vertretbare markiert, beantragen, verhängen oder vollziehen wird.[326] Nach dem Gesagten erscheint die Bestimmung des Umfangs der beidseitigen Strafbarkeit nach der Tatidentität vorzugswürdig.

56 Sodann sind gemäss Art. 35 Abs. 2 lit. a IRSG bei der Beurteilung der Strafbarkeit nach schweizerischem Recht **besondere Schuldformen und Strafbarkeitsbedingungen** nicht zu berücksichtigen.[327] Das bedeutet, dass es für die Bejahung der Strafbarkeit nach schweizerischem Recht nicht erforderlich ist, dass besondere Schuldformen und Strafbarkeitsbedingungen, die von schweizerischen Straftatbeständen verlangt werden, gegeben sind. Damit wird das Kriterium der beidseitigen Strafbarkeit eingeschränkt[328] und der Kreis von Sachverhalten, für die Auslieferung zulässig ist, vergrössert.

---

324. Während z.B. in Österreich noch die Ansicht zu überwiegen scheint, die Verhetzung nach § 283 des österreichischen Strafgesetzbuchs vom 23.1.1974 schütze (mindestens primär) den *öffentlichen Frieden*, hat sich in der Schweiz schon vor einigen Jahren die Auffassung durchgesetzt, dass der Tatbestand der Diskriminierung und des Aufrufs zu Hass (Art. 261bis StGB), der sehr ähnliche (sowie zusätzliche) Verhaltensweisen kriminalisiert, die *Menschenwürde* zum Schutzgut hat. In Italien wird die Diskriminierung wiederum als Straftat gegen die *Gleichheit* eingestuft (Nachweise zum Ganzen bei Payer, Diskriminierung, S. 235 mit Fn. 4, S. 240 mit Fn. 50, S. 242 mit Fn. 66). Eine Auslieferung an Österreich oder Italien wegen eines solchen Delikts widerspricht nicht der hiesigen Wertordnung, und das dortige Verfahren verdient Unterstützung.

325. Riedo/Fiolka/Niggli, N. 3385. Arzt, S. 436 f., meint allerdings, dass unter dem Gesichtspunkt der Normidentität dafür die diffizile Prüfung anderer Besonderheiten des nationalen Rechts (z.B. der Arglist beim Betrug nach Art. 146 StGB) entfallen könnte.

326. Vgl. Riedo/Fiolka/Niggli, N. 3387 f.

327. Gless, N. 324, bemängelt unter dem Gesichtspunkt der Rechtssicherheit die Unbestimmtheit dieser Begriffe; als unklar formuliert taxiert sie auch Heimgartner, Auslieferungsrecht, S. 88.

328. BGE 109 Ib 317, E. 11c/aa; Ludwiczak Glassey, Entraide, N. 879.

Unter den **besonderen Strafbarkeitsbedingungen** sind die objektiven Bedingungen der Strafbarkeit zu verstehen.[329] Im Schrifttum wird eine *Differenzierung* danach vorgeschlagen, ob die Bedingung aus verfahrenstechnischen Besonderheiten resultiere (wie z.B. die Konkurseröffnung bei den Konkursdelikten [Art. 163 ff. StGB]) oder aber aus kriminalpolitischen und rechtsdogmatischen Gründen (wie z.B. beim Raufhandel oder Angriff [Art. 133 f. StGB], wo die Strafbarkeit erst mit der Verletzung oder Tötung eines Menschen einsetzt, oder beim Landfriedensbruch [Art. 260 StGB], der Gewalttätigkeiten voraussetzt). Nur auf objektive Strafbarkeitsbedingungen der ersteren Art solle Art. 35 Abs. 2 lit. a IRSG Anwendung finden, während die der letzteren Art «die Definition selbst des strafwürdigen Unrechts» beträfen und daher bei der Prüfung der Strafbarkeit zu berücksichtigen seien.[330] Dem steht jedoch die klassische Konzeption der objektiven Strafbarkeitsbedingungen entgegen, wonach diese lediglich die Strafbedürftigkeit (Strafökonomie) betreffen und z.B. die Schlägerei oder der Überfall auch dann ein schuldhaftes Unrecht bzw. strafwürdig ist, wenn die Verletzung oder der Tod ausbleibt.[331] Dieses klassische Verständnis vermeidet den Konflikt mit dem Schuldprinzip, der entstünde, wenn man davon ausginge, dass der Täter für etwas bestraft wird, das von seiner Schuld (im alten Sinne) nicht umfasst ist.[332] Stattdessen wird der Täter nach der klassischen Konzeption nur für seine schuldhafte Tat bestraft und der schuldgelöste Umstand – d.h. die objektive Strafbarkeitsbedingung – wirkt sich nur strafbarkeitsbegrenzend bzw. täterbegünstigend aus. Der Täter hat die Strafe also schon durch seine Tat verdient, er hat nur «Glück», wenn die Bedingung nicht eintritt und der Staat deshalb auf eine Intervention verzichtet. Da die objektiven Strafbarkeitsbedingungen nicht das strafwürdige Unrecht (mit-)definieren, erscheint ihr Ausschluss durch Art. 35 Abs. 2 lit. a IRSG vertretbar bzw. nicht einschränkungsbedürftig. Man kann aber noch – freilich nicht an dieser Stelle – darüber diskutieren, ob die herkömmliche Zuweisung einzelner Merkmale

57

329. Botschaft 1976, S. 462; BGE 109 Ib 317, E. 11c/aa; Popp, N. 227.

330. BSK-Garré, Art. 35 IRSG N. 27; Riedo/Fiolka/Niggli, N. 3404; de lege ferenda Heimgartner, Auslieferungsrecht, S. 89; generell kritisch zum Absehen von objektiven Strafbarkeitsbedingungen Popp, N. 228; für ihre Berücksichtigung unter dem alten Recht Schultz, Auslieferungsrecht, S. 335.

331. Vgl. statt vieler Stratenwerth/Bommer, § 8 N. 27 ff.; vgl. auch Jescheck/Weigend, S. 555 f.

332. Zum Schuldprinzip im hier gemeinten Sinne vgl. BSK-Bommer, Vor Art. 19 StGB N. 25; zum alten, Vorsatz und Fahrlässigkeit umfassenden Schuldbegriff vgl. nachfolgend N. 58.

zu den objektiven Strafbarkeitsbedingungen gerechtfertigt ist oder ob sich nicht vielmehr eine andere Interpretation aufdrängt.[333]

58 Der Begriff der **besonderen Schuldformen** verweist auf die in einzelnen Tatbeständen geforderten besonderen Absichten, Beweggründe oder Gesinnungsmerkmale;[334] er beruht mithin auf dem veralteten, sog. psychologischen Schuldbegriff der kausalen Handlungslehre.[335] Oft begründen solche besonderen subjektiven Elemente nicht die Strafbarkeit an sich, sondern lediglich eine Qualifikation, Privilegierung oder Verdrängung eines Tatbestandes durch einen anderen (vgl. z.B. Art. 111 und 112 StGB [besondere Skrupellosigkeit]; Art. 142 Abs. 1 und 2, Art. 158 Ziff. 1 Abs. 1 und 3 StGB [Bereicherungsabsicht]; Art. 141 und Art. 137 StGB [Aneignungsabsicht]). In diesen Fällen erreicht i.d.R. bereits der Grund- bzw. Auffangtatbestand die Mindestschwelle von Art. 35 Abs. 1 lit. a IRSG (vgl. N. 33), sodass eine Auslieferung auch ohne die Regelung von Art. 35 Abs. 2 lit. a IRSG zulässig wäre.[336] Anders ist es jedoch bei denjenigen besonderen subjektiven Elementen, welche die Strafbarkeit überhaupt begründen (z.B. Art. 115 StGB [selbstsüchtige Beweggründe]; Art. 260^{quinquies} [Absicht der Terrorismusfinanzierung]; Art. 261 Abs. 2 und 3, Art. 262 Ziff. 1 Abs. 2 StGB [Böswilligkeit]). Zählt man sie zu den besonderen Schuldformen i.S.v. Art. 35 Abs. 2 IRSG, so hat dies zur Folge, dass bei der Prüfung beidseitiger Strafbarkeit die Strafbarkeit nach schweizerischem Recht auch dann zu bejahen ist, wenn diese Elemente im konkreten Fall fehlen. Das widerspricht jedoch den inländischen Wertungen und Interessen, also der Ratio des Erfordernisses beidseitiger Strafbarkeit (vgl. N. 22 f.). Wenn z.B. Art. 115 StGB das Verleiten und Helfen zum Suizid nur bei Handeln aus selbstsüchtigen Beweggründen kriminalisiert, dann begründen diese Beweggründe die Strafwürdigkeit; wer einem Leidenden aus Mitleid hilft, sich das Leben zu nehmen, verdient nach hiesiger Wertung keine Strafe.[337] Ihn an einen anderen

333. Vgl. z.B. zum deutschen Pendant zu Art. 133 StGB Roxin/Greco, § 23 N. 12 f.; vgl. auch bereits Jescheck/Weigend, S. 557, 559.

334. Botschaft 1976, S. 461 f. («z.B. vom Gesetz verlangte besondere Absichten»); Donatsch/Heimgartner/Simonek, S. 123; Markees, Nr. 422, Rubr. 2.143 Ziff. 3; Riedo/Fiolka/Niggli, N. 3403. Generell kritisch zum Absehen von solchen besonderen subjektiven Elementen Popp, N. 226; Heimgartner, Auslieferungsrecht, S. 88.

335. Vgl. zum alten Schuldbegriff Stratenwerth/Bommer, § 9 N. 51 f.; zur kausalen Handlungslehre und ihrer Überwindung zunächst durch den Finalismus Stratenwerth/Bommer, § 7 N. 3 ff.

336. BSK-Garré, Art. 35 IRSG N. 27; Ludwiczak Glassey, Double incrimination, S. 320.

337. In diesem Sinne auch Ludwiczak Glassey, Double incrimination, S. 320.

Staat auszuliefern, der jegliche Hilfe zum Suizid ungeachtet der Tätermotivation kriminalisiert hat, widerspräche dieser Wertung, und die Schweiz hätte kein Interesse an der Unterstützung dieses ausländischen Verfahrens. Um diesen Konflikt zu verhindern, ist Art. 35 Abs. 2 lit. a IRSG teleologisch-einschränkend auszulegen: Unter den «besonderen Schuldformen» im Sinne dieser Bestimmung sind nur diejenigen Absichten, Beweggründe und Gesinnungsmerkmale zu verstehen, die nicht die Strafbarkeit überhaupt begründen.[338] Damit verbleibt der Einschränkung von Art. 35 Abs. 2 lit. a IRSG nur noch eine sehr geringe praktische Bedeutung: Sie ermöglicht eine Auslieferung nur dort zusätzlich, wo die Tat einzig einen Grund- bzw. Auffangtatbestand unterhalb der Schwelle von Art. 35 Abs. 1 lit. a IRSG erfüllen würde, aber noch ein Qualifikations- oder alternativer Tatbestand existiert, der die Schwelle erreicht und sich durch ein besonderes subjektives Element charakterisiert. Art. 35 Abs. 2 lit. a IRSG ermöglicht dann, die Strafbarkeit nach diesem strengeren Tatbestand zu bejahen, obwohl das von ihm vorausgesetzte besondere subjektive Element fehlt. Die hier vorgeschlagene Auslegung erscheint auch zulässig angesichts dessen, dass die bundesrätliche Stellungnahme zu Art. 35 Abs. 2 lit. a IRSG lange zurückliegt und die hier diskutierte Problematik nicht erörtert,[339] sondern vielleicht übersehen hat.

59 Gemäss Art. 35 Abs. 2 lit. b IRSG sind bei der Beurteilung der Strafbarkeit nach schweizerischem Recht zudem die **Bedingungen des persönlichen und zeitlichen Geltungsbereichs des StGB und des Militärstrafgesetzes** (MStG)[340] hinsichtlich der Strafvorschriften über Völkermord, Verbrechen gegen die Menschlichkeit und Kriegsverbrechen nicht zu berücksichtigen. Für diese schwersten Straftaten (alle drei völkerrechtliche Kernverbrechen) sollen besondere, möglichst strafverfolgungs- bzw. rechtshilfefreundliche Regeln gelten, was auch im Ausschluss der Einrede des politischen Delikts nach Art. 3 Abs. 2 IRSG zum Ausdruck kommt. Aufgrund von Art. 35 Abs. 2 lit. b IRSG bleibt insbesondere die Prüfung der persönlichen Geltung des MStG erspart,

338. In diesem Sinne auch Riedo/Fiolka/Niggli, N. 3411. Ludwiczak Glassey, Double incrimination, S. 320, schlägt als Ausweg vor, die Ordre-public-Klausel nach Art. 1a IRSG anzurufen. Doch ist zum einen der Orde public ein (wohl zu) enger Begriff (vgl. auch Popp, N. 200), zum anderen erscheint bereits die Annahme beidseitiger Strafbarkeit (angesichts der Ratio dieses Erfordernisses) in der hier erörterten Konstellation unhaltbar.

339. Botschaft 1976, S. 461 f.

340. Vom 13.6.1927; SR 321.0.

deren Bereich je nachdem variiert, ob Friedenszeit, Zeit aktiven Dienstes oder Kriegszeit herrscht.[341] Der Ausschluss der Regeln über den zeitlichen Geltungsbereich (Art. 2 StGB, Art. 2 MStG) impliziert, dass das Rückwirkungsverbot keine Anwendung findet,[342] was aber im Rahmen der Prüfung der Strafbarkeit nach schweizerischem Recht (als Recht des ersuchten Staates) sowieso nicht der Fall ist (vgl. N. 44).

60 Keine Beachtung ist sodann den **Konkurrenzen** zu schenken:[343] Wenn ein Sachverhalt nach dem Recht des ersuchenden Staates verschiedene Straftatbestände erfüllt, nach dem schweizerischen Recht hingegen nur einen oder zwar mehrere erfüllen würde, von denen aber einer die anderen verdrängen würde, so liegt beidseitige Strafbarkeit vor und kann die Auslieferung für alle Straftatbestände gewährt werden, sofern der einschlägige bzw. übrig bleibende schweizerische Straftatbestand die Mindestschwelle von Art. 35 Abs. 1 lit. a IRSG erreicht.[344] Wäre nach schweizerischem Recht einzig ein Privilegierungstatbestand anwendbar, dessen Strafdrohung im Unterscheid zum Grundtatbestand diese Schwelle nicht erreicht, so ist die erforderliche Mindestmaximalsanktion nicht gegeben und die Auslieferung unzulässig,[345] es sei denn, der Privilegierungstatbestand ist allein durch – gemäss Art. 35 Abs. 2 lit. a IRSG unbeachtliche – besondere subjektive Elemente charakterisiert (vgl. N. 58).

61 Weiter sind allfällige **Strafmilderungsgründe** irrelevant.[346] Denn ein Strafmilderungsgrund ermöglicht lediglich die Unterschreitung der angedrohten Mindeststrafe und das Erkennen auf eine andere Straftat (Art. 48a StGB); er erzwingt jedoch nicht bei einem Tatbestand, der die Schwelle von Art. 35 Abs. 1 lit. a IRSG erreicht, eine Strafrahmenverschiebung unterhalb dieser Schwelle. Anderes gilt nur dann, wenn der Tatbestand eine Höchstfreiheitsstrafe von exakt einem Jahr androht; bei obligatorischer Strafmilderung kann diese nicht mehr verhängt werden. Indes dürfte es in einem solchen (seltenen) Fall mit Blick auf Art. 35 Abs. 2 lit. a IRSG a maiore

341. Vgl. Art. 3–5 MStG; BSK-Garré, Art. 35 IRSG N. 32.
342. PC-Ludwiczak Glassey, Art. 35 EIMP N. 41.
343. Vgl. auch TPF 2011 89, E. 3.2.1, wo dies unter Art. 35 Abs. 2 IRSG subsumiert wird.
344. Vgl. BGE 108 Ib 525, E. 5; BSK-Garré, Art. 35 IRSG N. 26; Ludwiczak Glassey, Entraide, N. 879; Zimmermann, N. 721.
345. Ebenso Markees, Nr. 422, Rubr. 2.142; in diesem Sinne auch Ludwiczak Glassey, Entraide, N. 889.
346. Ludwiczak Glassey, Entraide, N. 889; Markees, Nr. 422, Rubr. 2.142.

ad minus angezeigt sein, die Strafmilderung bei der Prüfung der Strafbarkeit nach schweizerischem Recht auszuklammern.

Nicht zu prüfen ist schliesslich das Vorliegen von **Prozessvoraussetzungen** wie beispielsweise eines Strafantrags oder einer Ermächtigung.[347] Auch die *Verjährung*, deren Natur freilich umstritten ist, wird unter dem Aspekt der Strafbarkeit nicht geprüft;[348] sie ist Gegenstand einer eigenen Regelung (Art. 5 Abs. 1 lit. c IRSG).[349] 62

e. Intensität der Prüfung

Nach der Rechtsprechung ist die beidseitige Strafbarkeit bzw. die Prüfung der Strafbarkeit nach schweizerischem Recht nur einer **Prima-facie-Prüfung** zu unterziehen.[350] Das soll wohl heissen, dass eine akribische, ins Detail gehende 63

347. Vgl. BGE 142 IV 250, E. 5.3; BGer 1C_371/2013 vom 3.5.2013, E. 2.1.2; Donatsch/Heimgartner/Simonek, S. 122; Heimgartner, Auslieferungsrecht, S. 89 f.; Popp, N. 234, vgl. auch N. 271 und 280 (betr. Ermächtigung); Riedo/Fiolka/Niggli, N. 3405 f.; Schultz, Principes, S. 13 f. (anders noch betreffend Strafantrag Schultz, Auslieferungsrecht, S. 336 ff.); bereits von Cleric, S. 115 ff. Popp, N. 273 f., plädiert generell dafür, den im ersuchten Staat erforderlichen Strafantrag als Voraussetzung der Rechtshilfe anzusehen; dafür auch Capus, S. 468. BSK-Garré, Art. 35 IRSG N. 29 f., subsumiert die Prozessvoraussetzungen unter die besonderen Strafbarkeitsbedingungen i.S.d. Art. 35 Abs. 2 lit. a IRSG; ebenso betreffend Strafantrag Ludwiczak Glassey, Entraide, N. 882.

348. BGE 142 IV 250, E. 5.3 m.H.; Donatsch/Heimgartner/Simonek, S. 122; BSK-Garré; Art. 35 IRSG N. 31; im Kontext der kleinen Rechtshilfe auch BGE 116 Ib 452, E. 4a; ferner BGE 117 Ib 53, E. 2b; hingegen für eine Berücksichtigung der Verjährung im ersuchten Staat unter dem Aspekt der beidseitigen Strafbarkeit Schultz, Principes, S. 14; aus österreichischer Sicht Murschetz, S. 126.

349. Zur Anwendbarkeit dieser Regelung auf die Auslieferung vgl. BStGer RR.2013.236 vom 2.5.2014, E. 3.3. Auslieferungsverträge enthalten bisweilen Spezialregelungen über die Verjährung, so z.B. Art. 10 EAÜ, wonach die Auslieferung nicht bewilligt wird, wenn in einem der beiden Staaten die Strafverfolgung oder Strafvollstreckung verjährt ist, oder Art. 5 AVUS, wonach die Auslieferung bei Verjährung im *ersuchenden* Staat nicht zu bewilligen ist (zu dieser Regelung und der Verjährung im ersuchten Staat unter dem AVUS vgl. Heimgartner, Polanski, S. 145). Das systematische Auslegungselement spricht hier dafür, dass auch nach diesen Verträgen die Verjährung nicht schon bei der beidseitigen Strafbarkeit zu berücksichtigen ist, denn sonst bräuchte es die Spezialregelungen nicht.

350. Vgl. BGE 142 IV 250, E. 5.2; BGer 1C_205/2007 vom 18.12.2007, E. 4.2; TPF 2012 114, E. 7.4; BStGer RR.2011.246 vom 30.11.2011, E. 3.1; ferner im Kontext der kleinen Rechtshilfe BGE 145 IV 294, E. 2.2; BGE 124 II 184, E. 4b/cc; Staffler, S. 152, weist darauf hin, dass nach der Bundesgerichtspraxis die Prüfungsintensität von der Art der Straftat abhänge; bei Terrorismusvorwürfen sei besondere Achtsamkeit erforderlich. Er will diesen Gedanken generalisierend auf Vorfelddelikte übertragen (S. 152 ff.).

Prüfung nicht erforderlich ist und schwierige Rechtsfragen ausgeklammert werden dürfen. Nach hier vertretener Ansicht sprechen freilich die auf inländische Werte und Interessen zielende Ratio der beidseitigen Strafbarkeit (N. 22 f.) sowie die Fachkenntnisse der inländischen Behörden zum inländischen Recht (vgl. N. 49) dafür, die Prüfung der Strafbarkeit nach schweizerischem Recht strengeren Anforderungen zu unterstellen als die Beurteilung der Strafbarkeit nach ausländischem Recht, wo eine Vertretbarkeitsprüfung genügt (vgl. N. 49). Demnach sollte verlangt werden, dass das Verhalten nach schweizerischem Recht *wahrscheinlich strafbar wäre* (i.S.d. vorstehenden Präzisierungen [N. 50 ff.]).[351] Eine Restunsicherheit kann angesichts der vielen noch offenen Kontroversen über die richtige Auslegung von Strafbestimmungen und der manchmal fehlenden oder schwankenden bundesgerichtlichen Rechtsprechung dazu hingenommen werden.

C. Negative Voraussetzung: Fehlen schweizerischer Gerichtsbarkeit (Abs. 1 lit. b)

64 Als negative Voraussetzung der Auslieferung statuiert Art. 35 Abs. 1 lit. b IRSG, dass die Tat nicht der schweizerischen Gerichtsbarkeit unterliegen darf. Davon macht Art. 36 Abs. 1 IRSG eine wichtige **Ausnahme** für den Fall, dass besondere Umstände, namentlich die Möglichkeit der besonderen sozialen Wiedereingliederung, die Auslieferung (trotz schweizerischer Gerichtsbarkeit) rechtfertigen.[352] Die Rechtsprechung erkennt weitere «besondere Umstände» an, sodass etwa auch aus Gründen der Verfahrensökonomie und zur Ermöglichung einer gemeinsamen Beurteilung von mehreren Tätern im Ausland ausgeliefert werden kann, wenn schweizerische Gerichtsbarkeit besteht.[353]

---

351. Grosszügiger Donatsch/Heimgartner/Simonek, S. 120: Es sollte es genügen, dass die Sachverhaltsdarstellung eine Subsumtion unter einen Tatbestand zulasse. Das dürfte einer Vertretbarkeitsprüfung entsprechen. Nach Riedo/Fiolka/Niggli, N. 3420, wird die Prüfung der beidseitigen Strafbarkeit angesichts der begrenzten Sachverhaltsdarstellung im Ersuchen und des grosszügigen Prüfungsmassstabs der Praxis nicht viel mehr ergeben als den Befund, «dass sich aus dem transponierten Verhalten des Verfolgten auch in der Schweiz ein Anfangsverdacht auf eine strafbare Handlung ergeben könnte». Für Heimgartner, Auslieferungsrecht, S. 91 f., ist die Auslieferung «bei Grenzfällen des Vorliegens einer Strafbarkeit nach schweizerischem Recht» zu bewilligen.

352. Nach Markees, Nr. 422, Rubr. 2.143 S. 29, soll hier die Einschränkung des Erfordernisses beidseitiger Strafbarkeit durch Art. 35 Abs. 2 IRSG nicht gelten.

Die schweizerische Gerichtsbarkeit bestimmt sich insbesondere nach den Art. 3 ff. StGB; weitere Begründungsnormen finden sich im Besonderen Teil des StGB sowie im Nebenstrafrecht. Der Wortlaut des Art. 35 Abs. 1 lit. b IRSG scheint die Auslieferung bei jeglicher schweizerischen Gerichtsbarkeit auszuschliessen, d.h. ungeachtet dessen, ob sie auf dem Territorialitätsprinzip, dem Schutzprinzip oder dem aktiven Personalitätsprinzip usw. gründet.[354] Die Botschaft des Bundesrates macht jedoch klar, dass mit «Gerichtsbarkeit» nur eine solche gemeint ist, die auf dem Territorialitätsprinzip beruht.[355] Entsprechend ist Art. 35 Abs. 1 lit. b IRSG so zu interpretieren, dass er **auf territorial begründete schweizerische Gerichtsbarkeit** (Art. 3 Abs. 1 i.V.m. Art. 8 StGB) beschränkt ist.[356] Zum *historischen* Auslegungselement kommt nämlich das *teleologische* hinzu: Die schweizerische Strafhoheit nach Territorialitätsprinzip ist i.d.R. die für das Inland wichtigste;[357] es liefe dem Rechtshilfegedanken zuwider, wenn die Schweiz z.B. bei inländischer Strafhoheit nach passivem Personalitätsprinzip (Art. 7 Abs. 1 StGB) nicht an den Tatortstaat ausliefern dürfte.[358] Auch das *systematische* Auslegungselement spricht für die genannte restriktive Interpretation von Art. 35 Abs. 1 lit. b IRSG. Denn verschiedene strafanwendungsrechtliche Bestimmungen über Auslandstaten verlangen – i.d.R. als Prozessvoraussetzung –[359], dass der Täter nicht ausgeliefert werde (z.B. Art. 7 Abs. 1 lit. c StGB). Schlösse aber Art. 35 Abs. 1 lit. b IRSG die Auslieferung auch bei extraterritorial begründeter schweizerischer Strafhoheit aus, so

65

353. Vgl. BGer 1A.318/1995 vom 19.2.1996, E. 4a m.H.; zu weiteren «besonderen Umständen» vgl. BGE 117 Ib 210, E. 3b/cc; BGE 112 Ib 149, E. 5a.
354. So denn auch die Interpretation in BGer 1A.233/2004 vom 8.1.2004, E. 3.2 (allerdings als obiter dictum).
355. Botschaft 1976, S. 462; näher dazu Heimgartner, Auslieferungsrecht, S. 158 Fn. 1068. Unter dem alten Recht meinte Schultz, Auslieferungsrecht, S. 30, 41, dass Auslieferung bzw. Rechtshilfe nur dann möglich sei, wenn die Strafverfolgung nicht eigentlich Aufgabe des ersuchten Staates sei, konkret: wenn die Tat nicht unter seine originäre Strafhoheit (d.h. für Schultz nur: gemäss Territorialitätsprinzip, aktivem Personalitätsprinzip und Staatsschutzprinzip) falle.
356. So auch PC-Ludwiczak Glassey, Art. 35 EIMP N. 31, die freilich noch die ähnlichen Prinzipien der Flagge und der Immatrikulation einbeziehen will.
357. Vgl. auch schon Langhard, S. 9 («Auf seinem Gebiete begangene Verbrechen zu bestrafen, gehört zu den obersten Pflichten eines jeden Staates [...].»).
358. Vgl. auch BSK-Garré, Art. 35 IRSG N. 22; Heimgartner, Auslieferungsrecht, S. 158. Für frühe theoretische Ansätze, wonach die Auslieferung nur bei inländischer Strafkompetenz *nach Territorialitätsprinzip* zu verweigern ist, vgl. die Hinweise bei Kaltchas, S. 57 f.
359. Vgl. BSK-Keshelava/Payer, Vor Art. 3 StGB N. 9.

ergäbe sich aus dem Zusammenspiel dieser Vorschriften, dass die Schweiz grundsätzlich immer selbst zu verfolgen und nur subsidiär auszuliefern hätte.[360] Das wäre weder vom Gesetzgeber beabsichtigt noch mit der Praxis des Bundesgerichts, zuerst Auslieferung anzubieten,[361] vereinbar. Und soweit die betreffenden strafanwendungsrechtlichen Bestimmungen die Nichtauslieferung sogar als Voraussetzung der inländischen Strafhoheit (und damit der Gerichtsbarkeit) und nicht bloss als Prozessvoraussetzung normieren – nämlich bei der stellvertretenden Strafrechtspflege (Art. 7 Abs. 2 lit. a StGB) –, würden diese Bestimmungen zirkulär, wenn Art. 35 Abs. 1 lit. b IRSG auch die extraterritorial begründete Gerichtsbarkeit meinen würde. Denn zur Begründung der Strafhoheit nach Art. 7 Abs. 2 lit. a StGB müsste der Täter nicht ausgeliefert werden, was er gemäss Art. 35 Abs. 1 lit. b IRSG bei Strafhoheit nach Art. 7 Abs. 2 lit. a StGB nicht wird.

66 Dass der ersuchte Staat dann, wenn er gestützt auf das Territorialitätsprinzip selber Strafhoheit über den Sachverhalt besitzt, die Auslieferung verweigern kann (sog. **Strafverfolgungsprivileg des ersuchten Staates**), ist in verschiedenen Staatsverträgen ausdrücklich gesichert, beispielsweise in Art. 7 Ziff. 1 EAÜ. Es handelt sich dort um einen fakultativen Verweigerungsgrund.[362]

67 Bei schweizerischer Gerichtsbarkeit gestützt auf das **Staatsschutzprinzip** (Art. 4 Abs. 1 StGB; sofern der Täter töricht genug ist, das Inland nach Tatbegehung zu betreten) oder auf das dem Territorialitätsprinzip ähnliche **Flaggen- bzw. Immatrikulationsprinzip**[363] kann die Verweigerung der Auslieferung zugunsten einer eigenen Strafverfolgung ebenfalls angezeigt erscheinen. Allein, dazu bedarf es keiner Subsumtion dieser Fälle unter Art. 35 Abs. 1 lit. b IRSG, denn die Auslieferung nach IRSG ist ohnehin fakultativ (N.

360. PC-Ludwiczak Glassey, Art. 35 EIMP N. 31. Es würde sich noch die Frage stellen, ob die weitere Voraussetzung von Art. 7 Abs. 1 lit. c StGB, dass «nach schweizerischem Recht die Tat die Auslieferung zulässt», wegen der extraterritorial begründeten inländischen Strafhoheit über die Tat nicht erfüllt wäre. Man würde aber zum Schluss kommen müssen, dass die inländische Strafhoheit aus dieser Voraussetzung auszuklammern sei (d.h. dass die Voraussetzung auf die Mindestschwelle von Art. 35 Abs. 1 lit. a IRSG beschränkt sei), da sonst eine Verfolgung in der Schweiz nie möglich wäre.

361. BGE 121 IV 145, E. 2b/bb; BGer 6B_21/2009 vom 19.5.2009, E. 1.1.

362. Statt vieler CR Entraide, Art. 35 EIMP N. 2.

363. Diesbezüglich für eine Subsumtion unter Art. 35 Abs. 1 lit. b IRSG: PC-Ludwiczak Glassey, Art. 35 EIMP N. 31. Allgemein zu diesem Prinzip: BSK-Keshelava/Payer, Vor Art. 3 StGB N. 27.

7) und kann in einem solchen Fall bereits unter Verweis auf das eigene Strafinteresse der Schweiz verweigert werden.

Danksagung:

Der Autor dankt den Herausgebern des Onlinekommentars sowie RA Dr. Giuseppe Aufiero für seine aufmerksamen Hinweise.

LITERATURVERZEICHNIS

Arzt Gunther, Zur identischen Strafnorm beim Personalitätsprinzip und bei der Rechtshilfe, in: Jenny Guido/Kälin Walter (Hrsg.), Die schweizerische Rechtsordnung in ihren internationalen Bezügen, Festgabe zum Schweizerischen Juristentag 1988, Bern 1988, S. 417–441.

Asp Petter/Hirsch Andrew von/Frände Dan, Double Criminality and Transnational Investigative Measures in EU Criminal Proceedings: Some Issues of Principle, ZIS 2006, S. 512–520.

Bantekas Ilias, International Criminal Law, 4. Aufl., Oxford et al. 2010.

Benz Wolfgang B., Das Prinzip der identischen Norm im internationalen Auslieferungsrecht, Aarau 1941.

Blakesley Christopher L., Rumination on Extradition & Human Rights, in: Donatsch Andreas/Forster Marc/Schwarzenegger Christian (Hrsg.), Strafrecht, Strafprozessrecht und Menschenrechte, Festschrift für Stefan Trechsel zum 65. Geburtstag, Zürich et al. 2002, S. 191–217.

Bommer Felix, Vorbemerkungen zu Art. 19 ff. StGB, in: Niggli Marcel Alexander/Wiprächtiger Hans/Maeder Stefan (Hrsg.), Basler Kommentar, Strafrecht I, Strafgesetzbuch, Jugendstrafgesetz, 4. Aufl., Basel 2019.

Capus Nadja, Strafrecht und Souveränität, Das Erfordernis der beidseitigen Strafbarkeit in der internationalen Rechtshilfe in Strafsachen, Bern 2010.

Cleric Georg Franz von, Die Bedeutung des Strafantrages im internationalen Auslieferungsrecht der Schweiz, SJZ 1921/22, S. 113–117.

Conrad Peter, Der Grundsatz der beiderseitigen Strafbarkeit im Rechtshilfe- und Strafanwendungsrecht, Hamburg 2013.

Dewulf Steven, Extradition and Surrender, in: Caeiro Pedro/Gless Sabine/Mitsilegas Valsamis/Costa Miguel João/Snaijer Janneke de/Theodorakakou Georgia (Hrsg.), Elgar Encyclopedia of Crime and Criminal Justice, Cheltenham et al. 2024, S. 304–315.

Donatsch Andreas/Heimgartner Stefan/Simonek Madeleine, Internationale Rechtshilfe, unter Einbezug der Amtshilfe im Steuerrecht, 3. Aufl., Zürich et al. 2024.

Fiolka Gerhard, Das «Vertrauensprinzip» in der Rechtshilfe als organisierte Unverantwortung, in: Jositsch Daniel/Schwarzenegger Christian/Wohlers Wolfgang (Hrsg.), Festschrift für Andreas Donatsch, Zürich et al. 2017, S. 605–617.

Gafner d'Aumeries Sonja, Le principe de la double incrimination, Basel 1992.

Garré Roy, Kommentierung zu Art. 35 IRSG, in: Niggli Marcel Alexander/Heimgartner Stefan (Hrsg.), Basler Kommentar, Internationales Strafrecht, IRSG, GwÜ, Basel 2015.

Gless Sabine, Internationales Strafrecht, Grundriss für Studium und Praxis, 3. Aufl., Basel 2021.

Hamaker Hendrik Jacobus, Über die Auslieferung der Inländer wegen der im Auslande begangenen Verbrechen, Archiv des öffentlichen Rechts 1886, S. 279–308.

Heimgartner Stefan, Auslieferungsrecht, Zürich et al. 2002 (zit. Heimgartner, Auslieferungsrecht).

Heimgartner Stefan, Der Fall Polanski – internationalstrafrechtliche Aspekte, in: Riedo Christof/Fiolka Gerhard/Gfeller Diego R., Liber amicorum für Marcel Alexander Niggli, Basel 2010, S. 137–148 (zit. Heimgartner, Polanski).

Heimgartner Stefan, Kommentierung zu Art. 64 IRSG, in: Niggli Marcel Alexander/Heimgartner Stefan (Hrsg.), Basler Kommentar, Internationales Strafrecht, IRSG, GwÜ, Basel 2015.

Jescheck Hans-Heinrich/Weigend Thomas, Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil, 5. Aufl., Berlin 1996.

Kaltchas Emmanuel, De l'extradition en cas de concours de compétences de plusieurs États, Lausanne 1934.

Kaufmann Barbara, Kommentierung zu Art. 1a IRSG, in: Ludwiczak Glassey Maria/Staffler Lukas (Hrsg.), Onlinekommentar zum Bundesgesetz über internationale Rechtshilfe für Strafsachen – Version: 28.3.2025, https://onlinekommentar.ch/de/kommentare/irsg1a, DOI: 10.17176/20230908-105955-0.

Keshelava Tornike/Payer Andrés, Vorbemerkungen zu Art. 3 ff. StGB, in: Niggli Marcel Alexander/Wiprächtiger Hans/Maeder Stefan (Hrsg.), Basler Kommentar, Strafrecht I, Strafgesetzbuch, Jugendstrafgesetz, 5. Aufl., Basel, im Erscheinen.

Kubiciel Michael, Kommentierung zu § 3 IRG, in: Ambos Kai/König Stefan/Rackow Peter (Hrsg.), Rechtshilferecht in Strafsachen, 2. Aufl., Basen-Baden et al. 2020.

Lammasch Heinrich, Auslieferungspflicht und Asylrecht, Leipzig 1887.

Langhard Johann, Das schweizerische Auslieferungsrecht nebst den Auslieferungsverträgen der Schweiz, Bern 1910.

Ludwiczak Glassey Maria, Entraide judiciaire internationale en matière pénale, Précis de droit suisse, Basel 2018 (zit. Ludwiczak Glassey, Entraide).

Ludwiczak Glassey Maria, Entraide internationale en matière d'exportation de biens culturels : l'obstacle de la double incrimination, fp 2020, S. 149–154 (zit. Ludwiczak Glassey, Biens culturels).

Ludwiczak Glassey Maria, La double incrimination en entraide judiciaire en matière pénale : un principe en quête de sens, in: Perrier Depeursinge Camille/Dongois Nathalie/Garbarski Andrew M./Lombardini Carlo/Macaluso Alain (Hrsg.), Cimes et Châtiments, Mélanges en l'honneur du Professeur Laurent Moreillon, Bern 2022, S. 313–324 (zit. Ludwiczak Glassey, Double incrimination).

Ludwiczak Glassey Maria, Kommentierung zu Art. 35 IRSG, in: Ludwiczak Glassey Maria/Moreillon Laurent, Petit commentaire, Loi sur l'entraide pénale internationale, Basel 2024.

Ludwiczak Glassey Maria, Kommentierung zu Art. 51 IRSG, in: Ludwiczak Glassey Maria/Moreillon Laurent, Petit commentaire, Loi sur l'entraide pénale internationale, Basel 2024.

Markees Curt, Internationale Rechtshilfe in Strafsachen, Das Bundesgesetz vom 20. März 1981 (IRSG), Schweizerische Juristische Kartothek, Karten Nr. 421 und 422, Genf 1982.

Martitz Ferdinand von, Internationale Rechtshilfe in Strafsachen, Bd. 1, Leipzig 1888 (zit. von Martitz, Rechtshilfe I).

Martitz Ferdinand von, Internationale Rechtshilfe in Strafsachen, Bd. 2, Leipzig 1897 (zit. von Martitz, Rechtshilfe II).

Meili Friedrich, Die Doktrin des internationalen Strafrechts und ihre heutigen Aufgaben, in: Festgabe dem Schweizer Juristenverein bei seiner 46. Jahresversammlung, 28. und 29. September 1908 in Zürich, überreicht von der rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät der Universität Zürich, Zürich 1908, S. 1–44.

Moock Merle von, Auslieferungsrechtliche Probleme an der Wende vom 19. zum 20. Jahrhundert, Baden-Baden 2001.

Moreillon Laurent (Hrsg.), Commentaire romand, Entraide internationale en matière pénale, EIMP - TEJUS - LTEJUS - TEXUS, Basel 2004.

Mörsberger Manfred, Das Prinzip der identischen Norm im Auslieferungsrecht, Berlin 1969.

Murschetz Verena, Auslieferung und Europäischer Haftbefehl, Wien 2007.

Payer Andrés, Kommentierung zu Art. 32 IRSG, in: Ludwiczak Glassey Maria/Staffler Lukas (Hrsg.), Onlinekommentar zum Bundesgesetz über internationale Rechtshilfe für Strafsachen – Version: 6.1.2026, https://onlinekommentar.ch/de/kommentare/irsg32, DOI: 10.17176/20230908-111231-0.

Payer Andrés, Strafrecht als Mittel zu einer diskriminierungsfreien Gesellschaft? Vorüberlegungen zu einem Kriminalstraftatbestand der Diskriminierung, Journal für Strafrecht 2025, 235–246 (zit. Payer, Diskriminierung).

Popp Peter, Grundzüge der internationalen Rechtshilfe in Strafsachen, Basel et al. 2001.

Riedo Christof/Fiolka Gerhard/Niggli Marcel Alexander, Strafprozessrecht sowie Rechtshilfe in Strafsachen, Basel 2011.

Roxin Claus/Greco Luís, Strafrecht Allgemeiner Teil, Bd. I, 5. Aufl., München 2020.

Schaffner Daniel, Das Individuum im internationalen Rechtshilferecht in Strafsachen, Basel 2013.

Schierholt Christian, Kommentierung zu § 3 IRG, in: Gless Sabine/Hackner Thomas/Trautmann Sebastian (Hrsg.), Schomburg/Lagodny, Internationale Rechtshilfe in Strafsachen, 6. Aufl., München 2020.

Schork Alexander, Das Auslieferungsverfahren in der Schweiz und in Deutschland unter Einbeziehung des Europäischen Haftbefehls, Frankfurt a.M. 2009.

Schultz Hans, Das schweizerische Auslieferungsrecht, Basel 1953 (zit. Schultz, Auslieferungsrecht).

Schultz Hans, Das Ende der Auslieferung?, in: Oehler Dietrich/Pötz Paul-Günter (Hrsg.), Aktuelle Probleme des Internationalen Strafrechts, Heinrich Grützner zum 65. Geburtstag, Hamburg 1970, S. 138–148 (zit. Schultz, Ende).

Schultz Hans, Les principes du droit d'extradition traditionnel, in: Conseil de l'Europe (Hrsg.), Aspects juridiques de l'extradition entre États européens, Strassburg 1970, S. 7–25 (zit. Schultz, Principes).

Schwaighofer Klaus, Auslieferung und Internationales Strafrecht, Wien 1988.

Schwarzenbach Alfred, Das materielle Auslieferungsrecht der Schweiz nach dem Bundesgesetz vom 22. Januar 1892 und den geltenden Verträgen, Zürich 1901.

Shearer Ivan Anthony, Extradition in International Law, Manchester 1971.

Staffler Lukas, Reichweite und Grenzen der Sachverhaltswürdigung im Auslieferungsverfahren bei Unterstützung terroristischer Organisationen, Besprechung von BGer, Urteil vom 12.6.2020, 1C_228/2020 und 1C_261/2020, fp 2021, S. 149–155.

Stelzer-Wieckowska Marta, Die kleine Rechtshilfe in Strafsachen: grundrechtliche Stellung der betroffenen Person, Zürich et al. 2022.

Stratenwerth Günter/Bommer Felix, Schweizerisches Strafrecht, Allgemeiner Teil I: Die Straftat, 5. Aufl., Bern 2024.

Travers Maurice, L'entraide répressive internationale et la loi française du 10 mars 1927, Paris 1928.

Vogel Joachim, Abschaffung der Auslieferung? Kritische Anmerkungen zur Reform des Auslieferungsrechts in der Europäischen Union, JZ 2001, S. 937–943.

Wilt Harmen van der, The Law and Practice of Extradition, Abingdon et al. 2022.

Zimmermann Robert, La coopération judiciaire internationale en matière pénale, 6. Aufl., Bern 2024.

MATERIALIENVERZEICHNIS

Amtliches Bulletin der Bundesversammlung, 1977, Bd. 5, Wintersession, Ständerat, Sitzung vom 29.11.1977, Geschäft Nr. 76.033, S. 612–637, abrufbar unter https://www.amtsdruckschriften.bar.admin.ch/viewOrigDoc/20006302.pdf?id=20006302, besucht am 24.8.2025.

Amtliches Bulletin der Bundesversammlung, 1979, Bd. II, Sommersession, Nationalrat, Sitzung v. 12.6.1979, Geschäft Nr. 76.033, S. 647–664, abrufbar unter https://www.amtsdruckschriften.bar.admin.ch/viewOrigDoc/20007652.pdf?ID=20007652, besucht am 24.8.2025.

Amtliches Bulletin der Bundesversammlung, 1979, Bd. II, Sommersession, Nationalrat, Sitzung v. 21.6.1979, Geschäft Nr. 76.033, S. 845–865, abrufbar unter https://www.amtsdruckschriften.bar.admin.ch/viewOrigDoc/20007686.pdf?ID=20007686, besucht am 24.8.2025.

Botschaft des Bundesrathes an die Bundesversammlung zum Entwurf des Bundesgesetzes betreffend die Auslieferung gegenüber dem Ausland vom 9.6.1890, BBl 1890 III 316 ff., abrufbar unter https://www.fedlex.admin.ch/eli/fga/1890/3_316_193_/de, besucht am 17.8.2025.

Botschaft des Bundesrates an die Bundesversammlung über die Genehmigung von sechs Übereinkommen des Europarates vom 1.3.1966, BBl 1966 I 457 ff., abrufbar unter https://www.fedlex.admin.ch/eli/fga/1966/1_457__/de, besucht am 24.8.2025.

Botschaft des Bundesrates an die Bundesversammlung zu einem Bundesgesetz über internationale Rechtshilfe in Strafsachen und einem

Bundesbeschluss über Vorbehalte zum Europäischen Auslieferungsübereinkommen
vom 8.3.1976, BBl 1976 II 444 ff., abrufbar unter https://www.fedlex.admin.ch/eli/fga/1976/2_444_430_443/de, besucht am 17.8.2025.

Botschaft zur Revision der Bundesrechtspflege vom 28.2.2001, BBl 2001 4202 ff., abrufbar unter https://www.fedlex.admin.ch/eli/fga/2001/731/de, besucht am 17.8.2025.

Bundesgesetz über internationale Rechtshilfe in Strafsachen (IRSG), Entwurf, BBl 1976 II 491 ff., abrufbar unter https://www.fedlex.admin.ch/eli/fga/1976/2_444_430_443/de, besucht am 17.8.2025.

WEGLEITUNG

Bundesamt für Justiz BJ, Die internationale Rechtshilfe in Strafsachen, Wegleitung, 9. Aufl., Bern 2009 (Rechtsprechung Stand Mai 2010), abrufbar unter https://www.rhf.admin.ch/dam/rhf/de/data/strafrecht/wegleitungen/wegleitung-strafsachen-d.pdf, besucht am 20.8.2025.

ACHTUNG: Diese Version des Kommentars ist eine automatische maschinelle Übersetzung des Originals. Die Originalversion ist französisch. Die Übersetzung wurde mit www.deepl.com durchgeführt. Nur die Originalversion ist autoritativ. Die übersetzte Form des Kommentars kann nicht zitiert werden.

KOMMENTIERUNG ZU

Art. 47 IRSG

Eine Kommentierung von Olivier Peter

ZITIERVORSCHLAG

Olivier Peter, Kommentierung zu Art. 47 IRSG, in: Maria Ludwiczak Glassey/ Lukas Staffler (Hrsg.), Onlinekommentar zum Bundesgesetz über internationale Rechtshilfe in Strafsachen

Kurzzitat: OK-Peter, Art. 47 IRSG N. XXX.

3. Abschnitt: Auslieferungshaft und Sicherstellung

Art. 47 Haftbefehl und andere Verfügungen

[1] Das BJ erlässt einen Auslieferungshaftbefehl. Es kann davon absehen, namentlich wenn der Verfolgte:

a. voraussichtlich sich der Auslieferung nicht entzieht und die Strafuntersuchung nicht gefährdet; oder

b. ohne Verzug nachweisen kann, dass er zur Zeit der Tat nicht am Tatort war.

[2] Ist der Verfolgte nicht hafterstehungsfähig oder rechtfertigen es andere Gründe, so kann das BJ anstelle der Haft andere Massnahmen zu seiner Sicherung anordnen.

[3] Gleichzeitig verfügt es, welche Gegenstände und Vermögenswerte sichergestellt bleiben oder sicherzustellen sind.

GLIEDERUNG

I. Allgemeines 210
II. Voraussetzungen 211
A. Nicht offensichtlich unzulässiges Auslieferungsersuchen 211
B. Fluchtgefahr oder Gefahr der Beweisverhinderung (Art. 47 Abs. 1 a IRSG) 212
C. Fehlen eines Alibis (Art. 47 Abs. 1 b IRSG) 213
D. Haftfähigkeit (Art. 47 Abs. 2) 215
E. Unwirksamkeit von Ersatzmassnahmen (Art. 47 Abs. 2 in fine IRSG) 215
III. Beschlagnahmungen (Art. 47 Abs. 3) 217
Literaturverzeichnis 218

I. ALLGEMEINES

1 Die **Haft zur Auslieferung** ist eine verwaltungsrechtliche Zwangsmassnahme. Sie dient in erster Linie der Sicherstellung der Ziele des Auslieferungsverfahrens und indirekt der Unterstützung der Rechtshilfe im ausländischen Strafverfahren.

2 Der **Haftbefehl** wird vom BJ erlassen. Er folgt auf die vorläufige Festnahme durch die Polizei. Die Entscheidung muss innerhalb von drei Arbeitstagen nach der Festnahme getroffen werden, andernfalls ist die vorläufige Zwangsmassnahme aufzuheben. Der Haftbefehl kann per Fax, E-Mail oder Telefon vorab übermittelt werden, muss jedoch innerhalb der oben genannten Frist schriftlich bestätigt werden. Die Entscheidung ist der verfolgten Person mitzuteilen, woraufhin diese von der Behörde über ihre Rechte belehrt wird und Gelegenheit erhält, Gründe gegen den Haftbefehl und/oder die Auslieferung vorzubringen.

3 Nach der Rechtsprechung, die von der Lehre übernommen wurde, ist die Anordnung einer freiheitsentziehenden Maßnahme gegen die von einem Auslieferungsersuchen betroffene Person „**die Regel**“, und zwar grundsätzlich während des gesamten Verfahrens. Die Freiheit der betroffenen Person während des Verfahrens stellt die Ausnahme dar. Das Bundesgericht begründet diese Auslegung mit den internationalen Verpflichtungen der Schweiz, die Auslieferung der Person an den ersuchenden Staat zu gewährleisten. Die Voraussetzungen für die Anordnung einer Auslieferungshaft wären somit weniger streng als diejenigen, die der Gesetzgeber für die Anordnung einer Untersuchungshaft im Strafverfahren vorgesehen hat. In diesem Fall hat der Gesetzgeber nämlich ausdrücklich vorgesehen, dass die beschuldigte Person grundsätzlich «auf freiem Fuss bleibt» und die Inhaftierung die Ausnahme darstellt.

4 Die Auslegung der Voraussetzungen für die Anordnung eines Auslieferungshaftbefehls muss jedoch das durch die Bundesverfassung und das Völkerrecht garantierte **Recht auf persönliche Freiheit** achten. Jeder Eingriff in die Freiheit einer Person muss durch ein öffentliches Interesse gerechtfertigt und verhältnismässig sein, was auch für die Anordnung eines Haftbefehls in einem Auslieferungsverfahren gilt. Wie der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte in einer die Schweiz betreffenden

Rechtssache festgestellt hat, «muss die Untersuchungshaft als letztes Mittel erscheinen, das nur dann gerechtfertigt ist, wenn alle anderen verfügbaren Möglichkeiten sich als unzureichend erweisen». Wir sind der Ansicht, dass dieser Grundsatz auch für die Auslieferungshaft gilt. Die vom Bundesgericht vorgeschlagene «flexiblere» Auslegung entbindet die Behörde daher nicht von einer strengen Prüfung der Verhältnismässigkeit.

II. VORAUSSETZUNGEN

Das BJ kann einen Auslieferungshaftbefehl nur erlassen, wenn die folgenden **kumulativen Voraussetzungen** erfüllt sind: 5

- Der Behörde liegt ein Auslieferungsersuchen vor, das nicht offensichtlich unzulässig ist (2.1);
- Es besteht Flucht- und/oder Ermittlungsgefahr (2.2);
- Die Person kann kein Alibi vorlegen (2.3);
- Die Person ist verhaftungsfähig (2.4) und
- Es gibt keine Ersatzmaßnahmen, mit denen die Flucht- und/oder Kollusionsgefahr erheblich gemindert werden kann (2.5).

A. Nicht offensichtlich unzulässiges Auslieferungsersuchen

Ein Haftbefehl kann ausgestellt werden, wenn der ersuchende Staat ein Auslieferungsersuchen mit **ausreichenden Angaben** zur Identität der gesuchten Person sowie zu den ihr zur Last gelegten Tatsachen und Straftaten vorgelegt hat. 6

Auch **ohne formellen Haftbefehl** kann eine Zwangsmassnahme vorläufig angeordnet werden, wenn der ersuchte Staat dies ausdrücklich beantragt und mitteilt, dass er beabsichtigt, ein Auslieferungsersuchen zu stellen. Massnahmen können vom BJ auch von Amts wegen getroffen werden, wenn Gefahr im Verzug besteht. 7

Aus den übermittelten Informationen muss hervorgehen, dass das Ersuchen **nicht offensichtlich unzulässig oder unangebracht** ist. Das Auslieferungsersuchen darf insbesondere nicht 8

- eine Person mit Schweizer Staatsangehörigkeit betreffen;

- von einem Staat gestellt worden sein, der offensichtlich nicht für die Verfolgung der Tat zuständig ist;
- zur Verfolgung durch ein Sondergericht oder zur Vollstreckung einer von einem solchen Gericht verhängten Strafe führen;
- sich auf eine Straftat beziehen, die offensichtlich politischer, militärischer oder steuerrechtlicher Natur ist;
- sich auf Sanktionen oder Handlungen beziehen, die offensichtlich verjährt sind;
- sich auf Handlungen beziehen, die nach schweizerischem Recht offensichtlich nicht strafbar sind;
- sich auf Handlungen beziehen, die Bagatellfälle darstellen und/oder mit einer Freiheitsstrafe von weniger als einem Jahr bedroht sind.

B. Fluchtgefahr oder Gefahr der Beweisverhinderung (Art. 47 Abs. 1 a IRSG)

9 Ein Haftbefehl kann nur erlassen werden, wenn die **Gefahr besteht**, dass die Person «sich der Auslieferung entzieht» oder «die Untersuchung behindert» . Diese Begriffe entsprechen der „Fluchtgefahr“ und der „Absprachengefahr“, die einen Freiheitsentzug im Strafverfahren rechtfertigen können, wobei die Rechtsprechung verlangt, dass diese Gefahren für die Anordnung einer Auslieferungshaft weiter gefasst sein müssen. Zu Recht hat der Gesetzgeber die Möglichkeit, einen Haftbefehl wegen Wiederholungsgefahr zu erlassen, nicht vorgesehen.

10 In der Praxis wird die **Fluchtgefahr** als Begründung für die Anordnung eines Haftbefehls angeführt. Der Begriff „Behinderung der Ermittlungen“ wird in der Lehre und Rechtsprechung nicht näher ausgeführt. Insbesondere ist unklar, ob der Gesetzgeber die Anordnung der Maßnahme mit der Gefahr einer Behinderung der Ermittlungen im Auslieferungsverfahren rechtfertigen wollte oder ob es sich um eine Gefahr der Kollusion im Hinblick auf ein möglicherweise im ersuchenden Staat eingeleitetes Strafverfahren handelt. Im zweiten Fall könnte die Gefahr einer Behinderung nicht geltend gemacht werden, wenn es sich um ein Auslieferungsersuchen zur Vollstreckung einer Strafe handelt.

Die Fluchtgefahr ist **restriktiv anzunehmen**, wenn die Person enge und langjährige familiäre und berufliche Bindungen zur Schweiz aufgebaut hat, insbesondere aufgrund der Dauer des Aufenthalts und eventueller enger familiärer Bindungen zu Personen mit Wohnsitz im Land. Das BJ muss auch die Art der vorgeworfenen Straftat, die drohende Strafe und das Vorliegen einer rechtskräftigen Verurteilung berücksichtigen. Gesundheitliche Probleme, die eine Flucht ins Ausland erschweren, sind ebenfalls zu berücksichtigen. Ein fortgeschrittenes Alter kann die Fluchtwahrscheinlichkeit verringern. 11

Der Gesetzestext besagt, dass die Behörde **bei fehlender Flucht- und Kollusionsgefahr** auf die Ausstellung eines Haftbefehls verzichten *kann*. Wir sind der Auffassung, dass ein Freiheitsentzug gegen eine Person, die sich dem Verfahren nicht entziehen oder es behindern will, eine unverhältnismässige Massnahme darstellt und somit das Recht auf persönliche Freiheit verletzt. Liegen solche Risiken nicht vor, sollte ein Freiheitsentzug ausgeschlossen sein. 12

C. Fehlen eines Alibis (Art. 47 Abs. 1 b IRSG)

Die Auslieferungshaft kann nicht angeordnet werden, wenn die betroffene Person ein **Alibi** vorbringen kann, das einen Grund für die Ablehnung der Auslieferung darstellt. Dies ist eine Ausnahme vom Grundsatz, wonach die ausländischen Gerichte in der Sache über die Tatsachen und die Schuld der verfolgten Person zu entscheiden haben. Diese Regel beruht auf einem allgemeinen Grundsatz des Auslieferungsrechts. Damit soll einer offensichtlich unschuldigen Person die Härte eines Strafverfahrens erspart werden. 13

Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts ist der Begriff «Alibi» in seiner traditionellen **einschränkenden** Bedeutung, also im wörtlichen Sinn, zu verstehen. Die Person muss nachweisen, dass sie sich zum Zeitpunkt der Tat nicht am Tatort befand, entgegen den Angaben im Auslieferungsersuchen, obwohl ihre Anwesenheit eine Voraussetzung für die Begehung der vorgeworfenen Straftat und/oder die Strafverfolgungszuständigkeit des ersuchenden Staates ist. 14

Eine zu restriktive Auslegung des Nachweises der Unbegründetheit der vorgeworfenen Tatsachen wäre jedoch **unvereinbar** mit der Rechtsprechung 15

des EGMR, wonach „das Fortbestehen plausibler Gründe für den Verdacht, dass die festgenommene Person eine Straftat begangen hat, eine *unabdingbare Voraussetzung* für die Rechtmäßigkeit der Fortdauer der Haft ist".

16 Nach der Rechtsprechung muss der Alibibeweis, um die Erlassung eines (künftigen) Haftbefehls zu verhindern, die Beteiligung an allen in dem (künftigen) Auslieferungsersuchen vorgeworfenen Straftaten ausschließen. Diese Position sollte nuanciert werden. Denn ein **Teilalibi** kann dennoch Auswirkungen auf die Schwere der vorgeworfenen Taten und die Möglichkeit, Ersatzmassnahmen zu erlassen, haben.

17 Die **Beweislast** liegt grundsätzlich nicht beim BJ, sondern bei der betroffenen Person. Die Erhebung eines wesentlichen Beweises durch die Strafbehörde ist vom Gesetzgeber nicht ausgeschlossen und sollte unter besonderen Umständen zulässig sein. Dies ist der Fall, wenn die vom Haftbefehl betroffene Person eine Verwechslungsgefahr geltend macht: Das BJ sollte dann die ersuchende Behörde um zusätzliche Auskünfte ersuchen können. Gleiches gilt, wenn Informationen, die belegen, dass die im Auslieferungsersuchen enthaltene Anschuldigung unbegründet ist, bereits einer Bundes- oder kantonalen Behörde vorliegen.

18 Der Nachweis muss **unmittelbar und eindeutig** sein, beispielsweise durch den Nachweis einer Verwechslung. Die Rechtsprechung verlangt ein hohes Mass an Beweisen für das Vorliegen eines Alibis, insbesondere hinsichtlich der Glaubwürdigkeit der Zeugen, die zugunsten der von der Auslieferungsersuchen betroffenen Person aussagen.

19 Das Gesetz und die Rechtsprechung sehen vor, dass der Nachweis **unverzüglich**, d. h. «auf der Stelle» oder sofort, zu erbringen ist. Eine Behauptung mit dem Hinweis auf künftige Beweise reicht nicht aus, um die Anordnung eines Haftbefehls zu verhindern. Wir sind der Ansicht, dass diese Position, die sich auf eine alte Rechtsprechung (1983) sowie auf die kurze Frist für die Bestätigung der vorläufigen Festnahme stützt, wenig geeignet ist für die Realität eines Verfahrens, in dem die von der Maßnahme betroffene Person Zeit benötigt, um ihre Verteidigung zu organisieren und die erforderlichen Beweise zu sammeln, die oft aus dem Ausland beschafft werden müssen und sich auf längst zurückliegende Tatsachen beziehen können. Der Alibibeweis kann in jedem Fall später im Rahmen eines Antrags

auf Haftentlassung vorgelegt werden, der im weiteren Verlauf des Verfahrens gestellt werden kann.

D. Haftfähigkeit (Art. 47 Abs. 2)

Ein Freiheitsentzug im Rahmen der Auslieferung kann nur angeordnet werden, wenn die Person **verhaftungsfähig** ist. Dabei sind einerseits der Gesundheitszustand der Person und andererseits die Auswirkungen der Haft auf sie zu berücksichtigen. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts reicht das fortgeschrittene Alter allein nicht aus, um eine Inhaftierung auszuschließen. Eine Person gilt als nicht haftfähig, wenn mit grosser Wahrscheinlichkeit davon auszugehen ist, dass die Haft ihr Leben oder ihre Gesundheit gefährden würde. Wenn die Person geltend macht, dass die Haft sie in Selbstmordgefahr bringt, ist nach Auffassung des Bundesstrafgerichts diese Gefahr «mit grosser Zurückhaltung» anzunehmen. Dabei sind nicht nur körperliche Gesundheitsprobleme zu berücksichtigen, sondern auch allfällige psychische Störungen, die einer medizinischen Behandlung bedürfen. 20

Je nach den Umständen kann der Freiheitsentzug in einer spezialisierten Spitalabteilung vollzogen oder die Haft mit einer ambulanten Behandlung verbunden werden. In diesem Rahmen müssen die Behörden eine **angemessene Betreuung** sowie eine umfassende therapeutische Strategie gewährleisten können, die darauf abzielt, die Gesundheitsprobleme zu beheben oder deren Verschlimmerung zu verhindern, anstatt nur deren Symptome zu behandeln. 21

Ist die Haft **mit dem Gesundheitszustand** und dem therapeutischen Betreuungsbedarf unvereinbar, darf kein Haftbefehl erlassen werden. 22

E. Unwirksamkeit von Ersatzmassnahmen (Art. 47 Abs. 2 in fine IRSG)

Ein Haftbefehl darf nicht erlassen werden, wenn **Ersatzmassnahmen**, die weniger schwerwiegend sind als die Haft, ausreichen, um sicherzustellen, dass die Person nicht flieht oder das Verfahren unzulässig behindert. Die Ersatzmaßnahmen müssen keine „absolute Garantie“ dafür bieten, dass die Gefahr nicht eintritt, sondern geeignet sein, die festgestellte Gefahr „erheblich zu mindern“. In einem solchen Fall müssen diese Maßnahmen unter 23

Anwendung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit angeordnet werden, da sonst die persönliche Freiheit der betroffenen Person verletzt würde.

24 Bei **Sicherheiten** hängt die Höhe vom Schweregrad der vorgeworfenen Handlungen und von der persönlichen Situation der Person ab, deren Auslieferung beantragt wird. Die Höhe der Sicherheit ist unter Berücksichtigung der Vermögensverhältnisse der Person, ihrer Verbindungen zu Personen, die für sie bürgen können, und der Zuversicht zu beurteilen, dass die Aussicht auf den Verlust des hinterlegten Betrags eine ausreichend abschreckende Wirkung hat, um jegliche Fluchtabsicht zu vereiteln.

25 Dies beinhaltet eine **verstärkte Mitwirkungspflicht** der Person, deren Auslieferung beantragt wird, um ihre finanzielle Situation und ihre Beziehungen, die finanzielle Situation etwaiger Angehöriger, die zur Zahlung der Kaution herangezogen werden könnten, sowie die Herkunft der als Sicherheit angebotenen Mittel festzustellen. Das Fehlen konkreter Angaben zur finanziellen Situation der Person oder ihrer Angehörigen ist ein Grund, den das Bundesgericht anführt, um sich für unfähig zu erklären, einen angemessenen Betrag für eine mögliche finanzielle Garantie festzulegen.

26 Es wird ebenfalls empfohlen, dass die Person, die die Leistung einer Sicherheit anbietet, einen **Betrag** angibt.

27 Die **Sicherheitsleistung** kann in Form einer Bareinlage oder einer von einer in der Schweiz niedergelassenen Bank oder Versicherung gestellten Bürgschaft erfolgen. Aus diesem Grund hat das Bundesstrafgericht eine Sicherheit in Form der Eintragung eines Grundpfandrechts in das Grundbuch oder der Abtretung von Aktien abgelehnt. Die Frage, ob eine Sicherheit in Form der Herausgabe eines Wertgegenstands geleistet werden kann, scheint in der Rechtsprechung nicht entschieden zu sein. Diese Möglichkeit scheint jedoch dem Willen des Gesetzgebers zu widersprechen, der diesen Hinweis bei der Revision der Verfahrensvorschriften aus dem Gesetzestext gestrichen hat.

28 Bei der **elektronischen Überwachung** sind zwei unterschiedliche Systeme in Betracht zu ziehen. Einerseits die Anbringung einer elektronischen Fußfessel, mit der lediglich festgestellt werden kann, ob sich eine Person in einem bestimmten Umkreis befindet. Ein solches Gerät ermöglicht nur eine *nachträgliche* Feststellung der Flucht. Es hat nur eine geringe präventive Wirkung auf das Risiko, dass sich die Person der Auslieferung entzieht, und

sollte daher durch andere Maßnahmen, wie die Hinterlegung einer Kaution, ergänzt werden. Andererseits könnte ein System in Betracht gezogen werden, mit dem die Person „auf Schritt und Tritt" verfolgt und in Echtzeit überwacht werden kann, wobei die Polizei sofort eingreifen kann. Die Einführung eines Systems der *„elektronischen Überwachung*" wird seit mehreren Jahren ausdrücklich von der Bundesrechtsprechung empfohlen. Diese Massnahme ermöglicht es, die Fluchtgefahr erheblich zu verringern und somit auf die Erlassung zahlreicher Haftbefehle zu verzichten.

Die Bundesrechtsprechung vertritt einen sehr restriktiven Ansatz für die Zulassung von Haftersatzmassnahmen, die der Flucht- und/oder Kollusionsgefahr entgegenwirken können. Wie *oben erwähnt*, könnte die Haltung der Schweizer Gerichte **unvereinbar sein mit der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte,** der darauf hinweist, dass «die Untersuchungshaft als letztes Mittel anzusehen ist, das nur dann gerechtfertigt ist, wenn alle anderen verfügbaren Möglichkeiten sich als unzureichend erweisen». Wir sind der Ansicht, dass die Anordnung eines Haftbefehls in einem Auslieferungsverfahren nur möglich ist, wenn die Behörde nachweist, dass die Anordnung einer oder mehrerer Ersatzmassnahmen die geltend gemachten Risiken nicht ausräumen kann. 29

III. BESCHLAGNAHMUNGEN (ART. 47 ABS. 3)

Gleichzeitig mit dem Erlass des Auslieferungshaftbefehls oder der Anordnung von Ersatzmassnahmen entscheidet das BJ über die **von der Polizei bei der Festnahme der verfolgten Person beschlagnahmten** Gegenstände und Werte. Es kann die Aufrechterhaltung der Beschlagnahmungen anordnen, diese aufheben oder neue Beschlagnahmungen anordnen. Diese Entscheidung kann auch später im Verfahren getroffen werden. 30

Die Massnahme dient dazu, einem **allfälligen Ersuchen um Herausgabe von Gegenständen oder Vermögenswerten**, um Herausgabe von Beweismitteln oder um Vollstreckung eines ausländischen Urteils, insbesondere im Rahmen einer Einziehung, nachkommen zu können. Die Rechtsprechung des Bundesgerichts sieht auch die Möglichkeit vor, eine Beschlagnahme zur Deckung der Kosten anzuordnen. 31

Wird die Auslieferung bewilligt, ordnet das BJ grundsätzlich auch die **Übergabe der Gegenstände oder Vermögenswerte** an, die bei der 32

verfolgten Person gefunden wurden und als Beweismittel dienen können oder aus der mutmasslich begangenen Straftat stammen.

Über den Autor

Der Auor ist Rechtsanwalt in Genf.

LITERATURVERZEICHNIS

Ludwiczak Glassey Maria, Entraide judiciaire internationale en matière pénale, Bâle 2018.

Ludwiczak Glassey, Maria/Moreillon Laurent, Petit commentaire EIMP, Bâle 2024.

Forster, Marc, Commentaire de l'article 47 EIMP, in: Niggli, Marcel Alexander/Heimgarten, Stefan (édit), Basler Kommentar, Internationales Strafrecht, Bâle 2015.

Zimmermann, Robert, La coopération judiciaire internationale en matière pénale, Berne 2019.

Message du Conseil federal à l'Assemblée fédérale à l'appui d'une loi sur l'entraide internationale en matière pénale et d'un arrêté sur les reserves relatives à la convention européenne d'extradition du 8 mars 1976 (ci-après: " le message du Conseil federal du 8 mars 1976"), FF 1976 II 430 ss.

Guide sur l'article 3 de la Convention européenne des droits de l'homme, Interdiction de la Torture, 31 août 2024.

ACHTUNG: Diese Version des Kommentars ist eine automatische maschinelle Übersetzung des Originals. Die Originalversion ist französisch. Die Übersetzung wurde mit www.deepl.com durchgeführt. Nur die Originalversion ist autoritativ. Die übersetzte Form des Kommentars kann nicht zitiert werden.

KOMMENTIERUNG ZU

Art. 48 IRSG

Eine Kommentierung von Olivier Peter

ZITIERVORSCHLAG

Olivier Peter, Kommentierung zu Art. 48 IRSG, in: Maria Ludwiczak Glassey/ Lukas Staffler (Hrsg.), Onlinekommentar zum Bundesgesetz über internationale Rechtshilfe in Strafsachen

Kurzzitat: OK-Peter, art. 48 IRSG N. XXX.

Art. 48 Inhalt

[1] Verfügungen nach Artikel 47 enthalten:

a. die Angaben der ausländischen Behörde über die Person des Verfolgten und die ihm zur Last gelegte Tat;

b. die Bezeichnung der Behörde, die das Ersuchen gestellt hat;

c. die Mitteilung, dass die Auslieferung verlangt wird;

d. den Hinweis auf das Recht zur Beschwerde nach Absatz 2 und zum Beizug eines Rechtsbeistandes.

[2] Gegen diese Verfügungen kann der Verfolgte innert zehn Tagen ab der schriftlichen Eröffnung des Auslieferungshaftbefehls Beschwerde bei

der Beschwerdekammer des Bundesstrafgerichts führen. Für das Beschwerdeverfahren gelten die Artikel 379–397 StPO sinngemäss.

GLIEDERUNG

I. Inhalt des Haftbefehls (Art. 48 Abs. 1 IRSG) 222
A. Angaben zu den Tatbeständen (Art. 48 Abs. 1 Bst. a IRSG) 222
B. Bezeichnung der Behörde, die das Ersuchen stellt (Art. 48 Abs. 1 Bst. b IRSG) . 223
C. Hinweis darauf, dass die Auslieferung beantragt wird (Art. 48 Abs. 1 Bst. c IRSG) 223
D. Hinweise auf ein Rechtsmittelrecht und die damit verbundenen Rechte (Art. 48 Abs. 1 Bst. d IRSG) 223
II. Rechtsbehelfe (Art. 48 Abs. 2 IRSG) 224
A. Beschwerde vor dem Bundesstrafgericht 225
B. Beschwerde beim Bundesgericht 227
C. Anrufung einer internationalen Instanz 227
Literaturverzeichnis 228

I. INHALT DES HAFTBEFEHLS (ART. 48 ABS. 1 IRSG)

1 Art. 48 IRSG legt den Inhalt des Haftbefehls im Hinblick auf die Auslieferung fest. Diese Bestimmung konkretisiert im Bereich der Auslieferungshaft die Garantie von Art. 5 Abs. 2 EMRK, wonach jede festgenommene Person wissen muss, **warum** ihr die Freiheit entzogen wurde.

2 Der Haftbefehl muss mindestens folgende Angaben **enthalten**:

- Angaben zur Identität der verfolgten Person;
- Angaben zu den vorgeworfenen Taten und/oder zu der zu vollstreckenden Entscheidung;
- die Bezeichnung der Behörde, die das Ersuchen gestellt hat;
- den Hinweis, dass die Auslieferung beantragt wird;
- den Hinweis auf die Rechtsmittel;
- die Angabe der damit verbundenen Rechte.

A. Angaben zu den Tatbeständen (Art. 48 Abs. 1 Bst. a IRSG)

3 Art. 48 Abs. 1 Bst. a IRSG sieht vor, dass der Haftbefehl Angaben „zu den **Tatbeständen**, die ihm („dem Auszuliefernden") vorgeworfen werden", enthalten muss.

4 Diese Anforderung wird in Art. 10 Abs. 2 OEIMP präzisiert, wonach die Beschreibung des Sachverhalts zumindest den Ort, das Datum und die Art der Begehung der Straftat enthalten muss.

5 Diese Bestimmungen sollen gewährleisten, dass alle notwendigen Informationen übermittelt werden, damit die betroffene Person bereits in diesem Stadium ihr Recht auf eine **wirksame Verteidigung** geltend machen kann.

6 Dies beinhaltet vor allem die Verpflichtung, **die Vorwürfe, auf die die ausländische Behörde ihr Ersuchen um internationale Zusammenarbeit stützt, kurz darzulegen**. Die Bundesrechtsprechung vertritt die Auffassung, dass eine unvollständige Beschreibung der Straftaten im Haftbefehl keine Auswirkungen auf die Rechtmäßigkeit der Haft habe, was der vom EGMR vertretenen Position entspricht. Dies lässt sich insbesondere

dadurch erklären, dass die betroffene Person und ihr Rechtsbeistand das Recht auf Akteneinsicht haben, wobei die Akten Dokumente enthalten, aus denen die fehlenden Informationen hervorgehen.

Wir sind der Ansicht, dass der Wortlaut von Art. 48 Abs. 1 Bst. a IRSG eine **Lücke** enthält, da er sich nur auf die Auslieferung zur Strafverfolgung wegen „ihr zur Last gelegter Taten" bezieht und nicht auf die Auslieferung zum Zwecke der Strafvollstreckung (Art. 2 Abs. 1 EUeA). In diesem zweiten Fall ist der Haftbefehl unserer Ansicht nach, um das Recht auf eine wirksame Verteidigung zu gewährleisten, mit einer genauen Angabe der Entscheidung zu versehen, deren Vollstreckung beantragt wird. 7

B. Bezeichnung der Behörde, die das Ersuchen stellt (Art. 48 Abs. 1 Bst. b IRSG)

In Entscheidungen, die sich auf Art. 47 IRSG stützen, muss **die ausländische Behörde** angegeben werden, von der das Ersuchen um Zusammenarbeit ausgeht. 8

C. Hinweis darauf, dass die Auslieferung beantragt wird (Art. 48 Abs. 1 Bst. c IRSG)

Gemäß Art. 5 Abs. 1 Bst. f EMRK kann ein Freiheitsentzug zum Zwecke der Auslieferung nur dadurch gerechtfertigt werden, dass ein **Verfahren anhängig ist**. 9

Ein Haftbefehl darf daher nur erlassen werden, wenn ein formelles Auslieferungsersuchen des ersuchenden Staates vorliegt oder zumindest ein Fahndungs- oder Festnahmeersuchen im Sinne von Art. 42 IRSG, in dem die ausländische Behörde ihre Absicht bekundet hat, zu einem späteren Zeitpunkt ein Auslieferungsersuchen zu stellen. Dieser Punkt muss im Haftbefehl präzisiert werden. 10

D. Hinweise auf ein Rechtsmittelrecht und die damit verbundenen Rechte (Art. 48 Abs. 1 Bst. d IRSG)

Der Gesetzgeber hat festgelegt, dass der Haftbefehl das Bestehen eines **Rechts auf Rechtsbehelf** – d. h. den Rechtsbehelfsweg, die 11

Rechtsbehelfsbehörde und die Rechtsbehelfsfrist – sowie das Recht auf Beistand durch einen Rechtsbeistand angeben muss.

12 Die Verwendung des Begriffs „Rechtsbeistand" (*Rechtsbeistand*) bestätigt, dass es im Bereich der Auslieferung – ebenso wie im Asylbereich – **kein Vertretungsmonopol** für Rechtsanwält*innen gibt. Die von einem Haftbefehl betroffene Person kann daher im Auslieferungsverfahren durch eine Person ihrer Wahl vertreten werden.

13 Art. 48 Abs. 1 IRSG weist eine Lücke auf, da in der Entscheidung weder das **Recht der betroffenen Person auf Beistand durch einen Dolmetscher** noch das Recht darauf erwähnt wird, dass **die Entscheidung in einer Sprache mitgeteilt wird, die sie versteht**. Diese Garantien ergeben sich aus dem Völkerrecht. Sie sind ebenso wie das Recht auf Beiziehung eines Rechtsbeistands wesentliche Elemente für die wirksame Ausübung der Verfahrensrechte und sollten daher im Haftbefehl erwähnt werden. Es ist anzumerken, dass die ergänzenden Bestimmungen des Schweizer Rechts die Bestellung eines Dolmetschers vorsehen, jedoch nur bei der ersten Anhörung, bei der „der verfolgten Person das Auslieferungsverfahren in einer Sprache, die sie versteht, erläutert wird".

14 Das Recht, die eigene konsularische Vertretung zu benachrichtigen und mit ihr zu kommunizieren (Art. 16 OEIMP), stellt eine weitere wesentliche Informationsgarantie dar, die in der Aufzählung von Art. 48 Abs. 1 IRSG fehlt, aber gewährleistet sein muss.

15 Wir sind der Ansicht, dass diese Rechte im Auslieferungsbefehl **ausdrücklich erwähnt** und für das gesamte Verfahren gewährleistet werden sollten, damit die Person in analoger Anwendung von Art. 68 StPO bereits vor ihrer allfälligen Anhörung Einsicht in die Unterlagen und das Auslieferungsverfahren nehmen kann.

II. RECHTSBEHELFE (ART. 48 ABS. 2 IRSG)

16 Art. 5 Abs. 4 EMRK sieht das Recht jeder Person vor, der die Freiheit entzogen wurde, ihre Haft unverzüglich **durch ein Gericht überprüfen zu lassen**. Dieses Recht gilt auch im Bereich der Auslieferungshaft und wird in Art. 48 Abs. 2 IRSG bekräftigt.

Die logische Folge dieser Anfechtung ist der Antrag auf sofortige Freilassung: Wird der Haftbefehl mangels Rechtsgrundlage oder ausreichender Gründe aufgehoben, muss **die Freilassung** der Person unverzüglich angeordnet werden. 17

Wird ein Antrag auf Freilassung vom BJ abgelehnt (Art. 50 Abs. 3 IRSG), steht der Person ein Rechtsmittel auf der Grundlage von Art. 48 Abs. 2 IRSG zu. 18

A. Beschwerde vor dem Bundesstrafgericht

Gegen den Erlass eines Haftbefehls oder die Ablehnung des Antrags auf Freilassung kann beim **Beschwerdekammer des Bundesstrafgerichts** Beschwerde eingelegt werden. 19

Die Beschwerde hat keine aufschiebende Wirkung. 20

Die Beschwerdefrist beträgt **10 Tage** ab der schriftlichen Zustellung des Haftbefehls, die in der Regel zum Zeitpunkt der Anhörung der Person durch das BJ erfolgt. Diese Frist läuft auch dann, wenn die Zustellung erfolgt, während sich die Person bereits in Untersuchungshaft oder im Strafvollzug befindet, sofern ihr der Beschluss tatsächlich mitgeteilt wird. Die Frist von 10 Tagen gilt auch im Falle eines Beschlagnahmungsbeschlusses, und zwar selbst dann, wenn dieser nach dem Haftbefehl ergeht. Nach Ablauf der Frist kann ein Beschlagnahmungsbeschluss nur noch gemeinsam mit dem Auslieferungsbeschluss angefochten werden. 21

Die inhaftierte Person hat das Recht, „innerhalb kurzer Frist" eine Entscheidung über die Rechtmäßigkeit der Auslieferungshaft zu erhalten. Das Verfahren zur Überprüfung der Rechtmäßigkeit einer Haft muss mit **besonderer Eile** durchgeführt werden, zumal der Haftbefehl von einer Verwaltungsbehörde (BJ) und nicht von einem Gericht erlassen wurde. Die Beschwerdekammer des Bundesstrafgerichts muss rasch entscheiden und allfällige Verlängerungsanträge der Behörde ablehnen, sofern keine außergewöhnlichen Umstände vorliegen. 22

Im Rahmen der Beschwerde verpflichtet die Rechtsprechung des EGMR die Behörden, **Einsicht in die Akten** zu gewähren. Diese muss zwar nicht unbedingt vollständig sein, sollte jedoch ausreichende Informationen enthalten, um eine wirksame Beschwerde einlegen zu können. 23

24 Gemäss dem Gesetzestext wäre nur die beschuldigte Person zur Einlegung einer Beschwerde gegen den Haftbefehl berechtigt. Die **Beschwerdelegitimation von Angehörigen** wird nicht erwähnt. In diesem Punkt scheint eine wörtliche Auslegung von Art. 48 Abs. 2 IRSG nicht mit dem Recht auf einen wirksamen Rechtsbehelf (Art. 13 EMRK) vereinbar zu sein. Denn kann die Entscheidung, einer Person die Freiheit zu entziehen, das Recht auf Familienleben (Art. 8 EMRK) ihrer Angehörigen unmittelbar beeinträchtigen, insbesondere das Recht allfälliger minderjähriger Kinder, des Lebenspartners oder der Lebenspartnerin sowie das Recht von unterhaltsberechtigten Personen. Der EGMR hat insbesondere anerkannt, dass „für einen Elternteil und sein Kind das Zusammensein ein grundlegender Bestandteil des Familienlebens darstellt (...) . [M]assnahmen innerstaatlichen Rechts, die dies verhindern, stellen einen Eingriff in das durch Artikel 8 der Konvention geschützte Recht dar". Die von einem Haftbefehl unmittelbar betroffenen Angehörigen müssen daher über einen wirksamen Rechtsbehelf verfügen, um die Massnahme anzufechten und deren Aufhebung oder Änderung zu erwirken (Art. 13 EMRK). Dies setzt voraus, dass ihnen ein schutzwürdiges rechtliches Interesse an der Anfechtung der Entscheidung sowie die Beschwerdelegitimation zuerkannt wird.

25 Das Beschwerdeverfahren ist in der Regel schriftlich, obwohl das Gesetz die Durchführung einer mündlichen Verhandlung nicht ausschließt. Muss das Beschwerdegericht im Falle einer Beschwerde über Aspekte entscheiden, die die Persönlichkeit der betroffenen Person betreffen, sollte diese **persönlich angehört** werden können. Es besteht kein absolutes Recht auf eine öffentliche Anhörung, doch könnte sich die Öffentlichkeit der Anhörung unter besonderen Umständen aufdrängen.

26 Die Rechtsmittelinstanz hat nicht über die Begründetheit der Auslieferung zu entscheiden, sondern lediglich über die Rechtmäßigkeit und Angemessenheit der Anordnung einer freiheitsentziehenden Maßnahme. Folglich sind die vor diesem Gericht geltend machbaren Rügen begrenzt. In diesem Sinne verpflichtet das Vorbringen **von Rügen zur Begründetheit** des Auslieferungsersuchens (z. B. Verletzung des Grundsatzes der beiderseitigen Strafbarkeit oder Verjährung) das Gericht nicht, diese in dieser Phase vorzeitig zu prüfen, sofern keine besonders schwerwiegenden Umstände vorliegen, die die Haft rechtswidrig machen könnten. Dies ist der Fall, wenn die Person nachweisen kann, dass die Auslieferung offensichtlich unzulässig ist (Art. 51

Abs. 1 IRSG), sofern einer der in den Art. 2 bis 5 IRSG vorgesehenen Tatbestände zweifelsfrei vorliegt.

Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts stellen **formelle Mängel**, die den Haftbefehl beeinträchtigen könnten – wie beispielsweise die Verletzung des Rechts auf Anhörung im Verfahren –, keinen Grund für eine Freilassung dar. Diese strenge Auslegung sollte an die vom EGMR vertretene Position angepasst werden, wonach eine rechtmäßige Haft das Fehlen von Willkür voraussetzt. Somit müsste ein besonders schwerwiegender Formfehler zur Aufhebung des Beschlusses und zur Freilassung der Person führen. 27

B. Beschwerde beim Bundesgericht

Gegen den Beschluss der Beschwerdekammer des Bundesstrafgerichts über die Auslieferungshaft kann trotz seines Zwischencharakters eine Beschwerde beim **Bundesgericht** eingelegt werden, wenn die Sache von besonderer Bedeutung ist. 28

Dies ist der Fall, wenn die betroffene Person glaubhaft geltend machen kann, dass das Verfahren ihre Grundrechte verletzt, oder wenn der Fall eine **grundsätzliche Rechtsfrage** aufwirft. Nur im letzteren Fall kann auch das BJ eine Beschwerde beim Bundesgericht einreichen. 29

Das Bundesgericht muss bei seiner Entscheidung ebenfalls den Grundsatz der **Zügigkeit** beachten, wobei dieser jedoch weniger streng gehandhabt wird, da es sich um eine Beschwerde gegen einen Beschluss einer gerichtlichen Instanz in einem Verfahren handelt, das angemessene Garantien für ein faires Verfahren bietet. 30

C. Anrufung einer internationalen Instanz

Gegen den Beschluss des Bundesgerichts kann eine **internationale Instanz** angerufen werden. 31

Der EGMR kann insbesondere wegen Verletzung des Verbots unmenschlicher und erniedrigender Behandlung (Art. 3 EMRK) – im Zusammenhang mit den Haftbedingungen –, wegen Verletzung des Rechts auf Freiheit und Sicherheit (Art. 5 EMRK), des Rechts auf Schutz des Familienlebens (Art. 8 EMRK) oder des Rechts auf einen wirksamen Rechtsbehelf (Art. 13 EMRK). 32

33 Auch der Ausschuss gegen Folter kann angerufen werden, beispielsweise wenn die Auslieferungshaft auf der Grundlage von Beweismitteln angeordnet wird, die vom ersuchenden Staat vorgelegt wurden und die durch Folter erlangt worden sein sollen (Art. 15 CAT).

34 Es ist auch möglich, den Fall dem Ausschuss für die Rechte des Kindes vorzulegen, wenn der Freiheitsentzug eines Elternteils angeordnet wird, ohne dass dem „Wohl des Kindes" „vorrangige Berücksichtigung" gewährt wird (Art. 3 UN-Kinderrechtskonvention).

LITERATURVERZEICHNIS

Aubry Girardin Florence, Commentaire de l'art. 84 LTF, in: Aubry Girardin Florence/Donzallaz Yves/Denys Christian/Bovey Grégory/Frésard Jean-Maurice (édit.), Commentaire de la Loi sur le Tribunal fédéral, Berne 2022.

Forster Marc, Commentaire de l'art. 48 EIMP, in: Niggli Marcel Alexander/Heimgarten Stefan (édit.), Basler Kommentar, Internationales Strafrecht, IRSG, GwÜ, Bâle 2015.

Ludwiczak Glassey Maria, Entraide judiciaire internationale en matière pénale, Précis de droit suisse, Bâle 2018.

Ludwiczak Glassey Maria/Moreillon Laurent (édit.), Petit commentaire, Loi sur l'entraide pénale internationale, Bâle 2024.

Zimmermann Robert, La coopération judiciaire internationale en matière pénale, Berne 2019.

ACHTUNG: Diese Version des Kommentars ist eine automatische maschinelle Übersetzung des Originals. Die Originalversion ist italienisch. Die Übersetzung wurde mit www.deepl.com durchgeführt. Nur die Originalversion ist autoritativ. Die übersetzte Form des Kommentars kann nicht zitiert werden.

KOMMENTIERUNG ZU

Art. 54 IRSG

Eine Kommentierung von Giacomo Respini

ZITIERVORSCHLAG

Giacomo Respini, Kommentierung zu Art. 54 IRSG, in: Maria Ludwiczak Glassey/Lukas Staffler (Hrsg.), Onlinekommentar zum Bundesgesetz über internationale Rechtshilfe in Strafsachen

Kurzzitat: OK-Respini, Art. 54 IRSG N. XXX.

Art. 54 Vereinfachte Auslieferung

[1] Gibt der Verfolgte einer Justizbehörde zu Protokoll, dass er auf die Durchführung des Auslieferungsverfahrens verzichtet, so bewilligt das BJ die Übergabe, wenn keine besonderen Bedenken bestehen.

[2] Der Verzicht kann widerrufen werden, solange das BJ die Übergabe nicht bewilligt hat.

[3] Die vereinfachte Auslieferung hat die Wirkungen einer Auslieferung und unterliegt denselben Bedingungen. Der ersuchende Staat muss darauf aufmerksam gemacht werden.

GLIEDERUNG

I. Einleitung 231
A. Allgemeines 231
B. Zweck und Entstehungsgeschichte der Norm 231
II. Erläuterung des Artikels 232
A. Verzicht auf die Durchführung des ordentlichen Auslieferungsverfahrens (Abs. 1) 232
1. Zustimmung zur vereinfachten Auslieferung 232
2. Bewilligung der Übergabe 233
3. Gründe für die Ablehnung der vereinfachten Auslieferung 233
B. Widerruf des Verzichts auf die Durchführung des ordentlichen Auslieferungsverfahrens (Abs. 2) 235
C. Wirkungen und Voraussetzungen der vereinfachten Auslieferung (Abs. 3) 235
1. Spezialitätsprinzip 236
2. Beschwerde gegen die Übermittlungsbewilligung 236
3. Nachfolgendes Auslieferungsersuchen 237
4. Verfahrenskosten 237
Literaturverzeichnis 237
Materialienverzeichnis 238

I. EINLEITUNG

A. Allgemeines

Art. 54 IRSG regelt die vereinfachte Auslieferung (auch als „**Übergabe ohne Formalitäten**“ bezeichnet), d. h. die Übergabe der gesuchten Person an den ersuchenden Staat mit deren Einwilligung. In diesem Fall erfolgt die Übergabe der gesuchten Person, ohne dass ein formelles Auslieferungsverfahren eingeleitet wird. 1

Die Möglichkeit, sich für die vereinfachte Auslieferung zu entscheiden, ist ein **Recht**, das der gesuchten Person zusteht. Wird die Auslieferung jedoch gleichzeitig von mehreren Staaten wegen verschiedener Straftaten beantragt (Zusammenfall von Ersuchen), gewährt das vereinfachte Verfahren der auszuliefernden Person nicht das Recht, den Staat zu wählen, an den sie überstellt werden möchte. 2

Da Personen mit Schweizer Staatsangehörigkeit nicht ohne ihre Zustimmung an eine ausländische Behörde ausgeliefert werden dürfen (Art. 25 Abs. 1 in fine BV und Art. 7 Abs. 1 IAG; siehe auch den Vorbehalt der Schweiz zu Art. 6 des Europäischen Auslieferungsübereinkommens), stellt die vereinfachte Auslieferung das einzige Mittel dar, mittels dessen ein **Schweizer Staatsangehöriger** an einen ausländischen Staat ausgeliefert werden kann. In diesem Fall beschränkt sich das BFM jedoch darauf, den Schweizer Staatsangehörigen schriftlich über das Vorliegen eines gegen ihn gerichteten Auslieferungsersuchens zu informieren und ihn um seine allfällige Zustimmung zur Auslieferung zu ersuchen (Art. 7 Abs. 1 StPO). 3

Auf der Ebene des **Vertragsrechts** ist die vereinfachte Auslieferung insbesondere im Dritten Zusatzprotokoll zum Europäischen Auslieferungsübereinkommen vom 10. November 2010 sowie in Art. 18 des Auslieferungsvertrags zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und den Vereinigten Staaten von Amerika vom 14. November 1990 vorgesehen. 4

B. Zweck und Entstehungsgeschichte der Norm

Der Zweck von Art. 54 IRSG besteht darin, **die Auslieferung** der gesuchten Person erheblich zu beschleunigen. In der Regel erfolgt die Übergabe der auszuliefernden Person im Rahmen eines vereinfachten Verfahrens innerhalb 5

weniger Tage. Dies liegt daran, dass das vereinfachte Verfahren es ermöglicht, die Auslieferung der betroffenen Person durchzuführen, ohne abzuwarten, bis der ersuchende Staat ein formelles Auslieferungsersuchen stellt. Da die Inhaftierung der verfolgten Person während des gesamten Auslieferungsverfahrens die Regel darstellt, während ihre Freilassung die Ausnahme bleibt, ermöglicht die Wahl der vereinfachten Auslieferung der betroffenen Person, eine lange Haftzeit zum Zwecke der Auslieferung zu vermeiden.

6 Das beschleunigte Verfahren war bereits im Bundesgesetz über die Auslieferung an ausländische Staaten vom 22. Januar 1892 vorgesehen. Es wurde in das AIMP übernommen, um einem **praktischen Bedürfnis** gerecht zu werden, da es nicht selten vorkommt, dass die verfolgte Person bereits bei der ersten Befragung klar ihren Willen zum Ausdruck bringt, unverzüglich an den ersuchenden Staat ausgeliefert zu werden und folglich auf die Durchführung des formellen Verfahrens zu verzichten. Zum Zeitpunkt des Inkrafttretens des AIMP am 1. Januar 1983 lautete der Titel von Art. 54 „*Übergabe ohne Formalitäten*". Der neue Titel der Bestimmung („*vereinfachte Auslieferung*") sowie einige terminologische Präzisierungen in den Absätzen 1 und 2 wurden mit der Revision vom 29. März 1995 eingeführt, die am 1. Februar 1997 in Kraft trat. Seitdem wurde die Bestimmung nicht weiter geändert.

II. ERLÄUTERUNG DES ARTIKELS

A. Verzicht auf die Durchführung des ordentlichen Auslieferungsverfahrens (Abs. 1)

7 Art. 54 Abs. 1 VStrR sieht vor, dass das BJ die Übergabe bewilligt, sofern die verfolgte Person gemäss dem von einer Justizbehörde erstellten Protokoll **ausdrücklich** auf die Durchführung des Auslieferungsverfahrens verzichtet, sofern keine besonderen Gründe dagegen sprechen.

1. Zustimmung zur vereinfachten Auslieferung

8 Die Justizbehörde **befragt** im Auftrag des Bereichs Auslieferungen des BÜF **die verfolgte Person** zunächst bei ihrer Festnahme (Anhörung gemäss Art. 54 IAV) und dann, sobald der ersuchende Staat das formelle

Auslieferungsersuchen übermittelt hat (Anhörung gemäss Art. 52 ff. IAV). Im Rahmen beider Anhörungen informiert die Justizbehörde die verfolgte Person über die Möglichkeit, auf das ordentliche Auslieferungsverfahren zu verzichten, und fordert sie auf, sich zu ihrer allfälligen Zustimmung zur vereinfachten Auslieferung zu äussern.

Die Zustimmung zur vereinfachten Auslieferung muss **freiwillig und in voller Kenntnis der Sachlage** erfolgen, d. h. die verfolgte Person muss den Entscheid ohne Druck treffen und in einer für sie verständlichen Sprache über die Auswirkungen und die Tragweite ihrer Zustimmung informiert werden. Eine stillschweigende Zustimmung ist ausgeschlossen. Die Zustimmung eines Schweizer Staatsangehörigen zur Auslieferung muss in jedem Fall schriftlich erfolgen (Art. 7 Abs. 1 IRSG). 9

Stimmt die verfolgte Person der vereinfachten Auslieferung zu, muss sie auf die **Möglichkeit des Widerrufs** der Zustimmung und auf die ihr hierfür eingeräumte Frist hingewiesen werden (Art. 6 Abs. 1 Satz 1 IRSG). Dieser Hinweis wird im Protokoll vermerkt (Art. 6 Abs. 2 Satz 1 IRSG). 10

2. Bewilligung der Übergabe

Wenn die betroffene Person im Laufe der Befragung ihre Zustimmung zur vereinfachten Auslieferung erteilt, muss das BFM die Auslieferung **unverzüglich** genehmigen, gemäss dem in Art. 17a Abs. 1 IVo vorgesehenen Beschleunigungsgebot, wonach die zuständige Behörde die Gesuche zügig behandelt und unverzüglich entscheidet. Die Übermittlungsbewilligung erfolgt innerhalb weniger Tage oder sogar noch am selben Tag. 11

Das BJ bewilligt die Übermittlung der verfolgten Person mittels eines **Schreibens an das Justizministerium des ersuchenden Staates**, ohne eine anfechtbare Verfügung zu erlassen. Eine Kopie der Bewilligung wird der ausgelieferten Person und/oder ihrem Rechtsbeistand nachträglich ausgehändigt. 12

3. Gründe für die Ablehnung der vereinfachten Auslieferung

Art. 54 Abs. 1 *in fine* IAV sieht vor, dass besondere Erwägungen ausnahmsweise der Erteilung der Übergabegenehmigung für die auszuliefernde Person durch das BFF entgegenstehen können. Da auch die Auslieferung mit Zustimmung der verfolgten Person einen Hoheitsakt der 13

Schweiz darstellt, ist sie nur möglich, wenn sie nicht **der öffentlichen Ordnung** der Schweiz widerspricht.

14 Aus diesem Grund ist das BFM vor der Bewilligung der Auslieferung aufgrund der Zustimmung der betroffenen Person dennoch verpflichtet, zu prüfen, ob die weiteren **formellen und materiellen Voraussetzungen** für die Auslieferung erfüllt sind, namentlich das Erfordernis der beiderseitigen Strafbarkeit – wonach die der verfolgten Person zur Last gelegte Straftat auch nach schweizerischem Recht strafbar sein muss – und die Verjährung. Das BFM beschränkt sich somit nicht darauf, das Vorliegen einer gültigen Verzichtserklärung auf das ordentliche Auslieferungsverfahren zu prüfen, sondern ist auch verpflichtet, eine summarische materielle Prüfung vorzunehmen. Die Übergabe der verfolgten Person an den ersuchenden Staat wird nur genehmigt, wenn keine besonderen Gründe vorliegen, die der Auslieferung entgegenstehen.

15 Der Gesetzgeber hat darauf verzichtet, eine beispielhafte Aufzählung der **besonderen Erwägungen** zu liefern, die der Erteilung der Übergabebewilligung entgegenstehen können. Die Lehre nennt als mögliche Hinderungsgründe beispielsweise die absoluten Ablehnungsgründe für die Rechtshilfe gemäss Art. 2 und 3 IRSG, die Straffreiheit der Tat in der Schweiz oder unter bestimmten Umständen politische Erwägungen. Ebenfalls in Betracht kommen können Verfahrensmängel oder die Gefahr von Misshandlungen im ersuchenden Staat. Schliesslich können begründete Zweifel an der freien Willensbildung der verfolgten Person oder an ihrem Verzicht auf die Durchführung des formellen Auslieferungsverfahrens der Erteilung der Auslieferungsgenehmigung entgegenstehen, wobei in diesem Fall auch keine rechtswirksame Verzichtserklärung vorliegen könnte.

16 Was die **Gründe für die Unzulässigkeit des Auslieferungsersuchens** im Sinne der Art. 2 und 3 IRSG betrifft, handelt es sich insbesondere um Fälle, in denen das Verfahren im Ausland nicht die Grundsätze der Europäischen Menschenrechtskonvention einhält oder darauf abzielt, eine Person wegen ihrer politischen Überzeugungen oder ihrer Zugehörigkeit zu einer bestimmten sozialen Gruppe, Ethnie, Religion oder Nationalität zu verfolgen oder zu bestrafen (Art. 2 IRSG). Die Auslieferung ist ebenfalls ausgeschlossen, wenn das ausländische Strafverfahren auf einer politischen Verfolgung der gesuchten Person beruht (Art. 3 Abs. 1 IRSG); dieser Schutz gilt jedoch nicht bei Völkermord, Verbrechen gegen die Menschlichkeit, Kriegsverbrechen

oder anderen besonders verwerflichen Handlungen, insbesondere bei Terrorismus (Art. 3 Abs. 2 AIMP).

B. Widerruf des Verzichts auf die Durchführung des ordentlichen Auslieferungsverfahrens (Abs. 2)

Gemäss Art. 54 Abs. 2 IAV kann der Verzicht auf die Durchführung des ordentlichen Auslieferungsverfahrens **widerrufen werden, solange das BJ die Übergabe noch nicht bewilligt hat**. Massgebend ist der Zeitpunkt, zu dem die Bewilligung der Auslieferung an das Justizministerium des ersuchenden Staates gerichtet wird. 17

Da die Bewilligung der Auslieferung unverzüglich erfolgt, verfügt die verfolgte Person in der Regel nur über wenig Zeit, um die Zustimmung zur vereinfachten Auslieferung zu widerrufen. Aus diesem Grund kann die gesuchte Person anlässlich ihrer Anhörung vor der Justizbehörde beantragen, dass ihr eine **B Bedenkfrist** gewährt wird, um den Verzicht auf das formelle Auslieferungsverfahren zu bestätigen. Hat die betroffene Person ihre Zustimmung zur vereinfachten Auslieferung innerhalb dieser Frist nicht widerrufen, kann das BFM ihre Auslieferung an den ersuchenden Staat genehmigen. 18

Der 19
Widerruf des Verzichts auf die Durchführung des formellen Verfahrens ist **endgültig**. Zieht die verfolgte Person ihre Zustimmung zur vereinfachten Auslieferung zurück, wird das ordentliche Verfahren wieder aufgenommen. In diesem Fall erlässt das BJ in der Regel einen anfechtbaren Haftbefehl zur Auslieferung und fordert gleichzeitig den ersuchenden Staat auf, ein formelles Auslieferungsersuchen zu stellen.

C. Wirkungen und Voraussetzungen der vereinfachten Auslieferung (Abs. 3)

Gemäss Art. 54 Abs. 3 IAG hat die vereinfachte Auslieferung die **gleichen Wirkungen** wie eine Auslieferung und unterliegt den **gleichen Voraussetzungen**. Der ersuchende Staat ist darauf hinzuweisen. 20

1. Spezialitätsprinzip

21 Die an das Justizministerium des ersuchenden Staates gerichtete Bewilligung zur vereinfachten Auslieferung muss einen **Verweis auf die in Art. 38 AIMP aufgeführten Bedingungen** enthalten, der den Spezialitätsvorbehalt festlegt (Art. 21 OAIMP), wonach die ausgelieferte Person nicht wegen einer vor ihrer Übergabe begangenen Handlung, für die die Auslieferung nicht bewilligt wurde, verfolgt, in Haft genommen oder an einen Drittstaat weiterausgeliefert werden darf.

22 Bei ihrer Anhörung vor der Justizbehörde wird die verfolgte Person jedoch gefragt, **ob sie auf den Vorteil des Spezialitätsprinzips verzichtet** (vgl. Art. 38 Abs. 2 Bst. a AIMP). Dieser Verzicht ist in der Praxis kein ungewöhnliches Szenario, da die verfolgte Person, die der vereinfachten Auslieferung zustimmt, oft den Wunsch hat, die gegen sie im ersuchenden Staat anhängigen Strafverfahren „ein für alle Mal" und rasch zu regeln.

23 Eine Besonderheit hinsichtlich des Spezialitätsprinzips ergibt sich in den**Auslieferungsbeziehungen mit den Vereinigten Staaten**: Art. 18 *in fine* des entsprechenden Vertrags sieht vor, dass, wenn die vereinfachte Auslieferung von der Schweiz bewilligt wird, das Spezialitätsprinzip anwendbar ist. Die im letzten Satz von Art. 18 des Vertrags enthaltene Präzisierung impliziert *a contrario*, dass die Spezialitätsregel nicht gilt, wenn die vereinfachte Auslieferung von den Vereinigten Staaten gewährt wird. Da jedoch Art. 16 Abs. 4 Bst. b des Vertrags der US-Behörde in jedem Fall erlaubt, auf den Grundsatz der Spezialität zu verzichten, führt die Zustimmung der verfolgten Person zu ihrer vereinfachten Auslieferung nicht zu einer Verschlechterung ihrer Lage.

2. Beschwerde gegen die Übermittlungsbewilligung

24 In der Regel kann die Bewilligung der vereinfachten Auslieferung nicht angefochten werden, da der Auszuliefernde kein rechtlich geschütztes Interesse oder Beschwerdelegitimation hat, da er selbst seine Zustimmung zu seiner Übermittlung an den ersuchenden Staat erteilt hat. Ausnahmsweise ist eine Beschwerde gegen die vom BFM erteilte Übergabegenehmigung möglich, wenn die auszuliefernde Person *nachträglich* das **Fehlen ihrer Zustimmung** geltend macht, insbesondere im Falle eines Irrtums. In diesem Fall muss die

Beschwerdeinstanz prüfen, ob das BFM gegen den Grundsatz von Treu und Glauben verstossen hat.

3. Nachfolgendes Auslieferungsersuchen

Wenn der Vollzug des Auslieferungsentscheids im vereinfachten Verfahren – d. h. die Übergabe der verfolgten Person – gemäss Art. 58 Abs. 1 IAG ausgesetzt ist, weil gegen die betroffene Person in der Schweiz ein Strafverfahren wegen anderer Straftaten läuft, steht es dem BÜPF, das später mit einem konkurrierenden Auslieferungsersuchen befasst wird, nichts im Wege, der Auslieferung an den anderen ersuchenden Staat **Vorrang einzuräumen**. 25

4. Verfahrenskosten

Das ordentliche Auslieferungsverfahren ist kostenpflichtig, und das Privateigentum der verfolgten Person kann zur Deckung der Kosten verwendet werden, sofern es nicht an den ersuchenden Staat übergeben werden muss (Art. 62 Abs. 2 IAG). Stimmt die verfolgte Person jedoch unmittelbar nach ihrer Festnahme der vereinfachten Auslieferung zu, **kann das Bundesamt für Justiz** aus Gründen der Verhältnismässigkeit auf die Erhebung der durch das Auslieferungsverfahren entstandenen Kosten verzichten. 26

Der Autor ist stellvertretender Bundesanwalt bei der Bundesanwaltschaft in Bern. Der Autor gibt seine persönliche Meinung wieder, die für die Behörde, bei der er tätig ist, nicht bindend ist.

LITERATURVERZEICHNIS

Bomio Giorgio/Glassey David, La qualité pour recourir dans le domaine de l'entraide judiciaire internationale en matière pénale, Jusletter 13 dicembre 2010.

Heimgartner Stefan, Auslieferungsrecht, Zurigo 2002.

Knodel Tanja/Glenck Johannes, Commento dell'art. 54 AIMP, in: Niggli Marcel Alexander/Heimgartner Stefan (edit.), Basler Kommentar, Internationales Strafrecht, IRSG, GwÜ, Basilea 2015.

Ludwiczak Glassey Maria, Entraide judiciaire internationale en matière pénale, Précis de droit suisse, Basilea 2018.

Ludwiczak Glassey Maria, Commento dell'art. 54 AIMP, in: Ludwiczak Glassey Maria/Moreillon Laurent (edit.), Petit commentaire, Loi fédérale sur l'entraide pénale internationale en matière pénale, Basilea 2024.

Popp Peter, Grundzüge der internationalen Rechtshilfe in Strafsachen, Basilea 2000.

Riedo Christof/Fiolka Gerhard/Niggli Marcel Alexander, Strafprozessrecht sowie Rechtshilfe in Strafsachen, Basilea 2011.

Zimmermann Robert, La coopération judiciaire internationale en matière pénale, 6ª ediz., Berna 2024.

MATERIALIENVERZEICHNIS

Messaggio del Consiglio federale all'Assemblea federale per una legge federale sull'assistenza internazionale in materia penale e per un decreto federale sulle riserve alla convenzione europea di estradizione dell'8 marzo 1976, FF 1976 II 443 (citato: Messaggio 1976).

Messaggio sul trattato di estradizione con gli Stati Uniti d'America del 21.11.1990, FF 1991 I 81 (citato: Messaggio 1990).

Messaggio concernente la modificazione della legge federale sull'assistenza internazionale in materia penale e della legge federale relativa al Trattato conchiuso con gli Stati Uniti d'America sull'assistenza giudiziaria in materia penale nonché un decreto federale concernente una riserva alla Convenzione europea di assistenza giudiziaria in materia penale del 29.3.1995, FF 1995 III 1 (citato: Messaggio 1995).

Ufficio federale di giustizia, Die internationale Rechtshilfe in Strafsachen, Wegleitung, 10ª ediz., 2025, disponibile sul sito dell'UFG: https://www.rhf.admin.ch/rhf/de/home/strafrecht/wegleitungen.html (citato: UFG, Wegleitung).

Ufficio federale di giustizia, Esposto sulla procedura svizzera in materia d'estradizione del 25.5.2016, disponibile sul sito dell'UFG: https://www.bj.admin.ch/bj/it/home/sicherheit/rechtshilfe/strafsachen/auslieferung.html (citato: UFG, Esposto).

ACHTUNG: Diese Version des Kommentars ist eine automatische maschinelle Übersetzung des Originals. Die Originalversion ist französisch. Die Übersetzung wurde mit www.deepl.com durchgeführt. Nur die Originalversion ist autoritativ. Die übersetzte Form des Kommentars kann nicht zitiert werden.

KOMMENTIERUNG ZU

Art. 55a IRSG

Eine Kommentierung von Giuseppe Aufiero

ZITIERVORSCHLAG

Giuseppe Aufiero, Kommentierung zu Art. 55a IRSG, in: Maria Ludwiczak Glassey/Lukas Staffler (Hrsg.), Onlinekommentar zum Bundesgesetz über internationale Rechtshilfe in Strafsachen

Kurzzitat: OK-Aufiero, Art. 55a IRSG N. XXX.

Art. 55*a* Koordination mit dem Asylverfahren

Hat der Verfolgte ein Asylgesuch im Sinne des Asylgesetzes vom 26. Juni 1998 gestellt, so ziehen das BJ und die Rechtsmittelinstanzen für den Auslieferungsentscheid die Akten aus dem Asylverfahren bei.

GLIEDERUNG

I. Entstehungsgeschichte 241
II. Hintergrund 243
III. Eigentliche Erläuterung 243
A. Allgemeines 243
B. Modalitäten der Koordination 246
IV. Kritik 251
Literaturverzeichnis 252
Materialienverzeichnis 253

I. ENTSTEHUNGSGESCHICHTE

Artikel 55a IRSG ist eine neue Bestimmung, die seit dem 1. April 2011 in Kraft ist. Sie wurde mit der Verabschiedung des **Bundesgesetzes über die Koordination zwischen Asylverfahren und Auslieferungsverfahren vom 1. Oktober 2010** in das IRSG aufgenommen. 1

Die Verabschiedung dieses Gesetzes erfolgte im Anschluss an Fälle, in denen es um Auslieferungsersuchen von Asylsuchenden ging, die für Schlagzeilen gesorgt hatten. Nach der Anerkennung des Flüchtlingsstatus bzw. der Gewährung von Asyl musste die Auslieferung von angeblich gefährlichen Straftätern nachträglich abgelehnt werden. 2

Angesichts der Probleme, die sich aus gleichzeitig anhängigen Auslieferungs- und Asylverfahren ergaben und zu **widersprüchlichen Entscheidungen** führten, setzte die ehemalige Vorsteherin des Eidgenössischen Justiz- und Polizeidepartements, Bundesrätin Eveline Widmer-Schlumpf, am 25. August 2008 eine Arbeitsgruppe ein, die Lösungen zur Verbesserung der Koordination zwischen diesen beiden Verfahren und zur Vermeidung widersprüchlicher Entscheidungen im Hinblick auf den **Grundsatz der Nichtzurückweisung** untersuchen sollte. Diese Arbeitsgruppe setzte sich aus Vertretern des Bundesstrafgerichts (BStGer), des Bundesverwaltungsgerichts (BVGer), der Direktion für Völkerrecht des Eidgenössischen Departements für auswärtige Angelegenheiten (EDA) und des Eidgenössischen Justiz- und Polizeidepartements (Staatssekretariat für Migration [SEM] und Bundesamt für Justiz [BJ]) und unter der Leitung des BJ stand, legte am 18. Februar 2009 ihren Schlussbericht mit Vorschlägen vor. 3

Um die mangelnde Koordination zwischen Asyl- und Auslieferungsverfahren (wenn diese parallel laufen) und widersprüchliche Entscheide zu beheben, schlug die Arbeitsgruppe vor**, den Zugang zum Bundesgericht (BGer) in Asylsachen** zu öffnen. Sie schlug außerdem vor, das Asylverfahren der **Maxime der Schnelligkeit** zu unterwerfen und der von einem Verfahren betroffenen Behörde **die Verpflichtung aufzuerlegen, die von der im zweiten Verfahren** zuständigen Behörde bearbeitete Akte zu berücksichtigen, um sowohl in erster Instanz (zwischen dem SEM und dem BJ) als auch in der Beschwerdeinstanz (zwischen dem BVGer und dem BStGer) eine **bessere Koordinierung** zu gewährleisten . 4

5 Am 29. Juni 2009 eröffnete Bundesrätin Eveline Widmer-Schlumpf die Vernehmlassung zum Vorentwurf in Form einer Anhörung, deren Frist auf den 28. August 2009 festgelegt worden war. Diese Vernehmlassung änderte nichts am Vorentwurf. Am 24. Februar 2010 legte der Bundesrat (BR) dem Parlament den Gesetzesentwurf vor, der ohne Änderungen angenommen wurde. Die von der Arbeitsgruppe vorgeschlagene Strategie führte somit zur Verabschiedung des Bundesgesetzes über die Koordination zwischen Asyl- und Auslieferungsverfahren am 1. Oktober 2010, das am 1. April 2011 in Kraft trat.

6 Dieses Gesetz hat zum Ziel, die Asyl- und Auslieferungsverfahren zu beschleunigen, wenn Auslieferungs- und Asylgesuche gleichzeitig hängig sind, den Informationsaustausch zwischen dem BJ und dem SEM zu optimieren und widersprüchliche Entscheide zu vermeiden, indem die Zusammenlegung der Verfahren auf Bundesebene ermöglicht wird. Die Novelle führte zur Aufnahme des neuen Artikels 55a in das IRSG sowie zur Änderung des Asylgesetzes vom 26. Juni 1998 (AsylG) mit der Aufnahme der neuen Artikel 41a und 108a, die die Entsprechungen des Artikels 55a IRSG im AsylG sind, sowie der neuen Absätze 4 von Artikel 37 und 5 von Artikel 109, «die eine «rasche» Behandlung von Asylentscheidungen im Falle der Haft im Hinblick auf die Auslieferung des Antragstellers vorschreiben. Die Novelle führte auch zu einer Änderung des Bundesgesetzes vom 17. Juni 2005 über das Bundesgericht (BGG): Artikel 83 Buchstabe d Ziffer 1, der den Weg für eine Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten gegen Asylentscheide des BVGer ebnet, wenn diese Personen betreffen, gegen die ein Auslieferungsersuchen des Staates vorliegt, vor dem diese Personen Schutz suchen; Artikel 93 Absatz 2 Satz 1, der vorsieht, dass in Sachen internationaler Rechtshilfe in Strafsachen und in Asylsachen Vorabentscheidungen und Zwischenentscheidungen nicht angefochten werden können; Schließlich Artikel 107 Absatz 3, der das Bundesgericht von der Verpflichtung entbindet, innerhalb von fünfzehn Tagen nach Abschluss eines möglichen Schriftsatzwechsels eine Entscheidung über die Nichtzulassung zu treffen, wenn das Auslieferungsverfahren eine Person betrifft, über deren Asylantrag noch keine rechtskräftige Entscheidung ergangen ist.

7 Der Vollständigkeit halber seien **weitere relevante Bestimmungen zur Koordination von Asyl und Auslieferung** erwähnt, wie Artikel 11a Absatz 3 IRSG und Artikel 9 Buchstabe c Ziffer 1 der Verordnung über das zentrale Migrationsinformationssystem (CIS-Verordnung) vom 12. April 2006, die dem

SEM den Zugang zu den im Datenverwaltungssystem des BJ für den Bereich der Rechtshilfe gespeicherten Personendaten und dem BJ den Zugang zu den relevanten Daten der ZEMIS-Datenbank des SEM. Eine weitere Sonderregelung für Asylsuchende gilt für die spontane Übermittlung im Sinne von Artikel 67a IRSG, die bei strafbaren Handlungen dieser Personengruppe nicht erfolgen darf.

II. HINTERGRUND

In der Systematik des IRSG befindet sich Artikel 55a im zweiten Teil, der der Auslieferung gewidmet ist, genauer gesagt im 5. Abschnitt des 2. Kapitels, das sich mit der Entscheidung über die Auslieferung im Rahmen des Auslieferungsverfahrens befasst. Wenn man sich also ausschließlich an die Systematik des Gesetzes hält, müsste das BJ Artikel 55a IRSG erst im Stadium der Auslieferungsentscheidung anwenden und somit das Asylverfahren berücksichtigen. Artikel 43 IRSG verpflichtet das BJ jedoch, das ausländische Fahndungs- und Haftersuchen von Amts wegen zu prüfen. Diese Prüfung betrifft die formellen und materiellen Voraussetzungen sowie die Unzulässigkeitsgründe des Ersuchens. So muss das BJ gemäss dem **Grundsatz der Amtsermittlung** von Amts wegen prüfen, ob Gründe für eine **offensichtliche Unzulässigkeit** der Auslieferung der Festnahme und Auslieferung entgegenstehen (Art. 2 bis 5 IRSG), und zwar unabhängig von den vom Auslieferungswilligen vorgebrachten Einwänden. Artikel 55a IRSG konkretisiert somit den Grundsatz der Amtsermittlung und muss auch dann angewendet werden, wenn beim BJ ein Haftbegehren eingereicht wird, und nicht nur im Stadium der Entscheidung über die Auslieferung (vgl. auch unten N. 11 und N. 19). 8

III. EIGENTLICHE ERLÄUTERUNG

A. Allgemeines

Gemäss dem in Artikel 33 des Abkommens vom 28. Juli 1951 über die Rechtsstellung der Flüchtlinge (FlüG) verankerten **Grundsatz der Nichtzurückweisung** darf die Schweiz eine Person nicht an die Grenzen von Gebieten zurückweisen, zurückführen oder ausliefern, in denen ihr Leben oder ihre Freiheit aufgrund ihrer Rasse, Religion, Nationalität, Zugehörigkeit zu einer bestimmten sozialen Gruppe oder ihrer politischen 9

Überzeugung bedroht wäre. Mit anderen Worten: Sowohl das SEM als auch das BJ müssen sicherstellen, dass die betroffene Person nicht Opfer einer **Verfolgung** wird oder dass sie im Falle einer Verurteilung (**polit malus**) aus einem der oben genannten Gründe in ihrem Herkunftsland zu erwarten ist. Wenn also Asyl- und Auslieferungsverfahren gleichzeitig oder parallel hängig sind und die Auslieferung vom Herkunftsstaat der Person beantragt wird, verpflichtet der **Grundsatz der Nichtzurückweisung**, der sich aus Artikel 33 KR ergibt, das BJ und das SEM als erstinstanzliche Behörden und anschliessend das Bundesstrafgericht und das Bundesverwaltungsgericht als Rechtsmittelinstanzen, dieselben Fragen zu prüfen, wenn sie über eine Zurückweisung im weiteren Sinne entscheiden müssen. Auch wenn die Fragen identisch sind, werden die zuständigen Behörden sie dennoch unter **unterschiedlichen Gesichtspunkten und mit unterschiedlichen Untersuchungsmitteln prüfen**. So kommt im Bereich der Auslieferung der ersuchende Staat in den Genuss der **Grundsätze von Treu und Glauben**, was zur Folge hat, dass das BJ die Behauptungen des ersuchenden Staates nur in Ausnahmefällen in Frage stellt und dass das das BJ die Auslieferung unter bestimmten **Garantien** genehmigen kann, insbesondere wenn die **Gefahr der Folter** besteht. Darüber hinaus werden im Bereich der Auslieferung Fragen der Tat und der Schuld nicht geprüft, es sei denn, es liegen offensichtliche Fehler, Lücken oder Widersprüche vor. Schließlich ist das **Auslieferungsverfahren schriftlich und nicht mündlich**, d. h. die betroffene Person wird vom BJ oder vom Bundesstrafgericht nicht zum Sachverhalt angehört, wobei zu berücksichtigen ist, dass das BJ weder über die spezifischen Kenntnisse noch direkt über die Ermittlungsmittel des SEM verfügt. Es besteht daher die Gefahr, dass das SEM und das BJ am Ende des Verfahrens zu diametral entgegengesetzten Schlussfolgerungen gelangen und **widersprüchliche Entscheidungen** treffen. Dieses Risiko widersprüchlicher Entscheidungen besteht jedoch auch auf der Ebene der Rechtsmittelinstanzen. So kam es mehrfach vor, dass das BJ und das SEM zu dem Schluss kamen, dass keine Verfolgungsgefahr bestehe, die Asylrechtsmittelinstanz jedoch der Ansicht war, dass der betroffenen Person der **Flüchtlingsstatus** zuerkannt werden müsse. «Die Koordination zwischen den beiden Verfahren ist [daher] unerlässlich, da dieselben Elemente, nämlich die **Risiken, denen** die Person im Falle einer Auslieferung bzw. einer Rückführung ausgesetzt wäre, von [den genannten] Behörden geprüft werden [...]». Um das Risiko widersprüchlicher Entscheidungen zu vermeiden und die

beiden Verfahren besser zu koordinieren, wurde Artikel 55a IRSG ausgearbeitet. **Der Grundsatz der Nichtzurückweisung oder die Nichtdiskriminierungsklausel im Sinne von Artikel 33 KR ist auch im Auslieferungsrecht in Artikel 2 Buchstabe b und Artikel 37 Absatz 3 IRSG** verankert.

Das Non-Refoulement-Prinzip beschränkt sich jedoch nicht auf die Gefahr der Verfolgung im Sinne von Artikel 33 KR. Das Verbot der Zurückweisung ist somit auch bei **Gefahr von Folter oder Misshandlung** gewährleistet, und zwar unabhängig von **jeder Verfolgungssituation und gegenüber jedem Staat**. Dies gilt für Artikel 3 des Übereinkommens gegen Folter und andere grausame, unmenschliche oder erniedrigende Behandlung oder Strafe vom 10. Dezember 1984, Artikel 3 der Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten vom 4. November 1950 (EMRK), Artikel 7 des Internationalen Pakts über bürgerliche und politische Rechte vom 16. Dezember 1966 (UNO-Pakt II) und Artikel 25 Absatz 3 der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (BV). In solchen Fällen lehnt das SEM das Asylgesuch mangels Verfolgung ab, während das BJ seinerseits die Auslieferung verweigern kann. Während im Asylbereich der Grundsatz der Nichtzurückweisung gemäss Artikel 33 BV die Person nur gegenüber ihrem Herkunftsstaat schützt, schützt dieser Grundsatz im Auslieferungsbereich die betroffene Person gegenüber jedem Staat. Schließlich sieht das IRSG weitere Fälle vor, in denen das BJ die Auslieferung ablehnt, insbesondere wenn der betroffenen Person die **Todesstrafe** droht (Art. 37 Abs. 3 IRSG) oder wenn sie Gefahr läuft, im ersuchenden Staat von einem **Sondergericht** verurteilt zu werden (Art. 38 Abs. 1 Bst. c IRSG) . Die Prüfung des BJ unter dem Gesichtspunkt des Non-Refoulement-Prinzips geht somit über die Prüfung durch das SEM hinaus, wenn dieses zu dem Schluss kommt, dass keine **Verfolgung** vorliegt, aber **die Gefahr von Folter oder Misshandlung** besteht oder die Auslieferung nicht vom Herkunftsstaat der Person beantragt wird. 10

Artikel 55a IRSG sieht eine Koordination mit dem Asylverfahren vor, wenn die verfolgte Person ein **Asylgesuch** im Sinne des AsylG gestellt hat. Wie wir weiter unten sehen werden, sieht diese Bestimmung **eine Koordinationspflicht** vor, wenn beide Verfahren parallel durchgeführt werden und die Auslieferung von dem Staat beantragt wird, vor dem sich die auszuliefernde Person schützen will. **Diese Pflicht ergibt sich aus der** 11

Offizialmaxime oder Untersuchungsmaxime. Diese Bestimmung verfolgt nicht nur das Ziel, eine **Koordination** sicherzustellen, um widersprüchliche Entscheidungen zu vermeiden, sondern auch, **die Verfahren zu beschleunigen** und die Verpflichtungen der Schweiz aus dem Auslieferungsrecht bzw. der KR in Einklang zu bringen. Der Koordinationsgrundsatz soll aber auch die Einhaltung des Non-Refoulement-Prinzips gewährleisten, das durch andere völkerrechtliche Normen garantiert ist. Wird die Auslieferung aus Gründen abgelehnt, die sich auf das Asylgesuch auswirken können, muss die Frage der Risiken im ersuchenden Staat von den Verwaltungs- und anschliessend den Justizbehörden, die nacheinander befasst werden, in koordinierter Weise geprüft werden. Das SEM bzw. die zuständige Beschwerdeinstanz müssen somit bei einer Ablehnung der Auslieferung auch das Auslieferungsdossier berücksichtigen, um das Recht der betroffenen Person auf **vorläufige Aufnahme** oder Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung oder gegebenenfalls auf Ausweisung in einen anderen Staat zu prüfen.

B. Modalitäten der Koordination

12 Artikel 55a IRSG zielt, wie sein Titel schon sagt, auf die Koordination mit dem Asylverfahren ab, wenn die verfolgte Person ein Asylgesuch im Sinne des AsylG gestellt hat. Das BJ und die Rechtsmittelbehörden berücksichtigen dann das Asylverfahren, um über das Auslieferungsgesuch zu entscheiden.

13 Auch wenn dies in der Bestimmung nicht ausdrücklich erwähnt wird, verpflichtet sie «die für die Auslieferung zuständigen Behörden, die Unterlagen zum Asylverfahren bei der Entscheidung über das Auslieferungsersuchen zu berücksichtigen», und damit verpflichtet Artikel 55a IRSG sie zur Koordinierung mit den für Asylfragen zuständigen Behörden. Diese **Koordinationspflicht** kommt zum Tragen, wenn beide Verfahren parallel durchgeführt werden und die Auslieferung von dem Staat beantragt wird, vor dem sich die auszuliefernde Person schützen will. Sie ergibt sich aus den internationalen Verpflichtungen der Schweiz im Bereich der Auslieferung bzw. des Asyls (vgl. Art. 33 KR). Diese den Behörden auferlegten Verpflichtungen müssen miteinander in Einklang gebracht werden. Für Ludwiczak Glassey wäre **diese Koordination auch dann erforderlich, wenn die Auslieferung von einem anderen Staat** beantragt wird, da bei einer Ablehnung der Auslieferung durch das BJ auch die ausländerrechtlichen

Behörden prüfen müssen, ob die Person in der Schweiz bleiben kann. Unserer Ansicht nach ist jedoch zu prüfen, ob diese Verpflichtung in den Normen vorgesehen ist, die von den für das Ausländerrecht zuständigen Behörden anzuwenden sind, da Artikel 55a IRSG nur für die für die Auslieferung zuständigen Behörden gilt.

Artikel 55a IRSG nennt ausdrücklich als Form der Koordination den **Austausch von Akten** zwischen dem SEM und dem BJ. Dieser Austausch soll widersprüchliche Entscheide verhindern. Aus dem Wortlaut von Artikel 55a lässt sich somit lediglich ableiten, dass die Rechtshilfebehörden (Verwaltungs- und Justizbehörden) die Akten eines allfälligen Parallelverfahrens beim SEM oder beim BVGer einholen müssen. 14

Für einige Rechtsgelehrte ist die gewünschte «Koordination» zwischen dem Auslieferungsverfahren und dem Asylverfahren nicht optimal, wenn sie sich auf einen einfachen «Austausch von Akten» beschränkt. Dies liege zum einen daran, dass sich die Kommunikation auf der Ebene der erstinstanzlichen Gerichte (TPF/TAF) auf die Einsichtnahme in die Akten beschränke und die Entscheidungsfindung weder zeitlich noch inhaltlich koordiniert werden könne. In der Regel wird die Auslieferungsentscheidung (trotz Art. 37 Abs. 4 AsylG, der bei parallelen Verfahren eine rasche Erledigung der Asylentscheide verlangt) vorrangig getroffen, kann jedoch den Asylentscheid in der Sache nicht präjudizieren. Dies gilt natürlich auch umgekehrt. Unter bestimmten Umständen kann die fehlende Einheitlichkeit des Verfahrens trotz der Bestimmung von Artikel 55a zu materiell unvereinbaren letztinstanzlichen Urteilen führen, obwohl die Verfahren auf der Grundlage von Artikel 83 Buchstabe d Ziffer 1 BGG beim Bundesgericht zusammengefasst und einheitlich entschieden werden müssten. Gemäss Artikel 84 Absatz 1 BGG sind Auslieferungsfälle jedoch nur in besonders wichtigen Fällen öffentlich-rechtlich anfechtbar, so dass das Bundesgericht unter bestimmten Umständen nur die Begründetheit von Asylfällen prüfen «kann» und somit keine Frage der Koordinierung gestellt ist. Aus den Dokumenten und Randnotizen lässt sich jedoch folgende praktische Maxime ableiten: Die mit solchen Fällen befassten Rechtshilfebehörden und Gerichte sowie die betroffenen parallelen Behörden, nämlich das [SEM] und das [BVGer], müssen die laufenden Verfahren so weit wie möglich koordinieren. Es wäre daher notwendig, einen Informationsaustausch zwischen den mit dem Dossier befassten Bundesämtern (BJ und SEM) oder Gerichten (BGer und BVGer) einzurichten . 15

Aus Artikel 55a IRSG lässt sich somit eine Mitteilungspflicht ableiten, wonach die mit dem Auslieferungsverfahren befassten Behörden und Gerichte (BStGer/BGer) die im Rahmen von asylverbundenen Verfahren erlassenen Auslieferungsentscheide dem SEM oder dem BVGer mitteilen müssen. Denn «[w]urde das Asyl zuvor durch eine rechtskräftige Entscheidung abgelehnt, kann die mit einem Einwand wegen eines politischen Delikts befasste Auslieferungsbehörde diese Entscheidung nicht außer Acht lassen, da die Voraussetzungen für die Anerkennung des Flüchtlingsstatus (Art. 3 AsylG) von denselben Kriterien abhängen. Dies gilt auch dann, wenn es sich um einen Nichteintretensentscheid handelt, der das Asylverfahren beendet, ohne über die Flüchtlingseigenschaft zu entscheiden». Diese Berücksichtigung sollte auch erfolgen, wenn die Auslieferungsbehörde über Vorwürfe von Misshandlung, Folter oder Foltergefahr zu entscheiden hat. Das BJ konsultiert die asylrechtliche Akte und entscheidet frei über das Vorliegen eines Auslieferungsverweigerungsgrundes aufgrund des Non-Refoulement-Prinzips und teilt seine Entscheidung (dem SEM) mit. Dieser Entscheid kann unter bestimmten Umständen zu einer Revision des Asylentscheids führen. Wenn Anhaltspunkte dafür vorliegen, muss das BJ oder das Bundesstrafgericht zudem in der entsprechenden Datenbank des SEM überprüfen oder sich bei diesem erkundigen, ob ein Asylverfahren läuft.

16 Aus Artikel 55a IRSG haben Rechtsprechung und Lehre auch den **Grundsatz der zügigen** Verfahrensabwicklung abgeleitet: Die Koordination würde auch darauf abzielen, die Verfahren zu beschleunigen. Für Ludwiczak Glassey würde diese Koordination sogar die **Aussetzung des Auslieferungsverfahrens** bis zum Abschluss des Asylverfahrens bedeuten. Auch wenn in bestimmten Fällen die Aussetzung angeordnet wurde, hat das Bundesgericht eine solche Aussetzung nicht immer als gerechtfertigt angesehen und war sogar der Ansicht, dass sie im Widerspruch zum Grundsatz der zügigen Verfahrensabwicklung stehen könnte. So hatte sich das Bundesgericht in einem Fall hat sich das Bundesgericht nach dem Stand des Auslieferungsverfahrens erkundigt. Dieses befand sich zum Zeitpunkt der Urteilsverkündung in der Untersuchungsphase beim BJ. Aufgrund des Grundsatzes der zügigen Rechtspflege hat das Bundesgericht nicht den Abschluss des Auslieferungsverfahrens abgewartet, um über die Asylbeschwerde zu entscheiden. Die Untersuchung des Falles war abgeschlossen, und die Fragen bezüglich der Gewährung von Asyl und des Flüchtlingsstatus sowie diejenigen bezüglich der Wegweisung in Anwendung

des Asylgesetzes waren entscheidungsreif, sodass keine Aussetzung gerechtfertigt war.

Eine Aussetzung eines der Verfahren ist umso weniger gerechtfertigt, als «bei einem laufenden Asylverfahren die Auslieferung nur unter dem Vorbehalt des Ausgangs dieses Verfahrens gewährt werden kann». Tatsächlich wird das [BJ] die Auslieferung **unter dem Vorbehalt der Anerkennung des Flüchtlingsstatus bzw. der Gewährung von Asyl** gewähren. Darüber hinaus muss das BJ in Fällen, in denen das Bundesgericht gemäß Artikel 55 Absatz 2 IRSG zuständig ist, auch **die Entscheidung dieses Gerichts über die Rüge eines politischen Delikts** abwarten. Schließlich „ist die [endgültige] Entscheidung für die Auslieferungsbehörden bindend, wenn der gesuchten Person der Flüchtlingsstatus zuerkannt wird. Die Auslieferung kann dann nicht angeordnet werden, es sei denn, die Person geniesst nur **vorläufigen Schutz**». Mit anderen Worten: Die Auslieferung kann angeordnet werden, ihre Vollstreckung jedoch bis zum endgültigen Asylentscheid ausgesetzt werden. Auch wenn das BJ und das SEM verpflichtet sind, ihre Akten auszutauschen, hindert nichts eine dieser Behörden daran, eine andere Meinung zu dem konkreten Fall zu vertreten, da die Standpunkte und Ermittlungsmethoden unterschiedlich sind. 17

Auch wenn eine zeitliche Koordination nicht möglich erscheint, muss bei der Auslieferungsentscheidung sichergestellt werden, dass ein hängiges Asyl- oder Beschwerdeverfahren nicht beeinträchtigt wird. Ist ein Asylverfahren gegen die verfolgte Person hängig, **ist die Auslieferung nur zulässig, wenn das Asylgesuch oder die entsprechende Beschwerde vom BVGer** endgültig abgelehnt wurde. Das Gleiche gilt, wenn die verfolgte Person während des Auslieferungsverfahrens ein Asylgesuch stellt. Dies entbindet das BJ oder das BStGer jedoch nicht von der Pflicht, auch das Vorliegen eines Auslieferungshindernisses in Form einer **politischen Verfolgung** zu prüfen. 18

Das oben Gesagte gilt mutatis mutandis, wenn das BJ einen **Haftantrag** prüfen muss. Denn auch wenn Artikel 55a gemäss der Systematik des IRSG im zweiten Teil über die Auslieferung, genauer gesagt im 5. Abschnitt des 2. Kapitels über den Auslieferungsentscheid, zu finden ist, muss das BJ von Amts wegen prüfen, ob ein offensichtlicher Hinderungsgrund für die Auslieferung vorliegt, und insbesondere das **ZEMIS** konsultieren, um zu überprüfen, ob die betroffene Person in der Schweiz kein Asylgesuch gestellt hat oder keinen Flüchtlingsstatus besitzt. 19

20 Um eine einheitliche Rechtsprechung zu gewährleisten und widersprüchliche Entscheidungen zu vermeiden, wurde schliesslich ein **Rechtsmittelweg zum Bundesgericht** geschaffen, was **im Asylrecht eine Ausnahme darstellt.** Der Bundesrat hat betont, dass die Einführung dieses neuen Rechtsmittelwegs es ermöglichen wird, auf der Ebene der obersten Gerichtsinstanz das Asylverfahren und das Auslieferungsverfahren zusammenlegen, wenn sie parallel laufen, und den Grundsatz der Nichtzurückweisung gebührend zu berücksichtigen. Artikel 83 Buchstabe d Ziffer 1 BGG ermöglicht die Beseitigung allfälliger Widersprüche, die in der Phase der Beschwerde beim Bundesgericht noch bestehen, und somit die Gewährleistung dieser Koordination. «Obwohl eine Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten gegen Asylentscheide des BVGer grundsätzlich ausgeschlossen ist, steht dieser Rechtsweg offen, wenn der Fall eine Person betrifft, gegen die ein Auslieferungsgesuch des Staates vorliegt, vor dem sich die Person schützen will.» Die Beschwerde beim Bundesgericht soll eine widerspruchsfreie Rechtsprechung zum **Grundsatz der Nichtzurückweisung** gewährleisten. Das Bundesgericht entscheidet in einer einzigen Entscheidung über die Beschwerden in Auslieferungs- und Asylsachen. Aus all diesen Gründen ist eine **Aussetzung** eines der Verfahren nicht gerechtfertigt.

21 Der Vollständigkeit halber sei noch erwähnt, dass es im Auslieferungsrecht im Gegensatz zum Asylrecht keine **Ferienzeiten** gibt (Art. 46 Abs. 1 Bst. b BGG). Eine Koordinierung in diesem Punkt wäre ebenfalls wünschenswert, insbesondere unter dem Gesichtspunkt des Grundsatzes der zügigen Verfahren.

22 Auch andere Bestimmungen sehen eine Form der Koordination zwischen den Behörden vor, um widersprüchliche Entscheide zu vermeiden. So sieht sieht Artikel 32 der Asylverordnung I vom 11. August 1999 (AsylV I) vor, dass **keine Prüfung und keine Entscheidung über die Wegweisung aus der Schweiz erfolgt, wenn gegen den Asylsuchenden bereits eine Entscheidung über die Ausschaffung an der Grenze** ergangen ist. Das BVGer hat somit unter Bezugnahme auf Artikel 32 AsylV I und unter Berücksichtigung der Beurteilung einer möglichen Wegweisung oder möglicher Hindernisse für den Vollzug der Wegweisung durch das Gericht entschieden, dass es im Interesse einer wirksamen Koordinierung das

Beschwerdeverfahren vorläufig auszusetzen, bis das BJ in erster Instanz über das Ausweisungsgesuch entschieden hat.

Wird die Auslieferung von einem Drittstaat beantragt, steht der Flüchtlingsstatus der Auslieferung an diesen Staat nicht entgegen, sofern keine Gefahr der Zurückweisung in das Herkunftsland besteht. Artikel 15 CEExtr stellt eine wirksame Garantie dafür dar, dass die verfolgte Person ohne Zustimmung der Schweiz nicht in ihr Herkunftsland ausgeliefert wird. Spätestens bei der Vollstreckung der Auslieferung müssen die ausländischen Behörden über das in der Schweiz laufende Asylverfahren informiert werden. Gemäss Artikel 3 Absatz 2 CEExtr muss die Auslieferung nämlich abgelehnt werden, wenn die gesuchte Person die Voraussetzungen für die Anerkennung als Flüchtling erfüllt. hindert der in Artikel 33 CR verankerte Grundsatz den ersuchten Staat nicht daran, eine Person, der er den Flüchtlingsstatus gewährt hat, an den ersuchenden Staat auszuliefern, dessen Staatsangehörigkeit sie nicht besitzt und in dem sie keine Diskriminierung zu befürchten hat, wobei zu beachten ist, dass der ersuchende Staat, an den die Person ausgeliefert wird, nicht berechtigt ist, sie ohne Zustimmung des ersuchten Staates an einen Drittstaat weiter auszulefern **ohne die Zustimmung des ersuchten Staates**. So kann sich dieser gemäß dem **Grundsatz der Nichtzurückweisung** vergewissern, dass die Person, deren Auslieferung beantragt wird, nicht in ihr Herkunftsland zurückgeschickt wird, das sie verlassen hat, um im ersuchten Staat Zuflucht zu suchen. 23

IV. KRITIK

Artikel 55a IRSG bietet zwar eine Rechtsgrundlage für den Austausch von Akten, doch soll dieser Austausch in erster Linie den betroffenen Behörden ermöglichen, sich bei der Prüfung derselben Fragen auf einen einheitlichen Sachverhalt zu stützen. Angesichts der unterschiedlichen Standpunkte und Mittel der verschiedenen Behörden reicht dies jedoch nicht immer aus, um widersprüchliche Entscheidungen zu vermeiden. Zwar ist die Zusammenlegung der Verfahren auf Ebene des Bundesgerichts zu begrüssen, doch prüft dieses nur selten oder in Ausnahmefällen Asylbeschwerden und verfügt somit nicht über die gesamte Fachkompetenz des Bundesverwaltungsgerichts. Schließlich kann das Bundesgericht in Fällen, in denen Asyl gewährt und die Auslieferung genehmigt wird, d. h. in Fällen, in denen widersprüchliche Entscheidungen getroffen werden, diesen 24

Widerspruch nicht aufheben, wenn keine Beschwerde gegen die Gewährung von Asyl eingelegt wird.

Über den Autor:

Giuseppe Aufiero, Dr. iur., Rechtsanwalt, lic. in Psychologie und diplomierter Fotograf; Jurist in der Auslieferungsstelle des BJ; Anwaltskanzlei Aufiero Legal in 3178 Bösingen, spezialisiert auf Bild- und Urheberrecht; aufieroavocat@bluewin.ch.

LITERATURVERZEICHNIS

Aubry Girardin Florence, Commentaire de l'article 83 LTF, in: Aubry Girardin Florence/Donzallaz Yves/Denys Christian/Bovey Grégory/Frésard Jean-Maurice (éd.), Commentaire de la LTF, 3ème éd., Berne 2024, p. 1196-1311.

Aufiero Giuseppe, Asile-extradition : de la coordination à l'unification, Bâle 2018 (cité : Aufiero).

Forster Marc, Kommentar des Art. 84 BGG, in Niggli Marcel Alexander/Uebersax Peter/Wiprächtiger Hans/Kneubühler Lorenz (Hrsg.), Basler Kommentar, Bundesgerichtsgesetz, 3. Auf., Basel 2018.

Heimgartner Stefan, Auslieferungsrecht, Zurich-Bâle-Genève 2002.

Heimgartner Stefan, Kommentar des Art. 55a IRSG, in: Niggli Marcel Alexander/Heimgartner Stefan (Hrsg.), Basler Kommentar, Internationales Strafrecht – IRSG – GwÜ, Basel 2015 (cité : BSK-Heimgartner, art. 55a EIMP).

Ludwiczak Glassey Maria, Commentaire de l'article 55a EIMP, in : Ludwiczak Glassey Maria/Moreillon Laurent, Petit Commentaire, EIMP, Loi sur l'entraide pénale internationale, Bâle 2024 (cité : PC-EIMP, art. 55a N 3.).

Niggli Marcel Alexander/Uebersax Peter/Wiprächtiger Hans/Kneubühler Lorenz (Hrsg.), Basler Kommentar, Bundesgerichtsgesetz, 3. Auf., Basel 2018.

Vena Mario, Parallele Asyl- und Auslieferungsverfahren, Asyl 2007/2, p. 3-17 (cité: Vena).

Zimmermann Robert, La coopération judiciaire internationale en matière pénale, 6ème éd., Berne 2024.

MATERIALIENVERZEICHNIS

Message du Conseil fédéral concernant la loi fédérale sur la coordination entre la procédure d'asile et la procédure d'extradition du 24 février 2010, FF 2010 1333 (cité: FF 2010 1333).

Loi fédérale sur la coordination entre la procédure d'asile et la procédure d'extradition du 1er octobre 2010 (RO 2011 925) (cité: RO 2011 925).

ACHTUNG: Diese Version des Kommentars ist eine automatische maschinelle Übersetzung des Originals. Die Originalversion ist italienisch. Die Übersetzung wurde mit www.deepl.com durchgeführt. Nur die Originalversion ist autoritativ. Die übersetzte Form des Kommentars kann nicht zitiert werden.

KOMMENTIERUNG ZU

Art. 56 IRSG

Eine Kommentierung von Giacomo Respini

ZITIERVORSCHLAG

Giacomo Respini, Kommentierung zu Art. 56 IRSG, in: Maria Ludwiczak Glassey/Lukas Staffler (Hrsg.), Onlinekommentar zum Bundesgesetz über internationale Rechtshilfe in Strafsachen

Kurzzitat: OK-Respini, Art. 56 IRSG N. XXX.

6. Abschnitt: Vollzug

Art. 56 Vollstreckbarkeit

[1] Die Auslieferung kann vollzogen werden, wenn der Verfolgte:

a. ausdrücklich den sofortigen Vollzug verlangt; oder

b. nicht innert fünf Tagen nach Eröffnung der Verfügung erklärt, er wolle Beschwerde erheben.

[2] Wird die Auslieferung abgelehnt, so hebt das BJ die Auslieferungshaft auf.

GLIEDERUNG

I. Einleitung 257
A. Allgemeines 257
B. Materielle Voraussetzungen für die Durchführung der Auslieferung 257
II. Erläuterung des Artikels 258
A. Antrag auf sofortige Vollstreckung (Abs. 1 Bst. a) 258
B. Wille, gegen den Auslieferungsbeschluss Rechtsmittel einzulegen (Abs. 1 Bst. b) 259
1. Form und Frist der Rechtsmittelanmeldung 259
2. Folgen der unterbliebenen Einlegung eines Rechtsbehelfs 259
3. Einhaltung der Beschwerdefrist 260
4. Kritik der Rechtslehre an Art. 56 Abs. 1 Bst. b IRSG 260
C. Folgen im Falle einer Ablehnung der Auslieferung (Abs. 2) 262
Literaturverzeichnis 262
Materialienverzeichnis 263

I. EINLEITUNG

A. Allgemeines

Art. 56 IRSG legt den Zeitpunkt fest, ab dem die Auslieferung vollzogen werden kann (Abs. 1), und regelt die Folgen für den Fall, dass das Auslieferungsersuchen abgelehnt wird (Abs. 2). 1

Aus rechtlicher Sicht setzt die Vollstreckung einer Auslieferung – abgesehen vom Fall der vereinfachten Auslieferung – einen Beschluss voraus, der die Übergabe der gesuchten Person an den ersuchenden Staat anordnet. Im Vergleich zu anderen Verfahrensordnungen stellt Art. 56 IRSG weniger strenge Anforderungen an die Vollstreckbarkeit und **erlaubt die Vollstreckung von Beschlüssen, die noch nicht rechtskräftig sind**. 2

Die Bestimmung wurde konzipiert, um dem Bedarf an einem **beschleunigten Auslieferungsverfahren** gerecht zu werden. Aus diesem Grund sieht Art. 56 Abs. 1 IRSG vor, dass der Auslieferungsbeschluss vollstreckbar wird, ohne dass der Ablauf der Beschwerdefrist abgewartet werden muss, wenn die gesuchte Person dies ausdrücklich beantragt (Bst. a) oder innerhalb von fünf Tagen nach Zustellung des Beschlusses nicht erklärt, dass sie Beschwerde einlegen will (Bst. b). 3

Die Regelung gemäß Art. 56 Abs. 1 Bst. b IRSG hat zur Folge, dass in der Praxis die auszuliefernde Person häufig ihren Willen bekundet, gegen den vom Bundesamt für Justiz (BJ) erlassenen Auslieferungsbeschluss Rechtsmittel einzulegen, um dessen Vollstreckung vorübergehend auszusetzen und so mehr Zeit zu gewinnen, um **die Erfolgsaussichten eines allfälligen Rechtsmittels** vor der Strafbeschwerdekammer des Bundesstrafgerichts (BStGer) zu prüfen. 4

B. Materielle Voraussetzungen für die Durchführung der Auslieferung

Nach ständiger Rechtsprechung ist die Inhaftierung der verfolgten Person während des gesamten Auslieferungsverfahrens die Regel, während ihre Freilassung die Ausnahme bleibt. Das Bundesamt für Justiz (UFG) kann insbesondere dann von der Anordnung eines Haftbefehls im Hinblick auf die 5

Auslieferung absehen, wenn die verfolgte Person sich voraussichtlich weder der Auslieferung entziehen noch die strafrechtliche Untersuchung beeinträchtigen wird (Art. 47 Abs. 1 Bst. a IRSG). Liegt keine Fluchtgefahr und kein Risiko der Beweismanipulation vor, kann das BJS anstelle der Inhaftierung andere Sicherungsmassnahmen anordnen, insbesondere die in Art. 237 StPO vorgesehenen Ersatzmassnahmen (Art. 47 Abs. 2 IRSG). Wurde eine Ersatzmassnahme für die Haft zum Zwecke der Auslieferung angeordnet, muss die verfolgte Person in der Regel **im Hinblick auf den Vollzug der Auslieferung festgenommen werden**.

6 Kann die auszuliefernde Person nicht ausfindig gemacht werden, weil sie untergetaucht ist, insbesondere trotz der Anordnung von Ersatzmassnahmen, so kann der Auslieferungsentscheid mangels **Gegenstands des Verfahrens** nicht vollstreckt werden; ist die verfolgte Person vor Erlass des Auslieferungsentscheids untergetaucht, so wird das Auslieferungsverfahren in der Regel wegen Gegenstandslosigkeit eingestellt.

7 Die Vollstreckung der Auslieferung ist **aufzuschieben**, wenn die auszuliefernde Person aufgrund ihres Gesundheitszustands vorübergehend nicht transportfähig ist.

II. ERLÄUTERUNG DES ARTIKELS

A. Antrag auf sofortige Vollstreckung (Abs. 1 Bst. a)

8 Gemäß Art. 56 Abs. 1 Bst. a IRSG kann die Auslieferung vollstreckt werden, wenn die verfolgte Person **ausdrücklich die sofortige Vollstreckung beantragt**.

9 In der Regel geht das Ersuchen um sofortige Vollstreckung mit einem **Verzicht auf Rechtsmittel** einher. In diesem Fall, d. h. wenn die berechtigte Person auf das Rechtsmittel als ordentliches Rechtsmittel verzichtet (vgl. Art. 437 Abs. 1 Bst. b StPO), ist davon auszugehen, dass der Auslieferungsbeschluss rechtskräftig wird und ohne weitere Formalitäten vollstreckt werden kann.

10 Aus formaler Sicht wäre es angebracht, dass sowohl die Erklärung bezüglich der sofortigen Vollstreckung als auch der Verzicht auf Rechtsmittel ausdrücklich **schriftlich** erfolgen.

Im Hinblick auf die sofortige Vollstreckung darf der Auslieferungsbeschluss weder **Bedingungen** enthalten, die gemäß Art. 80p IRSG der Zustimmung bedürfen, noch Auflagen, die der ersuchende Staat zuvor erfüllen muss. 11

B. Wille, gegen den Auslieferungsbeschluss Rechtsmittel einzulegen (Abs. 1 Bst. b)

Gemäß Art. 56 Abs. 1 Bst. b IRSG kann die Auslieferung vollstreckt werden, wenn die verfolgte Person nicht innerhalb von fünf Tagen nach Zustellung des Beschlusses **erklärt**, **Rechtsmittel einlegen zu wollen**. 12

1. Form und Frist der Rechtsmittelanmeldung

Die Erklärung, gegen den Auslieferungsbeschluss Rechtsmittel einlegen zu wollen, ist **an das BFM** zu richten, d. h. an die Behörde, die den Beschluss erlassen hat, gegen den die auszuliefernde Person Rechtsmittel einlegen will. 13

Es handelt sich um eine **einseitige Willenserklärung**, die weder begründet werden muss noch besonderen Anforderungen unterliegt. 14

Die Erklärung über die Einlegung eines Rechtsbehelfs muss innerhalb einer Frist von **5 Tagen** nach Zustellung des Auslieferungsbeschlusses eingereicht werden. 15

Die in Art. 56 Abs. 1 Bst. b IRSG festgelegte Voraussetzung **stellt keinen übertriebenen Formalismus dar**, sondern ist eine vom Gesetzgeber ausdrücklich vorgesehene Anforderung, um den Besonderheiten des Auslieferungsverfahrens Rechnung zu tragen. Im Übrigen handelt es sich um eine Anforderung, die sich aus der einfachen Lektüre des Gesetzestextes ergibt und vom Bundesamt für Justiz (BJ) in der Aufzählung der Rechtsmittel gegen den Auslieferungsbeschluss ausdrücklich erwähnt wird. 16

2. Folgen der unterbliebenen Einlegung eines Rechtsbehelfs

Wird innerhalb der Frist von fünf Tagen nach Zustellung des Auslieferungsbeschlusses kein Rechtsbehelf eingelegt, wird dieser vollstreckbar, und das Bundesamt für Justiz (UFG)**kann die Übergabe der auszuliefernden Person** an den ersuchenden Staat vornehmen, ohne den Ablauf der Rechtsbehelfsfrist abzuwarten. 17

18 Eine allfällige Beschwerde gegen den Auslieferungsbeschluss, die innerhalb von 30 Tagen nach dessen Zustellung eingereicht wird, hat eine **automatische aufschiebende Wirkung** (vgl. Art. 21 Abs. 4 IRSG), sodass die Vollstreckung der Auslieferung ausgesetzt wird, sofern diese zum Zeitpunkt der Einreichung der Beschwerde noch nicht erfolgt ist.

19 Sobald die verfolgte Person an den ersuchenden Staat übergeben wurde, ist die Beschwerde gegen den Auslieferungsbeschluss **nicht mehr zulässig**.

3. Einhaltung der Beschwerdefrist

20 Die Auslieferung wird vollstreckbar, wenn **die Beschwerdefrist abgelaufen ist, ohne dass davon Gebrauch gemacht wurde**. Dies bedeutet, dass die Auslieferung trotz der Ankündigung, Rechtsmittel einzulegen, vollstreckt werden kann, wenn die verfolgte Person den Auslieferungsbeschluss nicht innerhalb von 30 Tagen nach dessen Zustellung vor der Strafbeschwerdekammer des Bundesgerichts (TPF) anficht (Art. 50 Abs. 1 VwVG). Die gleiche Schlussfolgerung ergibt sich, wenn der Betroffene nicht innert 10 Tagen nach Zustellung des vollständigen Wortlauts des Urteils beim Bundesgericht Rechtsmittel gegen das Urteil des Bundesgerichts einlegt (Art. 100 Abs. 1 und 2 Bst. b BGG). Ebenso wird die Auslieferung vollstreckbar, wenn **ein allfälliges Rechtsmittel endgültig abgewiesen wurde**. In all diesen Fällen ist der Auslieferungsbeschluss nicht nur vollstreckbar, sondern wird auch rechtskräftig.

4. Kritik der Rechtslehre an Art. 56 Abs. 1 Bst. b IRSG

21 **Ein Teil der Rechtslehre kritisiert die in Art. 56 Abs. 1 Bst. b IRSG vorgesehene Regelung**. *In erster Linie*, weil die verfolgte Person bereits ab dem 6. Tag nach Zustellung des Auslieferungsbeschlusses rechtzeitig beim Bundesgericht Rechtsmittel einlegen könnte, weshalb aus der unterbliebenen Erklärung, Rechtsmittel einlegen zu wollen, kein endgültiger Verzicht auf die Einlegung eines Rechtsmittels innerhalb der 30-Tage-Frist abgeleitet werden könne. Nach Ansicht des Autors fehlt es daher im IRSG an einer Bestimmung, die in Anlehnung an Art. 399 Abs. 1 StPO für die Ankündigung und die Einlegung der Berufung die Frist von 5 Tagen als Gültigkeitsvoraussetzung für die Einlegung einer Beschwerde gegen den Auslieferungsbeschluss festlegen würde. Nach Ansicht des Autors müsste vor der Übergabe der verfolgten Person der erfolglose Ablauf der Beschwerdefrist abgewartet werden, es sei

denn, der Auszuliefernde habe eine Verzichtserklärung eingereicht. Um dem Erfordernis eines beschleunigten Auslieferungsverfahrens Rechnung zu tragen, schlägt der Autor vor, die Beschwerdefrist zu verkürzen.

Diese Kritik wird vom Bundesgericht nicht geteilt. Zunächst einmal **ist nach Ansicht des Bundesgerichts eine Analogie zu Art. 399 Abs. 1 StPO nicht gerechtfertigt**. Im Gegensatz zum begründeten Auslieferungsentscheid des Bundesamtes für Justiz (BJ) wird das Strafurteil der ersten Instanz zunächst nur im Tenor zugestellt (vgl. Art. 84 Abs. 2 StPO) . Die in Art. 399 Abs. 1 StPO vorgesehene Frist von 10 Tagen für die Einlegung der Berufung beim erstinstanzlichen Gericht beginnt mit der Zustellung des schriftlichen Tenors des Urteils (Art. 384 Bst. a StPO). Die Partei, die die Berufung eingelegt hat, muss dann innerhalb von 20 Tagen nach Zustellung des begründeten Urteils eine schriftliche Berufungserklärung beim Berufungsgericht einreichen (Art. 399 Abs. 3 StPO). Sollte das erstinstanzliche Gericht jedoch – entgegen der in der StPO vorgesehenen Regelung – den Parteien den Tenor weder mündlich noch schriftlich mitteilen, sondern ihnen das begründete Urteil direkt zustellen, entfällt die Verpflichtung zur Ankündigung der Berufung. Was die Notwendigkeit betrifft, in jedem Fall den Ablauf der 30-tägigen Rechtsmittelfrist abzuwarten, so würde dies nach Ansicht des Bundesgerichts **den klaren und begründeten Sinn und Zweck von Art. 56 Abs. 1 Bst. b IRSG völlig aushöhlen** und damit dem klaren Willen des Bundesgesetzgebers zuwiderlaufen. 22

Die vom Bundesgericht gewählte Lösung erscheint nachvollziehbar. Zunächst stellt es für den Auszuliefernden keine besonders schwere Belastung dar, seinen Willen zur Einlegung eines Rechtsmittels – mittels einer einfachen, nicht begründeten Erklärung – unverzüglich mitzuteilen, sobald er von der Entscheidung und zumindest in groben Zügen von den Gründen Kenntnis genommen hat, auf die sich das Bundesamt für Justiz (UFG) bei der Bewilligung der Auslieferung gestützt hat. Darüber hinaus steht diese Rechtsprechung im Einklang mit der in Art. 29a der Bundesverfassung verankerten Garantie des Rechtswegs (sowie in Art. 13 EMRK), da die vom Gesetzgeber in Art. 56 Abs. 1 Bst. b IRSG vorgesehene Anforderung kein verfahrensrechtliches Hindernis für den durch Art. 29a BV garantierten Rechtsschutz darstellt, sondern lediglich eine Formalität, die durch das für das Auslieferungsverfahren charakteristische Erfordernis der Zügigkeit gerechtfertigt ist. Im Übrigen hat das Bundesgericht festgestellt, dass die 23

streitige Vorschrift die Gerichte selten beschäftigt hat, da ihre Einhaltung durch die Auszuliefernden, die oft von einem Rechtsanwalt vertreten werden, kein Problem darstellt, sofern sie mit der gebotenen Sorgfalt vorgehen.

C. Folgen im Falle einer Ablehnung der Auslieferung (Abs. 2)

24 Art. 56 Abs. 2 IRSG sieht vor, dass das Bundesamt für Justiz (BJ) **die Auslieferungshaft beendet**, wenn die Auslieferung verweigert wird.

25 Die Auslieferung wird abgelehnt, wenn das BFM die Übergabe der verfolgten Person an den ersuchenden Staat verweigert oder wenn eine Beschwerde gegen den Auslieferungsbeschluss vom Strafbeschwerdegericht des Bundesgerichtshofs (TPF) oder vom Bundesgericht gutgeheissen wird.

26 Wird die Auslieferung abgelehnt, **ordnet das BFF die Freilassung** der verfolgten Person an **oder hebt die gegen sie angeordneten Ersatzmassnahmen auf**.

27 Wird die Auslieferung an den ersuchenden Staat abgelehnt, kann die verfolgte Person einen Anspruch auf eine **Entschädigung** wegen ungerechtfertigter Inhaftierung gemäss Art. 15 IRSG geltend machen; die Artikel 429 und 431 StPO gelten sinngemäss.

Der Autor ist stellvertretender Bundesanwalt bei der Bundesanwaltschaft in Bern. Der Autor vertritt seine persönliche Meinung, die für die Behörde, bei der er tätig ist, nicht bindend ist.

LITERATURVERZEICHNIS

Heimgartner Stefan, Auslieferungsrecht, Zurigo 2002.

Heimgartner Stefan, Commento dell'art. 56 AIMP, in: Niggli Marcel Alexander/Heimgartner Stefan (edit.), Basler Kommentar, Internationales Strafrecht, IRSG, GwÜ, Basilea 2015.

Ludwiczak Glassey Maria, Entraide judiciaire internationale en matière pénale, Précis de droit suisse, Basilea 2018.

Ludwiczak Glassey Maria, Commento dell'art. 56 AIMP, in: Ludwiczak Glassey Maria/Moreillon Laurent (edit.), Petit commentaire, Loi fédérale sur l'entraide pénale internationale en matière pénale, Basilea 2024.

Zimmermann Robert, La coopération judiciaire internationale en matière pénale, 6ª ediz., Berna 2024.

MATERIALIENVERZEICHNIS

Messaggio del Consiglio federale all'Assemblea federale per una legge federale sull'assistenza internazionale in materia penale e per un decreto federale sulle riserve alla convenzione europea di estradizione dell'8 marzo 1976, FF 1976 II 443 (citato: Messaggio 1976).

KOMMENTIERUNG ZU

Art. 63 IRSG

Eine Kommentierung von Marta Stelzer-Wieckowska

ZITIERVORSCHLAG

Marta Stelzer-Wieckowska, Kommentierung zu Art. 63 IRSG, in: Maria Ludwiczak Glassey/Lukas Staffler (Hrsg.), Onlinekommentar zum Bundesgesetz über internationale Rechtshilfe in Strafsachen

Kurzzitat: OK-Stelzer-Wieckowska, Art. 63 IRSG N. XXX.

Dritter Teil: Andere Rechtshilfe

1. Kapitel: Voraussetzungen

1. Abschnitt: Im allgemeinen

Art. 63 Grundsatz

[1] Rechtshilfe nach dem dritten Teil dieses Gesetzes umfasst Auskünfte, nach schweizerischem Recht zulässige Prozesshandlungen und andere Amtshandlungen, soweit sie für ein Verfahren in strafrechtlichen Angelegenheiten im Ausland erforderlich erscheinen oder dem Beibringen der Beute dienen.

[2] Als Rechtshilfemassnahmen kommen namentlich in Betracht:

a. die Zustellung von Schriftstücken;

b. die Beweiserhebung, insbesondere die Durchsuchung von Personen und Räumen, die Beschlagnahme, der Herausgabebefehl, Gutachten, die Einvernahme und Gegenüberstellung von Personen;

c. die Herausgabe von Akten und Schriftstücken;

d. die Herausgabe von Gegenständen oder Vermögenswerten zur Einziehung oder Rückerstattung an den Berechtigten.

[3] Als Verfahren in strafrechtlichen Angelegenheiten gelten insbesondere:

a. die Verfolgung strafbarer Handlungen nach Artikel 1 Absatz 3;

b. Verwaltungsmassnahmen gegen einen Straftäter;

c. der Vollzug von Strafurteilen und die Begnadigung;

d. die Wiedergutmachung wegen ungerechtfertigter Haft.

[4] Rechtshilfe kann auch dem Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte und der Europäischen Kommission für Menschenrechte gewährt werden in Verfahren, welche die Gewährleistung der Menschenrechte und Grundfreiheiten in Strafsachen betreffen.

[5] Rechtshilfe zur Entlastung eines Verfolgten ist auch bei Vorliegen der Ausschlussgründe nach den Artikeln 3–5 zulässig.

GLIEDERUNG

I. Allgemeines ... 268
A. Geschichte der Norm ... 268
B. Bedeutung der Norm und Zusammenhang mit anderen Vorschriften ... 268
II. Begriff der kleinen Rechtshilfe und Voraussetzung der Erforderlichkeit, Art. 63 Abs. 1 IRSG ... 270
A. Inhalt ... 270
1. Auskünfte ... 270
2. Prozesshandlungen und andere Amtshandlungen ... 270
B. Erforderlichkeit für das ausländische Verfahren ... 272
1. Tatkonnex ... 272
2. Mitwirkungspflichten bei der Prüfung der Verhältnismässigkeit ... 273
3. Übermassverbot ... 274
III. Massnahmen der kleinen Rechtshilfe, Art. 63 Abs. 2 IRSG ... 275
A. Allgemeines ... 275
B. Zustellung von Schriftstücken (Art. 63 Abs. 2 lit. a IRSG) ... 276
C. Beweiserhebung (Art. 63 Abs. 2 lit. b IRSG) ... 277
1. Allgemein ... 277
2. Einvernahmen ... 277
3. Durchsuchungen ... 279
4. Beschlagnahmen von Gegenständen und Vermögenswerten ... 281
5. Geheime Überwachungsmassnahmen ... 283
D. Herausgabe von Akten und Schriftstücken (Art. 63 Abs. 2 lit. c IRSG) ... 285
E. Herausgabe von Gegenständen oder Vermögenswerten zur Einziehung oder Rückerstattung an den Berechtigten (Art. 63 Abs. 2 lit. d IRSG) ... 285
IV. «Verfahren in strafrechtlichen Angelegenheiten», Art. 63 Abs. 3 IRSG ... 286
V. Empfänger der kleinen Rechtshilfe, Art. 63 Abs. 4 IRSG ... 286
VI. Rechtshilfe zur Entlastung des Verfolgten, Art. 63 Abs. 5 IRSG ... 287
Literaturverzeichnis ... 288
Materialienverzeichnis ... 291

I. ALLGEMEINES

A. Geschichte der Norm

1 Art. 63 IRSG hat sich seit dem Inkrafttreten des Gesetzes **nicht wesentlich geändert**. Im Rahmen der Revision des IRSG vom 1995 wurden die Beispiele der Rechtshilfemassnahmen im Abs. 2 geordnet und ergänzt, um die Tätigkeit der ausführenden Behörden besser widerzuspiegeln.[364] Ausdrücklich erwähnt wurden ausgewählte Formen der Beweiserhebung (Abs. 2 lit. b). Die Herausgabe von Gegenständen oder Vermögenswerten zur Einziehung oder Rückerstattung, die neu im Art. 74*a* IRSG geregelt wurde, wurde im Art. 63 Abs. 2 lit. d IRSG aufgeführt. Die Durchlieferung wurde aus systematischen Gründen an eine andere Stelle des IRSG verschoben (Art. 20*a* IRSG).[365]

2 Im Entwurf des IRSG befand sich zusätzlich eine Norm, in der der **Schutz des Geheimbereichs**, insbesondere von Dritten, genauer geregelt werden sollte (Art. 61 E-IRSG).[366] Vermutlich wurde aus diesem Grund in der Botschaft auf die Voraussetzung der Erforderlichkeit der Rechtshilfehandlung (Art. 63 Abs. 1 IRSG) nicht näher eingegangen, obwohl die Auslegung dieses Begriffs für den Schutz der Geheimsphäre der von der Rechtshilfe betroffenen Personen von Bedeutung ist. In der in Kraft getretenen Version des Gesetzes ist der Art. 61 E-IRSG oder eine entsprechende Norm nicht zu finden. Die Auslegung des Begriffs der Erforderlichkeit der Rechtshilfehandlung wurde somit der Rechtsprechung überlassen (s. Prinzip der Verhältnismässigkeit unten N. 17 ff.).

B. Bedeutung der Norm und Zusammenhang mit anderen Vorschriften

3 Art. 63 IRSG erklärt den Begriff der **kleinen** Rechtshilfe (auch **akzessorische** Rechtshilfe genannt). Im Abs. 1 befindet sich auch eine wichtige Verankerung des Grundsatzes der **Verhältnismässigkeit** der Rechtshilfemassnahme/ Rechtshilfeleistung (s. unten N. 17 ff.).

364. Botschaft IRSG II, S. 22.
365. Botschaft IRSG II, S. 22.
366. IRSG-Entwurf, BBl 1976 II 491, S. 509 f.

Art. 63 IRSG und der gesamte dritte Teil des IRSG enthalten nur wenige Angaben zu den konkreten Rechtshilfemassnahmen. Die Prozesshandlungen sind nach Art. 12 Abs. 1 IRSG nach dem anwendbaren **Strafverfahrensrecht** durchzuführen. Die genaueren Regelungen betreffend die Durchführung der konkreten Massnahmen (z.B. Einvernahmen, Durchsuchungen) sind deswegen in der Regel in StPO (ausführende Behörde: Staatsanwaltschaft) bzw. im VStrR (ausführende Behörde: Verwaltungsbehörde des Bundes)[367] zu finden. 4

Gewisse Massnahmen werden in anderen Vorschriften des IRSG und der IRSV ausführlicher geregelt (z.B. Zustellungen, Art. 68 f. IRSG, Art. 29 f. IRSV; Herausgabe von Beweismitteln, Art. 74 IRSG; Beschlagnahme und Herausgabe zur Einziehung oder Rückerstattung, Art. 74*a* IRSG, Art. 33*a* IRSV). 5

Art. 75 IRSG präzisiert, wer ein Ersuchen um die kleine Rechtshilfe nach Art. 63 IRSG stellen darf («die Behörden, die Widerhandlungen zu verfolgen oder in anderen Verfahren zu entscheiden haben, auf welche dieses Gesetz anwendbar ist»). 6

Auch die obersten Polizeistellen des Bundes und der Kantone dürfen nach **Art. 75a IRSG** in eigenem Namen die Ersuchen um die kleine Rechtshilfe stellen, wenn es sich um Massnahmen ohne Anwendung des prozessualen Zwanges (Art. 75*a* Abs. 2 lit. a IRSG, s.a. Art. 35 IRSV) und um keine Herausgabe von Strafentscheidungen oder Strafakten handelt (Art. 75*a* Abs. 2 lit. c IRSG). Solche Fälle gehören systematisch zur polizeilichen Zusammenarbeit. Falls schweizerische Polizeibehörde um die Hilfe ersucht wird, wird sie ohne Erlass einer Schlussverfügung geleistet (s. Art. 35 IRSV). Der Person, die von der Massnahme eventuell betroffen ist, steht kein Rechtsmittel zur Verfügung und die Voraussetzung der beidseitigen Strafbarkeit findet keine Anwendung.[368] 7

Nach Art. 63 Abs. 3 lit. a IRSG wird die kleine Rechtshilfe bei der Verfolgung von strafbaren Handlungen nach **Art. 1 Abs. 3 IRSG** geleistet, d.h. bei den 8

367. BSK-Dangubic/Keshelava, Art. 12 IRSG N. 3 mit Hinweis auf BGE 138 IV 40 E. 2.2.2,

368. Wegleitung Rechtshilfe, S. 6; s. u.a. BGer 1A.314/2000 vom 5.3.2001, E. 3b; BGer 1A.69/2006 vom 27.7.2006, E. 2.1.2; übermittelt werden dürfen u.a. die Informationen über die Inhaberschaft einer IP-Adresse (Name, Telefonnummer, Adresse), die Informationen zur Identität einer Person (Personalien, Fingerabdrücke, Fotos), die Bekanntgabe von Fahrzeughaltern, Auszüge aus öffentlichen Registern, Adressen und Auskünfte über Hotelmeldebulletins, freiwillig gemeldete Bankauskünfte und polizeiliche Ermittlungsunterlagen (s. BGE 133 IV 271 E. 2.4 f. m.w.N.)

Strafsachen, bei denen nach dem Recht des ersuchenden Staates der Richter angerufen werden kann. Art. 63 Abs. 3 lit. b-d IRSG präzisiert, was darunter verstanden wird[369] und listet Beispiele von Verfahren auf, die mit einem Strafverfahren zusammenhängen, bei denen die kleine Rechtshilfe geleistet werden kann (Verwaltungsmassnahmen gegen einen Straftäter, der Vollzug von Strafurteilen und die Begnadigung und die Wiedergutmachung wegen ungerechtfertigter Haft).

II. BEGRIFF DER KLEINEN RECHTSHILFE UND VORAUSSETZUNG DER ERFORDERLICHKEIT, ART. 63 ABS. 1 IRSG

A. Inhalt

9 Art. 63 Abs. 1 IRSG äussert sich zum **Umfang und Zweck** der kleinen Rechtshilfe.

1. Auskünfte

10 Die kleine Rechtshilfe kann u.a. in Übermittlung von **Auskünften** bestehen, welche den Behörden bereits zur Verfügung stehen oder welche ohne Anwendung des Zwangs beschafft werden können. Zu diesen gehören bspw. Auskünfte aus dem Strafregister oder Informationen über die Identität bzw. den Aufenthalt einer Person (s.a. Art. 77 Abs. 2 IRSG). Die Übermittlung von solchen Informationen ist i.d.R. mit keinem bzw. nur mit einem geringen Grundrechtseingriff verbunden.[370] Nicht unter die kleine Rechtshilfe fällt die Erteilung von Informationen über Straf- oder Strafprozessrecht.[371]

11 Die Übermittlung gewisser Unterlagen und Informationen kann auch im Rahmen der im Art. 75*a* IRSG erwähnten **polizeilichen Zusammenarbeit** erfolgen (s.o. N. 7).

2. Prozesshandlungen und andere Amtshandlungen

12 Nach Art. 63 Abs. 1 IRSG besteht die kleine Rechtshilfe in **Prozesshandlungen**, die nach schweizerischem Recht zulässig sind. In Frage

369. BSK-Heimgartner, Art. 63 IRSG N. 34.
370. BSK-Heimgartner, Art. 63 IRSG N. 2.
371. Wegleitung Rechtshilfe, S. 8.

kommen diverse Massnahmen, die im IRSG nicht einzeln genannt wurden und bei denen das Strafprozessrecht angewendet wird (s.a. Art. 12 Abs. 1 IRSG). Dabei kann es sich sowohl um Zwangsmassnahmen (z.B. Durchsuchungen, s. Art. 196 ff. und Art. 241 ff. StPO) als auch Handlungen ohne Zwang (Zustellungen, s. Art. 68 und Art. 69 Abs. 2 IRSG; Editionen[372]) handeln.

Trotz dieser strafprozessualen Elemente wird angenommen, dass es sich beim Rechtshilfeverfahren generell und beim Verfahren der kleinen Rechtshilfe insbesondere, um ein Verfahren **verwaltungsrechtlicher** Natur handelt, in dem nur bei der Durchführung von strafprozessualen Massnahmen die strafprozessualen Regeln Anwendung finden.[373] 13

Die Vornahme von Handlungen, die nach dem Recht des ersuchenden Staates oder nach einem internationalen Abkommen zulässig sind und im schweizerischen Strafprozessrecht nicht vorgesehen wurden, ist **unzulässig**.[374] 14

Die «**anderen Amtshandlungen**» wurden in IRSG nicht definiert. Nach Art. 25 IRSV gilt auch die Überwachung bedingt verurteilter oder bedingt aus der Strafhaft entlassener Personen als eine Amtshandlung. Bei der Bestimmung des Begriffs der «Amtshandlung» ist Art. 271 StGB von Bedeutung. Dieser pönalisiert die Vornahme von Handlungen für einen fremden Staat auf schweizerischem Gebiet ohne Bewilligung, wenn sie einer Behörde oder einem Beamten zukommen. Indirekt wird dadurch bestimmt, welche hoheitlichen Handlungen infolge des Souveränitäts- und Territorialitätsprinzips auf dem Rechtshilfeweg vorzunehmen sind.[375] 15

372. BGE 143 IV 270 E. 4.3.
373. Zimmermann, N. 11; Donatsch/Heimgartner/Simonek, S. 23 f.; s.a. Stelzer-Wieckowska, S. 53 ff.
374. Als Beispiel solcher Massnahme: in der StPO nicht vorgesehene Telefonkonferenzeinvernahme, s. Zimmermann, N. 521; Donatsch/Heimgartner/Simonek, S. 52; weniger eindeutig: Godenzi, Art. 144 N. 13 unter Berufung auf die Botschaft betreffend das Zweite Zusatzprotokoll zum Europäischen Übereinkommen über die Rechtshilfe in Strafsachen, BBl 2003 3267, S. 3281 f.; anders noch die Wegleitung Rechtshilfe, S. 73 f.
375. Zum Begriff der Amtshandlung s. z.B. BGE 114 IV 128 E. 2b m.w.N.: entscheidend ist Zweck und Wesen (Natur) der Handlung und nicht die Person des Täters; s.a. BGE 137 IV 33 E. 9.4.3, BGE 133 I 234 E. 2.5.1.

B. Erforderlichkeit für das ausländische Verfahren

16 Die Massnahmen müssen nach Art. 63 Abs. 1 IRSG für das Verfahren im Ausland **erforderlich** erscheinen oder dem Beibringen der Beute dienen.

17 Die Erforderlichkeit der kleinen Rechtshilfe für das ausländische Verfahren oder für das Beibringen der Beute bestimmt den Umfang der zu leistenden Rechtshilfe und wird als Ausdruck des **Prinzips der Verhältnismässigkeit** angesehen.[376] Die beantragte Massnahme muss erstens geeignet, erforderlich und verhältnismässig im engeren Sinne sein. Zweitens muss ein genügender Tatkonnex zwischen der Massnahme und dem ausländischen Strafverfahren bestehen (Verbot der unerlaubten Beweisausforschung/«fishing expeditions»).

18 Nicht vorausgesetzt wird, dass die ersuchende Behörde die eigenen Möglichkeiten der Beweisbeschaffung ausgeschöpft hat (**keine Subsidiarität** der kleinen Rechtshilfe als solcher).[377]

1. Tatkonnex

19 Aus dem Rechtshilfeersuchen, insb. aus dem beigefügten Sachverhalt (s. Art. 28 Abs. 3 lit. a IRSG), soll sich ergeben, dass zwischen den beantragten Massnahmen und dem ausländischen Strafverfahren ein **Tatkonnex** besteht.

20 Die ersuchende Behörde soll bei der Aufklärung des Sachverhalts durch die Rechtshilfeleistung unterstützt werden. Es wird aus diesem Grund **nicht vorausgesetzt**, dass sie bereits im Rechtshilfeantrag den Sachverhalt lückenlos und völlig widerspruchsfrei darstellt.[378]

21 Die schweizerische ersuchte Behörde ist an die Sachverhaltsdarstellung im Ersuchen grundsätzlich gebunden, es sei denn, der Sachverhalt wird «durch offensichtliche Fehler, Lücken oder Widersprüche sofort entkräftet».[379] Dem Inhalt des Rechtshilfeersuchens und den Schilderungen des ersuchenden Staates wird insgesamt grosses **Vertrauen** geschenkt.[380]

---

376. S. u.a. BSK-Heimgartner, Art. 63 IRSG N. 31 m.w.N.; Donatsch/Heimgartner/Simonek, S. 107.
377. Wegleitung Rechtshilfe, S. 31.
378. S. u.a. BGE 132 II 81 E. 2.1; BGer 1A.31/2006 vom 29.6.2006, E. 3.1; BStGer RR.2016.45 vom 22.7.2016, E. 4.2; s.a. Inglese N., S. 263.
379. BGE 133 IV 76 E. 2.2; BGE 132 II 81 E. 2.1; BGE 125 II 250 E. 5b; BGE 122 II 134 E. 7b; BGE 120 Ib 251 E. 5c; BGE 117 Ib 88 E. 5c m.w.N.
380. Riedo/Fiolka/Niggli, N. 3326 ff.; Ludwiczak, La proportionnalité, S. 609 ff.; Inglese N., S. 262 ff., 272 ff.

Anhand der Angaben im Rechtshilfeersuchen soll die ersuchte Behörde im Stande sein, die Voraussetzung der doppelten Strafbarkeit zu überprüfen, falls Zwangsmassnahmen i.S.v. Art. 64 Abs. 1 IRSG beantragt wurden, und zu verifizieren, ob es sich um eine Tat handelt, bei der die Rechtshilfe zulässig ist (s. v.a. Art. 3 IRSG).[381] 22

Der Tatkonnex fehlt, wenn die beantragten Massnahmen «mit der verfolgten Straftat in keinem Zusammenhang stehen und offensichtlich ungeeignet sind, die Untersuchung voranzutreiben» sowie für das Verfahren im Ausland «mit Sicherheit nicht erheblich sind».[382] Die **potenzielle** Erheblichkeit der Massnahmen für das Verfahren im Ausland reicht grundsätzlich aus.[383] 23

Die **Würdigung** der Beweise, die Feststellung von Tatsachen und die Entscheidung über die Schuld des Verfolgten liegt in der Kompetenz des ausländischen Sachgerichts und nicht bei der ersuchten Behörde.[384] Der ersuchte Staat darf die «Würdigung der mit der Untersuchung befassten Behörde nicht durch seine eigene (...) ersetzen», da er «(...) nicht über die Mittel verfügt, die es ihm erlauben würden, sich über die Zweckmässigkeit bestimmter Beweise im ausländischen Verfahren auszusprechen».[385] Die Entscheidung, ob die verlangten Beweise für das Strafverfahren erforderlich sind, wird also in der Regel dem ersuchenden Staat überlassen und nur in Ausnahmefällen in Frage gestellt. 24

2. Mitwirkungspflichten bei der Prüfung der Verhältnismässigkeit

Die Überprüfung, ob zwischen den beantragten Rechtshilfemassnahmen und dem Verfahren im Ausland ein Zusammenhang besteht, gehört grundsätzlich zu den Aufgaben des ersuchten Staates.[386] Auch der durch die Rechtshilfemassnahme Betroffene ist insbesondere bei komplexen Untersuchungen und umfangreichem Beweismaterial zur **Mitwirkung** verpflichtet, weil die ersuchte Behörde nur beschränkte Möglichkeit hat, festzustellen, welche Beweisstücke für das Verfahren im ersuchenden Staat 25

381. BGE 129 II 97 E. 3.1; BGE 118 Ib 111 E. 5b.
382. BGE 136 IV 82 E. 4.1; BGE 122 II 367 E. 2c; BGE 121 II 241 E. 3a; s.a. Wegleitung Rechtshilfe, S. 31.
383. BGE 128 II 407 E. 6.3.1; BGer 1A.80/2006 vom 30.6.2006, E. 2.1.
384. BGE 112 Ib 215 E. 5b; diese Aufgabe darf nicht dem ersuchenden Staat überlassen werden: BGE 109 Ib 63 E. 5a.
385. BGE 136 IV 82 E. 4.1.
386. BGE 122 II 367 E. 2c; BGE 115 Ib 193 E. 6.

irrelevant sind. Die Mitwirkungspflicht ergibt sich nach BGer aus dem Art. 5 Abs. 3 BV (staatliche Organe und Private handeln nach Treu und Glauben).[387]

26 Der Betroffene soll die **Einwände** gegen die Übermittlung von Beweisen rechtzeitig (bereits im Stadium der Ausführung des Ersuchens) formulieren und ausreichend begründen.[388] Er ist verpflichtet, «klar und genau aufzeigen, inwiefern die zu übermittelnden Unterlagen und Auskünfte den Rahmen des Ersuchens überschreiten oder für das ausländische Verfahren von keinerlei Interesse sein sollen».[389] Nicht genügend begründete Einwände werden u.U. als eine unzulässige Gegendarstellung über den Sachverhalt eingestuft und werden nicht berücksichtigt.[390]

27 Nach BStGer befreien die mangelnden Kenntnisse der Amtssprache den Betroffenen nicht von seinen **Mitwirkungspflichten**.[391] Falls der Betroffene im erstinstanzlichen Verfahren keine Einwände formulierte, obwohl er die Möglichkeit dazu hatte, darf er das im Beschwerdeverfahren nicht nachholen.[392] Falls das Vorbringen der Einwände im erstinstanzlichen Verfahren nicht möglich war, ist der Betroffene verpflichtet, diese im Beschwerdeverfahren zu formulieren.[393]

28 Die Mitwirkungspflicht des Betroffenen befreit die ausführende Behörde jedoch nicht von der Pflicht, eine **Triage** der beschlagnahmten Unterlagen vorzunehmen.[394]

3. Übermassverbot

29 Der ersuchte Staat darf dem ersuchenden die Rechtshilfe nur in dem Umfang leisten, in dem sie beantragt wurde (**Übermassverbot**).[395]

387. BGE 130 II 14 E. 4.3; BGE 126 II 258 E. 9b/aa.
388. BGE 122 II 367 E. 2c-d; BStGer RR.2011.299 vom 17.10.2012, E.7.2; BStGer RR.2018.136 vom 11.10.2018, E. 4.3.
389. BGE 122 II 367 E. 2d; BStGer RR.2011.299 vom 17.10.2012, E. 7.2; BStGer RR.2018.136 vom 11.10.2018, E. 4.3.
390. Z.B. BStGer RR.2020.331, RR.2020.332 u. RR.2020.333 vom 2.11.2022, E. 5.9; BStGer RR. 2016.45 vom 22.7.2016, E. 7.2 unter Berufung auf BGE 112 Ib 215 E. 5b.
391. BStGer RR.2018.136 vom 11.10.2018, E. 4.3.
392. BStGer RR.2018.136 vom 11.10.2018, E. 4.3 unter Berufung auf BGE 130 II 14 E. 4.3 und BGE 126 II 258 E. 9b/aa.
393. BGE 130 II 14 E. 4.3; BGE 126 II 258 E. 9b/aa; BGer 1A.223/2006 vom 2.4.2007, E. 4.1.
394. BGE 130 II 14 E. 4.4; BStGer RR.2010.262 vom 11.5.2012, E. 6.3; BStGer RR.2011.299 vom 17.10.2012, E. 7.2; BStGer RR.2013.160-161 vom 6.2.2014, E. 6.3.4.

Das Rechtshilfeersuchen ist nach der Rechtsprechung jedoch grosszügig zugunsten des ersuchenden Staates auszulegen, um Ergänzungsersuchen und unnötige Verzögerungen zu vermeiden.[396] Nach dem **Beschleunigungs- und Rechtshilfefreundlichkeitsprinzip** werden u.U. auch Beweisstücke übermittelt, bei denen kein direkter Zusammenhang mit dem im Rechtshilfeersuchen geschilderten Sachverhalt ersichtlich ist.[397] 30

Das Übermassverbot wird ebenfalls dadurch abgeschwächt, dass die Informationen, die nicht direkt relevant sind, unter Umständen als potenziell **entlastend** übermittelt werden dürfen.[398] 31

III. MASSNAHMEN DER KLEINEN RECHTSHILFE, ART. 63 ABS. 2 IRSG

A. Allgemeines

Art. 63 Abs. 2 IRSG enthält eine **nicht abschliessende** Aufzählung der Rechtshilfehandlungen.[399] Die dort ausdrücklich erwähnten Zustellungen, Durchsuchungen, Beschlagnahmen, Einvernahmen, Herausgabe von Akten, Schriftstücken, Gegenständen und Vermögenswerten gehören zu den häufigen Massnahmen der akzessorischen Rechtshilfe und sind auch im nationalen Strafprozess vorgesehen. 32

Modernere Massnahmen der Beweisermittlung oder Massnahmen, die nur bei grenzüberschreitenden Sachverhalten in Frage kommen, wurden im Art. 63 IRSG nicht erwähnt. Gewisse **neuere Massnahmen** der Beweisermittlung wurden an anderen Stellen des IRSG teilweise geregelt (die Überwachung des Post- und Fernmeldeverkehrs, Art. 18*a* IRSG; die Echtzeitüberwachung und die Übermittlung elektronischer Verkehrsdaten, Art. 18*b* IRSG). 33

Andere Massnahmen sind in internationalen Abkommen zu finden (z.B. die Einvernahme per Videokonferenz, Art. 9 ZP II zu EÜR; umgehende Sicherung 34

395. BGE 136 IV 82 E. 4.1; BGE 122 II 367 E. 2c; BGE 121 II 241 E. 3a.
396. BGE 136 IV 82 E. 4.1; BGE 121 II 241 E. 3a; u. z.B. BStGer RR.2020.98 vom 13.10.2020, E 7.4; s.a. Inglese N., S. 263 f.
397. Kritisch dazu Ludwiczak, La proportionnalité, S. 608 ff.: in Verbindung mit der Möglichkeit der spontanen Rechtshilfe nach Art. 67a IRSG ist der Umfang der zulässigen Informations-/Beweisübermittlung sehr breit.

der Computerdaten, Art. 29 CCC; die Erhebung von Verkehrsdaten und Inhaltsdaten in Echtzeit, Art. 33 f. CCC; die kontrollierte Lieferung, Art. 18 ZP II EÜR; die verdeckte Ermittlung, Art. 19 ZP II EÜR).

35 Zu der kleinen Rechtshilfe gehören auch die **grenzüberschreitende Observation** (Art. 17 ZP II EÜR) und **gemeinsame Ermittlungsgruppen** (Art. 80*d*^{ter} ff. IRSG und Art. 20 ZP II EÜR).

36 Nach Art. 63 Abs. 1 IRSG sind auch andere Massnahmen zulässig, die in der StPO vorgesehen wurden, auch wenn sie im IRSG nicht geregelt sind (z.B. die Überwachung von Bankbeziehungen Art. 284 f. StPO, DNA-Analysen, Art. 255 ff. StPO, erkennungsdienstliche Erfassungen, Schrift- und Sprachproben, Art. 260 ff. StPO).[400] Aufgrund des **Günstigkeitsprinzips** im Rechtshilferecht sind die im IRSG und in der StPO vorgesehenen Massnahmen im vertraglichen Rechtshilfeverkehr auch dann zulässig, wenn sie in dem konkreten Vertrag nicht vorgesehen wurden.[401]

B. Zustellung von Schriftstücken (Art. 63 Abs. 2 lit. a IRSG)

37 Bei der Zustellung von Schriftstücken muss die Voraussetzung der beidseitigen Strafbarkeit nicht erfüllt sein, weil die Massnahme **ohne Anwendung des Zwangs** erfolgt (vgl. Art. 64 Abs. 1 IRSG).

38 Weitere Regeln betreffend die Zustellungen, insb. Vorladungen, befinden sich im **Art. 68 und Art. 69 IRSG**. Die Person, die eine Vorladung erhält, ist nicht verpflichtet, ihr Folge zu leisten (Art. 69 Abs. 1 IRSG).

39 Die Vorladungen, die **Zwangsandrohungen** erhalten, werden nicht zugestellt (Art. 63 Abs. 2 IRSG). Bei den Entscheiden bzw. Strafbefehlen handelt es sich um Straferkenntnisse, die grds. auf dem Rechtshilfeweg zuzustellen sind.[402]

40 Mit Ausnahme von Vorladungen dürfen die Schriftstücke den Personen, die im ausländischen Verfahren nicht selbst verfolgt werden, **unmittelbar** per Post zugestellt werden (Art. 30 Abs. 1 IRSV). Zu den Schriftstücken i.S.v. Art.

398. BStGer RR.2011.81 vom 21.6.2011, E. 5.1 (TPF 2011 97) unter Berufung auf BGE 118 Ib 547 E. 3a und BGer 1A.88/2006 vom 22.6.2006, E. 5.3.
399. Botschaft IRSG II, S. 22.
400. S.a. BSK-Heimgartner, Art. 63 IRSG N. 18 f.
401. Frei, ZStrR 1988, S. 314; BSK-Heimgartner, Art. 63 IRSG N. 18 f.
402. BGE 147 IV 518 E. 3.2.

30 Abs. 1 IRSV gehören die Gerichtsakten und andere Dokumente des ausländischen Verfahrens.[403] Eine unmittelbare Zustellung von Schriftstücken in Strafsachen per Post ist bei Übertretungen von Strassenverkehrsvorschriften zulässig (Art. 30 Abs. 2 IRSV). Die direkte Zustellung ist auch zulässig, wenn dies zwischen der Schweiz und dem ausländischen Staat völkerrechtlich (multi- oder bilateral) vereinbart wurde.[404] Innerhalb von Europa können bestimmte gerichtliche Urkunden aufgrund des Art. 52 Abs. 1 SDÜ direkt zugestellt werden.

C. Beweiserhebung (Art. 63 Abs. 2 lit. b IRSG)

1. Allgemein

41 Art. 63 Abs. 2 lit. b IRSG enthält eine Aufzählung der Massnahmen der Beweisrechtshilfe, die nicht abschliessend ist. Wie oben angedeutet (N. 32 ff.), sind die Massnahmen der Beweisermittlung zulässig, die im schweizerischen Strafprozessrecht bzw. in multi- oder bilateralen Rechtshilfeverträgen vorgesehen wurden. Angeordnet werden sie in der Regel in einer **Zwischenverfügung**.[405]

42 Gewisse Massnahmen der Beweiserhebung, v.a. die Sicherung gefährdeter Beweismittel, können nach Art. 18 IRSG als **vorläufige Massnahmen** angeordnet werden.[406]

2. Einvernahmen

43 Nach Art. 12 Abs. 1 IRSG finden bei den Einvernahmen Art. 142 ff. StPO (die allgemeinen Regeln) Anwendung, sowie die Vorschriften, die die Einvernahme des Beschuldigten (Art. 157 ff. StPO), des Zeugen (Art. 162 ff. StPO) und der Auskunftsperson (Art. 178 ff. StPO) regeln.

---

403. Fact Sheet: Zustellungen in Strafsachen: https://www.bj.admin.ch/bj/de/home/sicherheit/rechtshilfe/strafsachen/zustellungen.html, besucht am 7.7.2025; BSK-Arquint, Art. 68 IRSG N. 3.
404. BGE 136 V 295 E. 5.1; BGE 125 V 47 E. 3a; BGer 1B_244/2020 vom 12.5.2021, E.3.3.
405. BSK-Eymann, Art. 80*e* IRSG N. 3.
406. BSK-Heimgartner, Art. 63 IRSG N. 17, zu den typischen vorläufigen Massnahmen gehören vorläufige Kontosperre, Beschlagnahme von Gegenständen und Vermögenswerten, Editionen, Durchsuchungen, Grundbuchsperren, in selteneren Konstellationen auch Einvernahmen; s. BSK-Aepli, Art. 18 IRSG N. 29-38.

44 In welcher **Rolle** die Person einzuvernehmen ist, sollte sich i.d.R. aus dem Rechtshilfeantrag ergeben (s. Art. 28 IRSG).[407] Falls diesbezüglich Zweifel bestehen oder Widersprüche im Rechtshilfeersuchen ersichtlich sind, ist eine Verbesserung/Ergänzung des Ersuchens durch den ersuchenden Staat i.S.v. Art. 78 Abs. 3 bzw. Art. 80*o* IRSG zweckmässig.

45 Der einvernommenen Person stehen die im schweizerischen Recht vorgesehenen **Aussageverweigerungsrechte** zu (Art. 9 IRSG). Zusätzlich gelten auch die Aussageverweigerungsrechte des ersuchenden Staates (Art. 65 Abs. 3 IRSG).

46 Nach **Art. 65 Abs. 3 IRSG** kann die einvernommene Person die Aussage auch dann verweigern, wenn ihr nach dem Recht des ersuchenden Staates oder des Staates, in dem der Aussagende wohnt, strafrechtliche oder disziplinarische Konsequenzen drohen.[408]

47 Auf ausdrückliches Ersuchen des ausländischen Staates können bei der Einvernahme von Zeugen und Sachverständigen besondere im Recht des ersuchenden Staates vorgesehene **Bekräftigungsformen** eingehalten werden (Art. 65 Abs. 1 lit. a IRSG). Dies unter der Voraussetzung, dass sie mit dem schweizerischem Recht vereinbar sind und keine wesentlichen Nachteile für den Beteiligten verursachen (Art. 65 Abs. 2 IRSG).

48 Als Massnahme der kleinen Rechtshilfe kommt u.a. die **klassische** Einvernahme einer Person vor Ort in Frage, aber auch in Form einer Videokonferenz (Art. 144 StPO i.V.m. Art. 12 Abs. 1 IRSG, s.a. Art. 9 ZP II EÜR).

49 Die Einvernahme per **Videokonferenz** wird nach Art. 9 Abs. 5 lit. c ZP II zu EÜR durch die Behörde des ersuchenden Staates nach dessen Recht durchgeführt. Insofern unterscheidet sie sich von der klassischen Einvernahme vor Ort. Die ersuchte Behörde erstellt ein Protokoll und hat einzugreifen, wenn die Einvernahme gegen die Grundprinzipien der Rechtsordnung des ersuchten Staates verstösst (Art. 9 Abs. 5 lit. c und Abs. 6 ZP II EÜR).

50 Da die ersuchende Behörde die Fragen direkt stellt und unmittelbar vor dem Abschluss des Rechtshilfeverfahren an die Informationen gelangt, müssen nach h.M. die Voraussetzungen der Anwesenheit der ausländischen

407. S.a. Stelzer-Wieckowska, S. 148 ff.
408. S.a. BSK-Sprenger, Art. 65 IRSG N. 12.

Verfahrensbeteiligten nach **Art. 65*a* IRSG** erfüllt sein. Es sind die gleichen **Vorsichtsmassnahmen** zu treffen, die bei der Anwesenheit der ausländischen Behörde vor Ort erforderlich wären (z.B. die Verpflichtung der ersuchten Behörde, die Informationen nicht zu verwenden, bevor das Rechtshilfeverfahren rechtskräftig abgeschlossen wird).[409]

Eine rechtshilfeweise **Telefoneinvernahme** gilt in der Schweiz nach h.M. als unzulässig, da sie im schweizerischen Strafprozessrecht nicht geregelt wurde.[410] Dies, obwohl sie im Art. 10 ZP II EÜR vorgesehen wurde. 51

3. Durchsuchungen

Die rechtshilfeweise Durchsuchung dient dem Auffinden der Gegenstände, Schriftstücke oder Vermögenswerte, die an den ersuchenden Staat entweder als Beweismittel oder zur Einziehung oder Rückerstattung nach Art. 74 bzw. 74*a* IRSG **herausgegeben** werden sollen. 52

Das IRSG enthält keine besonderen Vorschriften betreffend die Durchführung der Durchsuchung. Anwendung finden gemäss Art. 12 Abs. 1 IRSG die allgemeinen Vorschriften über Durchsuchungen und Untersuchungen (Art. 241 ff. StPO), über die Durchsuchung von Häusern, Wohnungen und nicht öffentlich zugänglichen Räumen (Art. 244 f. StPO) sowie über die Durchsuchung von Aufzeichnungen (Art. 246 ff. StPO). Ebenfalls zu beachten sind die allgemeinen Zwangsmassnahmenvoraussetzungen (Art. 197 ff. StPO), insbesondere die Anforderungen an die **Verhältnismässigkeit** der Massnahme (Art. 197 StPO). 53

Im Art. 9 Satz 2 IRSG wird hervorgehoben, dass für die **Durchsuchung von Aufzeichnungen** die relevanten Regelungen der StPO (Art. 246–248 StPO) sinngemäss gelten. Die ersuchte Behörde hat nicht selten mit umfangreichen Unterlagen zu tun.[411] Unter Umständen kann deswegen zuerst eine Grobtriage[412] und anschliessend die eigentliche Triage[413] der Unterlagen bzw. Daten notwendig sein. 54

409. Inglese R., S. 249; Donatsch/Heimgartner/Simonek, S. 52; Zimmermann, N. 520: der Autor hält die Videoeinvernahme während einer Gerichtsverhandlung im ersuchenden Staat zurecht als besonders problematisch.
410. Zimmermann, N. 521; Donatsch/Heimgartner/Simonek, S. 52.
411. Kuster/Mauro, S. 43, 55 ff.; s.a. Stelzer-Wieckowska, S. 161 f.
412. Keller, Art. 247 StPO N. 3 ff.; BSK-Thormann/Brechbühl, Art. 247 StPO N. 13.
413. Keller, Art. 247 StPO N. 7; BSK-Thormann/Brechbühl, Art. 247 StPO N. 15.

55 Die ersuchte Behörde sortiert die Beweisstücke aus, die für das ausländische Verfahren nicht relevant sind (s. o. N. 25 ff. und N. 29 ff.). Die **Triage** kann nach den bestimmten «Schlüsselworten» erfolgen.[414] Es können auch Personen beigezogen werden, welche die ersuchte Behörde bei der effektiven Aussortierung unterstützen (s. Art. 65a IRSG).[415] Die Person, die Teilnahmerecht nach Art. 80*b* IRSG hat, hat aber keinen Anspruch, an der Triage anwesend zu sein.[416]

56 Art. 9*a* lit. b IRSV präzisiert, dass bei den **Hausdurchsuchungen** der Eigentümer oder der Mieter als persönlich und direkt betroffen i.S.v. Art. 21 Abs. 3 und Art. 80h IRSG gilt. Es ist deswegen grds. nur die Person beschwerdelegitimiert, die die tatsächliche Herrschaft über die durchgesuchten Räume hat.[417]

57 Von praktischer Bedeutung im Rechtshilfeverfahren ist die Möglichkeit der **Siegelung** der Aufzeichnungen und Gegenstände nach Art. 248 StPO. Die Siegelung soll verhindern, dass die ausführende Behörde Kenntnis von Informationen nimmt, die für das Verfahren im ersuchenden Staat irrelevant sind.[418]

58 Es ist teilweise umstritten, ob nur der tatsächliche **Inhaber** von Aufzeichnungen siegelungsberechtigt ist oder auch andere Personen, die ein rechtlich geschütztes Interesse an den Aufzeichnungen haben.[419] Postuliert wird aber, dass das Siegelungsrecht u.U. auch weiteren interessierten Personen zusteht, selbst wenn sie nicht als beschwerdelegitimiert i.S.v. Art. 80*h* lit. b IRSG gelten.[420] Das BGer hat offengelassen, inwiefern durch die Siegelung nicht nur Zeugnisverweigerungsrechte zum Schutze des Geheimbereichs, sondern auch z.B. Rechtshilfehindernisse geltend gemacht werden können.[421]

---

414. S. u.a. BStGer RR.2021.39-40 vom 22.9.2021, E. 5.3.1 f.; BStGer RR.2011.272-275 u.a. vom 15.5.2012, E. 4.2; BStGer RR.2010.262 vom 11.6.2012, E. 6.3; BStGer RR.2009.260 vom 18.03.2010, E. 3.2; BStGer RR.2008.310 vom 17.3.2009, E. 4.2.
415. Bspw. die Mitglieder der Behörde des ersuchenden Staates: BStGer RR.2007.6 vom 22.2.2007, E. 2.5.
416. BGer 1A.228/2006 vom 11.12.2006, E. 3.2 m.w.N.
417. BStGer RR.2016.160-164 vom 27.02.2007, E. 2.3.4 mit Hinweis u.a. auf BStGer RR.2014.95 vom 23.10.2014 (TPF 2014 113), E. 3.2.2.
418. Vgl. BSK-Thormann/Brechbühl, Art. 248 StPO N. 1 ff.
419. Unentschieden bei Keller, Art. 246 StPO N. 9 m.w.N.
420. Graf, S. 556 f. m.w.N.

Über die Entsiegelung entscheidet das zuständige kantonale **Zwangsmassnahmengericht** (wenn es sich bei der ausführenden Behörde um eine kantonale Behörde oder Bundesanwaltschaft handelt) bzw. die Beschwerdekammer des Bundesstrafgerichts (bei der Durchführung der Rechtshilfemassnahme durch eine Verwaltungsbehörde des Bundes).[422] 59

Der Entscheid betreffend die Entsiegelung wird als Zwischenverfügung des Zwangsmassnahmengerichts im Rechtshilfeverfahren behandelt und es können **keine strafprozessualen** Rechtmittel erhoben werden.[423] 60

Nach Art. 80*e* Abs. 2 IRSG ist ein Entscheid über die Entsiegelung von Unterlagen grundsätzlich **nicht selbstständig** anfechtbar,[424] da die Kenntnisnahme des Inhalts der Aufzeichnungen durch die ausführende Behörde keinen «nicht wiedergutzumachenden Nachteil» mit sich bringt; der eventuelle Nachteil entsteht erst bei der Übergabe der Aufzeichnungen an die ersuchende Behörde und über diese wird erst in der Schlussverfügung entschieden.[425] Die Entscheidung über die Entsiegelung kann deswegen i.d.R. erst zusammen mit der Schlussverfügung angefochten werden (s. Art. 80*e* Abs. 1 IRSG).[426] 61

Nach Art. 76 lit. c IRSG hat der um die Durchsuchung ersuchende Staat seinem Antrag eine **Bestätigung der Zulässigkeit** der Massnahme beizulegen. Der dem Ersuchen beigefügte Durchsuchungs- oder Beschlagnahmebefehl gilt als eine ausreichende Bestätigung (Art. 31 Abs. 2 IRSV). 62

4. Beschlagnahmen von Gegenständen und Vermögenswerten

Gemäss Art. 12 Abs. 1 IRSG finden die strafprozessualen Regelungen betreffend die Beschlagnahme Anwendung (Art. 263 ff. StPO). In Frage 63

421. BStGer RR.2014.47 vom 6.6.2014, E. 4.3.
422. BGE 138 IV 40 E. 2.2.4; BSK-Glutz, Art. 9 IRSG N. 33 ff.
423. BGE 130 II 193 E. 2.2; BGE 126 II 495 E. 3.
424. BGE 138 IV 40 E. 2.3.1; BGE 127 II 151 E. 4c/bb; BStGer RR.2016.257 vom 26.5.2017, E. 3.1 u. 4.1; BStGer RR.2015.242 vom 17.2.2016, E. 3.7.
425. BGE 127 II 151 E. 4c/bb; u. u.a. BStGer RR.2014.280 vom 15.1.2015, E. 2.3 *in fine*; falls aber die Gefahr der Kenntnisnahme durch die an den Vollzugshandlungen anwesende ausländische Behörde besteht, kann die Anfechtbarkeit der Zwischenverfügung u.U. bejaht werden, BGE 128 II 211 E. 2.1.
426. S. u.a. BGE 127 II 151 E. 4c/bb.

kommen die Beschlagnahme von **Gegenständen und Vermögenswerten**, die als Beweismittel gebraucht werden (Art. 263 Abs. 1 lit. a StPO; s.a. Art. 74 IRSG), die Sicherungseinziehungsbeschlagnahme und Vermögenseinziehungsbeschlagnahme (Art. 263 Abs. 1 lit. d StPO)[427] und die Beschlagnahme zum Zwecke der Rückgabe an den Geschädigten (Art. 263 Abs. 1 lit. c StPO).

64 Nach BGer ist die Herausgabe zur Tilgung von **Ersatzforderungen** (und auch die Beschlagnahme von Vermögenswerten für diese Zwecke) im Rahmen der kleinen Rechtshilfe nicht möglich.[428] In solchen Fällen kommt aber die Vollstreckungsrechtshilfe nach Art. 94 ff. IRSG in Frage.[429]

65 Art. 33*a* IRSV erwähnt die zulässige **Dauer** der Beschlagnahme von Gegenständen oder Vermögenswerten, die gestützt auf einen rechtskräftigen und vollstreckbaren Entscheid des ersuchenden Staates herausgegeben werden sollen (s. Art. 74*a* Abs. 3 IRSG). Diese bleiben so lange beschlagnahmt, bis der Entscheid vorliegt oder der ersuchende Staat mitteilt, dass ein solcher Entscheid (insb. aufgrund der Verjährung) nicht mehr erfolgen kann.

66 Zu
den häufigen Rechtshilfemassnahmen gehört die gesetzlich nicht geregelte **geheime Kontosperre**.[430] Als Rechtsgrundlage für diese Massnahme gelten Art. 80*n* IRSG und Art. 8 Abs. 2 BG-RVUS.[431]

67 Die Beschlagnahme kann bei der kleinen Rechtshilfe nach Art. 74a IRSG längere Zeit dauern, da grundsätzlich ein rechtskräftiger Entscheid des ersuchenden Staates vorliegen muss (s. Art. 74 Abs. 3 IRSG)[432] oder die Voraussetzungen für einen sog. **early release** erfüllt werden müssen.[433]

68 Ob die Dauer der Beschlagnahme noch verhältnismässig ist, hängt von den Umständen des konkreten Falles ab. Eine bis **zwei Jahre** dauernde Beschlagnahme wird grundsätzlich als verhältnismässig betrachtet.[434] Bei

427. Heimgartner, S. 81 ff.
428. BGE 149 IV 376 E. 6.7.
429. BGer 1C_146/2019 vom 17.5.2019, E. 4.
430. Donatsch/Heimgartner/Simonek, S. 54; Bommer/Goldschmidt, Art. 266 StPO N. 19; Eymann, S. 137 ff.
431. Kritisch dazu Eymann, S. 138, BSK-Eymann, Art. 80*n* IRSG N. 5.
432. BSK-Aepli, Art. 74*a* IRSG N. 41 ff.
433. BGE 123 II 595 E. 4e; BGE 115 Ib 517 E. 14; s.a. BSK-Aepli, Art. 74*a* IRSG N. 48 ff.; Donatsch/Heimgartner/Simonek, S. 66.

länger dauernden Massnahmen wird v.a. die Komplexität des Verfahrens und die Tätigkeit bzw. das Untätigbleiben der ersuchenden und der ersuchten Behörde berücksichtigt. Es lässt sich jedoch keine feste Grenze bestimmen, ab der die länger dauernde Beschlagnahme unverhältnismässig wäre.[435]

5. Geheime Überwachungsmassnahmen

69 Bei den Überwachungsmassnahmen ist es nicht selten aus ermittlungstaktischen Gründen erforderlich, die erhobenen Beweise für Zwecke des ausländischen Verfahrens bereits vor dem Abschluss des Rechtshilfeverfahrens zu übermitteln[436] (s.a. Art. 80*d*[bis] IRSG, sog. **dynamische Rechtshilfe**).

70 Als Massnahme der kleinen Rechtshilfe kommt u.a. die **Überwachung des Post- und Fernmeldeverkehrs** in Frage (Art. 18*a* Abs. 2 ff. IRSG). Es ist grds. unumstritten, dass diese Massnahmen im Rahmen der Rechtshilfe zulässig sind.[437] Zusätzlich zu den Voraussetzungen des Rechtshilferechts müssen aber kumulativ die Voraussetzungen der Art. 269 ff. StPO erfüllt sein (s. Art. 18*a* Abs. 4 IRSG).[438]

71 Im Art. 18*b* IRSG wurde die Übermittlung elektronischer **Verkehrsdaten** vorgesehen. Gemeint sind damit keine Inhaltsdaten, sondern andere Daten, die in Zusammenhang mit der Überwachung erhoben wurden. Die Möglichkeit der vorzeitigen Übermittlung von Inhaltsdaten richtet sich deswegen nach Art. 80*d*[bis] IRSG.

---

434. U.a. BStGer RR.2014.173 vom 30.4.2015, E. 6.5.1 mit Berufung auf BGer 1P.239/2002 vom 9.8.2002, E. 3.2; BStGer RR.2011.1 vom 18.10.2011, E. 5.2.
435. BStGer RR.2018.275 vom 27.2.2019, E. 6.4 (besonders komplexes Strafverfahren, die Behörden aktiv, 14 Jahre aber nur noch knapp verhältnismässig und die Massnahme ist aufzuheben, wenn kein Ende des Verfahrens im ersuchenden Staat absehbar); BStGer RR. 2014.173 vom 30.4.2015, E. 6.5 (18 Jahre unverhältnismässig); BGer 1C_239/2014 vom 18.8.2014, E. 3.3.2 (13 Jahre verhältnismässig); BGer 1B_179_2009 vom 24.11.2009, E. 3.2 (8 Jahre unverhältnismässig); BGer 1A.27/2006 vom 21.2.2007, E. 5.1 ff. (20 Jahre wohl unverhältnismässig, da das Verfahren im Ausland immer noch in der Voruntersuchungsphase); BGer 1A.335/2005 vom 18.8.2006, E. 6 (20 Jahre nicht verhältnismässig, der ersuchende Staat erklärte aber, dass das Verfahren innerhalb eines Jahres abgeschlossen wird, Vermögenssperre nicht aufgehoben).
436. S. BSK-Heimgartner, Art. 63 IRSG N. 24; Walder, S. 824, 830; Donatsch/Heimgartner/Simonek, S. 56.
437. BSK-Heimgartner, Art. 63 IRSG N. 25; Fabbri/Furger, S. 399.
438. Ausf. Fabbri/Furger, S. 399.

72 Die **Überwachung mit technischen Überwachungsgeräten** (Art. 280 f. StPO) wird im IRSG im Art. 18*b* Abs. 1 lit. b IRSG erwähnt.[439] Zu den Überwachungsgeräten i.S.v. Art. 280 StPO gehören bspw. Wanzen, Kameras, GPS-Tracker und die Methoden der Überwachung von elektronischen Geräten (z.B. Keylogger).[440] Es ist teilweise umstritten, ob Art. 18*b* Abs. 1 lit. b IRSG eine hinreichende gesetzliche Grundlage für die Anordnung dieser Massnahmen im Rechtshilfeverfahren darstellt.[441]

73 Die **verdeckte Ermittlung** und **die grenzüberschreitende Observation** im Rahmen der kleinen Rechtshilfe wurden in IRSG nicht vorgesehen und sind deswegen nur zulässig, wenn ein internationaler Vertrag sie zulässt.[442] Die verdeckte Ermittlung ist somit aufgrund des Art. 19 ZP II EÜR möglich[443] und die grenzüberschreitende Observation wurde in Art. 17 ZP II EÜR, sowie im

439. Art. 18*b* IRSG: 1. Die mit einem Ersuchen um Rechtshilfe befasste Behörde des Bundes oder des Kantons kann die Übermittlung elektronischer Verkehrsdaten an das Ausland vor Abschluss des Rechtshilfeverfahrens anordnen, wenn: (...) b) diese Daten aufgrund der Anordnung einer bewilligten Echtzeitüberwachung (Art. 269-281 StPO) von der ausführenden Behörde erhoben wurden.

440. BSK-Bürkli/Stöckli, Art 280 StPO N. 23 ff.

441. BSK-Heimgartner, Art. 63 IRSG N. 27 bezeichnet die Überwachung mit technischen Überwachungsgeräten als grds. unproblematisch, zumindest in der Konstellation, in der diese durch die ersuchte schweizerische Behörde durchgeführt wird und die Schweiz die Kontrolle über die erlangten Informationen hat; Donatsch/Heimgartner/Simonek, S. 57 stellen fest, dass die Zulässigkeit der Massnahme nach Art. 280 StPO ohne Rechtsgrundlage in einem Übereinkommen juristisch nicht geklärt ist (Verweis auf BGE 146 IV 36 E. 2.2); ebenfalls kritisch zum Thema Walder, S. 832; s.a. BGE 146 IV 36 E. 2.2: Bei einem transnational reisenden Fahrzeug, in dem ein GPS-Tracker und Mikrofone installiert wurden, muss auf dem Rechtshilfeweg die Bewilligung des Staates eingeholt werden, auf dessen Territorium die Massnahme durchgeführt wird oder eine Rechtsgrundlage in einem Abkommen bestehen, wobei offen gelassen wurde, ob eine nachträgliche Genehmigung ausreicht (s. Ludwiczak Glassey, Mesures, S. 413).

442. BGE 146 IV 36 E. 2.2 (grenzüberschreitende Observation); BGE 132 II 1 E. 3.4 (verdeckte Ermittlung); s.a. Donatsch/Heimgartner/Simonek, S. 57, BSK-Heimgartner, Art. 63 IRSG N. 26.

443. Zusätzliche Regelungen der verdeckten Ermittlung befinden sich in div. Abkommen mit bestimmten europäischen Ländern: u.a. Art. 17 f. des Vertrags zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der Bundesrepublik Deutschland über die grenzüberschreitende polizeiliche und justizielle Zusammenarbeit (SR 0.360.136.1) oder Art. 17 des Vertrags zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft, der Republik Österreich und dem Fürstentum Liechtenstein über die grenzüberschreitende polizeiliche Zusammenarbeit (SR 0.360.163.1).

Rahmen der polizeilichen Kooperation in Art. 40 SDÜ und in Abkommen mit gewissen europäischen Ländern[444] geregelt.

D. Herausgabe von Akten und Schriftstücken (Art. 63 Abs. 2 lit. c IRSG)

Gemeint wird im Art. 63 Abs. 2 lit. c IRSG die Herausgabe zu Beweiszwecken (Art. 74 Abs. 1 IRSG).[445] **Art. 74 Abs. 1 IRSG** regelt die zusätzlichen Aspekte der Beweismittelherausgabe (u.a. die Rechte gutgläubiger Dritter, Art. 71 Abs. 2 IRSG und den Aufschub der Herausgabe, Art. 74 Abs. 3 IRSG). 74

Im Art. 63 Abs. 2 lit. c IRSG werden nur die Akten und die Schriftstücke erwähnt. Auch **andere Beweismittel** (Gegenstände, Vermögenswerte) können aber herausgegeben werden (s. Art. 74 Abs. 1 IRSG). 75

Es kann sich um die Beweisstücke handeln, die sich bereits in den Händen der ersuchten Behörde befinden oder die ohne Anwendung des Zwangs erlangt werden können (z.B. Akten, Einvernahmeprotokolle aus anderen Verfahren). In Frage kommen aber auch die Beweismittel, welche die ausführende Behörde zuerst erheben muss (s. oben Art. 63 Abs. 2 lit. b IRSG). 76

E. Herausgabe von Gegenständen oder Vermögenswerten zur Einziehung oder Rückerstattung an den Berechtigten (Art. 63 Abs. 2 lit. d IRSG)

Die Herausgabe von Gegenständen oder Vermögenswerten zur Einziehung oder Rückerstattung wird im **Art. 74*a* IRSG** geregelt.[446] 77

Dort wird ebenfalls präzisiert, welche Gegenstände oder Vermögenswerte herausgegeben werden dürfen (Art. 74*a* Abs. 2 lit. a-c IRSG), sowie wann und unter welchen Voraussetzungen die Herausgabe erfolgen kann (Art. 74*a* Abs. 3-7 IRSG). 78

444. U.a. Art. 14 f. des Vertrags zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der Bundesrepublik Deutschland über die grenzüberschreitende polizeiliche und justizielle Zusammenarbeit (SR 0.360.136.1); Art. 12 des Abkommens zwischen dem Schweizerischen Bundesrat und der Regierung der Französischen Republik über die grenzüberschreitende Zusammenarbeit in Justiz-, Polizei- und Zollsachen (SR 0.360.349.1).
445. S.a. OK-Corminboeuf Harari, Art. 74 IRSG N. 1 ff.
446. S.a. OK-Giroud/Aellen, Art. 74*a* IRSG N. 20 ff.

IV. «VERFAHREN IN STRAFRECHTLICHEN ANGELEGENHEITEN», ART. 63 ABS. 3 IRSG

79 Im Art. 63 Abs. 3 IRSG werden **Beispiele** von Verfahren in «Strafsachen» i.S.v. Art. 1 Abs. 3 IRSG aufgeführt, bei denen die kleine Rechtshilfe geleistet werden kann. Zu diesen gehören die Verfolgung strafbarer Handlungen i.S.v. Art. 1 Abs. 3 IRSG[447] (Art. 63 Abs. 3 lit. a IRSG), Verwaltungsmassnahmen gegen einen Straftäter (Art. 63 Abs. 3 lit. b IRSG), der Vollzug von Strafurteilen, die Begnadigung (Art. 63 Abs. 3 lit. c IRSG) und die Wiedergutmachung wegen ungerechtfertigter Haft (Art. 63 Abs. 3 lit. d IRSG).

80 Es handelt sich dabei um keine abschliessende Aufzählung («insbesondere»).

81 Der Begriff des Verfahrens in strafrechtlichen Angelegenheiten ist **breit** auszulegen.[448] Darunter sind u.U. auch Verfahren zu verstehen, die eng mit dem Strafverfahren zusammenhängen.[449] Bei der Bestimmung, ob es sich um ein Verfahren in strafrechtlichen Angelegenheiten handelt, ist nach dem Prinzip der Rechtshilfefreundlichkeit zu berücksichtigen, dass im ersuchenden Staat die Verfahren und die Zuständigkeiten der Behörden anders ausgestaltet sein können als in der Schweiz.[450]

V. EMPFÄNGER DER KLEINEN RECHTSHILFE, ART. 63 ABS. 4 IRSG

82 Die kleine Rechtshilfe in Strafsachen, wie auch die internationale Rechtshilfe in Strafsachen generell, wird grundsätzlich an ausländische **Staaten** geleistet.

83 Art. 63 Abs. 4 IRSG enthält eine Ausnahme von dieser Regel. Die kleine Rechtshilfe kann auch an den **Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte** geleistet werden. Weitere Ausnahmen sind im Art. 1 Abs. 3bis (die Rechtshilfe an internationale Gerichte oder andere zwischen- oder überstaatliche Einrichtungen mit strafbehördlichen Funktionen) und Abs. 3ter IRSG (bis jetzt aufgrund dieser Norm: die Rechtshilfe an die Europäische

447. S.a. OK-Mieli, Art. 1 IRSG N. 25 ff.
448. Zimmermann, N. 684; Donatsch/Heimgartner/Simonek, S. 10.
449. S. u.a. BGE 133 IV 40 E. 3.2 unter Berufung auf BGE 109 Ib 50 E. 3; Botschaft IRSG I, S. 482; Donatsch/Heimgartner/Simonek, S. 11; Ludwiczak Glassey, Art. 63 N. 52.
450. S.a. Stelzer-Wieckowska, S. 38.

Staatsanwaltschaft[451]) zu finden. Die Regelung der Zusammenarbeit mit dem Internationalen Strafgerichtshof befindet sich in einem separatem Gesetz.[452]

VI. RECHTSHILFE ZUR ENTLASTUNG DES VERFOLGTEN, ART. 63 ABS. 5 IRSG

Nach Art. 63 Abs. 5 IRSG kann die kleine Rechtshilfe **ausnahmsweise** auch beim Vorliegen der Ausschlussgründe von Art. 3-5 IRSG geleistet werden, wenn sie der Entlastung des Verfolgten dienen soll.[453] 84

Für die ersuchte Behörde kann es bei komplexeren Sachverhalten bzw. bei umfangreichem Beweismaterial schwierig oder unmöglich sein, einzuschätzen, ob die zu leistende Rechtshilfe für den Verfolgten tatsächlich **entlastend** ist.[454] Zusätzlich problematisch ist, dass die zu leistende Rechtshilfe für andere Personen potenziell belastend sein kann und durch die Übermittlung der Beweise die Ausschlussgründe von Art. 3-5 IRSG umgegangen werden können.[455] 85

Sowohl in der Rechtsprechung als auch in der Literatur wird darauf hingewiesen, dass die Bestimmung restriktiv anzuwenden sei, eine **potenziell** entlastende Wirkung reicht nicht aus.[456] Die Leistung der Rechtshilfe nach Art. 63 Abs. 5 IRSG soll nur dann möglich sein, wenn der Verfolgte zustimmt.[457] Die entlastende Wirkung der Rechtshilfe ist wohl zu verneinen, wenn sich der Verfolgte der Rechtshilfeleistung ausdrücklich widersetzt.[458] 86

Nach IRSG ist die Leistung der kleinen Rechtshilfe zur Entlastung des Verfolgten auch in gewissen anderen Situationen ausnahmsweise zulässig. 87

451. Verordnung über die Zusammenarbeit mit der Europäischen Staatsanwaltschaft vom 21. Dezember 2022, SR 351.13.
452. Bundesgesetz über die Zusammenarbeit mit dem Internationalen Strafgerichtshof vom 22.6.2001 (SR 351.6).
453. Die Platzierung dieser wichtigen Ausnahme an der «unauffälligen Stelle» im Art. 63 Abs. 5 IRSG wird in der Literatur zurecht als «systematisch überraschend» bezeichnet: Heimgartner-BSK, Art. 63 IRSG N. 37.
454. Zimmermann, N. 723; BGE 113 Ib 67 E. 4a.
455. BSK-Heimgartner, Art. 63 IRSG N. 37.
456. BSK-Heimgartner, Art. 63 IRSG N. 37 mit Hinweis auf BGE 113 Ib 67 E. 4a.
457. BGE 113 Ib 67 E. 4a unter Verweis auf die Geschichte der Norm und die parlamentarischen Arbeiten; s.a. Zimmermann, N. 723.
458. Vgl. BStGer RR.2020.29 vom 16.6.2021, E. 4.2.1 und der dort geschilderte Sachverhalt.

Nach **Art. 64 Abs. 2 lit a IRSG** gilt bei solchen Massnahmen die Voraussetzung der beidseitigen Strafbarkeit nicht und nach **Art. 66 Abs. 2 IRSG** kann die Rechtshilfe in solchen Fällen geleistet werden, obwohl in der Schweiz ein Verfahren gegen den Verfolgten wegen derselben Tat hängig ist.

LITERATURVERZEICHNIS

Aepli Michael, Kommentierung zu Art. 74a IRSG, in: Niggli Marcel Alexander/Heimgartner Stefan (Hrsg.), Basler Kommentar, Internationales Strafrecht IRSG GwÜ, Basel 2015.

Bommer Felix/Goldschmidt Peter, Kommentierung zu Art. 266 StPO, in: Niggli Marcel Alexander/Heer Marianne/Wiprächtiger Hans (Hrsg.), Basler Kommentar Schweizerische Strafprozessordnung / Jugendstrafprozessordnung, 3. Aufl., Basel 2023.

Corminboeuf Harari Corinne, Kommentierung zu Art. 74 IRSG, in: Staffler Lukas/Ludwiczak Glassey Maria (Hrsg.), Onlinekommentar zum Bundesgesetz über internationale Rechtshilfe in Strafsachen – Version: 2.4.2024: https://onlinekommentar.ch/de/kommentare/irsg74, besucht am 7.7.2025, DOI: 10.17176/20240402-171818-0).

Dangubic Miro/Clerc Yves, Art. 80dbis IRSG – ein Überblick, forumpoenale 2022, S. 287–292.

Donatsch Andreas/Heimgartner Stefan/Simonek Madeleine, Internationale Rechtshilfe unter Einbezug der Amtshilfe im Steuerrecht, 3. Aufl., Zürich et al. 2024.

Eymann Stephanie, Die strafprozessuale Kontosperre, Basel 2009.

Eymann Stephanie, Kommentierung zu Art. 80n IRSG, in: Niggli Marcel Alexander/Heimgartner Stefan (Hrsg.), Basler Kommentar, Internationales Strafrecht IRSG GwÜ, Basel 2015.

Fabbri, Alberto/Furger, Andrea, Geheime Überwachungsmassnahmen in der internationalen Kooperation in Strafsachen: Ermittlungserfolg im Ausland versus Rechtsgüterschutz in der Schweiz?, ZStrR 2010, S. 394–416.

Frei, Lionel, Beschlagnahme und Einziehung als Rechtshilfemassnahmen, ZStrR 1988, S. 312 ff.

Giroud Sandrine/Aellen Louise, Kommentierung zu Art. 74a IRSG, in: Staffler Lukas/Ludwiczak Glassey Maria (Hrsg.), Onlinekommentar zum Bundesgesetz über internationale Rechtshilfe in Strafsachen – Version: 08.01.2025: https://onlinekommentar.ch/de/kommentare/irsg74a, besucht am 7.7.2025, DOI: 10.17176/20240402-171818-0).

Glutz Alexander M., Kommentierung zu Art. 9 IRSG, in: Niggli Marcel Alexander/Heimgartner Stefan (Hrsg.), Basler Kommentar, Internationales Strafrecht IRSG GwÜ, Basel 2015.

Godenzi Gunhild, Kommentierung zu Art. 144 StPO, in: Donatsch Andreas/Lieber Victor/Summers Sarah/Wohlers Wolfgang (Hrsg.), Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung StPO, 3. Aufl., Zürich 2020.

Graf Damian, Aspekte der strafprozessualen Siegelung, AJP 2017, S. 553–568.

Heimgartner Stefan, Kommentierung zu Art. 63 IRSG, in: Niggli Marcel Alexander/Heimgartner Stefan (Hrsg.), Basler Kommentar, Internationales Strafrecht IRSG GwÜ, Basel 2015.

Inglese Nicola, Das Beweisausforschungsverbot: Das Verbot sog. fishing expeditions und seine nationalen und grenzüberschreitenden Bezüge, Basel 2017.

Inglese Ramon, Teilnahme ausländischer Prozessbeteiligter am Verfahren der internationalen Rechtshilfe, Basel 2015.

Keller Andreas J., Kommentierung zu Art. 246 StPO, in: Donatsch Andreas/Lieber Victor/Summers Sarah/Wohlers Wolfgang (Hrsg.), Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung StPO, 3. Aufl., Zürich 2020.

Keller Andreas J., Kommentierung zu Art. 247 StPO, in: Donatsch Andreas/Lieber Victor/Summers Sarah/Wohlers Wolfgang (Hrsg.), Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung StPO, 3. Aufl., Zürich 2020.

Kuster Susanne/Mauro Raphaël, Aktuelle Herausforderungen der Beweisrechtshilfe, in: Breitenmoser Stephan/Ehrenzeller Bernhard (Hrsg.), Internationale Amts- und Rechtshilfe in Steuer- und Finanzmarktsachen, Zürich 2017, S. 43 ff.

Mieli Gaelle, Kommentierung zu Art. 1 IRSG, in: Staffler Lukas/Ludwiczak Glassey Maria (Hrsg.), Onlinekommentar zum Bundesgesetz über

internationale Rechtshilfe in Strafsachen – Version: 08.09.2023: https://onlinekommentar.ch/de/kommentare/irsg1, besucht am 7.7.2025, DOI: 10.17176/20230908-105008-0).

Ludwiczak Maria, La proportionnalité en entraide internationale en matière pénale, AJP 2017, S. 608–612 (zit. Ludwiczak, La proportionnalité).

Ludwiczak Glassey Maria, Kommentierung zu Art. 63 IRSG, in: Ludwiczak Glassey, Maria/Moreillon, Laurent (Hrsg.), Petit Commentaire EIMP: Loi sur l'entraide pénale internationale, Basel 2024.

Ludwiczak Glassey Maria, Mesures de surveillance suisses et résultats obtenus à l'étranger, Remarques à propos de l'ATF 146 IV 36, forumpoenale 2020, S. 410–413 (zit. Ludwiczak Glassey, Mesures).

Riedo Christof/Fiolka Gerhard/Niggli Marcel Alexander, Strafprozessrecht sowie Rechtshilfe in Strafsachen, Basel 2011.

Stelzer-Wieckowska Marta, Die kleine Rechtshilfe in Strafsachen: grundrechtliche Stellung der betroffenen Person, Zürcher Studien zum Strafrecht Bd. 113, Zürich 2022.

Thormann Olivier/Brechbühl Beat, Kommentierung zu Art. 247 StPO, in: Niggli Marcel Alexander/Heer Marianne/Wiprächtiger Hans (Hrsg.), Basler Kommentar Schweizerische Strafprozessordnung / Jugendstrafprozessordnung, 3. Aufl., Basel 2023.

Thormann Olivier/Brechbühl Beat, Kommentierung zu Art. 248 StPO, in: Niggli Marcel Alexander/Heer Marianne/Wiprächtiger Hans (Hrsg.), Basler Kommentar Schweizerische Strafprozessordnung / Jugendstrafprozessordnung, 3. Aufl., Basel 2023.

Walder Jacqueline, In dubio pro dynamische Rechtshilfe? Die vorzeitige Übermittlung nach Art. 80dbis IRSG am Beispiel geheimer Überwachungsmassnahmen und ihre Vereinbarkeit mit dem Konventionsrecht, AJP 2024, S. 824–844.

Zimmermann Robert, La coopération judiciaire internationale en matière pénale, 6. Aufl., Bern 2024.

MATERIALIENVERZEICHNIS

Botschaft des Bundesrates an die Bundesversammlung zu einem Bundesgesetz über internationale Rechtshilfe in Strafsachen und einem Bundesbeschluss über Vorbehalte zum Europäischen Auslieferungsübereinkommen vom 8.3.1976 BBl 1976 II 444, abrufbar unter https://www.fedlex.admin.ch/eli/fga/1976/2_444_430_443/de, besucht am 7.7.2025 (zit. Botschaft IRSG I).

Botschaft betreffend Änderung des Rechtshilfegesetzes und des Bundesgesetzes zum Staatsvertrag mit den USA über gegenseitige Rechtshilfe in Strafsachen sowie den Bundesbeschluss über einen Vorbehalt zum Europäischen Übereinkommen über die Rechtshilfe in Strafsachen, BBl 1995 III 1, abrufbar unter https://www.fedlex.admin.ch/eli/fga/1995/3_1_1_1/de, besucht am 7.7.2025 (zit. Botschaft IRSG II).

Bundesgesetz über die internationale Rechtshilfe in Strafsachen: Entwurf, BBl 1976 II 491, abrufbar unter https://www.fedlex.admin.ch/eli/fga/1976/2_444_430_443/de, besucht am 7.7.2025.

Die internationale Rechtshilfe in Strafsachen Wegleitung, 9. Aufl. 2009 (Rechtsprechung
Stand Mai 2010) (zit. Wegleitung Rechtshilfe), abrufbar unter https://www.rhf.admin.ch/dam/rhf/de/data/strafrecht/wegleitungen/wegleitung-strafsachen-d.pdf, besucht am 7.7.2025.

ACHTUNG: Diese Version des Kommentars ist eine automatische maschinelle Übersetzung des Originals. Die Originalversion ist französisch. Die Übersetzung wurde mit www.deepl.com durchgeführt. Nur die Originalversion ist autoritativ. Die übersetzte Form des Kommentars kann nicht zitiert werden.

KOMMENTIERUNG ZU

Art. 65 IRSG

Eine Kommentierung von Yasmine Dellagana-Sabry

ZITIERVORSCHLAG

Yasmine Dellagana-Sabry, Kommentierung zu Art. 65 IRSG, in: Maria Ludwiczak Glassey/Lukas Staffler (Hrsg.), Onlinekommentar zum Bundesgesetz über internationale Rechtshilfe in Strafsachen

Kurzzitat: OK-Dellagana-Sabry, Art. 65 IRSG N. XXX.

Art. 65 Anwendung ausländischen Rechts

[1] Auf ausdrückliches Ersuchen des ausländischen Staates:

a. werden die Aussagen von Zeugen oder Sachverständigen in der vom Recht des ersuchenden Staates vorgeschriebenen Form bekräftigt, auch wenn das massgebende schweizerische Recht die Bekräftigung nicht vorsieht;

b. können die für die gerichtliche Zulassung anderer Beweismittel erforderlichen Formen berücksichtigt werden.

[2] Die Formen der Bekräftigung und Beschaffung von Beweismitteln nach Absatz 1 müssen mit dem schweizerischen Recht vereinbar sein, und es dürfen den daran Beteiligten daraus keine wesentlichen Nachteile erwachsen.

[3] Die Aussage kann auch verweigert werden, soweit das Recht des ersuchenden Staates es vorsieht oder die Tatsache der Aussage nach dem Recht dieses Staates oder des Staates, in dem der Aussagende wohnt, strafrechtliche oder disziplinarische Sanktionen nach sich ziehen kann.

GLIEDERUNG

I. Allgemeines ... 296
II. Inhalt der Norm ... 297
A. Ersuchen des ersuchenden Staates ... 297
B. Beweismittel (Abs. 1) ... 297
1. Bestätigung von Erklärungen (Bst. a) ... 297
2. Weitere Beweismittel (Bst. b) ... 298
a. Anhörung per Videokonferenz ... 300
b. Vernehmung per Telefonkonferenz ... 304
c. Schlussbemerkungen ... 306
C. Vereinbarkeit mit dem schweizerischen Recht und Fehlen schwerwiegender Nachteile für die am Verfahren beteiligten Personen (Abs. 2) ... 306
D. Zeugnisverweigerungsrecht (Abs. 3) ... 307
III. Fälle gemäss Art. 65 IAV als Rechtsmittelgründe ... 309
Literaturverzeichnis ... 309
Materialienverzeichnis ... 310

I. ALLGEMEINES

1 Die Erledigung der im Rahmen der internationalen Zusammenarbeit in Strafsachen beantragten Rechtshilfemassnahmen erfolgt grundsätzlich nach den Formen und dem Verfahren des ersuchten Staates (*locus regit actum*; vgl. namentlich Art. 3 CEEJ, Art. 22 CEExtr und Art. 80*a* Abs. 2 IRSG). Folglich unterliegen im Rahmen der passiven Rechtshilfe die vom ersuchenden Staat beantragten und von den schweizerischen Behörden für die Zwecke eines ausländischen Strafverfahrens vorgenommenen Handlungen dem schweizerischen Recht und nicht dem Recht des betreffenden Staates. In Ermangelung eines internationalen Vertrags sind somit das RST und die dazugehörige Verordnung auf die Erledigung ausländischer Rechtshilfeersuchen durch die schweizerischen Behörden anwendbar (Art. 1 Abs. 1 RST). Hilfsweise finden die übrigen Verfahrensgesetze, darunter das VwVG oder die StPO, Anwendung (Art. 12 Abs. 1 RST).

2 Art. 65 IRSG sieht jedoch eine **Ausnahme** vom vorgenannten Grundsatz vor, die es ermöglicht, die Verwertbarkeit bestimmter Beweismittel, die in der Schweiz in Erfüllung eines Rechtshilfeersuchens erhoben wurden, im Rahmen des ausländischen Strafverfahrens zu gewährleisten. Der Zweck der Rechtshilfe, besteht insbesondere darin, die ausländischen Behörden bei ihren Ermittlungen zu unterstützen; dieser Zweck wäre nämlich verfehlt, wenn die von den Behörden des ersuchten Staates übermittelten Beweismittel aufgrund von Verstössen gegen die im ersuchenden Staat geltenden Verfahrensvorschriften letztlich nicht verwertbar wären. Daher erlaubt Art. 65 IRSG unter Vorbehalt der schweizerischen öffentlichen Ordnung (Art. 1*a* IAA; vgl. auch Art. 8 PAII CEEJ) sowie unter der Voraussetzung, dass die *infra* genannten Bedingungen erfüllt sind, die Anwendung bestimmter Formvorschriften des ausländischen Rechts (*forum regit actum*) auf die vom ersuchenden Staat beantragten und in der Schweiz durchgeführten Ermittlungsmassnahmen. Die wichtigsten Anwendungsfälle des ausländischen Rechts betreffen insbesondere eidesstattliche Erklärungen oder feierliche Versprechen sowie Einvernahmen per Videokonferenz. Zu beachten ist, dass sich Art. 65 IRSG auf die Form der Handlung bezieht und insbesondere nicht die Beweiskraft des so erhobenen Beweismittels regelt.

II. INHALT DER NORM

A. Ersuchen des ersuchenden Staates

Gemäss Art. 65 Abs. 1 *in initio* IRSG ist die Anwendung ausländischen Rechts durch die schweizerischen Vollzugsbehörden auf **ausdrückliches Ersuchen** des ersuchenden Staates möglich. 3

Fehlt ein solches Ersuchen, können die schweizerischen Behörden die ersuchende Behörde darauf hinweisen, dass ein solches Ersuchen gestellt werden muss; andernfalls findet schweizerisches Recht Anwendung. Dies bedeutet für die schweizerischen Behörden, dass sie gemäss dem oben genannten Zweck der Rechtshilfe und in den Fällen, die unter Art. 65 IRSG fallen, prüfen müssen, ob die Anwendung des schweizerischen Rechts zur Unzulässigkeit der Beweismittel führen könnte, die an die ausländische Behörde übermittelt werden sollen. 4

B. Beweismittel (Abs. 1)

1. Bestätigung von Erklärungen (Bst. a)

Aus Art. 65 Abs. 1 Bst. a IRSG geht hervor, dass auf ausdrückliches Ersuchen des ersuchenden Staates die **Erklärungen von Zeugen und Sachverständigen** in der nach dem Recht des ersuchenden Staates vorgesehenen Form bestätigt werden, auch wenn das anwendbare schweizerische Recht eine solche Bestätigung nicht vorsieht. 5

Der in der vorgenannten Bestimmung verwendete Begriff «**Bestätigung**» bezieht sich auf Aussagen, die in feierlicher Form gemacht wurden, um deren Inhalt und Echtheit im Hinblick auf ihre Verwendung als Beweismittel zu untermauern oder gar zu begründen. Dabei handelt es sich hauptsächlich um Zeugenaussagen und eidesstattliche Erklärungen, d. h. das Versprechen der Wahrheit unter Anrufung Gottes oder einer heiligen Instanz als Zeuge oder unter feierlichem Gelübde, was der entsprechenden weltlichen Erklärung entspricht. Solche Verpflichtungen, die in der Regel mündlich erfolgen, sind insbesondere im Recht der *Common-Law*-Staaten vorgesehen, wie beispielsweise in den Vereinigten Staaten von Amerika (vgl. Art. 9 Abs. 2 und Art. 12 Abs. 1 TEJUS). 6

7 Die Frage der Bestätigung von Erklärungen stellt sich in der Praxis auch im Zusammenhang mit bestimmten Dokumenten, insbesondere Bankunterlagen, die an den ersuchenden Staat übermittelt werden sollen. In mehreren *Common-Law*-Ländern, insbesondere in dem oben genannten (vgl. Art. 18 TEJUS), hängt die Beweiskraft solcher Beweismittel grundsätzlich von ihrer Beglaubigung mittels einer schriftlichen Erklärung ab, die in der Regel in Form eines *Affidavits* abgegeben wird. Mit dieser Erklärung bestätigt der Verfasser, in der Regel die Person, die die Unterlagen erstellt hat, dass die übermittelten Dokumente vollständig und korrekt sind und keiner Veränderung unterzogen wurden. Diese Anforderung erklärt sich durch die besondere Stellung, die Zeugenaussagen traditionell in den Systemen des *Common Law* einnehmen, wo die Glaubwürdigkeit eines Beweismittels oft durch eine Person festgestellt wird, die dessen Herkunft, Unversehrtheit und die Umstände seiner Entstehung garantieren kann. Eine solche Praxis lässt sich auf den ersten Blick mit den Formvorschriften von Art. 65 Abs. 1 Bst. b IRSG genannten Formvorschriften verglichen werden, soweit der *Affidavit* gerade darauf abzielt, die Zulässigkeit oder Verwertbarkeit der Beweismittel vor den Gerichten des ersuchenden Staates sicherzustellen. Die rechtliche Einordnung dieser Massnahme bleibt nach schweizerischem Recht jedoch umstritten. Es stellt sich nämlich die Frage, ob die Erstellung eines solchen Dokuments tatsächlich eine blosse formelle Massnahme im Zusammenhang mit einem bereits erhobenen Beweismittel darstellt oder ob es sich nicht vielmehr um eine eigenständige Massnahme zur Vollstreckung des Rechtshilfeersuchens handelt, *in casu* zusätzlich zur Anordnung zur Einreichung von Dokumenten. Unserer Ansicht nach ist das*Affidavit* als eigenständige Massnahme der Vorlagepflicht zu verstehen und als schriftlicher Bericht im Sinne von Art. 145 StPO zu qualifizieren, der durch Verweis aus Art. 12 IRP anwendbar ist. Diese Einstufung scheint im Einklang mit der restriktiven Rechtsprechung gemäss BGE 131 II 132 zu stehen, da der Gegenstand der Massnahme nicht mehr ausschliesslich darin besteht, eine vom ausländischen Recht vorgeschriebene Form einzuhalten, sondern vielmehr darin, ein neues Beweismittel zu schaffen, das die bereits erhobenen Beweismittel ergänzt.

2. Weitere Beweismittel (Bst. b)

8 Gemäss Art. 65 Abs. 1 Bst. b IRSG kann auf ausdrückliches Ersuchen des ersuchenden Staates die Form berücksichtigt werden, die erforderlich ist,

damit**andere Beweismittel** vor einem Gericht zulässig sind. Mit anderen Worten: Die Ausnahme vom oben genannten Grundsatz *locus regit actum* ist auch für andere Beweismittel denkbar, wenn die Einhaltung besonderer, im Recht des ersuchenden Staates vorgesehener Formvorschriften für deren Zulassung und damit für deren Verwertbarkeit vor ausländischen Gerichten erforderlich ist.

Obwohl die Bestimmung hinsichtlich der Formvorschriften des ausländischen Rechts, die berücksichtigt werden können, relativ weit gefasst erscheint, sind diese jedoch durch die Voraussetzung der **Vereinbarkeit mit den Grundsätzen des schweizerischen Rechts** eingeschränkt (Art. 65 Abs. 2 IRSG; vgl. auch Art. 8 PAII CEEJ) . Dabei ist der Zweck der Norm zu berücksichtigen; andernfalls könnten die schweizerischen Behörden aufgefordert werden, Verfahrenshandlungen durchzuführen, die vor schweizerischen Gerichten nicht zulässig wären, was im Übrigen gegen Art. 63 IAA verstossen würde. So ermöglicht Art. 65 IRSG ermöglicht es, in der Schweiz und gemäss den durch das ausländische Recht vorgeschriebenen Formen Verfahrenshandlungen durchzuführen, die der schweizerischen Rechtsordnung bekannt sind. Zu beachten ist, dass für Rechtshilfemassnahmen mit weitreichender Tragweite, insbesondere solche, bei denen die Beweismittel der ersuchenden Behörde in Echtzeit übermittelt werden, bevor das schweizerische Rechtshilfeverfahren abgeschlossen ist (z. B. die Einvernahme per Videokonferenz oder der Einsatz ausländischer verdeckter Ermittler), verlangt das Bundesgericht eine vertragliche Rechtsgrundlage als Ausdruck der ausdrücklichen internationalen Verpflichtung der Schweiz. Damit die Rechtshilfe gewährt werden kann, ist es daher nicht erforderlich, dass die von der ausländischen Behörde geforderte Massnahme – mit weitreichender Tragweite – von der ausländischen Behörde verlangt wird, ihre Grundlage im schweizerischen Recht zu haben. Es genügt hingegen, dass die Rechtshilfemassnahme in einem für die Schweiz verbindlichen Vertrag ausdrücklich vorgesehen ist, und zwar selbst dann, wenn das innerstaatliche Recht das betreffende Beweismittel (z. B. die Einvernahme per Telefonkonferenz) nicht kennt oder eine oder mehrere Voraussetzungen für dieses Beweismittel nach schweizerischem Recht nicht erfüllt sind. 9

In der Rechtslehre wird **die Anwesenheit des Beschuldigten und/oder seines Verteidigers bei der Einvernahme eines Zeugen** im 10

Zusammenhang mit Art. 65 Abs. 1 Bst. b IRSG als Beispiel angeführt. Ist die Formvorschrift bezüglich der Anwesenheit des Beschuldigten und/oder seines Verteidigers bei der Durchführung einer Rechtshilfemassnahme, die von den schweizerischen Behörden nach schweizerischem Verfahrensrecht durchgeführt wird, in Art. 65*a* IRSG geregelt ist, kann die hier in Frage stehende Bestimmung tatsächlich Anwendung finden, wenn die Rechtshilfemassnahme in der Schweiz gemäss den Vorschriften des ausländischen Rechts durchgeführt wird. Dieses kann somit beispielsweise die Gültigkeit von Beweismitteln, die mittels einer Anhörung per Videokonferenz oder Telefonkonferenz erhoben wurden, von der oben genannten Anwesenheit abhängig machen. Zu beachten ist, dass der Bundesrat in seiner Botschaft zum Zweiten Zusatzprotokoll zum EOG darauf hingewiesen hat, dass der Rückgriff auf Videokonferenzen sowie auf Telefonkonferenzen generell durch Art. 65 IAVO als «vorgeschriebene Form» gemäss dieser Bestimmung generell zugelassen werden könnte.

a. Anhörung per Videokonferenz

11 Die **Anhörung eines Zeugen oder Sachverständigen** per Videokonferenz ist insbesondere in Art. 9 Zweites Zusatzprotokoll zur ECEJ verankert, das für die Schweiz am 1. Februar 2005 in Kraft getreten ist.

12 Die Vernehmung per Videokonferenz ist der klassischen Form **nachrangig**, da sie nur dann zulässig ist, wenn es für den Zeugen oder Sachverständigen unzweckmässig oder unmöglich wäre, sich vom Hoheitsgebiet des ersuchten Staates, in dem er sich befindet, in das des ersuchenden Staates zu begeben, um dort vernommen zu werden (Art. 9 Abs. 1 und 3 PAII CEEJ). Unter «Unzweckmässigkeit» sind beispielsweise Fälle zu verstehen, in denen sich die zu vernehmende Person aufgrund ihres Alters oder ihres Gesundheitszustands nicht ohne Weiteres fortbewegen kann. Die «Unmöglichkeit» bezieht sich insbesondere auf eine ernsthafte Gefahr, der sich die betroffene Person aussetzen könnte, wenn sie im Hoheitsgebiet des ersuchenden Staates erscheinen würde. Neben dem Namen der Justizbehörde und der Personen, die die Anhörung durchführen werden, ist die ersuchende Behörde verpflichtet, einen dieser Gründe zur Begründung ihres Ersuchens anzugeben (Art. 9 Abs. 3 PAII CEEJ).

13 Sofern die Anhörung per Videokonferenz nicht gegen die Grundprinzipien des schweizerischen Rechts verstösst (vgl. Art. 65 Abs. 2 IRSG) und die

Schweiz über die für deren Durchführung erforderlichen technischen Mittel verfügt, sind die schweizerischen Behörden verpflichtet, einem entsprechenden Antrag eines ersuchenden Staates, der Vertragspartei des betreffenden Protokolls (Art. 9 Abs. 2, 1. Satz PAII CEEJ) oder eines bilateralen Vertrags, der dies vorsieht, zuzustimmen, und zwar selbst dann, wenn die genannte **Anhörung von den zuständigen ausländischen Behörden in Anwendung ihres eigenen Verfahrensrechts durchgeführt wird** (Art. 9 Abs. 5 Bst. c und 7 PAII CEEJ; vgl. Art. VI Abs. 5 Bst. c ECEJ-Abkommen CH-I; vgl. auch Art. 65 Abs. 1 Bst. b IRSG).

Die Anhörung per Videokonferenz unterliegt strengen Vorschriften hinsichtlich ihrer **Modalitäten** (vgl. Art. 9 Abs. 4–7 PAII ECEJ). Sie erfolgt insbesondere unter der Aufsicht der Justizbehörden des ersuchten Staates, die gemäss den in dessen Rechtsordnung vorgesehenen Vorschriften für die Vorladung (Art. 9 Abs. 4 PAII CEEJ) und die dafür sorgen, dass die Grundprinzipien seines Rechts sowie der Schutz der zu vernehmenden Person und die Wahrung ihrer Rechte gewahrt bleiben (Art. 8 und 9 Abs. 5 Bst. a und b PAII CEEJ; vgl. auch Art. 65 Abs. 2 IRSG). Insbesondere kann der befragte Zeuge oder Sachverständige sich auf das Zeugnisverweigerungsrecht berufen, das ihm sowohl nach dem Recht des ersuchten Staates als auch nach dem Recht des ersuchenden Staates zusteht (Art. 9 Abs. 5 Bst. e PAII CEEJ; vgl. auch Art. 65 Abs. 3 IRSG). Zu beachten ist, dass die Folgen einer Verletzung der Zeugnispflicht sowie einer Falschaussage nach dem Recht des ersuchten Staates geregelt sind (Art. 9 Abs. 7 PAII CEEJ; vgl. auch Art. 163 Abs. 2, 176 und 177 Abs. 1 StPO; Art. 307 StGB). 14

Obwohl sich Art. 9 PAII CEEJ in erster Linie auf die Vernehmung von Zeugen und Sachverständigen bezieht, ermöglicht Abs. 8 dieser Bestimmung den Vertragsstaaten, Videokonferenzen auch für die**Vernehmung von strafrechtlich Verfolgten oder Verdächtigen** zu nutzen, sofern die folgenden drei kumulativen Voraussetzungen erfüllt sind: (i) Die Justizbehörden des ersuchenden und des ersuchten Staates sind sich einig, diese Methode der Vernehmung anzuwenden, und haben sich über die Modalitäten geeinigt; (ii) die von ihnen getroffene Vereinbarung steht im Einklang mit ihrem nationalen Recht sowie mit den anwendbaren internationalen Verträgen (z. B. Art. 6 Abs. 3 EMRK) ; (iii) die strafrechtlich verfolgte Person oder der Verdächtige muss ihre bzw. seine Zustimmung erteilt haben. 15

16 Obwohl die Videokonferenz ein besonders praktisches Instrument für die Durchführung von Vernehmungen mit internationalem Bezug darstellt, wirft sie dennoch zahlreiche **Schwierigkeiten bei der Integration in das System des IRSG** auf, wenn die Schweiz der ersuchte Staat ist. Alle an der Videokonferenz-Anhörung anwesenden Personen – insbesondere die Justizbehörden des ersuchenden Staates – können nämlich direkt Kenntnis von den Aussagen der befragten Person erlangen, und zwar noch bevor eine abschliessende Entscheidung über die Übermittlung der betreffenden Informationen an den genannten Staat getroffen wurde oder der Berechtigte seiner Zustimmung dazu gegeben hat, was somit das Risiko einer unkontrollierten Weitergabe von Informationen ins Ausland mit sich bringt. Angesichts seines unmittelbaren und sofortigen Charakters ist dieses Instrument daher unvereinbar mit den Grundsätzen, die im Rahmen des schweizerischen Rechtshilfeverfahrens zu beachten sind, insbesondere mit den Grundsätzen der Verhältnismässigkeit und des «potenziellen Nutzens» sowie mit dem Spezialitätsprinzip.

17 Um diese Unvereinbarkeit mit dem im IRSG vorgesehenen Rechtshilfeverfahren bestmöglich zu verringern, werden von der Lehre und der Rechtsprechung folgende **Lösungen** vorgeschlagen. Im **ersten Fall** wird die Anhörung per Videokonferenz, wie auch die anderen Rechtshilfemassnahmen, zwischen dem Eintrittsentscheid und dem Schlussentscheid durchgeführt. In diesem Fall obliegt es der schweizerischen Vollzugsbehörde, eine Eintretensverfügung im Sinne von Art. 80*a* Abs. 1 IRSG in Verbindung mit dem Zwischenentscheid über die Vollstreckung zu erlassen, in dessen Rahmen sie prüft, ob die Voraussetzungen für die Videokonferenz gemäss dem anwendbaren Vertragsrecht erfüllt sind. Ausserdem verweist die betreffende schweizerische Behörde in analoger Anlehnung an Art. 65*a* IRSG wies die zuständige schweizerische Behörde auf die Anforderung hin, dass sich der ersuchende Staat durch eine Garantieerklärung formell verpflichtet, keine Aufzeichnung oder Protokollierung der Einvernahme per Videokonferenz vorzunehmen und die erhaltenen Informationen erst nach Rechtskraft des Schlussentscheids für die Zwecke seines Verfahrens zu verwenden. Vor der Durchführung der Einvernahme per Videokonferenz ist die ausländische Behörde, die das Rechtshilfeersuchen gestellt hat – in der Regel die Verfahrensleitung –, verpflichtet, den schweizerischen Behörden die vorgenannte, rechtsgültig unterzeichnete Garantieerklärung zu übermitteln. Andernfalls wird die Einvernahme per Videokonferenz nicht

durchgeführt. Gemäss dem Grundsatz von Treu und Glauben und des gegenseitigen Vertrauens zwischen Staaten wird die Einhaltung dieser Garantien durch den ersuchenden Staat vorausgesetzt. Gegen den Zwischenentscheid über die Durchführung der Einvernahme per Videokonferenz kann – separat – beim Beschwerdegericht des Bundesstrafgerichts Beschwerde eingereicht werden (Art. 37 Abs. 2 Bst. a LOAP in Verbindung mit Art. 25 Abs. 1 IRSG) unter den in Art. 80*e* Abs. 2 Bst. b IRSG vorgesehenen Voraussetzungen (unmittelbarer und irreparabler Nachteil) eingelegt werden, die sinngemäss anwendbar sind. Nach Abschluss der Anhörung per Videokonferenz und zur Gewährleistung des Rechts auf Anhörung sowie der Grundsätze der Verhältnismässigkeit und der Spezialität wird die Aufzeichnung und/oder das entsprechende Protokoll der befragten Person sowie allen Personen vorgelegt, die berechtigt sind, gegen den Rechtshilfebeschluss Beschwerde einzulegen. Hat der Berechtigte der vereinfachten Vollstreckung gemäss Art. 80*c* IRSG nicht zugestimmt hat, erlässt die schweizerische Vollzugsbehörde einen Schlussbeschluss über die Gewährung und den Umfang der Rechtshilfe (Art. 80*d* IRSG), gegen den innert 30 Tagen beim Beschwerdegericht des Bundesstrafgerichts Beschwerde eingelegt werden kann (Art. 80*e* Abs. 1 und 80*k* IRSG; vgl. auch Art. 37 Abs. 2 Bst. a LOAP in Verbindung mit Art. 25 Abs. 1 IRSG) . Nach Rechtskraft des Abschlussentscheids wird die Aufzeichnung und/oder das Vernehmungsprotokoll an die ausländische Behörde übermittelt, womit die Bewilligung zur Verwendung der durch die betreffende Rechtshilfemassnahme erlangten Informationen erteilt ist. Im **zweiten Fall** wird das Rechtshilfeverfahren bis zum Abschluss geführt und die Einvernahme per Videokonferenz nach Rechtskraft des Abschlussentscheids durchgeführt, wodurch die Abgabe der oben genannten Zusicherungen durch den ersuchenden Staat entbehrlich wird. In diesem Fall fällt die Entscheidung über die Einleitung des Verfahrens mit der Schlussentscheidung zusammen, sodass im Gegensatz zur vorherigen Situation nur ein einziger Rechtsbehelf – gegen die Schlussentscheidung – eingelegt werden kann. Obwohl dieses Szenario dem Grundsatz der zügigen Verfahrensführung besser zu entsprechen scheint, ist es dennoch nicht unproblematisch, da die Vollzugsbehörde gezwungen ist, einen Entscheid über die Übermittlung von Beweismitteln zu fällen, die noch nicht erhoben wurden, wodurch ihr insbesondere die Möglichkeit genommen wird, deren potenziellen Nutzen zu prüfen. Ausserdem wird dem Berechtigten die Möglichkeit genommen, seine

Rechte geltend zu machen (insbesondere das Recht auf Anhörung) vor. Um dem entgegenzuwirken und zu verhindern, dass diese Variante abgelehnt wird, empfiehlt das BJ, den Gegenstand der Anhörung per Videokonferenz vorgängig anhand einer von der ersuchenden Behörde übermittelten Fragenliste klar zu definieren, was es einerseits der schweizerischen Vollstreckungsbehörde, den potenziellen Nutzen der Elemente zu prüfen, die anlässlich der bevorstehenden Anhörung per Videokonferenz gewonnen werden können, und andererseits dem Berechtigten, seine Rechte geltend zu machen, indem ihm die Möglichkeit geboten wird, sich auf der Grundlage der ihm übermittelten Fragenliste dazu zu äussern. Für den Fall, dass die genannten Fragen dem Anspruchsberechtigten aufgrund einer Absprachengefahr nicht übermittelt werden können, wird die Anhörung per Videokonferenz abgelehnt, vorbehaltlich der Zustimmung des Betroffenen zur vereinfachten Vollstreckung im Sinne von Art. 80*c* IAV. Während der Anhörung per Videokonferenz muss die zuständige schweizerische Behörde zudem darauf achten, dass die ersuchende Behörde nicht vom zuvor festgelegten Gegenstand abweicht und damit die Spontaneität der Anhörung beeinträchtigt, in deren Verlauf die ausländische Justizbehörde ihre Befragung nicht frei entsprechend den Aussagen der befragten Person ergänzen kann. Ausserdem wird der oben genannte Vorteil hinsichtlich der Einhaltung des Beschleunigungsgrundsatzes dadurch geschwächt, dass allfällige Fragen, die über diesen Rahmen hinausgehen, Gegenstand eines ergänzenden Rechtshilfeersuchens sein müssen. Schliesslich übermittelt die Vollstreckungsbehörde nach Abschluss des betreffenden Rechtshilfeverfahrens das Protokoll im Sinne von Art. 9 Abs. 6 PAII CEEJ an die ausländische Behörde, verbunden mit einem Vorbehalt hinsichtlich des Spezialitätsprinzips (Art. 67 IRSG).

b. Vernehmung per Telefonkonferenz

18 Die Einvernahme eines Zeugen oder eines Sachverständigen per **Telefonkonferenz** ist insbesondere in Art. 10 PAII CEEJ geregelt.

19 Gemäss dieser Bestimmung wird diese Form der Einvernahme im Hoheitsgebiet des ersuchten Staates auf **Antrag der ersuchenden Behörde** durchgeführt (Art. 10 Abs. 1 PAII CEEJ; vgl. auch Art. 65 Abs. 1 *in initio* IRSG). Die Einreichung eines solchen Ersuchens, dessen Inhalt in Abs. 4 der

vorgenannten Bestimmung geregelt ist, setzt voraus, dass die Einvernahme von den Justizbehörden des ersuchenden Staates durchgeführt wird.

Dieses Instrument unterscheidet sich von der Videokonferenz insofern, als es 20
auf die Einvernahme von Zeugen und Sachverständigen beschränkt ist und deren ausdrücklicher Zustimmung bedarf (Art. 10 Abs. 2 PAII CEEJ). Sie ist zudem kein Ersatz für die klassische Form der Einvernahme und erweist sich insbesondere dann als nützlich, wenn beispielsweise ein Zeuge zu einer Routinefrage aussagen muss. Damit diese Form der Einvernahme zugelassen wird, muss sie auch im innerstaatlichen Recht des ersuchenden Staates vorgesehen sein (Art. 10 Abs. 1 PAII CEEJ) und der ersuchte Staat muss ihr zustimmen, nachdem er sich zuvor vergewissert hat, dass diese Methode nicht gegen die Grundprinzipien seines Rechts verstösst (Art. 10 Abs. 3 PAII CEEJ) . Als ersuchter Staat prüft die Schweiz – bzw. die für sie zuständige Vollzugsbehörde – in diesem Zusammenhang gestützt auf Art. 65 IRSG, wie dem Ersuchen der ausländischen Behörden Folge zu leisten ist.

Die **praktischen Modalitäten** für die Durchführung der Einvernahme per 21
Telefonkonferenz werden einvernehmlich zwischen den betroffenen Staaten festgelegt (Art. 10 Abs. 5, 1. Satz PAII CEEJ), und sobald diese vereinbart sind, verpflichtet sich die ersuchte Behörde, die in Abs. 5, 2. Satz, Bst. a bis c der genannten Bestimmung geregelten Aufgaben zu erfüllen. Die von bestimmten Vertragsstaaten praktizierte Vorgehensweise, einen Zeugen oder Sachverständigen in den Räumlichkeiten eines Konsulats auf dem Hoheitsgebiet des ersuchten Staates ohne dessen Mitwirkung zu befragen, verstösst beispielsweise nicht gegen Art. 10 PAII CEEJ. Ungeachtet dessen und unabhängig von den getroffenen Vereinbarungen kann der ersuchte Staat gestützt auf Abs. 6 die Einhaltung der für Videokonferenzen geltenden Vorschriften verlangen, die in Art. 9 Abs. 5 und 7 PAII CEEJ festgeschrieben sind.

Was die Probleme im Zusammenhang mit dem **unmittelbaren und** 22
sofortigen Charakter der Anhörung per Telefonkonferenz und damit der Kenntnisnahme der Beweismittel durch die ersuchende Behörde in Echtzeit sowie die empfohlenen Lösungen betrifft, wird der Leser auf die diesbezüglichen Ausführungen zu den Anhörungen per Videokonferenz verwiesen.

c. Schlussbemerkungen

23 Videokonferenzen und Telefonkonferenzen werden angesichts der Zunahme der internationalen Kriminalität und aufgrund ihrer praktischen Vorteile an Bedeutung gewinnen, insbesondere bei komplexen Verfahren. Es wäre daher angebracht, diesbezüglich eine **Gesetzesänderung** vorzunehmen und im IRSG eine Bestimmung vorzusehen (z. B. durch Hinzufügung eines Art. 65*b* bzw. 65*c*), die diese beiden Vernehmungsarten regelt, in Anlehnung an die in Art. 9 und 10 PAII CEEJ verankerten Regeln. Wie Zimmermann zu Recht feststellt: « [w]ürde der Gesetzgeber durch die Einführung einer spezifischen Bestimmung im innerstaatlichen Recht, die [Anhörungen per] Videokonferenz [und per Telefonkonferenz] regelt, eine Rechtsgrundlage für die Rechtshilfe schaffen, die die Schweiz Staaten gewährt, mit denen sie nicht durch einen Vertrag verbunden ist oder bei denen der abgeschlossene Vertrag die Möglichkeit zur Durchführung [solcher Ermittlungshandlungen] nicht vorsieht". Ungeachtet dessen schlägt das Bundesamt für Justiz – mangels vertraglicher Rechtsgrundlage und um eine Ablehnung der Vernehmung in einer der vorgenannten Formen zu vermeiden – schlägt das Bundesamt für Justiz vor, mit dem ersuchenden Staat das für die Durchführung anzuwendende Verfahren auszuhandeln. In diesem Zusammenhang muss eine Gegenseitigkeitszusicherung des betreffenden Staates eingeholt werden, und beim Eidgenössischen Departement für auswärtige Angelegenheiten kann zudem eine allfällige Prüfung der Zuverlässigkeit des Rechtssystems dieses Staates beantragt werden.

C. Vereinbarkeit mit dem schweizerischen Recht und Fehlen schwerwiegender Nachteile für die am Verfahren beteiligten Personen (Abs. 2)

24 Gemäss Art. 65 Abs. 2 IAG muss die Form, in der gemäss Abs. 1 Zeugenaussagen bestätigt und Beweismittel beschafft werden, **mit dem schweizerischen Recht vereinbar sein** und darf den am Verfahren beteiligten Personen keinen **schwerwiegenden Nachteil** zufügen.

25 Wie *oben* dargelegt, wurde die Voraussetzung der **Vereinbarkeit mit dem schweizerischen Recht** eingeführt, um die Durchführung von Rechtshilfemassnahmen durch die schweizerischen Behörden nach den vom ausländischen Recht vorgeschriebenen Formen auf diejenigen zu

beschränken, die nach der schweizerischen Rechtsordnung zulässig sind (vgl. Art. 63 IRSG) und somit nicht im Widerspruch zu den Grundprinzipien des schweizerischen Rechts stehen. Zur Konkretisierung dieser Voraussetzung präzisiert Art. 27 OEIMP, dass der **Eid** als erforderliche Form zur Bestätigung von Aussagen nach Art. 65 Abs. 2 IRSG nicht zulässig, wenn das Recht des ersuchenden Staates die Wahl zwischen dem Eid und dem feierlichen Versprechen, die Wahrheit zu sagen, lässt und der befragte Zeuge oder Sachverständige sich weigert, den Eid zu leisten. Im letzteren Fall wird die befragte Person vor ihrer Aussage ermahnt, die Wahrheit zu sagen (Art. 163 Abs. 2 StPO), und auf die Folgen hingewiesen, die Art. 307 StGB für eine unwahre Aussage vorsieht.

Was die Voraussetzung betrifft, dass**den am Verfahren beteiligten Personen kein schwerwiegender Nachteil entsteht**, so wurde diese vom Gesetzgeber zum Schutz von Privatgeheimnissen vorgesehen, die nicht durch Art. 65 Abs. 3 IRSG gewährleistet sind, d. h. insbesondere Geschäfts- oder Herstellungsgeheimnisse von Zeugen und Sachverständigen. 26

D. Zeugnisverweigerungsrecht (Abs. 3)

Grundsätzlich finden im Rahmen eines Rechtshilfeverfahrens, bei dem die Schweiz der ersuchte Staat ist, die Vorschriften des **schweizerischen Strafprozessrechts** Anwendung, was die Zeugnispflicht bzw. die Zeugnisverweigerung betrifft (Art. 9 und 12 Abs. 1 IRSG; vgl. auch Art. 163 Abs. 2 und 168–177 StPO sowie Art. 187 Abs. 2 *in fine* StPO; Art. 265 Abs. 2 Bst. b StPO). Art. 65 Abs. 3 IRSG sieht jedoch vor, dass sich die befragte Person – zusätzlich zu den im schweizerischen Recht vorgesehenen Verweigerungsgründen – auf diejenigen berufen kann, die in der **Gesetzgebung des ersuchenden Staates** verankert sind. Gemäss dieser Bestimmung ist das Recht auf Verweigerung der Aussage zudem gegeben, wenn die Aussage in diesem Staat oder im **Wohnsitzstaat** der befragten Person zu strafrechtlichen oder disziplinarischen Sanktionen führen kann. In einem solchen Fall kann sich die befragte Person durch einen Bevollmächtigten vertreten lassen (Art. 21 Abs. 2 IRSG). 27

Das in Art. 65 Abs. 3 IRSG festgelegte Zeugnisverweigerungsrecht dient ausschliesslich dem **Schutz von Zeugen und Sachverständigen**. Daher sind Personen, gegen die diese aussagen, nicht berechtigt, sich auf dieses Recht zu berufen. 28

29 Zu Beginn der in der Schweiz durchgeführten Einvernahme ist die durchführende Behörde verpflichtet, den befragten Zeugen oder Sachverständigen über sein Recht **zu informieren**, die Aussage aus den sowohl im schweizerischen Recht als auch im Recht des ersuchenden Staates vorgesehenen Gründen zu verweigern (vgl. Art. 143 Abs. 1 Bst. c und Art. 177 Abs. 3 StPO; vgl. ferner für die Vernehmung von Sachverständigen Art. 187 Abs. 2 *in fine* StPO, der auf die Bestimmungen über die Zeugenvernehmung verweist). Bei dieser Belehrung ist – zusätzlich zu den vorstehenden Ausführungen – zu berücksichtigen, dass sich die befragte Person auch dann auf dieses Recht berufen kann, wenn ihr durch ihre Aussagen strafrechtliche oder disziplinarische Sanktionen im ersuchenden Staat oder in ihrem Wohnsitzstaat drohen. Im Übrigen ist die Behörde, die die Vernehmung durchführt, im Rahmen der Rechtshilfemassnahme auch verpflichtet, die befragte Person auf Gründe für eine Verweigerung der Aussage hinzuweisen, die zu Beginn der und sich aus ihren Aussagen ergeben. Eine solche Information über das auf ausländischem Recht beruhende Recht auf Verweigerung der Aussage kann für die schweizerische Vollzugsbehörde jedoch schwierig zu erteilen sein, da sie dessen Existenz möglicherweise nicht kennt, insbesondere wenn die Einvernahme nach den Vorschriften des schweizerischen Rechts durchgeführt wird. Diese Unkenntnis kann darauf zurückzuführen sein, dass aus den Akten, namentlich aus dem von der ausländischen Behörde gestellten Rechtshilfeersuchen oder aus den Aussagen der betroffenen Person, keine Anhaltspunkte hervorgehen, die den Schluss zulassen, dass ihr im ersuchenden Staat ein solches Recht zuerkannt wird. In Fällen, in denen die Anhörung in der Schweiz nach den Vorschriften des ausländischen Rechts durchgeführt wird (Art. 65 Abs. 1 und 2 IRSG), gilt eine umfassende Information über das betreffende Recht als gewährleistet, sofern sie sich aus einer vorherigen Absprache sowie aus der Zusammenarbeit während der der Einvernahme zwischen der ausländischen Behörde, die die Massnahme durchführt, und der anwesenden schweizerischen Vollzugsbehörde. Eine Schwierigkeit kann jedoch weiterhin bestehen, wenn den genannten Behörden die Existenz des Rechts auf Aussageverweigerung gemäss dem Recht des Wohnsitzstaates – der sich hypothetisch vom ersuchenden Staat unterscheidet – nicht bekannt ist. Schliesslich ist zu betonen, dass eine unzureichende Information oder deren Unterlassung dazu führen kann, dass die erhobenen Informationen nicht verwertbar sind.

III. FÄLLE GEMÄSS ART. 65 IAV ALS RECHTSMITTELGRÜNDE

30 Gemäss Art. 80*i* Abs. 1 Bst. b IAV kann beim Beschwerdegericht des Bundesstrafgerichts (vgl. Art. 80*e* Abs. 1 IAV in Verbindung mit Art. 25 Abs. 1 IRSG und Art. 37 Abs. 2 Bst. a LOAP) kann wegen unrechtmässiger oder offensichtlich unrichtiger Anwendung des ausländischen Rechts in den *oben* dargelegten, von Art. 65 IRSG erfassten Fällen eingelegt werden. Der Betroffene, der persönlich und unmittelbar von einer Rechtshilfemassnahme betroffen ist und ein schutzwürdiges Interesse daran hat, dass diese aufgehoben oder geändert wird (Art. 80*h* Bst. b IRSG), kann somit vor der Rechtsmittelinstanz Rügen hinsichtlich der unrechtmässigen oder fehlerhaften Anwendung des ausländischen Rechts (Formvorschriften bezüglich der Anhörung von Zeugen und Sachverständigen sowie der Zulässigkeit anderer Beweismittel), dessen Vereinbarkeit mit dem schweizerischen Recht sowie auf die Verletzung des Zeugnisverweigerungsrechts. In diesem Rahmen kann das vorgenannte Gericht auch die unrichtige oder unvollständige Feststellung des massgeblichen Sachverhalts sowie die Angemessenheit des angefochtenen Entscheids gemäss Art. 49 Bst. b und c VwVG in Verbindung mit Art. 37 Abs. 2 Bst. b LOAP prüfen.

LITERATURVERZEICHNIS

Donatsch Andreas/Heimgartner Stefan/Simonek Madeleine, Internationale Rechtshilfe, unter Einbezug der Amtshilfe im Steuerrecht, 3e éd., Zurich 2024.

Eymann Stéphanie, Commentaire de l'art. 80*i* EIMP, in : Niggli Marcel Alexander/Heimgartner Stefan (édit.), Basler Kommentar, Internationales Strafrecht, Bâle 2015.

Gless Sabine, Internationales Strafrecht, Grundriss für Studium und Praxis, 3e éd., Bâle 2021.

Glutz Alexander M., Commentaire de l'art. 9 EIMP, in : Niggli Marcel Alexander/Heimgartner Stefan (édit.), Basler Kommentar, Internationales Strafrecht, Bâle 2015.

Ludwiczak Glassey Maria, Commentaire de l'art. 65 EIMP, in : Ludwiczak Glassey Maria/Moreillon Laurent (édit.), Petit commentaire, Loi sur l'entraide pénale internationale, Bâle 2024.

Ludwiczak Glassey Maria, Entraide judiciaire internationale en matière pénale, Précis de droit suisse, Bâle 2018.

Sprenger Thomas, Commentaire de l'art. 65 EIMP, in : Niggli Marcel Alexander/Heimgartner Stefan (édit.), Basler Kommentar, Internationales Strafrecht, Bâle 2015.

Stelzer-Więckowska Marta, Commentaire de l'art. 63 EIMP, in : Ludwiczak Glassey Maria/Staffler Lukas (édit.), Onlinekommentar zum Bundesgesetz über internationale Rechtshilfe in Strafsachen, DOI : 10.17176/20250722-185621-0 .

Stelzer-Więckowska Marta, Die kleine Rechtshilfe in Strafsachen : grundrechtliche Stellung der betroffenen Person, Zurich 2022.

Zimmermann Robert, La coopération judiciaire internationale en matière pénale, 6e éd., Berne 2024.

MATERIALIENVERZEICHNIS

Conseil fédéral, Message relatif au Deuxième Protocole additionnel à la Convention européenne d'entraide judiciaire en matière pénale du 26 mars 2003, FF 2003 2873 ss, disponible sur https://www.fedlex.admin.ch/eli/fga/2003/467/fr.

Conseil fédéral, Message concernant la révision de la loi fédérale sur l'entraide internationale en matière pénale et de la loi fédérale relative au traité conclu avec les États-Unis d'Amérique sur l'entraide judiciaire en matière pénale, ainsi qu'un projet d'arrêté fédéral concernant une réserve à la Convention européenne d'entraide judiciaire en matière pénale du 29.3.1995, FF 1995 III 1 ss, disponible sur https://www.fedlex.admin.ch/eli/fga/1995/3_1_1_1/fr.

Conseil fédéral, Message à l'appui d'une loi sur l'entraide internationale en matière pénale et d'un arrêté fédéral sur les réserves relatives à la convention européenne d'extradition du 8.3.1976, FF 1976 II 430 ss, disponible sur https://fedlex.data.admin.ch/eli/fga/1976/2_444_430_443.

Office fédéral de la Justice, L'entraide judiciaire internationale en matière pénale, Directives, 10e éd., 2025, disponible sur https://www.rhf.admin.ch/fr/directives-aide-memoire-et-circulaires.

Office fédéral de la justice, Circulaire n. 3 : Audition par vidéoconférence, du 24 octobre 2013, disponible sur https://www.rhf.admin.ch/fr/directives-aide-memoire-et-circulaires.

Office fédéral de la Justice, L'entraide judiciaire internationale en matière pénale, Directives, 9e éd., 2009.

Office fédéral de la Justice, L'entraide judiciaire entre la Suisse et l'Italie, Directives, Application de l'Accord entre la Confédération suisse et la République italienne en vue de compléter la Convention d'entraide judiciaire en matière pénale du 20 avril 1959 et d'en faciliter l'application, 2003, disponible sur https://www.rhf.admin.ch/fr/directives-aide-memoire-et-circulaires.

ACHTUNG: Diese Version des Kommentars ist eine automatische maschinelle Übersetzung des Originals. Die Originalversion ist französisch. Die Übersetzung wurde mit www.deepl.com durchgeführt. Nur die Originalversion ist autoritativ. Die übersetzte Form des Kommentars kann nicht zitiert werden.

KOMMENTIERUNG ZU

Art. 67 IRSG

Eine Kommentierung von Francesca Bonzanigo

ZITIERVORSCHLAG

Francesca Bonzanigo, Kommentierung zu Art. 67 IRSG, in: Maria Ludwiczak Glassey/Lukas Staffler (Hrsg.), Onlinekommentar zum Bundesgesetz über internationale Rechtshilfe in Strafsachen

Kurzzitat: OK-Bonzanigo, art. 67 IMAC N. XXX.

Art. 67 Grundsatz der Spezialität

[1] Die durch Rechtshilfe erhaltenen Auskünfte und Schriftstücke dürfen im ersuchenden Staat in Verfahren wegen Taten, bei denen Rechtshilfe nicht zulässig ist, weder für Ermittlungen benützt noch als Beweismittel verwendet werden.

[2] Eine weitere Verwendung bedarf der Zustimmung des Bundesamtes. Diese ist nicht nötig:

a. wenn die Tat, auf die sich das Ersuchen bezieht, einen anderen Straftatbestand darstellt, für den Rechtshilfe zulässig wäre; oder

b. wenn sich das ausländische Strafverfahren gegen andere Personen richtet, die an der strafbaren Handlung teilgenommen haben.

[3] Die Anwesenheit bei den Rechtshilfehandlungen und die Akteneinsicht werden unter den gleichen Bedingungen bewilligt (Art. 65*a* Abs. 1).

GLIEDERUNG

I. Entstehung von Art. 67 IRSG 316
II. Das absolute Verwertungsverbot (Abs. 1). 320
A. Der Umfang des Verbots 321
B. Die Straftat, "bei der die Rechtshilfe ausgeschlossen ist". 321
1. Die Straftat politischer, militärischer oder fiskalischer Art 321
2. Sachverhalte, bei denen die Voraussetzung der beidseitigen Strafbarkeit nicht erfüllt ist 323
III. Die zusätzliche Verwendung der übermittelten Informationen (Abs. 2) 324
A. Die vom Bundesamt für Justiz genehmigungspflichtige Verwendung (Abs. 2 1. Ph.) 324
1. Die sogenannte "sekundäre" Rechtshilfe 325
2. Die Übermittlung von Informationen an einen Drittstaat 327
3. Die Verwendung der Informationen in einem anderen Strafverfahren (kontrovers) 329
B. Die nicht von der Genehmigung des Bundesamts für Justiz abhängige Verwendung 330
1. Die neue rechtliche Qualifizierung des Sachverhalts (Abs. 2 lit. a). 331
2. Die Verwendung der Informationen gegen andere Personen, die an der Straftat beteiligt waren (Abs. 2 lit. b) 332
IV. Spezialität und früherer Zugang zu Informationen durch den ersuchenden Staat 333
A. Im Rahmen der Anwesenheit von Personen, die am ausländischen Verfahren beteiligt sind (Art. 65a IRSG) (Abs. 3). 333
B. Im Rahmen der spontanen Übermittlung (Art. 67a IRSG) 334
V. Gerichtliche Anfechtung 335
Empfohlene weiterführende Lektüre 336
Literaturverzeichnis 337

I. ENTSTEHUNG VON ART. 67 IRSG

1 Art. 67 IRSG regelt im Bereich der kleinen Rechtshilfe den Grundsatz der Spezialität, der seinen Ursprung im Auslieferungsrecht hat. Während der Grundsatz der Spezialität unter den Grundsätzen, die die Auslieferung regeln, fest verankert ist, so dass er dort als "Grundsatz des Völkerrechts" angesehen wird, ist seine Verankerung im Bereich der kleinen Rechtshilfe seltener, und die Schweiz bildete ursprünglich eine Ausnahme bei der Umsetzung dieses Grundsatzes im Bereich der kleinen Rechtshilfe.

2 Der Grundsatz der Spezialität hat die Funktion eines Wächters über die Regeln des Rechts der kleinen Rechtshilfe. Es soll sicherstellen, dass die übermittelten Informationen nur innerhalb der von den schweizerischen Behörden genehmigten Grenzen und in Übereinstimmung mit den Bedingungen, denen die Zusammenarbeit unterliegt, verwendet werden. Es gewährleistet die Souveränität des ersuchten Staates, aber auch die Rechte der vom Rechtshilfeverfahren betroffenen Personen.

3 Im Schweizer Recht ist die Verankerung des Spezialitätsprinzips im Bereich der kleinen Rechtshilfe mit dem Grundsatz der doppelten Strafbarkeit verknüpft. Am Ende des Zweiten Weltkriegs führten viele Staaten Beschränkungen des freien Zahlungsverkehrs ein und stellten gleichzeitig Verhaltensweisen unter Strafe, die diesen Beschränkungen zuwiderliefen. Die Schweiz kannte solche Beschränkungen nicht und machte damals die Gewährung der kleinen Rechtshilfe systematisch vom Grundsatz der doppelten Strafbarkeit abhängig. Da diese Verhaltensweisen häufig mit gewöhnlichen Straftaten kombiniert waren, musste eine Lösung gefunden werden, damit die Schweiz einerseits ihre Verpflichtungen gegenüber Drittstaaten in Bezug auf die internationale Zusammenarbeit in Strafsachen einhalten und andererseits sicherstellen konnte, dass die übermittelten Informationen nicht zusätzlich für Zwecke verwendet wurden, für die keine Rechtshilfe gewährt worden war. In der Folgezeit hat sich die internationale Zusammenarbeit in Strafsachen so entwickelt, dass die Reichweite des Grundsatzes der beiderseitigen Strafbarkeit bei der kleinen Rechtshilfe eingeschränkt wurde. So macht das Europäische Rechtshilfeübereinkommen (ERA) des Europarats die Gewährung der kleinen Rechtshilfe nicht von der beiderseitigen Strafbarkeit abhängig. Bei der Unterzeichnung dieses Übereinkommens wollte die Schweiz dennoch die Bedingung der beidseitigen

Strafbarkeit im Bereich der kleinen Rechtshilfe beibehalten, allerdings nur für den Fall, dass die Erledigung des Ersuchens die Anwendung von Zwangsmaßnahmen erfordert. Daher wurde in Art. 5 Abs. 1 lit. a EUeR ein entsprechender Vorbehalt angebracht. Art. 64 IRSG übernimmt den Vorbehalt von Art. 5 Abs. 1 lit. a EUeR in das innerstaatliche Recht. Der Grund für das Spezialitätsprinzip liegt heute nicht mehr so sehr im Grundsatz der doppelten Strafbarkeit, sondern vielmehr in der Tatsache, dass die Schweiz nicht bereit ist, bei bestimmten Straftaten, insbesondere bei fiskalischen Straftaten, zu kooperieren.

Vor seiner Aufnahme in das IRSG wurde der Grundsatz der Spezialität bei der kleinen Rechtshilfe zunächst durch die Praxis der Schweizer Behörden und dann ausdrücklich in den vor dem Gesetz geschlossenen und von der Schweiz unterzeichneten und ratifizierten Übereinkommen eingeführt. Der in Art. 2 EUeR angebrachte Vorbehalt stellt das erste Auftreten des Grundsatzes in einem Gesetzestext dar. Zum Zeitpunkt der Unterzeichnung dieses Übereinkommens hatte der von der Schweiz eingebrachte Vorbehalt folgenden Wortlaut: "[D]ie Schweiz behält sich außerdem das Recht vor, in besonderen Fällen die Rechtshilfe nach diesem Übereinkommen nur unter der ausdrücklichen Bedingung zu gewähren, dass die Ergebnisse der in der Schweiz durchgeführten Ermittlungen und die in den übermittelten Schriftstücken oder Akten enthaltenen Informationen ausschließlich zur Untersuchung und Beurteilung der Straftaten verwendet werden, wegen derer die Rechtshilfe geleistet wird". 4

In Art. 5 des Rechtshilfevertrags mit den Vereinigten Staaten (TEJUS) wurde dann eine Bestimmung zum Grundsatz der Spezialität bei der kleinen Rechtshilfe aufgenommen. Darin heißt es: "Zeugenaussagen, Erklärungen, Schriftstücke, Akten, Beweismittel oder andere Gegenstände, einschließlich der darin enthaltenen Informationen, die der ersuchende Staat auf der Grundlage dieses Vertrags vom ersuchten Staat erhalten hat, dürfen im ersuchenden Staat weder zu Ermittlungszwecken verwendet noch als Beweismittel in einem Verfahren wegen einer anderen Straftat als der, für die Rechtshilfe gewährt wurde, vorgelegt werden". Trotz der Tatsache, dass dieser Vorbehalt restriktiver zu sein scheint als der Vorbehalt in Art. 2 EUeR, ist die Lehre der Ansicht, dass seine Tragweite nicht von diesem abweicht. Art. 5 RVUS zeichnet sich dadurch aus, dass er detaillierter ist als der Vorbehalt zu Art. 2 EUeR, da er in den Absätzen 2 und 3 die Verwendung, die der 5

ersuchende Staat von den übermittelten Informationen machen kann, wenn diese von der Verwendung abweicht, für die die Rechtshilfe gewährt wurde, und gegebenenfalls die Bedingung(en) für diese Verwendung angibt.

6 In Anlehnung insbesondere an Art. 5 RVUS wurde der Grundsatz der Spezialität bei der Verabschiedung dieses Gesetzes in Art. 67 IRSG verankert. Er bestand ursprünglich nur aus zwei Absätzen, von denen der erste vorsah, dass "die durch Rechtshilfe erlangten Informationen im ersuchenden Staat weder zu Ermittlungszwecken verwendet noch als Beweismittel in einem Verfahren, für das die Rechtshilfe ausgeschlossen ist, vorgelegt werden dürfen. Jede andere Verwendung bedarf der Zustimmung des Bundesamtes". Art. 67 IRSG wurde im Rahmen der Revision des IRSG von 1997 geändert. Bei der Revision ging es um die Definition des Begriffs "jede andere Verwendung", die von der Genehmigung des BJ abhängig gemacht wurde. So wurde der zweite Satz von Art. 67 Abs. 1 a IRSG in Art. 67 Abs. 2 IRSG umgewandelt und durch zwei Buchstaben ergänzt, die die Situationen präzisieren, in denen die Zustimmung des BJ für eine Verwendung, die von derjenigen abweicht, für die die Rechtshilfe ursprünglich gewährt wurde, nicht erforderlich ist. Art. 67 Abs. 2 a IRSG regelte vor der Revision die Anwendung des Spezialitätsprinzips auf die Kenntnisnahme von Informationen durch einen ausländischen Staat im Rahmen eines schweizerischen Strafverfahrens. Aus der Botschaft des Bundesrates geht hervor, dass der Gesetzgeber ihn lediglich in Art. 67 Abs. 3 IRSG aufnehmen wollte, ohne seine Substanz zu ändern, und seinen Wortlaut anpasste, um "die Gesamtheit der Personen zu berücksichtigen, die berechtigt sind, als Geschädigte an einem Strafverfahren in der Schweiz teilzunehmen". In Wirklichkeit ist dies aus dem Wortlaut des Gesetzes nicht ersichtlich. Die Bestimmung verweist nämlich nun auf Art. 65a IRSG und behandelt nicht mehr die Situation, in der eine Person Einsicht in die Akten eines innerstaatlichen schweizerischen Strafverfahrens nehmen darf, sondern die Situation, in der die Einsichtnahme im Rechtshilfeverfahren erfolgt. Der Randtitel von Art. 67 IRSG wurde bei der Revision ebenfalls geändert, und zwar von "[u]nterlagennutzung" zu "[r]egel der Spezialität".

7 Anlässlich dieser Revision änderte der Gesetzgeber auch den Vorbehalt in Art. 2 EUeR, um dessen Wortlaut mit Art. 67 IRSG in Einklang zu bringen. So wurde dem Vorbehalt ein Buchstabe c angefügt, der die in Art. 67 Abs. 2 lit. a und b IRSG vorgesehenen Fälle aufnimmt, in denen der Spezialitätsgrundsatz einer Verwendung der übermittelten Informationen nicht entgegensteht. Die

Erwähnung der "Sonderfälle" in lit. b des Vorbehalts, die von der Lehre als undefiniert und überflüssig kritisiert wurde, wurde ebenfalls gestrichen.

Bei seiner ursprünglichen Einführung in Art. 67 IRSG im Jahr 1981 oder bei der Revision dieser Bestimmung im Jahr 1997 war der Grundsatz der Spezialität nicht Gegenstand von Diskussionen im Parlament, so dass die Bestimmung in der vom Bundesrat vorgeschlagenen Fassung verabschiedet und anschliessend geändert wurde. 8

Die Schwierigkeit, den Grundsatz der Spezialität im Bereich der kleinen Rechtshilfe zu formulieren, die insbesondere von der Expertenkommission zur Ausarbeitung des IRSG festgestellt wurde, zeigt sich darin, dass der Inhalt dieser ersten drei Verankerungen voneinander abweicht, obwohl der Inhalt derselbe sein soll. Auch in den Sprachfassungen dieser verschiedenen Bestimmungen ist ein Unterschied in den verwendeten Begriffen festzustellen, da im Zusammenhang mit dem Vorbehalt zu Art. 2 EUeR und Art. 5 Abs. 1 RVUS im Deutschen der Begriff "strafbare Handlungen", d. h. die Tatsachen, für die Rechtshilfe gewährt wird, verwendet wird, während in der französischen und italienischen Fassung die Begriffe "infractions" bzw. "reati" verwendet werden. In Bezug auf Art. 67 Abs. 1 IRSG stimmen die deutsche und die französische Fassung insofern überein, als sie den Begriff "Taten" bzw. "infractions" verwenden, während die italienische Fassung den Begriff "fatti" verwendet. Dies hat zur Folge, dass die konkrete Reichweite des Spezialitätsprinzips schwer zu definieren ist und nicht nur unterschiedlichen Meinungen in der Rechtswissenschaft, sondern auch einer vom Gesetzestext abweichenden Praxis unterliegt. Dies hat zur Folge, dass die Konturen des Spezialitätsprinzips unklar sind. Dennoch ist eine genaue Definition des Grundsatzes notwendig, insbesondere damit die Vollstreckungsbehörden bei der Beantwortung eines ausländischen Ersuchens den Vorbehalt des Spezialitätsgrundsatzes korrekt und präzise formulieren. 9

In seiner derzeitigen Fassung definiert Art. 67 IRSG den Umfang des Spezialitätsprinzips, indem er einerseits das absolute Verbot der Verwendung von Informationen (Art. 67 Abs. 1 IRSG; unten II.) und andererseits die zusätzliche Verwendung von Informationen (Art. 67 Abs. 2 IRSG; unten III.) vorsieht. Innerhalb der letztgenannten Kategorie wird zwischen der zusätzlichen Verwendung, die einer Bewilligung des Bundesamtes für Justiz bedarf (Art. 67 Abs. 2 Satz 1 IRSG; infra III. A.), und der zusätzlichen Verwendung, die keiner Bewilligung bedarf (Art. 67 Abs. 2 lit. a und b IRSG; 10

infra III. B.), unterschieden. Schließlich behandelt Art. 67 Abs. 3 IRSG die Anwendung des Spezialitätsprinzips auf einen der Mechanismen für den vorzeitigen Zugang zu Informationen durch den ersuchenden Staat (Art. 65a IRSG; unten IV.).

II. DAS ABSOLUTE VERWERTUNGSVERBOT (ABS. 1).

11 Art. 67 Abs. 1 IRSG sieht ein absolutes Verwendungsverbot für die übermittelten Informationen und Unterlagen vor. Danach dürfen diese im ersuchenden Staat weder zu Ermittlungszwecken noch als Beweismittel in einem Strafverfahren verwendet werden, das eine Straftat zum Gegenstand hat, für die die Rechtshilfe ausgeschlossen ist. Der absolute Charakter des in Art. 67 Abs. 1 IRSG verhängten Verbots geht auch aus dem Musterformular des BJ zum Spezialitätsvorbehalt hervor. Das Formular unterteilt die Verwendung der übermittelten Informationen in drei Kategorien, nämlich "zulässige Verwendung", "ausgeschlossene Verwendung" und "Verwendung mit vorheriger Zustimmung". Die in Art. 67 Abs. 1 IRSG genannten Konfigurationen sind hauptsächlich in der Kategorie "ausgeschlossene Verwendung" enthalten.

12 Das absolute Verbot der Verwendung von Informationen gilt nicht nur in Bezug auf das Verfahren, für das um Rechtshilfe ersucht wurde, sondern für alle im ersuchenden Staat geführten Verfahren, unabhängig davon, ob sie bereits anhängig sind oder nicht, sowie gegen dieselben Personen oder gegen Dritte.

13 Im Gegensatz zum Auslieferungsrecht hat das Verwendungsverbot aus Art. 67 Abs. 1 IRSG keine zeitliche Begrenzung. Ob die Person auf die Anwendung des Spezialitätsprinzips in der gleichen Weise verzichten kann, wie dies in Art. 38 Abs. 2 lit. a IRSG vorgesehen ist, ist eine in der Lehre umstrittene Frage. Die Antwort hängt davon ab, ob der Grundsatz der Spezialität darauf abzielt, überwiegend die Interessen des ersuchten Staates oder die Interessen der betroffenen Person zu gewährleisten. Außerdem ist die von der Ausführung des Rechtshilfeersuchens betroffene Person nicht notwendigerweise die Person, gegen die sich das ausländische Strafverfahren richtet, wie dies bei der Auslieferung der Fall ist. Ein Verzicht auf den Grundsatz der Spezialität kann daher nicht insoweit in Betracht gezogen werden, als er die Rechte einer dritten Person berühren würde.

A. Der Umfang des Verbots

Der Umfang des Verwendungsverbots nach Art. 67 Abs. 1 IRSG ist umfassend, da es sowohl Ermittlungszwecke als auch die Vorlage als Beweismittel umfasst. Dieses Verbot ist insbesondere weiter gefasst als das Verbot in Art. 67a IRSG über die spontane Übermittlung, wo Informationen aus dem Geheimbereich, die dem ausländischen Staat übermittelt wurden, zu Ermittlungszwecken, aber nicht als Beweismittel verwendet werden dürfen. Sie ähnelt hingegen dem Verbot für Personen, die im Ausland am Verfahren beteiligt sind und in der Schweiz bei der Ausführung des Rechtshilfeersuchens im Sinne von Art. 65a IRSG mitwirken. 14

Bei Straftaten nach Art. 67 Abs. 1 IRSG dürfen die Behörden des ersuchenden Staates aufgrund dieses Verbots die übermittelten Informationen nicht zur Durchführung von Zwangsmassnahmen und zur Erlangung von Beweismitteln verwenden, die sie ohne diese Informationen nicht hätten erlangen können. Was die Verwendung der Informationen für ein Rechtshilfeersuchen an einen anderen Staat betrifft, so würde ein solches Vorgehen bereits unter die Ermittlungszwecke fallen, für die die Informationen aufgrund des absoluten Verbots in Art. 67 Abs. 1 IRSG nicht verwendet werden dürfen. In der Lehre wird jedoch darauf hingewiesen, dass das Verbot für den ersuchenden Staat, die von den Schweizer Behörden gelieferten Informationen zu verwenden, um einen Drittstaat um Rechtshilfe zu ersuchen, einen übermäßigen Eingriff in seine Souveränität darstellen würde. 15

B. Die Straftat, "bei der die Rechtshilfe ausgeschlossen ist".

1. Die Straftat politischer, militärischer oder fiskalischer Art

Der Begriff "Straftaten, bei denen die Rechtshilfe ausgeschlossen ist" bezieht sich insbesondere auf die in Art. 3 IRSG genannten Straftaten, die aufgrund ihrer Natur nicht zur Zusammenarbeit führen können. Dazu gehören Straftaten politischer, militärischer oder fiskalischer Art oder Handlungen, die gegen währungs-, handels- oder wirtschaftspolitische Maßnahmen verstoßen. Die Art der Straftat bestimmt sich nach den Vorstellungen des ersuchten Staates, wobei sich der ersuchende Staat nicht darauf berufen kann, dass die betreffende Straftat nach seinem innerstaatlichen Recht unter das allgemeine Recht fällt. 16

17 Die Straftat politischer Natur ist nicht gesetzlich definiert. Daher sind die Situationen, die unter diese Ausnahme fallen, schwer zu bestimmen. Die Rechtsprechung unterscheidet jedoch drei Kategorien von politischen Straftaten: die absolute politische Straftat, die relative politische Straftat und der Sachverhalt, der mit einer politischen Straftat zusammenhängt. Das Verbot der Verwendung von Informationen, die in einem Strafverfahren mit diesem Charakter gewonnen wurden, erstreckt sich nicht auf ein Ermittlungsverfahren, das von einem parlamentarischen Ausschuss des ersuchenden Staates eingeleitet wurde. Das Bundesgericht stellte fest, dass es widersprüchlich wäre, Rechtshilfe für die Verfolgung einer gewöhnlichen Straftat zu gewähren, ohne dem ersuchenden Staat zu erlauben, die übermittelten Informationen zu verwenden, um über die politischen Folgen der begangenen Straftat zu entscheiden. Er wies zudem darauf hin, dass weder Art. 2 EUeR noch Art. 3 Abs. 1 IRSG einer Verwendung der übermittelten Informationen zu politischen Zwecken entgegenstehen. Anders wäre die Antwort, wenn der Sachverhalt, mit dem sich die parlamentarische Kommission befasst, Straftaten umfassen würde, bei denen die Rechtshilfe ausgeschlossen ist.

18 Die Straftat fiskalischer Natur bezieht sich auf jede Handlung, die "auf eine Minderung der Steuereinnahmen abzuzielen scheint". Das Verbot erstreckt sich nicht auf den Steuerbetrug, bei dem die Rechtshilfe zulässig ist (Art. 3 Abs. 3 lit. a IRSG). Es muss auch im Einklang mit den von der Schweiz eingegangenen Verpflichtungen stehen, so dass der Vorbehalt nicht für Straftaten im Bereich der indirekten Besteuerung in den Beziehungen zu den Schengen-Staaten gilt, für die Rechtshilfe zulässig ist (Art. 50 und 51 SDÜ). Dasselbe gilt für die Zusammenarbeit mit den Vertragsstaaten des Abkommens über die Zusammenarbeit zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft einerseits und der Europäischen Gemeinschaft und ihren Mitgliedstaaten andererseits zur Bekämpfung von Betrug und sonstigen rechtswidrigen Handlungen, die ihre finanziellen Interessen beeinträchtigen (AAF).

19 In einem Urteil aus dem Jahr 1981 hatte das Bundesgericht festgehalten, dass das absolute Verbot der Verwendung von übermittelten Informationen in Steuersachen auch für Steuerverfahren mit nicht repressivem Charakter gilt, insbesondere für administrative Veranlagungsverfahren. Folglich konnte das Bundesamt dem ersuchenden Staat nicht gestatten, die Informationen in einem solchen Verfahren zu verwenden. Da dieses Urteil zu einer Zeit gefällt

wurde, als die Schweiz sich gegenüber keinem Staat zur Amtshilfe in Steuersachen verpflichtet hatte und die Zusammenarbeit in diesem Bereich systematisch verweigerte, sollte diese Lösung heute nicht mehr vorherrschend sein. Die Schweiz arbeitet nun auch in Steuerfragen zusammen und hat sich durch den Abschluss von Doppelbesteuerungsabkommen gegenüber vielen Staaten in dieser Hinsicht verpflichtet. Eine zusätzliche Verwendung der Informationen für nicht repressive Besteuerungszwecke sollte daher nicht mehr als eine (absolut) ausgeschlossene Verwendung angesehen werden, sondern als eine zusätzliche Verwendung, die die Zustimmung des BJ im Sinne von Art. 67 Abs. 2 1. Ph. IRSG. Die Richtlinien des BJ scheinen in diese Richtung zu gehen, da sie für "zusammenhängende Steuerverfahren" vorsehen, dass "[d]ie im Rahmen der primären Rechtshilfe übermittelten Informationen im ersuchenden Staat nicht ohne Zustimmung des BJ in einem anderen Verfahren fiskalischer Natur verwendet werden [dürfen]".

2. Sachverhalte, bei denen die Voraussetzung der beidseitigen Strafbarkeit nicht erfüllt ist

Nach der Rechtsprechung steht der Grundsatz der Spezialität einer Verwendung der Informationen im ersuchenden Staat zur Verfolgung und Beurteilung von Handlungen nicht entgegen, die in der Schweiz keine Straftat darstellen würden. Mit anderen Worten: Eine Straftat im ersuchenden Staat, deren Sachverhalt nicht die Voraussetzung der beidseitigen Strafbarkeit erfüllt, wäre keine "Straftat, für die die Rechtshilfe ausgeschlossen ist". 20

Die Lehre teilt die von der Rechtsprechung gewählte Lösung nicht und ist der Ansicht, dass der Grundsatz der Spezialität einer Verwendung der Informationen zur Verfolgung von Sachverhalten entgegensteht, die nach schweizerischem Recht keine Straftat darstellen würden. Da Art. 64 Abs. 1 IRSG die Rechtshilfe von der Bedingung der beidseitigen Strafbarkeit abhängig macht, muss jede Verwendung der Informationen als ausgeschlossen gelten, wenn der Sachverhalt, den der ersuchende Staat verfolgen will, keine Straftat darstellt, die nach schweizerischem Recht strafbar ist. 21

Wir teilen die Kritik der Lehre nicht. Die von der Rechtsprechung gewählte Lösung fügt sich kohärent in das Rechtshilfesystem ein, da der Grundsatz der beidseitigen Strafbarkeit nach Art. 64 IRSG nur dann gilt, wenn die Erledigung des ausländischen Ersuchens die Anwendung von Zwangsmassnahmen 22

erfordert. Der Grundsatz der beidseitigen Strafbarkeit soll bei der kleinen Rechtshilfe nur sicherstellen, dass eine Person in der Schweiz nicht Zwangsmassnahmen zugunsten eines ausländischen Staates unterworfen wird, wenn die Behörden solche Massnahmen nicht hätten umsetzen können, obwohl sich die Tat in der Schweiz ereignet hätte. Wenn die Behörden bereits im Besitz der Informationen sind, ist der Grundsatz der beidseitigen Strafbarkeit folglich keine Voraussetzung mehr für die Gewährung von Rechtshilfe. Wenn sich nun die Frage stellt, ob die bereits an das Ausland übermittelten Informationen zusätzlich verwendet werden sollen, müssen keine neuen Zwangsmaßnahmen mehr ergriffen werden.

23 Die Rechtsprechungslösung lässt sich auch mit den Grundsätzen vereinbaren, die für die Analyse der Bedingung der beiderseitigen Strafbarkeit gelten. Denn anders als bei der Auslieferung genügt es, wenn um Rechtshilfe in Bezug auf verschiedene Straftaten ersucht wird, dass der Sachverhalt eine einzige Straftat nach schweizerischem Recht darstellt, ohne dass die Analyse für jede der vorgelegten Straftaten vorgenommen werden muss.

24 Schließlich steht diese Lösung im Einklang mit einer wörtlichen Analyse des Gesetzes. Mit der Verwendung des Begriffs Straftat (Tat) in Art. 67 Abs. 1 IRSG scheint der Gesetzgeber dem Sachverhalt, an dem der ersuchende Staat interessiert ist und für den die Verwendung der übermittelten Informationen ausgeschlossen ist, eine bestimmte rechtliche Qualifikation zuweisen zu wollen. Dieser Ausdruck ist derselbe wie der im Randtitel von Art. 3 IRSG (Art der Straftat; Art der Tat) verwendete, und es scheint daher, dass er sich nicht auf jede Handlung bezieht, für die die Rechtshilfe ausgeschlossen ist, sondern vielmehr auf die rechtliche Qualifikation der betreffenden Handlung. In dieser Hinsicht ist die italienische Fassung von Art. 67 Abs. 1 IRSG insofern verwirrend, als der Begriff "fatti" und nicht "reato" verwendet wird.

III. DIE ZUSÄTZLICHE VERWENDUNG DER ÜBERMITTELTEN INFORMATIONEN (ABS. 2)

A. Die vom Bundesamt für Justiz genehmigungspflichtige Verwendung (Abs. 2 1. Ph.)

25 Art. 67 Abs. 2 1. Ph. IRSG sieht vor, dass "jede weitere Verwendung [der übermittelten Informationen] der Zustimmung des Bundesamtes bedarf".

Dieser Satz begründet den Grundsatz der Genehmigung. Er ist sehr weit gefasst und führt zu Auslegungsschwierigkeiten, da er nicht präzisiert, welche "anderen Verwendungen" betroffen sind. Die Unterstellung der weiteren Verwendung unter die Genehmigung des BJ ist jedoch von grosser Bedeutung, da sich daraus Rechte für die vom Rechtshilfeverfahren betroffenen Personen ergeben. Wenn eine Bewilligung erforderlich ist, muss das BJ nämlich eine neue Verfügung erlassen (die sogenannte "Erweiterung der Fachrichtung"), gegen die Beschwerde eingelegt werden kann. Die Frist und die Beschwerdebefugnis gegen diese Verfügung richten sich nach den Regeln, die für die ursprüngliche Rechtshilfe gelten (d.h. Art. 80k IRSG für die Frist und Art. 80h IRSG cum 9a IRSV für die Beschwerdebefugnis).

1. Die sogenannte "sekundäre" Rechtshilfe

Die Verwendung der übermittelten Informationen in einem anderen als einem Strafverfahren unterliegt dem Grundsatz der Zustimmung. In diesem Zusammenhang wird der Begriff der "sekundären" Rechtshilfe verwendet, da eine solche Art der Zusammenarbeit notwendigerweise eine vorherige Rechtshilfe rein strafrechtlicher Natur voraussetzt, die dann als "primäre" Rechtshilfe bezeichnet wird. Im Gegensatz zur "primären" Rechtshilfe, die in der Regel von einer Staatsanwaltschaft durchgeführt wird, ist das BJ ausschließlich für die Entscheidung über die "sekundäre" Rechtshilfe zuständig. 26

Die im IRSG geregelte Rechtshilfe in Strafsachen wird nur für Verfahren gewährt, die im Sinne von Art. 63 Abs. 1 IRSG "mit einer Strafsache zusammenhängen". Ein Rechtshilfeersuchen in Strafsachen, das nur mit dem Ziel gestellt wird, die Regeln der Zivil- oder Amtshilfe zu umgehen, würde als missbräuchlich angesehen. Mit anderen Worten: Ein ausländischer Staat darf nicht versuchen, auf dem Weg der strafrechtlichen Rechtshilfe - und unter Anwendung seiner einschneidenderen Maßnahmen - etwas zu erreichen, was er auf dem Weg der zivilrechtlichen oder administrativen Rechtshilfe nicht erreichen könnte. Art. 67 Abs. 2 1. IRSG stellt eine Ausnahme vom Grundsatz dar, dass zur Erlangung von Informationen, die für ein nicht strafrechtliches Verfahren erforderlich sind, der entsprechende Rechtshilfeweg beschritten werden muss. 27

Die Genehmigung der "sekundären" Rechtshilfe durch das BJ unterliegt strengen Bedingungen, die je nach Art des Verfahrens, in dem der ersuchende 28

Staat die Informationen verwenden möchte, unterschiedlich sind. Bei Zivilverfahren kann die Genehmigung erteilt werden, wenn (i) der Gegenstand des Verfahrens sowohl inhaltlich als auch hinsichtlich der betroffenen Personen klar abgegrenzt ist, (ii) das Verfahren mit dem Strafverfahren in Zusammenhang steht und (iii) es darauf abzielt, die von der Straftat betroffenen Personen zu entschädigen. Im Falle eines Verfahrens, das von einem parlamentarischen Untersuchungsausschuss durchgeführt wird, um die politischen Folgen einer gewöhnlichen Straftat zu ermitteln, muss das Ersuchen (i) den politischen Zweck, zu dem die Informationen verwendet werden sollen, hinreichend klar beschreiben und (ii) eine ausreichende Verbindung zwischen dem Verfahren des Untersuchungsausschusses und der Straftat, für die ursprünglich Rechtshilfe gewährt wurde, herstellen. Schließlich kann sekundäre Rechtshilfe auch für ein Verwaltungsverfahren gewährt werden, wenn sie auf die Beantwortung einer präjudiziellen Frage abzielt, die für das Strafverfahren, für das die Informationen übermittelt wurden, entscheidend ist und daher in einem Zusammenhang mit diesem Verfahren steht. Im Wesentlichen scheint, wie Harari festhält, das entscheidende Element für die Zustimmung des BJ in einem nicht strafrechtlichen Verfahren der hinreichende Zusammenhang mit dem Strafverfahren zu sein, für das die Rechtshilfe ursprünglich gewährt wurde.

29 Das Bundesgericht hat die Abgrenzung zwischen "primärer" und "sekundärer" Rechtshilfe präzisiert. Es hielt fest, dass jedes Verfahren, das auf die Rückgabe der durch die Begehung der Straftat erlangten Vermögenswerte an den Berechtigten abzielt, unabhängig davon, ob es sich um ein Straf-, Zivil- oder Verwaltungsverfahren handelt, in der Kategorie der "primären" Rechtshilfe verbleibt und somit nicht dem Genehmigungsprinzip unterliegt. Dasselbe gilt a priori für Schadenersatzansprüche des Geschädigten, die auf dem Schaden beruhen, der durch die Straftat, die dem Rechtshilfeersuchen zugrunde liegt, verursacht wurde. Obwohl das Bundesgericht die Frage offen gelassen hat, empfiehlt es, Art. 67 IRSG im Einklang mit Art. 5 Abs. 3 lit. a RVUS auszulegen. Diese Bestimmung besagt allgemein, dass die Auskünfte für ein Verfahren betreffend die Zahlung von Schadenersatz in Verbindung mit einem Verfahren, für das Rechtshilfe geleistet wurde, verwendet werden können, ohne dass nach der Art des Anspruchs unterschieden wird. Eine solche Lösung hat den Vorteil, dass ein einfaches Kriterium, nämlich das des Zusammenhangs mit einem Verfahren, für das Rechtshilfe geleistet wurde, anstelle des komplexeren Kriteriums auf der Grundlage der Art des

Anspruchs, das im Übrigen vom Recht des ersuchenden Staates abhängt, aufgestellt wird. Darüber hinaus wäre es widersprüchlich, einer Person zu verbieten, die übermittelten Informationen in einem separaten Zivilverfahren zu verwenden, während eine solche Einschränkung im Falle eines Zivilverfahrens, das an das Strafverfahren, für das die Rechtshilfe geleistet wurde, anschließt, nicht besteht. Angesichts dieser Rechtsprechung erscheint die Präzisierung im Musterformular des BJ, wonach "für die Schengen-Staaten keine vorherige Zustimmung für Zivilklagen erforderlich ist, die mit Strafklagen nach Art. 49 lit. d des Schengener Durchführungsübereinkommens verbunden sind", merkwürdig. Abgesehen davon, dass diese Ausnahme für Schengen-Staaten überflüssig ist, scheint sie nicht auf sie beschränkt zu sein.

2. Die Übermittlung von Informationen an einen Drittstaat

Der Grundsatz der Zustimmung gilt auch für die (Weiter-)Übermittlung von 30
Informationen an einen Drittstaat. Das Ersuchen des ersuchenden Staates um eine solche Genehmigung muss die Elemente des im Drittstaat durchgeführten Verfahrens hinreichend genau darstellen, damit die Anforderungen von Art. 28 IRSG (bzw. Art. 14 EUeR) erfüllt werden. Gemäss der Rechtsprechung muss das BJ nämlich, um sich zu einem Antrag auf Ausdehnung der Spezialität zugunsten eines Drittstaates zu äussern, analysieren, was mit dem Antrag geschehen wäre, wenn dieser Staat ihn direkt an die Schweiz gerichtet hätte. Daraus folgt auch, dass alle Rügen, die der Beschwerdeführer hätte vorbringen können, wenn es sich um ein direktes Ersuchen des Drittstaates gehandelt hätte, vom Beschwerdeführer geltend gemacht werden können (Recht auf Anhörung, allgemeine Gründe für die Verweigerung der Rechtshilfe, ne bis in idem, Verhältnismässigkeit usw.). Das Bundesstrafgericht analysiert auch den Vorwurf der doppelten Strafbarkeit, der nach Art. 64 Abs. 1 IRSG nicht anwendbar sein sollte, da Zwangsmassnahmen in der Schweiz de facto nicht angewendet werden müssen, um dem Ersuchen um Ausweitung des Spezialitätsprinzips zu entsprechen. Dennoch hielt er in einem Urteil zu einem Antrag Bulgariens auf Ausdehnung des Spezialitätsprinzips zugunsten Italiens fest, dass "die Herausgabe von Bankunterlagen eine Zwangsmaßnahme im Sinne von Art. 63 Abs. 2 lit. c IRSG ist, die nach Art. 64 Abs. 1 IRSG [...] nur angeordnet werden kann, wenn der im Ersuchen dargelegte Sachverhalt den objektiven Elementen einer nach schweizerischem Recht strafbaren Handlung

entspricht". Nun ist die Herausgabe von Bankunterlagen zwar eine Rechtshilfehandlung, kann aber nicht als Zwangsmassnahme betrachtet werden. Der Zwang wird gegebenenfalls schon vorher, zum Zeitpunkt der Sammlung der Dokumente, angewendet. Der Grundsatz der beiderseitigen Strafbarkeit findet daher nur dann Anwendung, wenn die Fiktion aufgestellt wird, dass die Vollstreckungsbehörde Zwangsmaßnahmen ergriffen hat, um dem Ersuchen des Drittstaats nachzukommen, das unmittelbar an sie gerichtet wurde.

31 Die Situation des ersuchenden Staates, der die übermittelten Informationen verwenden möchte, um ein Rechtshilfeersuchen an einen Drittstaat zu stellen, ist anders. Eine solche Verwendung der Informationen unterliegt nicht dem Grundsatz der Zustimmung. Der ersuchende Staat darf die Informationen in dem Verfahren, für das die Rechtshilfe gewährt wurde, umfassend verwenden und ist nur durch sein eigenes Strafprozessrecht eingeschränkt. Auch die Weitergabe der Informationen an eine andere Strafbehörde des ersuchenden Staates unterliegt nicht dem Zustimmungsprinzip.

32 Ausnahmen von der Anwendung des Zustimmungsprinzips für die (Weiter-)Übermittlung von Informationen an einen Drittstaat können sich aus internationalen Übereinkommen oder Verträgen ergeben, die die Schweiz ratifiziert hat. Dies ist insbesondere der Fall bei Art. 5 Abs. 2 bis 5 AAF, der den Vertragsparteien die freie (Weiter-)Übermittlung der in Anwendung des Abkommens erhaltenen Informationen gestattet, sofern diese nicht zur Verwendung in einem Verfahren bestimmt sind, für das die Rechtshilfe ausgeschlossen ist. Art. 5 Abs. 3 AAF stellt im Übrigen klar, dass gegen eine solche (Weiter-)Übermittlung in der ursprünglich ersuchten Vertragspartei kein Rechtsbehelf eingelegt werden kann.

33 Was das auf einen solchen Antrag auf Ausweitung des Spezialitätsprinzips anwendbare Recht betrifft, scheint sich das Bundesstrafgericht sowohl auf das Recht zu stützen, das die Beziehungen zum ersuchenden Staat regelt, als auch auf das Recht, das auf den Drittstaat anwendbar ist, zu dessen Gunsten der Antrag auf Ausweitung gestellt wurde. In seiner Rechtsprechung geht es jedoch nicht näher darauf ein, welche Aspekte des Antrags durch das Recht geregelt werden, das im Verhältnis zum ersuchenden Staat gilt, und welche durch das Recht, das im Verhältnis zum Drittstaat gilt. Da das Bundesstrafgericht festhält, dass die Schweizer Behörde, die über einen

Antrag auf Ausdehnung entscheidet, analysieren muss, was mit dem Antrag geschehen wäre, wenn er direkt an die Schweiz gerichtet worden wäre, sind wir der Ansicht, dass die Bedingungen für die Ausdehnung ausschließlich durch das zwischen der Schweiz und dem Drittstaat anwendbare Recht geregelt werden. Das zwischen der Schweiz und dem ersuchenden Staat anwendbare Recht findet nur Anwendung, wenn es um Aspekte geht, die sich strikt auf den Grundsatz der Spezialität beziehen, genauer gesagt auf dessen Umfang und Grenzen.

3. Die Verwendung der Informationen in einem anderen Strafverfahren (kontrovers)

Umstrittener ist die Frage, ob die Verwendung der Informationen in einem anderen Strafverfahren als dem, für das die Rechtshilfe ursprünglich gewährt wurde, dem Genehmigungsgrundsatz unterliegt. Diese zusätzliche Verwendung kann als "eigentliche" Verwendung in dem Sinne bezeichnet werden, dass sich die Tat, gegen die der ersuchende Staat die Informationen verwenden möchte, von der Tat unterscheidet, für die die Rechtshilfe ursprünglich gewährt wurde. 34

Die überwiegende Lehre ist der Ansicht, dass jede zusätzliche Verwendung der Informationen in einem anderen Strafverfahren als dem, für das die Rechtshilfe ursprünglich gewährt wurde, in Anwendung von Art. 67 Abs. 2 IRSG der Zustimmung des BJ bedarf. Diese Auslegung des Spezialitätsprinzips wird durch die Botschaft des Bundesrates von 1995 zur Revision des IRSG bestätigt, in der allgemein festgehalten wird, dass "der Staat, der die Informationen in anderen Verfahren verwenden will, ein zusätzliches Ersuchen stellen muss", ohne nach der Art des betroffenen Verfahrens zu unterscheiden. 35

In der Praxis wird der Grundsatz der Spezialität wesentlich flexibler ausgelegt, da der ersuchende Staat die übermittelten Informationen nicht nur in dem Strafverfahren, für das die Rechtshilfe gewährt wurde, sondern auch in jedem anderen Strafverfahren frei verwenden kann. Die einzige Einschränkung, die ihm auferlegt wird, besteht darin, dass er die Informationen nicht zur Verfolgung und Beurteilung einer Straftat verwenden darf, für die die Rechtshilfe nach Art. 67 Abs. 1 IRSG ausgeschlossen ist. Laut BJ können die übermittelten Informationen somit "in dem Verfahren, für das um Rechtshilfe ersucht wurde, sowie in jedem anderen Strafverfahren, das im ersuchenden 36

Staat geführt wird, frei verwendet werden". Das Musterformular für den Spezialitätsvorbehalt sieht ebenfalls vor, dass "die auf dem Rechtshilfeweg erlangten Beweismittel und Erkenntnisse im ersuchenden Staat zu Ermittlungszwecken und als Beweismittel in dem Strafverfahren, um das ersucht wurde, sowie in jedem anderen Strafverfahren verwendet werden dürfen". Die Rechtsprechung schien zwar in zwei Urteilen aus dem Jahr 1986 die Auffassung zu vertreten, dass die Verwendung der Informationen in einem anderen (Straf-)Verfahren als dem, für das die Rechtshilfe gewährt wurde, der Zustimmung des BJ bedürfe, hält aber nunmehr fest, dass dies nicht der Fall ist. Sie geht über den Wortlaut des Gesetzes hinaus und wendet den Grundsatz der Genehmigung nur dann an, wenn der ersuchende Staat die Informationen für ein zusätzliches Verfahren verwenden möchte, das nicht strafrechtlicher Natur ist.

37 Unserer Ansicht nach erfordert eine zufriedenstellende Antwort auf diese Kontroverse, dass man dem Wortlaut des Gesetzes folgt. Aus diesem geht hervor, dass die Ausnahmen vom Genehmigungsprinzip in Art. 67 Abs. 2 lit. a und b IRSG abschliessend aufgezählt werden. Wenn also das zusätzliche Strafverfahren, das der ersuchende Staat durchführen möchte, nicht unter die Hypothesen von Art. 67 Abs. 2 lit. a und b IRSG fällt, muss es dem BJ zur Genehmigung vorgelegt werden. Die "eigentliche" zusätzliche Verwendung, auf die wir uns hier beziehen, fällt jedoch nicht unter die Ausnahmen von Art. 67 Abs. 2 lit. a und b IRSG.

B. Die nicht von der Genehmigung des Bundesamts für Justiz abhängige Verwendung

38 Die Buchstaben a und b von Art. 67 Abs. 2 IRSG regeln die Ausnahmen vom Grundsatz der Genehmigung. Sie behandeln eine Verwendung der Informationen, die von derjenigen abweicht, für die die Rechtshilfe gewährt wurde, die aber nicht der Genehmigung durch das BJ unterliegt. Diese zusätzliche Verwendung kann als "unzutreffende Verwendung" oder "alternative Verwendung" bezeichnet werden, solange der Sachverhalt, der dem Ersuchen zugrunde liegt - und für den der ersuchende Staat die Informationen verwenden will - unverändert bleibt, eine Änderung lediglich in der rechtlichen Qualifizierung des Sachverhalts oder im Personenkreis, dem der Sachverhalt zugerechnet wird, stattfindet.

1. Die neue rechtliche Qualifizierung des Sachverhalts (Abs. 2 lit. a).

Art. 67 Abs. 2 lit. a IRSG sieht vor, dass die Zustimmung des BJ nicht erforderlich ist, wenn die dem Ersuchen zugrunde liegende Tat eine andere Straftat darstellt, für die Rechtshilfe gewährt werden kann. Um festzustellen, ob der ersuchende Staat die Informationen alternativ, aber immer noch für denselben Sachverhalt verwenden möchte, schlägt Fiolka vor, das Kriterium der "Identität der materiellen Tatsachen, verstanden als das Vorliegen einer Gesamtheit von untrennbar miteinander verbundenen Tatsachen" zu verwenden, das vom EuGH in seiner Rechtsprechung zum Grundsatz ne bis in idem, der in Art. 54 SDÜ verankert ist, entwickelt wurde. Unserer Ansicht nach ist dieses Kriterium zu eng gefasst. Einerseits passt es nicht zum Wortlaut des Gesetzes, das nicht nur eine rechtliche Umqualifizierung der Straftat, sondern eine neue rechtliche Qualifizierung des Sachverhalts zulässt. Zum anderen würde er zu einer übermäßig strengen Anwendung des Spezialitätsprinzips führen, die nicht mit dem Schweizer System der justiziellen Zusammenarbeit vereinbar wäre. Die Rechtshilfe unterliegt nämlich dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, der unter dem Gesichtspunkt des potenziellen Nutzens analysiert wird. Die Rechtsprechung erinnert in diesem Zusammenhang regelmässig daran, dass "[es] das Wesen der Rechtshilfe [ist], die Entdeckung von Tatsachen, Informationen und Beweismitteln zu fördern, einschliesslich solcher, von denen die ausländische Strafverfolgungsbehörde nicht vermutet, dass sie existieren. Es geht nicht nur darum, dem ersuchenden Staat dabei zu helfen, Tatsachen zu beweisen, die durch die von ihm geführten Ermittlungen ans Licht kommen, sondern auch darum, andere Tatsachen aufzudecken, wenn sie existieren. Daraus ergibt sich für die Vollstreckungsbehörde eine Pflicht zur Vollständigkeit, die es rechtfertigt, alle von ihr gesammelten Elemente mitzuteilen, die geeignet sind, den ausländischen Ermittlungen zu dienen, um das Räderwerk des im ersuchenden Staat verfolgten Deliktsmechanismus in allen seinen Aspekten zu beleuchten". Die Schweizer Behörden sind somit aufgerufen, den ersuchenden Staat aktiv in dem von ihm geführten Verfahren zu unterstützen. Ein Verständnis des gleichen Sachverhalts in Art. 67 Abs. 2 lit. a IRSG, wie es sich aus Art. 54 SDÜ ergibt, wäre mit dieser weiten Auslegung des Verhältnismässigkeitsprinzips nicht zu vereinbaren. Die breite Weitergabe von Informationen, wie sie von der Rechtsprechung befürwortet wird, wäre irrelevant, wenn der ersuchende Staat sie nicht von vornherein verwenden könnte. In diesem Sinne hielt das Bundesgericht in einem Rechtshilfefall mit

39

Spanien fest, dass die für den Drogenhandel übermittelten Informationen vom ersuchenden Staat frei verwendet werden können, um Geldwäschehandlungen, die in "engem Zusammenhang" mit dem ersten Verfahren stehen, zu verfolgen und zu beurteilen. Somit sind die dem Ersuchen zugrunde liegenden Tatsachen weitgehend als die Tatsachen zu verstehen, die Teil des vom ersuchenden Staat dargestellten Deliktsmechanismus sind.

40 Der ersuchende Staat bleibt hinsichtlich der neuen rechtlichen Qualifizierung des Sachverhalts durch Art. 67 Abs. 1 IRSG eingeschränkt. Der Sachverhalt kann nicht unter dem Gesichtspunkt einer Straftat analysiert werden, für die die Rechtshilfe ausgeschlossen ist. Wenn der ersuchende Staat die Informationen verwenden möchte, um den Sachverhalt unter dem Gesichtspunkt eines Steuerbetrugs zu analysieren, gilt zudem die Ausnahme von Art. 67 Abs. 2 lit. a IRSG nicht, und es ist die Zustimmung des BJ erforderlich. Ein solches Erfordernis verhindert, dass die Informationen in einem Verfahren verwendet werden, das auf eine Straftat abzielt, für die die Rechtshilfe ausgeschlossen ist, zumal sich die Art der Straftat nach dem Recht des ersuchten Staates bestimmt.

2. Die Verwendung der Informationen gegen andere Personen, die an der Straftat beteiligt waren (Abs. 2 lit. b).

41 Die zweite Ausnahme vom Zustimmungsprinzip ist in Art. 67 Abs. 2 lit. b IRSG geregelt und betrifft die Verwendung von Informationen gegen andere als die im Rechtshilfeersuchen bezeichneten Personen. Damit eine solche Verwendung zulässig ist, muss es sich nach dem Wortlaut des Gesetzes um Personen handeln, die "an der Begehung der Straftat beteiligt waren". Wir stimmen hier mit Fiolka überein, für den sich diese Ausnahme auf die im Antrag dargestellte Tatsache bezieht, die unter dem Gesichtspunkt der zu Art. 54 SDÜ entwickelten Grundsätze bestimmt wird. Wenn die Informationen gegen Personen verwendet werden, die eine andere Straftat begangen haben, die jedoch Teil des im Ersuchen dargelegten Deliktsmechanismus ist, gilt die Ausnahme von Art. 67 Abs. 2 lit. a IRSG entsprechend den Ausführungen oben, N. 39.

42 Der Begriff der "an der Begehung der Straftat beteiligten Personen" ist nicht klar definiert. Die Rechtsprechung hat sich nie zu diesem Aspekt geäussert, erwähnt aber ausweichend, dass sich der Begriff auf "Mittäter etc." bezieht.

Unserer Ansicht nach bezieht er sich auf jede Form der Beteiligung, ob es sich nun um eine Hauptbeteiligung (Koaktivität, Mittäterschaft) oder eine Nebenbeteiligung (Mittäterschaft, Anstiftung) handelt.

Die in Art. 67 Abs. 2 lit. b IRSG gewählte Lösung unterscheidet sich von derjenigen des TEJUS, der die Verwendung von Informationen gegen Personen zulässt, die verdächtigt oder beschuldigt werden, an einer Straftat, für die Rechtshilfe gewährt wurde, beteiligt gewesen zu sein oder eine solche Straftat begünstigt zu haben, sofern der ersuchte Staat "seine Stellungnahme abgeben konnte" (Art. 5 Abs. 2 lit. b TEJUS). 43

IV. SPEZIALITÄT UND FRÜHERER ZUGANG ZU INFORMATIONEN DURCH DEN ERSUCHENDEN STAAT

A. Im Rahmen der Anwesenheit von Personen, die am ausländischen Verfahren beteiligt sind (Art. 65a IRSG) (Abs. 3).

Art. 67 Abs. 3 IRSG stellt klar, dass der Grundsatz der Spezialität auch dann gilt, wenn Personen, die an dem ausländischen Verfahren beteiligt sind, bei der Ausführung des Rechtshilfeersuchens anwesend sein dürfen (Art. 65a IRSG). Diese Bestimmung betrifft nur Informationen aus dem Rechtshilfeverfahren, an dem die Person ausnahmsweise teilnehmen darf. Sie regelt nicht (oder zumindest nicht mehr) die Situation, in der eine Person von den Informationen in einem schweizerischen Strafverfahren Kenntnis erhält. Was die ausländische Behörde anbelangt, so gilt der Spezialitätsgrundsatz jedoch auch in diesem Fall, und zwar über Art. 34 Abs. 2 IRSV, der besagt, dass, wenn eine ausländische Behörde außerhalb eines Rechtshilfeverfahrens die Genehmigung zur Einsichtnahme in eine schweizerische Akte erhält, die schweizerischen Behörden sie darauf aufmerksam machen, dass die erteilten Auskünfte nicht in einem Verfahren verwendet werden dürfen, für das die Rechtshilfe ausgeschlossen ist (Art. 34 Abs. 1 lit. a IRSV), und dass jede andere Verwendung der Auskünfte der Zustimmung des Bundesamtes bedarf (Art. 34 Abs. 1 lit. b IRSV). Dagegen kann der Grundsatz der Spezialität einer nichtstaatlichen ausländischen Privatklägerschaft nicht entgegengehalten werden, die durch Einsichtnahme in die Akten des nationalen schweizerischen Strafverfahrens von den Informationen Kenntnis erlangt hat und diese in einem Zivilverfahren im Ausland verwenden möchte. 44

45 Art. 67 Abs. 3 IRSG wurde bei der Revision von 1997 eingeführt und verweist direkt auf Art. 65a IRSG, der ebenfalls bei dieser Gelegenheit eingeführt wurde. Im Hinblick auf die letztgenannte Bestimmung erscheint der in Art. 67 Abs. 3 IRSG gemachte Vorbehalt zugunsten des Spezialitätsprinzips überflüssig. Tatsächlich bestimmt Art. 65a Abs. 3 IRSG, dass die Anwesenheit der am ausländischen Verfahren beteiligten Personen im Rechtshilfeverfahren "nicht zur Folge haben darf, dass ihnen Tatsachen aus dem Geheimbereich zur Kenntnis gebracht werden, bevor die zuständige Behörde über die Gewährung und den Umfang der Rechtshilfe entschieden hat". Diese Bestimmung wird von der Rechtsprechung dahingehend ausgelegt, dass "die Akteneinsicht in einer Weise erfolgen muss, die gewährleistet, dass keine von der ersuchenden Behörde verwertbaren Informationen an diese gelangen, bevor die Abschlussentscheidung rechtskräftig geworden ist". Dies wird dadurch konkretisiert, dass der ersuchende Staat vor der Akteneinsicht Garantien abgeben muss, in denen er sich verpflichtet, sich passiv zu verhalten und die ihm zur Kenntnis gelangten Informationen weder zu Ermittlungs- noch zu Beweiszwecken zu verwenden, bevor sie ihm aufgrund des Abschlussbeschlusses übermittelt werden. Daraus folgt, dass der Mechanismus von Art. 65a IRSG - ebenso wie der Mechanismus von Art. 67a IRSG, auf den wir verweisen - bereits Vorrichtungen vorsieht, um eine Verwendung der Informationen im Widerspruch zu Art. 67 IRSG zu verhindern.

B. Im Rahmen der spontanen Übermittlung (Art. 67a IRSG)

46 Art. 67 IRSG ist nicht direkt auf die spontane Übermittlung (Art. 67a IRSG) anwendbar. Der Grundsatz der Spezialität gilt jedoch auch in diesem Bereich, allerdings in einer nach der Rechtsprechung "angepassten" Form, die sich aus Art. 67a Abs. 5 IRSG ergibt. In Wirklichkeit sieht das durch Art. 67a IRSG eingeführte System Kautel vor, die die Verfügungsgewalt des ausländischen Staates über die übermittelten Informationen einschränken und zur Folge haben, dass die Einhaltung des Spezialitätsprinzips von Art. 67 IRSG gewährleistet ist. Dasselbe gilt a priori für das durch Art. 80dbis IRSG (vorzeitige Übermittlung von Informationen und Beweismitteln) und Art. 80dter ff. IRSG (Regelung gemeinsamer Ermittlungsgruppen) eingeführte System. Mit anderen Worten, in Bezug auf die spontane Übermittlung kommt Art. 67a Abs. 5 IRSG unter anderem die Rolle der "Leitplanke der Leitplanke" der Rechtshilferegeln für die spontane Übermittlung zu.

Die Kautelen des Art. 67a Abs. 5 IRSG manifestieren sich im Wesentlichen in zwei Aspekten. Der erste betrifft die Tatsache, dass die schweizerischen Behörden dem ausländischen Staat nicht unaufgefordert Informationen aus dem Geheimbereich übermitteln müssen, wenn von vornherein klar ist, dass diese eine Straftat betreffen, für die die Rechtshilfe ausgeschlossen ist. Der zweite Punkt bezieht sich auf die Tatsache, dass die Informationen im ersuchenden Staat ausschließlich zu Ermittlungszwecken verwendet werden dürfen, insbesondere um ein Rechtshilfeersuchen an die Schweiz zu stellen. Ihre Verwendung als Beweismittel ist ausgeschlossen. Eine solche Verwendung der Informationen ist erst möglich, wenn die Rechtshilfe - sofern sie beantragt wurde - bewilligt wurde. In diesem Fall folgt die Übermittlung der Informationen dem ordentlichen Verfahren, das mit der Schlussverfügung endet, die den Grundsatz der Spezialität vorbehält (Art. 67 IRSG). 47

V. GERICHTLICHE ANFECHTUNG

Im Rechtshilfeverfahren in der Schweiz als ersuchtem Staat kann der Vorwurf der Gefahr einer Verletzung des Spezialitätsprinzips zum Zeitpunkt der Anfechtung der Schlussverfügung erhoben werden. Ein solches Risiko kann theoretisch zu einer Verweigerung der Rechtshilfe durch die Schweizer Behörden führen. Es kann nur von der Person geltend gemacht werden, die berechtigt ist, gegen die Entscheidung Beschwerde einzulegen (Art. 80h IRSG cum 9a IRSV), und das behauptete Risiko muss geeignet sein, sie persönlich zu berühren. Mit anderen Worten: Das Risiko kann nicht zum Schutz der Interessen Dritter geltend gemacht werden. Da in den internationalen Beziehungen der Vertrauensgrundsatz vorherrscht, sind die Erfolgsaussichten für einen solchen Vorwurf gering, zumal er unseres Wissens noch nie von einem Gericht zugelassen wurde. Außerdem reicht ein früherer Verstoß des ersuchenden Staates gegen den Grundsatz der Spezialität nicht aus, um ein solches Risiko zu bejahen und das in den zwischenstaatlichen Beziehungen herrschende Vertrauen zu zerstören. 48

In der Schweiz als ersuchtem Staat kann auch gegen die Entscheidung über die Ausweitung des Spezialitätsprinzips Beschwerde eingelegt werden. Die Beschwerdeberechtigung bestimmt sich nach den Regeln, die für die Beschwerdeberechtigung gegen die Schlussverfügung gelten, d.h. nach Art. 80h IRSG cum 9a IRSV. Dies hat zur Folge, dass, wenn die Ausweitung der Spezialität zugunsten der Verwendung der Informationen gegen eine dritte 49

Person gewährt wird, die in den Bankunterlagen erwähnt wird, aber nicht der Inhaber des Kontos ist, das Gegenstand des ursprünglichen Rechtshilfeersuchens war (Art. 9a lit. a IRSV und die diesbezügliche Rechtsprechung), dieser Person wahrscheinlich nicht die Beschwerdebefugnis gegen die Ausweitungsverfügung zuerkannt werden sollte. Dies gilt mutatis mutandis auch für die Ausdehnungsentscheidung zugunsten der Verwendung der Informationen gegen eine Person, die nicht direkt der Durchsuchung im Sinne von Art. 9a lit. b IRSG (und der einschlägigen Rechtsprechung) unterworfen war.

50 Wenn der ersuchende Staat nach der Übermittlung der Informationen den Grundsatz der Spezialität nicht einhält, haben die betroffenen Personen in der Schweiz als ersuchtem Staat kein echtes Rechtsmittel, um sich über diese Verletzung zu beschweren. Sie können die Angelegenheit höchstens dem BJ melden, das selbst über die Folgen der Verletzung für die künftigen Beziehungen mit dem ersuchenden Staat entscheidet. Es wird kein Recht anerkannt, eine Reaktion der Schweizer Behörden zu verlangen, insbesondere indem der ersuchende Staat aufgefordert wird, die übermittelten Informationen zu vernichten oder zurückzugeben. Die Verletzung des Spezialitätsprinzips kann möglicherweise im ausländischen Verfahren geltend gemacht werden, um als rechtswidrig erachtete Beweismittel auszuschließen, wobei darauf hingewiesen wird, dass das Bestehen dieses Rechtsmittels ausschließlich vom Recht des ausländischen Staates abhängt.

EMPFOHLENE WEITERFÜHRENDE LEKTÜRE

Bernasconi Paolo, Internationale Amts- und Rechtshilfe bei Einziehung, organisiertem Verbrechen und Geldwäscherei, in : Schmid Niklaus *et al.* (édit.), Kommentar Einziehung, Organisiertes Verbrechen, Geldwäscherei, Band II, p. 143 ss.

Opel Andrea, Neuausrichtung der schweizerischen Abkommenspolitik in Steuersachen: Amtshilfe nach dem OECD-Standard, Eine rechtliche Würdigung, Berne 2015.

Schultz Hans, Das schweizerische Auslieferungsrecht, Mit einem Exkurs über die räumliche Geltung des Strafgesetzes, Bâle 1953.

LITERATURVERZEICHNIS

Bernasconi Paolo, La cooperatione riguardante la frode fiscale secondo il nuovo Accordo italo-svizzero di assistenza giudiziaria penale, il fisco 1998 p. 13007 ss.

Bomio Giorgio/Glassey David, La qualité pour recourir dans le domaine de l'entraide judiciaire internationale en matière pénale, La quête du juste équilibre entre efficacité et protection des libertés, Jusletter 13 décembre 2010 https://jusletter.weblaw.ch/juslissues/2010/597/_8870.html__ONCE (consulté le 7.2.2023).

De Capitani Werner, Internationale Rechtshilfe eine Standortbestimmung, Strafsachen und Verwaltungssachen, RDS 1981 p. 365 ss.

Donatsch Andreas *et al.*, Internationale Rechtshilfe, Unter Einbezug der Amtshilfe im Steuerrecht, 2e éd., Genève/Zurich/Bâle 2015.

Gauthier Jean, La nouvelle législation suisse sur l'entraide internationale en matière pénale, RPS 1984 p. 51 ss.

Gstöhl Caroline, Geheimnisschutz im Verfahren der internationalen Rechtshilfe in Strafsachen, Berne 2008.

Harari Maurice, L'évolution récente en matière d'entraide pénale : des interrogations demeurent, in : Gani Raphael (édit.), Récents développements en matière d'entraide civile, pénale et administrative, Lausanne 2004, p. 103 ss.

Ludwiczak Maria, À la croisée des chemins du CPP et de l'EIMP – la problématique de l'accès au dossier, RPS 2015 p. 295 ss (cité : Ludwiczak, À la croisée des chemins).

Ludwiczak Glassey Maria, Entraide judiciaire internationale en matière pénale, Précis de droit suisse, Bâle 2018 (cité : Ludwiczak Glassey, Précis)

Ludwiczak Glassey Maria/Bonzanigo Francesca, L'artificielle distinction entre « informations » et « moyens de preuve » en entraide pénale internationale, RPS 2022 p. 402 ss.

Markees Curt, Aktuelle Fragen aus dem Gebiete der internationalen Rechtshilfe, RPS 1973 p. 230 ss (cité Markees, RPS 1973).

Markees Curt, Die Rechtshilfe in Strafsachen im Verkehr mit den USA nach dem Vertrag vom 25.5.1973 und dem Bundesgesetz vom 3.10.1975, RPS 1978 p. 113 ss (cité : Markees, RPS 1978).

Markees Curt, Entraide international en matière pénale, Loi fédérale du 20 mars 1981 (EIMP) III : Troisième partie : Autres actes d'entraide, FJS 423c, 1983 (cité : Markees, FJS 423c).

Moreillon Laurent (édit.), Entraide internationale en matière pénale, EIMP, TEJUS, LTEJUS, TEXUS, Commentaire romand, Bâle 2004.

Neyroud Philippe, Entraide judiciaire internationale en matière pénale, in : Junod Charles-André/Hirsch Alain (édit.), Colloque L'entraide judiciaire internationale en matière pénale, civile, administrative et fiscale, Genève 1986, p. 15 ss.

Niggli Marcel Alexander/Heimgartner Stefan (édit.), Internationales Strafrecht, IRSG, GwÜ, Basler Kommentar, Bâle 2015.

Popp Peter, Grundzüge der internationalen Rechtshile in Strafsachen, Bâle 2001.

Schmid Pierre *et al.*, L'entraide judiciaire internationale en matière pénale, RDS 1981 p. 247 ss.

Schultz Hans, Secret bancaire e entraide judiciaire internationale en matière pénale, Société de banque suisse 1982 (cité : Schultz, Secret bancaire).

Schultz Hans, Struttura generale della nuova legge svizzera sulla assistenza internationale in materia penale, in : Broggini (édit.), L'assistenza internationale in materia penale, Milan 1983, p. 15 ss (cité : Schultz, Struttura generale).

Unseld Lea, Internationale Rechtshilfe im Steuerrecht, Akzessorische Rechtshilfe, Auslieferung und Vollstreckungshile bei Fiskaldelikten, Genève/Zurich/Bâle 2011.

Zimmermann Robert, Communication d'informations et de renseignements pour les besoins de l'entraide judiciaire internationale en matière pénale : un paradigme perdu ?, *in* PJA 2007 p. 62 ss (cité : Zimmermann, Communication).

Zimmermann Robert, La coopération judiciaire internationale en matière pénale, 5e éd., Berne 2019 (cité : Zimmermann, Coopération).

KOMMENTIERUNG ZU

Art. 67a IRSG

Eine Kommentierung von Daniel Schaffner / Yves Rohner

ZITIERVORSCHLAG

Daniel Schaffner/Yves Rohner, Kommentierung zu Art. 67a IRSG, in: Maria Ludwiczak Glassey/Lukas Staffler (Hrsg.), Onlinekommentar zum Bundesgesetz über internationale Rechtshilfe in Strafsachen

Kurzzitat: OK-Schaffner/Rohner, Art. 67a IRSG N. XXX.

Art. 67*a* Unaufgeforderte Übermittlung von Beweismitteln und Informationen

[1] Eine Strafverfolgungsbehörde kann Beweismittel, die sie für ihre eigene Strafuntersuchung erhoben hat, unaufgefordert an eine ausländische Strafverfolgungsbehörde übermitteln, wenn diese Übermittlung aus ihrer Sicht geeignet ist:

a. ein Strafverfahren einzuleiten; oder

b. eine hängige Strafuntersuchung zu erleichtern.

[2] Die Übermittlung nach Absatz 1 hat keine Einwirkung auf das in der Schweiz hängige Strafverfahren.

[3] Die Übermittlung von Beweismitteln an einen Staat, mit dem keine staatsvertragliche Vereinbarung besteht, bedarf der Zustimmung des BJ.

[4] Die Absätze 1 und 2 gelten nicht für Beweismittel, die den Geheimbereich betreffen.

[5] Informationen, die den Geheimbereich betreffen, können übermittelt werden, wenn sie geeignet sind, dem ausländischen Staat zu ermöglichen, ein Rechtshilfeersuchen an die Schweiz zu stellen.

[6] Jede unaufgeforderte Übermittlung ist in einem Protokoll festzuhalten.

GLIEDERUNG

I. Entstehungsgeschichte 343
II. Einordnung der Bestimmung im Kontext der international-strafrechtlichen Kooperation 345
A. Charakteristikum: Ausnahme vom rechtshilferechtlichen Ersuchensprinzip 345
B. Systematische Verortung im Gesetz 346
C. Abgrenzungen 348
1. Innerhalb der internationalen Strafrechtshilfe 348
a. Ordentliche Rechtshilfe auf ausländisches Ersuchen hin 348
b. Aktive Rechtshilfe seitens der Schweiz 350
2. Rechtshilfeexterner Kontext 351
a. Internationale Amtshilfe 351
b. Internationale Polizeizusammenarbeit 351
D. Internationale Rechtsgrundlagen unaufgeforderter (Rechtshilfe-)Übermittlung 352
1. Übersicht 352
2. Verhältnis zu Art. 67a IRSG 353
E. Praktische Relevanz von Art. 67a IRSG 356
III. Regelungsgehalte von Art. 67a IRSG im Einzelnen 356
A. Überblick 356
1. Die Formen unaufgeforderter Übermittlung gemäss Art. 67a IRSG 357
a. Auf den Übermittlungsgegenstand bezogen: Informationen oder (nicht den Geheimbereich betreffende) Beweismittel 357
b. Auf das (Nicht)Vorliegen auch eines Rechtshilfeersuchens bezogen: «forme anticipée» und «forme complémentaire» 357
2. Involvierte Behörden 359
3. Allgemeiner Teil: Begrifflichkeiten 360
a. Informationen und Beweismittel 360
b. Geheimbereich 364
4. Art. 67a IRSG als «kann»-Bestimmung 366
B. Geltung der allgemeinen Rechtshilfevoraussetzungen und -schranken auch bei unaufgeforderter Übermittlung 366
C. Die beiden Übermittlungsarten gemäss Art. 67a IRSG 369
1. Unaufgeforderte Übermittlung von Beweismitteln (und Informationen), die nicht den Geheimbereich betreffen 369
a. Übermittlungsgegenstand: Für eine eigene Strafuntersuchung erhobene Beweismittel (und Informationen), die nicht den Geheimbereich betreffen (Abs. 1) 369
b. Übermittlungszweck: Angenommene Eignung im Hinblick auf ein künftiges Strafverfahren oder eine hängige Strafuntersuchung im Ausland 372

c. Negative Voraussetzung: Keine Einwirkung auf das schweizerische Strafverfahren (Abs. 2) ... 374
d. Grundlage: Staatsvertrag oder Zustimmung des Bundesamts für Justiz ... 375
2. Unaufgeforderte Übermittlung von Informationen, die den Geheimbereich betreffen ... 376
a. Übermittlungsgegenstand: Informationen, die den Geheimbereich betreffen ... 376
b. Übermittlungszweck: Angenommene Eignung, ein Rechtshilfeersuchen an die Schweiz zu stellen ... 376
c. Weitere Voraussetzungen ... 379
3. Ablauf der unaufgeforderten Übermittlung ... 379
a. Im Allgemeinen ... 379
b. Nachachtung des Spezialitätsprinzips im Besonderen ... 381
c. Protokollierungspflicht gemäss Art. 67a Abs. 6 IRSG ... 382
d. Rechtliches Gehör? ... 384
D. Rechtsschutz im Zusammenhang mit unaufgeforderten Übermittlungen gemäss Art. 67a IRSG ... 385
1. (Limitierter) Rechtsschutz in der Schweiz ... 385
2. Sonstige rechtliche Konsequenzen rechtswidriger unaufgeforderter Übermittlungen ... 388
Literaturverzeichnis ... 389
Materialienverzeichnis ... 395

I. ENTSTEHUNGSGESCHICHTE

Vom damaligen Justizminister Koller als «wichtige Neuerung im Rechtshilfegesetz» bezeichnet,[459] trat Art. 67*a* IRSG 1997 in Kraft. Die bundesrätliche Botschaft erblickte in der unaufgeforderten Übermittlung[460] gemäss der neuen Bestimmung ein **modernes Mittel im Kampf gegen das organisierte Verbrechen** und die **grenzüberschreitende Wirtschaftskriminalität**;[461] verhindert werden sollte ein Missbrauch des Schweizer Finanzplatzes als entsprechende Drehscheibe.[462] Im Hinblick auf die dabei als verbreitet angesehene Aufspaltung der Tathandlungen auf verschiedene Staaten zwecks der Vereitelung einer strafrechtlichen Erfassung des betreffenden Verhaltens wurden (neue) behördliche Gegenstrategien als unabdingbar erachtet,[463] wobei ein Hauptaugenmerk insbesondere einer Wirksamkeitssteigerung der internationalen Strafrechtszusammenarbeit galt.[464] Art. 67*a* IRSG wartete dabei mit einem Paradigmenwechsel auf: Die hier geregelte unaufgeforderte Übermittlung löst sich von dem für das international-rechtshilferechtlichen Verhältnis typischen Ersuchensprinzip,[465] gemäss welchem Strafrechtshilfe einzig auf Anfrage (Ersuchen) des einen, ersuchenden, Staats an den anderen, ersuchten, Staat erfolgt.[466] Können Informationen und gewisse Beweismittel auch unaufgefordert (ohne Ersuchen) rechtshilfeweise an einen anderen Staat übermittelt werden, so soll dies den Schweizer Behörden eine aktive Rolle ermöglichen,[467] um zu

1

459. Votum Koller, AB 1995 V NR S. 2641. Vgl. etwa auch BGE 125 II 356 E. 12b: «l'une des principales innovations de la nouvelle».
460. In Anlehnung an die französische («transmission spontanée») und die italienische («trasmissione spontanea») Marginalie sind als Synonyme auch die Bezeichnungen «spontane Übermittlung» oder «spontane Rechtshilfe» geläufig; vgl. Glutz von Blotzheim, Übermittlung, S. 10 f.
461. Botschaft IRSG 1995, S. 24.
462. Haffter, S. 116 f.
463. Botschaft IRSG 1995, S. 24; Wyss, S. 42. Vgl. auch Votum Koller, AB 1995 V NR S. 2641.
464. Botschaft IRSG 1995, S. 8. Siehe zudem BStGer RR.2012.311 vom 11.7.2013 E. 5.3.2; Votum Koller, AB 1995 V NR S. 2626. Ziel der IRSG-Revision, in deren Zug Art. 67*a* IRSG inkludiert wurde, bildete denn im Allgemeinen auch die Vereinfachung und Beschleunigung des Rechtshilfeverfahrens; vgl. Botschaft IRSG 1995, S. 2.
465. Siehe Epiney/Meier/Egbuna-Joss, Rz. 106.
466. Haffter, S. 117; Ludwiczak Glassey, précis, Rz. 269. Vgl. für den Grundsatz bereits Art. 1 Abs. 3 IRSG, wenn bei der Definition des Begriffs der Strafsache ein ersuchender Staat vorausgesetzt wird.

verhindern, dass einem Strafverfahren im Ausland dienliche Umstände ungenutzt bleiben, weil die dortig zuständige Behörde gar nicht erst davon erfährt.[468] Zudem zielte man mit der Schaffung von Art. 67*a* IRSG darauf, die strafrechtlich relevanten Umstände im Zusammenhang mit internationaler Kriminalität möglichst rasch etablieren zu können.[469]

2 Im Rahmen der parlamentarischen Debatten war Art. 67*a* IRSG **nicht unumstritten**. So wurde etwa fehlender Rechtsschutz im Zusammenhang mit der unaufgeforderten Übermittlung moniert: Effizienz müsse dort ihre Grenze finden, wo die Rechtsstaatlichkeit gefährdet ist.[470] Die Bestimmung drohe zufolge der durch sie eingeräumten Möglichkeit, Informationen aus dem Geheimbereich unaufgefordert an Dritte weiterzugeben, das ganze Rechtshilfegesetz aus den Angeln zu heben.[471] Letztlich lehnte das Parlament den im Zuge seiner Beratungen aufgebrachten Vorschlag einer Einschränkung des Anwendungsbereichs von Art. 67*a* IRSG auf schwerwiegende Taten von internationaler Tragweite zwar ab,[472] fügte jedoch Abs. 6 (Protokollierungspflicht unaufgeforderter Übermittlungen) hinzu.[473]

3 Die Schaffung einer unaufgeforderten Übermittlungsmöglichkeit als Rechtshilfeinstrument ist im Zusammenhang mit der **Ratifizierung des Europaratsübereinkommens über Geldwäscherei sowie Ermittlung, Beschlagnahme und Einziehung von Erträgen aus Straftaten** vom 8. November 1990 (GwÜ)[474] durch die Schweiz im Jahre 1993 zu sehen. Mit Art. 10 enthält das GwÜ eine Bestimmung betreffend die «[u]naufgeforderte Übermittlung von Informationen». Art. 67*a* IRSG wird als deren – weiter gehende, insbesondere da nicht bloss auf Informationen, sondern auch auf Beweismittel bezogene[475] – landesrechtliche Umsetzung angesehen.[476]

---

467. BGE 125 II 238 E. 4a.
468. BGE 139 IV 137 E. 4.4 m.w.H.; BStGer RR.2014.103 vom 9.10.2014 E. 2.1; Ludwiczak Glassey/Bonzanigo, ZStrR 2022, S. 405.
469. Nicati, S. 16.
470. Votum Heberlein AB 1995 V NR S. 2623.
471. Votum Schmid AB 1995 V NR S. 2626.
472. Allerdings verknüpft mit der Zulassung einer unaufgeforderten Übermittlung auch von den Geheimbereich betreffenden Beweismitteln (Streichung von Abs. 4 von Art. 67*a* IRSG); vgl. insbesondere Votum Engler, AB 1995 V NR S. 2639; Votum Koller AB 1995 V NR S. 2641 siehe auch Kleiner/Schwob/Winzeler, Art. 47 BankG N. 162.
473. Votum Sandoz, AB 1995 V NR S. 2638; Votum Engler, AB 1995 V NR S. 2639; Votum Koller AB 1995 V NR S. 2641.
474. Vom 8.11.1990 (SR 0.311.53).

Um ein neues Phänomen handelte es sich bei der unaufgeforderten Unterstützung ausländischer Behörden indessen anlässlich der Schaffung von Art. 67*a* IRSG nicht: Zum einen waren entsprechende, auf Informationen bezogene Instrumente damals **bereits im Rahmen der polizeilichen Zusammenarbeit** etabliert,[477] zum anderen wurde Unterstützung ohne Ersuchen **teilweise** *praeter legem* (als «entraide sauvage») geleistet.[478] 4

II. EINORDNUNG DER BESTIMMUNG IM KONTEXT DER INTERNATIONAL-STRAFRECHTLICHEN KOOPERATION

A. Charakteristikum: Ausnahme vom rechtshilferechtlichen Ersuchensprinzip

Die Zulassung schweizerischer Strafrechtshilfe an das Ausland ohne entsprechendes vorgängiges Ersuchen bildet die eigentliche *raison d'être* von Art. 67*a* IRSG:[479] Informationen und gewisse Beweismittel können seitens der Schweizer Behörden entsprechend der Marginalie «unaufgefordert» (spontan)[480] – d.h. eben ohne Vorliegen eines entsprechenden ausländischen Rechtshilfeersuchens – rechtshilfeweise an das Ausland übermittelt werden. Das Fehlen eines Ersuchens lässt *eo ipso* das Ergehen einer verfahrensabschliessenden Schlussverfügung spezifisch hinsichtlich unaufgeforderter Übermittlungen wegfallen, da Art. 80*d* IRSG für eine solche explizit ein erledigtes Ersuchen voraussetzt.[481] Dementsprechend kann Art. 67*a* IRSG letztlich im Zusammenhang mit dem Instrumentarium der sog. **dynamischen Rechtshilfe** gesehen werden:[482] Deren gemeinsamer Nenner besteht darin, dass aus Effektivitäts- und Beschleunigungserwägungen 5

475. Dazu unten N. 24. Vgl. auch BGE 129 II 544 E. 3.5; BGE 125 II 238 E. 5b; BStGer RR. 2022.130–133 vom 3.8.2022 E. 2.3.
476. Glutz von Blotzheim, Übermittlung, S. 1 (Art. 10 GWÜ als non-self-executing qualifizierend); Harari, ZStrR 1998, S. 9; Popp, Rz. 530. Vgl. auch BGE 130 II 236 E. 6.1; BGE 125 II 238 E. 5b.
477. Vgl. m.w.H. BSK-Glutz von Blotzheim, Art. 67*a* IRSG N. 8; Schupp, S. 194.
478. BSK-Glutz von Blotzheim, Art. 67*a* IRSG N. 8; Donatsch/Heimgartner/Simonek, S. 68; siehe auch Harari, in Gani, S. 104.
479. Vgl. bereits oben N. 1.
480. Zur Terminologie Glutz von Blotzheim, Übermittlung, S. 10 f. Bisweilen begegnet im Zusammenhang mit Art. 67*a* IRSG auch der Begriff *aktiver* Rechtshilfe (vgl. etwa Popp, Rz. 531; Haffter, S. 116). Dies bedeutet indessen nicht, dass die Schweiz hier ihrerseits das Ausland um Unterstützung ersuchen würde; siehe unten N. 11 f.
481. Siehe auch Walder, AJP 2024, S. 833; ferner unten N. 71.

die Rechtshilfeleistung an das Ausland, wie bei Art. 67*a* IRSG, überhaupt ohne eine Schlussverfügung oder, wie z.B. im Zuge einer vorzeitigen Übermittlung nach Art. 80*d*bis IRSG, bei an die Schweiz gerichtetem Ersuchen zumindest vor Rechtskraft der Schlussverfügung erfolgt.[483]

6 Der **Verzicht auf ein Rechtshilfeersuchen** zeitigt gewichtige Konsequenzen:

- So kann bei einer unaufgeforderten Übermittlung keine Beschränkung von deren Gegenstand auf die im Rechtshilfeersuchen gestellten **Begehren** erfolgen, was Zweifelsfragen mit Blick auf den Verhältnismässigkeitsgrundsatz aufwirft.[484]
- Ferner bildet gerade das Ersuchen, namentlich über die diesem beiliegende Sachverhaltsdarstellung (vgl. etwa Art. 28 Abs. 3 lit. a IRSG), den Ansatzpunkt der durch den ersuchten Staat vorzunehmenden Prüfung, ob die **Voraussetzungen für eine Rechtshilfegewährung** erfüllt sind resp. einer solchen keine Hindernisse entgegenstehen.[485]
- Schliesslich ergeben sich einschneidende Folgen für den **Rechtsschutz** im Zusammenhang mit unaufgeforderten Übermittlungen: Es ist gerade die – bei Art. 67*a* IRSG nicht inexistente – Schlussverfügung, welche im System des IRSG den (präventiven) Rechtsweg öffnet.[486]

B. Systematische Verortung im Gesetz

7 Als Bestimmung des Dritten Teils des Gesetzes bezieht sich Art. 67*a* IRSG **ausschliesslich auf die «andere» («kleine») Rechtshilfe**.[487] Die Herausgabe der in der Bestimmung referenzierten Gegenstände (Beweismittel und Informationen)[488] bildet denn auch eine im Rahmen der «anderen»

482. Stelzer-Wieckowska, S. 374. Siehe ferner BGE 143 IV 186 E. 2.1; BGer 1C_127/2023 vom 5.6.2023, E. 2.2; BGer 1B_164/2019 vom 15.11.2019 E. 2.2; zudem Ludwiczak Glassey, AJP 2021, S. 71 (Begriffsbestimmung: Art. 80*d*bis IRSG und Art. 80*d*ter ff. IRSG).
483. Ludwiczak Glassey, Jusletter, S. 8; Stelzer-Wieckowska, S. 372; Tätigkeitsbericht Internationale Rechtshilfe 2020, S. 25; Walder, AJP 2024, S. 833; ferner BGer 1C_115/2023 vom 5.6.2023 E. 2.4; BGer 1C_2/2017 vom 27.3.2017 E. 2.1; BStGer RR.2017.75 vom 12.6.2017 E. 3.2.
484. Zum Ganzen unten N. 9, N. 48.
485. Glutz von Blotzheim, Übermittlung, S. 100; Schaffner, Individuum, S. 91. Siehe dazu unten N. 37.
486. Einlässlich unten N. 71 ff.

Rechtshilfe gangbare Rechtshilfemassnahme (vgl. Art. 63 IRSG: Auskünfte, nach schweizerischem Recht zulässige Prozesshandlungen und andere Amtshandlungen).[489] Die übrigen Formen der internationalen Strafrechtshilfe (vgl. Art. 1 Abs. 1 IRSG) sind gestützt auf Art. 67*a* IRSG einer unaufgeforderten Erledigung nicht zugänglich: Weder kann die Schweiz unaufgefordert ausliefern,[490] noch ohne entsprechendes Ersuchen eine Strafverfolgung stellvertretend übernehmen[491] oder ein Strafurteil stellvertretend vollstrecken. Allerdings besteht die Möglichkeit, dass eine unaufgeforderte Übermittlung durch die Schweiz gemäss Art. 67*a* IRSG zu einem späteren, an die Schweiz gerichteten Ersuchen (betreffend sämtliche Rechtshilfeformen) Anlass gibt.[492]

487. Vgl. auch BGE 125 II 238 E. 4b; Popp, Rz. 531 («Unterart der kleinen Rechtshilfe»). Zwischenstaatliche Unterstützung, wie sie das IRSG in seinem Dritten Titel regelt, wird gemeinhin als «andere» oder «kleine» Rechtshilfe bezeichnet; vgl. allgemein anstelle vieler etwa Donatsch/Heimgartner/Simonek, S. 42 ff.; Gless, 264 ff. Bei Art. 13 («Übermittlung von Informationen an den Herkunftsstaat») des 2016 in Kraft getretenen Bundesgesetzes über die Sperrung und die Rückerstattung unrechtmässig erworbener Vermögenswerte ausländischer politisch exponierter Personen (SRVG) handelt es sich um eine Spezialregelung, welche ausschliesslich auf Verfahren nach diesem Gesetz zur Anwendung gelangt.

488. Einlässlich unten N. 24 ff. Die Unterscheidung zwischen Beweismitteln und Informationen, aus welcher sich Konsequenzen für den Zulässigkeitsumfang unaufgeforderter Übermittlungen ergeben (siehe Art. 67*a* Abs. 4 IRSG), ist der auf Ersuchen hin erfolgenden Rechtshilfe freilich im Grundsatz nicht bekannt; vgl. auch Ludwiczak Glassey, ZStrR 2015, S. 311.

489. BStGer RR.2019.200–204 vom 21.11.2019 E. 4.3.

490. Siehe jedoch Art. 32 IRSG, wonach eine Auslieferung durch die Schweiz auch erfolgt, wenn ein anderer Staat wegen eines schweizerisches Ersuchens die Strafverfolgung oder Vollstreckung eines Strafentscheids übernimmt. In der zweiten Konstellation bedarf es mithin zumindest keines eigentlichen an die Schweiz gerichteten Ersuchens des anderen Staats, wenngleich eine grundsätzliche Verständigung erforderlich ist; vgl. BSK-Fiolka, Art. 32 IRSG N. 23.

491. Zur Abgrenzung zwischen einem (aktiven) schweizerischen Ersuchen um stellvertretende Strafverfolgung und einer unaufgeforderten Übermittlung nach Art. 67*a* IRSG vgl. BSK-Unseld, Vorb. zu Art. 85–93 N. 11.

492. Vgl. PC-Ludwiczak Glassey, Art. 67*a* EIMP N. 2. Allgemein im Zusammenhang mit der stellvertretenden Strafvollstreckung BGer 1A.135/2004 vom 22.8.2005 E. 4.1.

C. Abgrenzungen

1. Innerhalb der internationalen Strafrechtshilfe

a. Ordentliche Rechtshilfe auf ausländisches Ersuchen hin

8 Leistet die Schweiz aus Anlass eines an sie gerichteten Ersuchens internationale Strafrechtshilfe, so handelt es sich, eben wegen des vorliegenden Ersuchens, begriffsnotwendig nicht um eine unaufgeforderte Übermittlung; ein Rückgriff auf Art. 67*a* IRSG scheidet aus.[493] Die diesbezüglich geltenden Spezifika, namentlich der limitierte Rechtsschutz,[494] kommen nicht zum Tragen. Es besteht dabei **kein Wahlrecht der Schweizer Behörden**: Ist eine Rechtshilfeleistung von einem Ersuchen erfasst, so dürfen sie nicht unaufgefordert übermitteln.[495] Ein Berührungspunkt kann sich indessen ergeben, wenn das Rechtshilfeersuchen wegen einer vorgängigen unaufgeforderten Übermittlung gestellt worden ist (insbesondere Art. 67*a* Abs. 5 IRSG).[496] Diesfalls kann gegen die im ordentlichen Rechtshilfeverfahren ergangene Schlussverfügung auch vorgebracht werden, die Voraussetzungen für die erfolgte unaufgeforderte Übermittlung hätten seinerzeit nicht vorgelegen.[497]

9 Vor diesem Hintergrund erweist sich die **Auslegung an die Schweiz gerichteter Rechtshilfeersuchen auf ihren Inhalt resp. Umfang hin** als im Zusammenhang mit Art. 67*a* IRSG zentral. Ausgangspunkt bildet dabei das aus dem Verhältnismässigkeitsgrundsatz abgeleitete Übermassverbot, gemäss welchem nicht über die in einem Ersuchen gestellten Begehren hinausgegangen wird.[498] Dennoch legt die Schweiz ihr unterbreitete Ersuchen praxisgemäss nach Massgabe des Zwecks der angestrebten Rechtshilfe weit, d.h. grosszügig zu Gunsten des ersuchenden Staats, aus: Von Ersuchen erfasst

493. Siehe etwa BStGer RR.2007.136-138 vom 4.3.2008 E. 2.2; BStGer RR.2011.185/187–189 vom 9.2.2012 E. 10.2. Siehe zudem unten N. 22 im Zusammenhang mit der «forme complémentaire».
494. Vgl. unten N. 71 ff.
495. BGer 1A.149/2003 vom 27.10.2003 E. 3.2 f. Siehe indessen auch unten N. 22 betreffend die «forme complémentaire» von Art. 67*a* IRSG.
496. Unten N. 52 ff.
497. Unten N. 72.
498. BGer 1A.182/2001 vom 26.3.2002 E. 4.2; BStGer RR.2016.154 vom 22.11.2016 E. 4.2; Donatsch/Heimgartner/Simonek, S. 68; Popp, Rz. 409.

sein soll jegliche, auch nicht explizit erwähnte, Unterstützung, welche für den anderen Staat als potenziell erheblich angesehen werden kann.[499] Damit sind nicht bloss im Hinblick auf eine Strafbarkeit nach ausländischem Strafrecht belastende Umstände, sondern auch solche, welchen betreffend die untersuchten Vorwürfe mutmasslich eine entlastende Wirkung zukommt, gemeint.[500] Der Auslegungspraxis kommt mithin insgesamt eine einschränkende Wirkung hinsichtlich des Anwendungsbereichs von Art. 67*a* IRSG zu.[501]

Im Zusammenhang mit der Abgrenzung der auf Ersuchen hin geleisteten Rechtshilfe von der unaufgeforderten Übermittlung sind **zwei Spezialfälle** zu beachten: 10

- Keinen Akt unaufgeforderter Übermittlung stellt es dar, wenn die Schweiz ein an sie gerichtetes Ersuchen zur **Verbesserung oder Ergänzung** an den ersuchenden Staat zurücksendet (Art. 78 Abs. 3 IRSG, Art. 28 Abs. 6 IRSG) oder ihm Rückfragen stellt (Art. 80*o* IRSG): Es besteht wiederum ein Bezug zu einem Ersuchen, welcher die Anwendung von Art. 67*a* IRSG gerade ausschliesst.[502]
- Unter der Marginalie «vorsorgliche Massnahmen» wird dem Bundesamt für Justiz gemäss **Art. 18 Abs. 2 IRSG** die Befugnis eingeräumt, bei Gefahr im Verzug den bestehenden Zustand zu erhalten (insbesondere Sicherung gefährdeter Beweismittel) oder bedrohte rechtliche Interessen zu wahren, [503] auch wenn noch kein Rechtshilfeersuchen vorliegt, sofern dieses bloss angekündigt ist. Diese Massnahmen werden wieder aufgehoben, wenn der andere Staat nicht innert Frist ein Ersuchen stellt. Bereits aus dieser letztlich unabänderlichen Koppelung an ein Ersuchen ergibt sich, dass es sich bei Art. 18 Abs. 2 IRSG nicht um einen Fall unaufgeforderter Übermittlung handelt.[504] Überdies vermittelt die Bestimmung ohnehin

499. Vgl. etwa BStGer RR.2024.23 vom 4.4.2024 E. 6.1.1; BStGer RR.2019.137 vom 6.11.2019 E. 5.1; BStGer RR.2016.154 vom 22.11.2016 E. 4.2; BStGer RR.2012.24 vom 29.11.2012 E. 6; ferner auch BGer 1A.303/2004 vom 29.3.2005 E. 4.1 (Ziel der Vermeidung eines Nachtragsersuchens); Harari/Corminboeuf Harari, S. 144 m.w.H.
500. BStGer RR.2023.182 vom 21.12.2023 E. 3.2; BStGer RR.2012.24 vom 29.11.2012 E. 6.1. Siehe im Übrigen auch unten N. 47 f.
501. Unten N. 22 im Zusammenhang mit der «forme complémentaire».
502. Siehe auch BStGer RR.2017.88 vom 20.9.2017 E. 6.
503. BSK-Aepli, Art. 18 IRSG N. 26.
504. Vgl. im Übrigen auch Zimmermann, coopération, S. 448.

keine Kompetenz zur eigentlichen Leistung der Rechtshilfe, sondern zielt einzig auf die Sicherung von deren innerstaatlichen Bereitstellung.[505]

b. Aktive Rechtshilfe seitens der Schweiz

11 Durch den Wegfall des an die Schweiz gerichteten Ersuchens wird die unaufgeforderte Übermittlung nicht zur aktiven Rechtshilfe, dergestalt dass die Schweiz das Ausland um Rechtshilfe ersuchen würde.[506] Vielmehr handelt es sich bei **Art. 67*a* IRSG** um einen **Spezialfall passiver Rechtshilfe**:[507] Die Schweiz leistet gestützt auf Art. 67*a* IRSG ihrerseits Rechtshilfe, wenngleich nicht gestützt auf ein vorgängiges Ersuchen, welches die konkrete Hilfeleistung mitumfassen würde.[508] Damit dient die unaufgeforderte Übermittlung, anders als ein aktives Schweizer Ersuchen um Rechtshilfe, in erster Linie den Interessen desjenigen (anderen) Staats, welcher sie erhält.[509] Dieser wendet sich im Nachgang der unaufgeforderten Übermittlung entweder nicht an die Schweiz, da er keiner weiteren Unterstützung bedarf, oder aber er legt der Schweiz – als Folge der durch die unaufgeforderte Übermittlung gewonnenen Erkenntnisse – ein (ordentliches) Rechtshilfeersuchen vor.

12 Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung **schliesst seitens der Schweiz nachgesuchte aktive Rechtshilfe (spätere) unaufgeforderte Übermittlungen aus**.[510]

505. Für die Unterscheidung zwischen Vornahme- und Leistungsermächtigung vgl., m.w.H., Schaffner, Individuum, S. 26 ff.
506. Zum Ganzen BGE 125 II 238 E. 4b. Vgl. zudem BStGer RR.2015.240, RP.2015.47 vom 22.1.2016 E. 4.2; BStGer RR.2009.190 vom 26.8.2009 E. 2.2. Auch im Zusammenhang mit aktiver Rechtshilfe begegnet, wie bei Art. 67*a* IRSG, indessen die Unterscheidung zwischen Informationen und Beweismitteln, wenn sich die Frage stellt, ob ein Schweizer Ersuchen an das Ausland eine unzulässige «entraide sauvage» darstellt; vgl. BStGer RR.2015.236, RP.2015.45 vom 20.1.2016 E. 5.5; Schaffner, AJP 2017, S. 113.
507. Oben N. 7.
508. BGE 125 II 238 E. 4b: «[L]a Suisse agit à l'instar d'un Etat requis, à cette différence près qu'elle est ou bien pas encore saisie d'une demande étrangère, ou bien (...) saisie d'une demande ne visant pas spécifiquement les informations à remettre spontanément».
509. Siehe BGE 125 II 238 E. 4a; Glutz von Blotzheim, Übermittlung, S. 95; PC-Ludwiczak Glassey, Art. 67*a* EIMP N. 2; zudem (explizit betreffend die unaufgeforderte Übermittlung von Informationen) BGE 140 IV 123 E. 5.5.2 und BStGer RR.2023.43 vom 9.10.2023 E. 6.2.1. Vgl. ferner auch N. 9, 47 f. betreffend die unaufgeforderte Übermittlung entlastender Umstände.

2. Rechtshilfeexterner Kontext

a. Internationale Amtshilfe

Bei der Amtshilfe handelt es sich um eine von der Rechtshilfe zu unterscheidende, andere praxisrelevante Form der grenzüberschreitenden Behördenkooperation.[511] Insbesondere Verfahren und Rechtsschutz sind jeweils unterschiedlich ausgestaltet.[512] Im Zusammenhang mit Art. 67*a* IRSG findet die amtshilfeweise Zusammenarbeit gelegentlich Erwähnung,[513] vor allem da die Bestimmung auch auf Informationen Bezug nimmt, welche wiederum typischerweise auf Basis von Amtshilfe weitergegeben werden.[514] Eine gestützt auf Art. 67*a* IRSG erfolgende unaufgeforderte Übermittlung von Informationen gemäss Art. 67*a* Abs. 5 IRSG soll deswegen als «amtshilfeartige spontane Übermittlung» bezeichnet werden.[515] Diese dogmatische Beobachtung vermag freilich nichts daran zu ändern, dass sich **unaufgeforderte Übermittlungen nach Art. 67*a* IRSG** in Anbetracht des gesetzlichen Regelungsorts zumindest grundsätzlich **nach den rechtshilferechtlichen Prinzipien** richten. So wird etwa der Rechtsschutz im Zusammenhang mit Art. 67*a* IRSG – im Rahmen, in dem er besteht – erstinstanzlich generell durch das Bundesstrafgericht als der für Rechtshilfesachen zuständigen Instanz, und nicht das üblicherweise mit Amtshilfe befasste Bundesverwaltungsgericht wahrgenommen.[516] 13

b. Internationale Polizeizusammenarbeit

Art. 67*a* IRSG regelt durch Strafverfolgungsbehörden vorgenommene unaufgeforderte Übermittlungen, zu welchen Polizeibehörden in diesem Zusammenhang gerade nicht gezählt werden.[517] Die für deren Kooperation im 14

510. BGE 130 II 236 E. 6.2; Glutz von Blotzheim, Übermittlung, S. 94. Vgl. wohl Art. 67*a* Abs. 2 IRSG.
511. Gless, Rz. 229.
512. Siehe etwa Schaffner, Individuum, S. 21 f.
513. Einlässlich, unter Qualifikation auch der Rechtsgrundlagen völkerrechtlicher Provenienz, Glutz von Blotzheim, Übermittlung, S. 38 ff.
514. Zu den verschiedenen Abgrenzungskriterien vgl. etwa Breitenmoser/Bai, Rz. 34.12 ff.; Glutz von Blotzheim, Übermittlung, S. 32 ff.; zur beschränkten Aussagekraft der Ansätze Donatsch/Heimgartner/Simonek, S. 7 f.; Schaffner, Individuum, S. 22 f.
515. BSK-Glutz von Blotzheim, Art. 67*a* IRSG N. 15.
516. Zum Rechtsschutz N. 71 ff.
517. Vgl. unten N. 23.

internationalen Verhältnis einschlägigen **Rechtsgrundlagen der spezifisch polizeilichen Zusammenarbeit** enthalten indessen bisweilen **ebenso Regelungen zu Übermittlungen ohne vorgängiges Ersuchen**.[518] Beispiele für bilaterale Abkommen bilden hier Art. 11 des schweizerisch-deutschen Polizeivertrags[519] («Informationsübermittlung ohne Ersuchen») oder Art. 11 des Abkommens zwischen dem Schweizerischen Bundesrat und der Französischen Republik über die grenzüberschreitende Zusammenarbeit in Justiz-, Polizei- und Zollsachen[520] («Unaufgeforderte Zusammenarbeit», betreffend Informationen). Mit Art. 46 kennt das SDÜ[521] ebenso eine Rechtsgrundlage für eine internationale Informationsmitteilung ohne Ersuchen im Rahmen der polizeilichen Zusammenarbeit.

D. Internationale Rechtsgrundlagen unaufgeforderter (Rechtshilfe-)Übermittlung

1. Übersicht

15 Abgesehen von der schweizerisch-landesrechtlichen Grundlage gemäss Art. 67*a* IRSG finden sich Regelungen betreffend eine Rechtshilfeleistung ohne vorgängiges Ersuchen **auch in völkerrechtlichen Verträgen**.[522] Als für den europäischen Rechtshilfeverkehr von besonderer Relevanz erweist sich dabei Art. 11 des Zweiten Zusatzprotokolls zum Europäischen Übereinkommen über die Rechtshilfe in Strafsachen aus dem Jahr 2001 («Ohne Ersuchen übermittelte Informationen»).[523] Zudem sind bilaterale Rechtshilfeverträge, welche die Schweiz – als Ergänzungsverträge zum Europäischen

518. Die Abgrenzung von der Amts- und Rechtshilfe ist dabei nicht durchwegs eindeutig möglich; vgl. Donatsch/Heimgartner/Simonek, S. 8 f.; zum Amtshilfecharakter etwa Breitenmoser/Bai, Rz. 34.24.

519. Vertrag vom 27.4.1999 zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der Bundesrepublik Deutschland über die grenzüberschreitende polizeiliche und justizielle Zusammenarbeit (SR 0.360.136.1).

520. Vom 9.10.2007 (SR 0.360.349.1).

521. Übereinkommen vom 19.6.1990 zur Durchführung des Übereinkommens von Schengen vom 14.6.1985 (ABl. [EU] L 239 vom 22.9.2000, S. 19). Vgl. in diesem Zusammenhang auch Art. 7 («Informationsaustausch ohne Ersuchen») des Schengen-Informationsaustausch-Gesetzes (SIaG).

522. Siehe die Übersicht bei BSK-Glutz von Blotzheim, Art. 67*a* IRSG N. 58, sowie zudem Donatsch/Heimgartner/Simonek, S. 68; Ludwiczak Glassey/Bonzanigo, ZStrR 2022, S. 404; PC-Ludwiczak Glassey, Art. 67*a* EIMP N. 4.

523. Vom 8.11.2001 (SR 0.351.12).

Rechtshilfeübereinkommen (ERÜ)[524] oder ausserhalb des europäischen Rechtsraums (z.B. mit Mexiko oder Brasilien)[525] – abgeschlossen hat, zu beachten. Auch bereichsspezifische Völkerrechtsabkommen[526] können entsprechende Rechtshilfebestimmungen beinhalten (z.B. Art. 10 GWÜ[527] im Zusammenhang mit der Geldwäschereibekämpfung oder Art. 46 Abs. 4, Abs. 5 UNCAC[528] im Hinblick auf die Bekämpfung der Korruption). Eine Übermittlung ohne Ersuchen – von Beweismitteln und Informationen – begegnet alsdann im Rechtshilfeverhältnis zwischen der Schweiz und der Europäischen Union.[529]

2. Verhältnis zu Art. 67*a* IRSG

Die Existenz auch völkervertraglicher Regelungen betreffend die unaufgeforderte Übermittlung erfordert eine **Festlegung, wann die Schweizer Behörden im Einzelfall für eine beabsichtigte Rechtshilfeleistung ohne Ersuchen auf diese abstellen** und wann dagegen gemäss Art. 67*a* IRSG vorzugehen ist. Ebenso ist fraglich, ob seitens der Schweiz im vertraglichen Rechtshilfeverkehr[530] auf Art. 67*a* IRSG 16

524. Vom 20.4.1959 (SR 0.351.1). Vgl. etwa den Vertrag vom 20.4.1959 zwischen der Schweiz und Italien zur Ergänzung des Übereinkommens über die Rechtshilfe in Strafsachen und vom 10.9.1998 zur Erleichterung seiner Anwendung (SR 0.351.945.41): Art. XXVIII («Unaufgeforderte Übermittlung von Informationen»).
525. Vertrag vom 12.5.2004 zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der Föderativen Republik Brasilien über Rechtshilfe in Strafsachen (SR 0.351.919.81); Vertrag vom 11.11.2005 zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und den Vereinigten Mexikanischen Staaten über Rechtshilfe in Strafsachen (SR 0.351.956.3).
526. Gless, Rz. 251.
527. Vgl. bereits oben N. 3. Gemäss der Rechtsprechung geht die Bestimmung «nicht über Art. 67*a* IRSG hinaus» (BStGer RR.2022.130–133 vom 3.8.2022 E. 2.3); siehe zudem Glutz von Blotzheim, Übermittlung, S. 1 (nicht self-executing).
528. Übereinkommen vom 31.10.2003 der Vereinten Nationen gegen Korruption (SR 0.311.56).
529. Siehe Art. 37 des Abkommens vom 26.10.2004 über die Zusammenarbeit zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft einerseits und der Europäischen Gemeinschaft und ihren Mitgliedstaaten andererseits zur Bekämpfung von Betrug und sonstigen rechtswidrigen Handlungen, die ihre finanziellen Interessen beeinträchtigen (SR 0.351.926.81 [BBA]).
530. Der vertragslose («autonome») Rechtshilfeverkehr richtet sich aus der Perspektive der Rechtshilfe leistenden Schweiz, völkerrechtlich fundierte Menschenrechte vorbehalten, nach den rechtshilferechtlichen Vorgaben ihres Landesrechts (Gless, Rz. 285, 245). Beachtlich ist hier für seitens der Schweiz anvisierte unaufgeforderte Übermittlungen mithin *a priori* einzig Art. 67*a* IRSG.

zurückgegriffen werden kann, falls der einschlägige völkerrechtliche Vertrag selbst die unaufgeforderte Übermittlung gerade nicht regelt.

17 Ausgangspunkt bildet Art. 1 Abs. 1 IRSG: Dem generell im Schweizer Recht geltenden **Vorrang des Völkerrechts vor dem Landesrecht** entsprechend,[531] beansprucht das IRSG bloss insofern Geltung, als «internationale Vereinbarungen nichts anderes bestimmen». Eine unaufgeforderte Übermittlung richtet sich folglich den allgemeinen Regeln entsprechend in erster Linie nach etwaig vorhandenen, im Rechtshilfeverkehr mit dem jeweiligen Staat beachtlichen völkervertraglichen Bestimmungen mit self-executing-Charakter. Art. 67*a* IRSG erlangt in der Rechtshilfepraxis dennoch auch im vertraglichen Verkehr Relevanz:

- Zum einen kennen völkervertragliche Regelungen betreffend die unaufgeforderte Übermittlung **Rückverweise auf das Landesrecht**, sodass wiederum Art. 67*a* IRSG beachtlich ist.[532] Ein solcher ausdrücklicher Vorbehalt ist dabei im Übrigen gemäss der bundesgerichtlichen Rechtsprechung sogar entbehrlich: Enthalten die völkerrechtlichen Verträge blosse **«kann»-Bestimmungen** für unaufgeforderte Übermittlungen, so darf gestützt darauf keine über das Landesrecht hinausgehende (permissivere) Rechtshilfe erfolgen.[533] Insgesamt konkretisiert Art. 67*a* IRSG folglich, falls im Einzelfall restriktiver, die völkerrechtlichen Regelungen.[534]
- Im Zusammenhang mit der Anwendung von Art. 67*a* IRSG beruft sich die Rechtsprechung zum anderen auf das **rechtshilferechtliche Günstigkeitsprinzip**, wonach das IRSG auch bei vertraglich fundierter Rechtshilfe zur Anwendung gelangt, wenn «das schweizerische Landesrecht geringere Anforderungen an die Rechtshilfe stellt.»[535] Konkret bedeutet dies insbesondere eine Erweiterung der im Einzelfall auf Vertragsbasis zur Verfügung stehenden Rechtshilfeinstrumente um die

531. Siehe Schaffner, Individuum, S. 114 m.w.H.

532. Vgl. etwa die Formulierung «[i]m Rahmen ihrer innerstaatlichen Rechtsvorschriften» gemäss Art. 29 Ziff. 1 des Rechtshilfevertrags mit Brasilien oder Art. 30 Ziff. 1 des Rechtshilfevertrags mit Mexiko; zudem Art. 46 Ziff. 4 UNCAC (dazu BGer 1C_126/2014 vom 16.5.2014 E. 5.2). Zu diesen Verträgen bereits oben N. 15.

533. BGE 129 II 544 E. 3.5 im Zusammenhang mit Art. 10 GWÜ.

534. Vgl. Glutz von Blotzheim, Übermittlung, S. 30 f. Siehe auch Beglinger, S. 918; Bernasconi, Rz. 326.

535. Anstelle vieler BStGer RR.2022.130-133 vom 3.8.2022 E. 1.2; vgl. zudem BGE 140 IV 123 E. 2.

landesrechtlich vorgesehenen Möglichkeiten.[536] Für den schweizerisch-ukrainischen Rechtshilfeverkehr verknüpfte das Bundesgericht Art. 67*a* IRSG ausdrücklich mit Günstigkeitserwägungen: So ziele Art. 67*a* IRSG – entsprechend eben dem Günstigkeitsprinzip – darauf ab, als gesetzliche Grundlage für die unaufgeforderte Übermittlung von Informationen und Beweismitteln an alle Staaten zu dienen, die nicht durch einen Vertrag mit einer gleichwertigen Norm mit der Schweiz verbunden sind.[537] Da der Rechtshilfeverkehr zwischen der Schweiz und der Ukraine damals einzig auf Basis des ERÜ erledigt wurde, welches selbst gerade keine Bestimmung hinsichtlich einer unaufgeforderten Übermittlung enthält, erachtete das Bundesgericht den ergänzenden Rückgriff auf Art. 67*a* IRSG als legitim. Gestützt auf das Günstigkeitsprinzip kommt Art. 67*a* IRSG somit zum Tragen, wenn der jeweils anwendbare Vertrag gar keine oder eine weniger weit gehende, d.h. betreffend die Zulässigkeit einer unaufgeforderten Übermittlung weniger permissive, Bestimmung enthält.[538]

Das rechtshilferechtliche Günstigkeitsprinzip stösst mittlerweile auf Kritik im Schrifttum.[539] Im Allgemeinen wird die mit ihm einhergehende Ermöglichung einer möglichst weit gehenden Rechtshilfe – in Anbetracht der in international-arbeitsteilig geführten Strafverfahren ebenso in den Blick zu nehmenden, häufig konträren Individualinteressen – als in abzulehnender Weise einseitig angesehen. Spezifisch im Zusammenhang mit der unaufgeforderten Übermittlung wird überzeugend auf die Art. 67*a* Abs. 3 IRSG (Erfordernis entweder einer staatsvertraglichen Grundlage oder der Zustimmung des Bundesamts für Justiz) inhärente individualschützende Motivation hingewiesen, welche es gerade gebiete, eine verglichen mit dem

536. Schaffner, Individuum, S. 123 ff. Vgl. diesbezüglich BGE 123 II 134 E. 5c. Gemäss bundesgerichtlicher Sichtweise schliessen völkerrechtliche Rechtshilfeverträge ein solches Vorgehen – auch ohne ausdrücklichen Verweis auf das Landesrecht – nicht grundsätzlich aus, da sie generell eine Kooperationsbegünstigung bezweckten; siehe BGer 1A.217/2002 vom 18.11.2002 E. 2.2. Die Abgrenzung zur in der Rechtsprechung formelhaft begegnenden Anwendung des Landesrechts, wenn die anwendbaren Staatsverträge «bestimmte Fragen nicht abschliessend regeln» (vgl. z.B. BStGer RR.2023.182 vom 21.12.2023 E. 1.2), erscheint nicht durchwegs trennscharf möglich.

537. BGE 125 II 356 E. 12b; BGE 125 II 238 E. 5b. Vgl. auch BStGer RR.2012.311 vom 11.7.2013 E. 5.3.2. Ebenso CR-Moreillon, Art. 67*a* EIMP N. 19; Nicati, S. 18; Zimmermann, coopération, S. 450.

538. Siehe auch Heimgartner/Schnebli, S. 1058.

539. Zum Ganzen etwa m.w.H. BSK-Fiolka, Art. 1 IRSG N. 26 ff.; Schaffner, Individuum, S. 219 ff.

Landesrecht, z.B. im Hinblick auf den Anwendungsbereich oder die Übermittlungswege, restriktivere staatsvertragliche Bestimmung betreffend die unaufgeforderte Übermittlung zur Anwendung zu bringen, ohne über Art. 67*a* IRSG eine (unaufgeforderte) Rechtshilfeleistung zu ermöglichen.[540]

E. Praktische Relevanz von Art. 67*a* IRSG

18 Zufolge der bundesgerichtlich statuierten Pflicht der unaufgefordert übermittelnden schweizerischen Behörden, das Bundesamt für Justiz – seinerseits Aufsichtsbehörde über die international-rechtshilfeweise Strafrechtskooperation (vgl. Art. 3 IRSV) – über sämtliche gestützt auf Art. 67*a* IRSG erfolgten Rechtshilfeleistungen zu orientieren,[541] liegt statistisches Material hinsichtlich der praktischen Relevanz von Art. 67*a* IRSG vor:[542] Während im Jahr 2023 117 Fälle aufgeführt werden, waren es 2022 deren 128 und 2021 116. Der **bisherige Höchstwert** wurde **im Jahr 2020 mit 168 unaufgeforderten Übermittlungen** erreicht.

19 Soweit aus der zugänglichen Judikatur ersichtlich, greift die Praxis ausschliesslich auf Art. 67*a* IRSG zurück, um **unaufgefordert den Geheimbereich betreffende Informationen an das Ausland zu übermitteln** (Abs. 5). Die in der Bestimmung ebenso enthaltene Möglichkeit einer Übermittlung von nicht den Geheimbereich betreffenden Beweismitteln (Abs. 1, 4) scheint hingegen nicht genutzt zu werden.[543]

III. REGELUNGSGEHALTE VON ART. 67*A* IRSG IM EINZELNEN

A. Überblick

20 Die Leistung internationaler Strafrechtshilfe durch die Schweiz bedarf einer gesetzlichen Grundlage, insbesondere in Anbetracht ihrer **Individualrechtsrelevanz**,[544] jedoch auch zufolge des die schweizerischen

540. Glutz von Blotzheim, Übermittlung, S. 30; vgl. auch BSK-Glutz von Blotzheim, Art. 67*a* IRSG N. 56 f.

541. BGE 125 II 238 E. 6d; unten N. 63.

542. Siehe die online abrufbare Aufstellung IRH-Statistik 2023.

543. Vgl. bereits BSK-Glutz von Blotzheim, Art. 67*a* N. 2; zur fehlenden Bundesgerichtspraxis diesbezüglich etwa auch Glutz von Blotzheim, Übermittlung, S. 49; Inglese, S. 193.

(Straf)Behörden bindenden, **gemäss Art. 320 StGB strafbewehrten Amtsgeheimnisses**.[545] Art. 67*a* IRSG regelt für das Landesrecht, wann welche Rechtshilfe ohne Ersuchen seitens der Schweiz an das Ausland erfolgen darf[546] und erlaubt den involvierten Behörden damit, das Amtsgeheimnis gezielt zu lüften.[547]

1. Die Formen unaufgeforderter Übermittlung gemäss Art. 67*a* IRSG

a. Auf den Übermittlungsgegenstand bezogen: Informationen oder (nicht den Geheimbereich betreffende) Beweismittel

Art. 67*a* IRSG inhärent ist die Differenzierung zwischen Beweismitteln und Informationen.[548] Beide Kategorien können grundsätzlich Gegenstand einer unaufgeforderten Übermittlung bilden, werden vom Gesetz indessen je unterschiedlich behandelt: Ist der **Geheimbereich betroffen**, können **Beweismittel** im Unterschied zu Informationen, im Hinblick auf welche dies im Grundsatz möglich ist, **in keinem Fall gestützt auf Art. 67*a* IRSG herausgegeben werden** (vgl. Abs. 4 und 5).[549] 21

b. Auf das (Nicht)Vorliegen auch eines Rechtshilfeersuchens bezogen: «forme anticipée» und «forme complémentaire»

Je nachdem, ob die unaufgeforderte Übermittlung durch die Schweiz **parallel zu einem Rechtshilfeersuchen erfolgt**, welches der betreffende Staat an 22

544. Popp, Rz. 89; zum Individualrechtsbezug der internationalen Rechtshilfe in Strafsachen, sowohl durch ihre innerstaatliche Bereitstellung als auch ihre Leistung an die ausländischen Behörden, im Allgemeinen m.w.H. Schaffner, Individuum, S. 26 ff.; mit Blick auf das Datenschutzrecht (siehe diesbezüglich aber etwa Art. 4 Abs. 2 lit. e DSG) BSK-Glutz von Blotzheim, Art. 67*a* IRSG N. 29 f.
545. Vgl. im Übrigen auch Glutz von Blotzheim, Übermittlung, S. 104, im Zusammenhang mit Art. 273 StGB.
546. Siehe BGE 139 IV 137 E. 4.6 sowie BStGer RR.2012.311 vom 11.7.2013 E. 5.3.2 (jeweils unter Hinweis auf Art. 14 StGB); ferner auch Glutz von Blotzheim, Übermittlung, S. 213; Gstöhl, S. 350, 344 f.; Haffter, S. 117 ff.
547. Popp, Rz. 530.
548. Siehe bereits oben N. 3; ausführlich N. 24 ff.

die Schweiz gerichtet hat, oder nicht (eigenständig),[550] wird zwischen einer «forme complémentaire» (ein Ersuchen ergänzend) und einer «forme anticipée» (einem Ersuchen vorgreifend) unterschieden:[551]

- Die «**forme anticipée**» meint gemäss bundesgerichtlicher Definition unaufgeforderte Übermittlungen, die unabhängig von einem Rechtshilfeverfahren («indépendamment de toute procédure d'entraide») stattfinden und geeignet sind, dass in der Folge ein Rechtshilfeersuchen gestellt wird (vgl. Art. 67*a* Abs. 5 IRSG).[552]
- Bei der «**forme complémentaire**» kann übermittelt werden, was – auch auf Basis einer praxisgemäss weiten Auslegung[553] – im Ersuchen nicht verlangt wird resp. einen Sachverhalt betrifft, den das Ersuchen nicht erfasst,[554] jedoch aus Sicht der Schweizer Behörden geeignet sein dürfte,

549. Das Bundesgericht begründet den Hintergrund der unterschiedlichen Behandlung von Beweismitteln und Informationen durch Art. 67*a* IRSG mit der bezweckten Verhinderung einer Umgehung der Rechtshilfevorschriften durch unkontrollierte und informelle Übermittlungen, insbesondere wenn der Geheimbereich betroffen ist; vgl. BGE 125 II 238 E. 5d; zudem auch BGE 139 IV 137 E. 4.6.1; Botschaft IRSG 1995, S. 24; siehe auch BStGer RR. 2009.190 vom 26.8.2009 E. 2; Léchot, S. 14.
550. BStGer RR.2023.43 vom 9.10.2023 E. 6.2.1; vgl. auch Ludwiczak Glassey, précis, S. 63.
551. Vgl. zum Ganzen anstelle vieler BGE 139 IV 137 E. 4.4; BGE 129 II 544 E. 3.2; BGE 125 II 238 E. 4; BGer 1A.149/2003 vom 27.10.2003 E. 3.2; BStGer RR.2021.291/292 vom 24.3.2022 E. 3.2; BStGer RR.2020.179 vom 1.7.2021 E. 2.3.3.3; BStGer RR.2021.53–54 vom 20.5.2021 E. 6.1; BStGer RR.2009.190 vom 26.8.2009 E. 2.1. Die deutsche Terminologie lautet «ergänzend» («complémentaire») und «vorgängig» («anticipé»); siehe BStGer RR.2011.185/187–189 vom 9.2.2012 E. 10.2.
552. Siehe auch BSK-Glutz von Blotzheim, Art. 67*a* IRSG N. 43, und Glutz von Blotzheim, Übermittlung, S. 86. Die Literatur verwendet den Begriff teilweise weiter und spricht generell von «forme anticipée», wenn Art. 67*a* IRSG (ohne Zusammenhang zu einem bereits an die Schweiz gerichteten Ersuchen) zur Anwendung kommt, unabhängig davon, ob auf die Stellung eines späteren Ersuchens gezielt wird; vgl. Ludwiczak Glassey, précis, S. 63; PC-Ludwiczak Glassey, Art. 67*a* EIMP N. 9.
553. Oben N. 9.
554. BSK-Glutz von Blotzheim, Art. 67*a* IRSG N. 46; Glutz von Blotzheim, Übermittlung, S. 89 f. Dies impliziert einen materiellen (nicht einen formellen) Ersuchensbegriff (Abstellen auf den konkreten Inhalt des Ersuchens statt auf den blossen Umstand dessen Vorliegens); siehe BSK-Glutz von Blotzheim, Art. 67*a* IRSG N. 45 ff.; Glutz von Blotzheim, Übermittlung, S. 89 f. m.w.H. Im Zusammenhang mit nicht den Geheimbereich betreffenden Beweismitteln hat die Rechtsprechung indessen teilweise angedeutet, eine Anwendung von Art. 67*a* IRSG komme auch betreffend von einem hängigen Ersuchen erfasste Sachverhalte in Frage; vgl. etwa BGer 1A.69/2006 vom 28.7.2006 E. 2.1.3; zu Recht kritisch Glutz von Blotzheim, Übermittlung, S. 92 f. m.w.H.; vgl. auch Beglinger, S. 919.

das Verfahren im ersuchenden Staat voranzutreiben.[555] In diesem Sinne schliesst das Vorliegen eines Rechtshilfeersuchens nicht *ipso facto* einen Rückgriff auf Art. 67*a* IRSG aus.[556] Diese Ergänzung an die Schweiz gerichteter hängiger Rechtshilfeersuchen durch unaufgeforderte Übermittlungen mittels der «forme complémentaire»,[557] relativiert, wie bereits die weite Ersuchensauslegung, die grundsätzliche Limitierung einer nachgesuchten Rechtshilfe auf die im Ersuchen gestellten Begehren (Übermassverbot).[558] Im Szenario des Nebeneinanders von ordentlichem Rechtshilfeverfahren auf Ersuchen hin und unaufgeforderter Übermittlung mittels der «forme complémentaire» bedarf es jeweils der Zuordnung, auf welcher Basis eine bestimmte Hilfeleistung erfolgt ist, da der Rechtsschutz spezifisch im Zusammenhang mit Art. 67*a* IRSG eine spezielle Ausgestaltung erfahren hat.[559] Zu Recht wird jedoch auf die zufolge der praktizierten weiten Auslegung von an die Schweiz gerichteten Rechtshilfeersuchen auf die bloss marginale Bedeutung der «forme complémentaire» gemäss Art. 67*a* IRSG hingewiesen.[560]

2. Involvierte Behörden

23 Zur unaufgeforderten Übermittlung gestützt auf Art. 67*a* IRSG berechtigt sind **in erster Linie Staatsanwaltschaften resp. die Bundesanwaltschaft**.[561]

555. Dies kann auch die Ermöglichung eines (ergänzenden) Ersuchens an die Schweiz bedeuten. Dazu Glutz von Blotzheim, Übermittlung, S. 87; vgl. BGE 125 II 356 E. 12c; BStGer RR.2009.2 vom 9.7.2009 E. 3.4 (Anregung einer Ausdehnung des Rechtshilfeersuchens). Siehe ferner Lubishtani/Monod/Gauderon, S. 29; Ludwiczak Glassey, AJP 2017, S. 609; Ludwiczak Glassey, in Garibian/Jeanneret, S. 122; Ludwiczak Glassey/Bonzanigo, ZStrR 2022, S. 405.

556. BStGer RR.2010.252 vom 27.1.2011 E. 4.2.1; BStGer RR.2009.190 vom 26.8.2009 E. 2.2.

557. Vgl. auch Unseld, Rechtshilfe, S. 193.

558. Ludwiczak Glassey, précis, Rz. 272; BStGer RR.2020.179 vom 1.7.2021 E. 2.3.3.3. Siehe bereits oben N. 9.

559. Vgl. für die Schwierigkeiten *in praxi* Bernasconi, Rz. 332. Zum Rechtsschutz unten N. 71 ff.

Die Literatur bezieht sich, wie die Botschaft des Bundesrats, weitergehend auf schweizerische justizielle Strafbehörden, wobei auch (Straf)Gerichte erwähnt werden.[562] Nicht gemäss Art. 67*a* IRSG vorgehen dürfen hingegen die Polizei oder Verwaltungsbehörden.[563] Zu erfolgen hat die Unterstützung nach Art. 67*a* IRSG – gemäss den diesbezüglich jeweils im Einzelfall im Verhältnis zum unterstützten Staat anwendbaren Rechtsgrundlagen – gegenüber derjenigen Behörde, an welche sich die Schweizer Behörde wenden würde, wenn sie in der betreffenden Angelegenheit mittels eines Rechtshilfeersuchens kontaktiert worden wäre.

3. Allgemeiner Teil: Begrifflichkeiten

a. Informationen und Beweismittel

24 Über Art. 10 GWÜ hinausgehend, inkludiert Art. 67*a* IRSG nicht bloss Informationen als Gegenstand einer möglichen unaufgeforderten Übermittlung, sondern auch Beweismittel; es handelt sich dabei um ein **schweizerisches Spezifikum**.[564]

560. BSK-Glutz von Blotzheim, Art. 67*a* IRSG N. 47; Ludwiczak Glassey, AJP 2017, S. 610; Villard/Bertossa, S. 177. Das Bundegericht hat es als zu vermeidenden Leerlauf bezeichnet, via eine unaufgeforderte Übermittlung ein (neues) Ersuchen zu provozieren, wenn das Vorgehen über eine weite Auslegung des Ersuchens offensteht; vgl. BGer 1A.7/2007 vom 3.7.2007 E. 7.3.1; BGer 1A.182/2001 vom 26.3.2002 E. 7.3. In Anbetracht des bloss limitierten Rechtsschutzes im Zusammenhang mit Art. 67*a* IRSG (N. 71 ff.) ist die Beschränkung der «forme complémentaire» zu Gunsten des ordentlichen Rechtshilfewegs aus Sicht des betroffenen Individuums nicht zu beanstanden; vgl. zutreffend auch Eymann, S. 184; siehe jedoch auch Glutz von Blotzheim, Übermittlung, S. 91 f. Ferner Zimmermann, coopération, S. 482, im Zusammenhang mit Zufallsfunden; dazu auch BSK-Glutz von Blotzheim, Art. 67*a* IRSG N. 36; Glutz von Blotzheim, Übermittlung, S. 111.

562. Botschaft IRSG 1995, S. 24 («Gerichtsbehörden»); Donatsch/Heimgartner/Simonek, S. 71; Reich, S. 299 («Gerichte»); Reich/Bachmann, Ziff. 1.3. («Gerichte»); Schupp, S. 194 («autorités judiciaires»).

563. Donatsch/Heimgartner/Simonek, S. 71; vgl. auch Botschaft IRSG 1995, S. 24.

564. BSK-Glutz von Blotzheim, Art. 67*a* N. 22; Glutz von Blotzheim, Übermittlung, S. 36 ff., 229; vgl. auch bereits oben N. 3. Art. 10 GWÜ steht einer entsprechenden landesrechtlichen Differenzierung nicht entgegen; vgl. Zimmermann, coopération, S. 446; BGE 129 II 544 E. 3.5. Glutz von Blotzheim, Übermittlung, S. 37 f., führt die Inklusion von Beweismitteln im Zusammenhang mit Art. 67*a* IRSG auf ein Missverständnis resp. eine Fehlinterpretation von Art. 10 GWÜ zurück. Vgl. jedoch mittlerweile auch Art. 37 BBA (oben N. 15) und gewisse von der Schweiz abgeschlossene bilaterale Rechtshilfeabkommen, in welche auch die Möglichkeit einer unaufgeforderten Beweismittelübermittlung aufgenommen wurde (siehe die Nachweise bei Glutz von Blotzheim, Übermittlung, S. 39).

Auch wenn die Praxis offenbar auf die unaufgeforderte Übermittlung von den Geheimbereich betreffenden Informationen fokussiert,[565] erweist sich die Abgrenzung zum Begriff des Beweismittels als zentral für die Handhabung von Art. 67*a* IRSG, da die Übermittlungsfähigkeit *de lege lata* eine je unterschiedliche Regelung erfahren hat (Ausschluss bei betroffenem Geheimbereich für Beweismittel, nicht aber für Informationen, Art. 67*a* Abs. 4, 5 IRSG).[566] Eine unaufgefordert übermittelnde Schweizer Behörde muss sich mithin festlegen, ob sie es beim Übermittlungsgegenstand tatsächlich mit einer Information zu tun hat. Dazu kontrastiert eine gewisse Unsicherheit der Praxis hinsichtlich der inhaltlichen Konkretisierung des Begriffspaars.[567] In ständiger Rechtsprechung soll es dafür nicht auf die Art der Beschaffung im Inland ankommen,[568] sondern auf die **mögliche Verwendung im die unaufgeforderte Übermittlung empfangenden Staat**. Die Festlegung allgemeiner Definitionen erachtet das Bundesgericht dabei als «délicat», da sich die Umrisse der Begriffe überschneiden könnten und der Unterschied eher gradueller denn grundlegender Natur sei.[569] Ob man es mit Informationen oder Beweismitteln zu tun hat, sei deswegen von Fall zu Fall zu entscheiden.[570] Beweismittel zeichnen sich gemäss der Rechtsprechung dadurch aus, dass anzunehmen ist, der ausländischen Staats könne sie – aufgrund ihrer Art («nature»), eines hohen Detaillierungsgrads oder ihres offiziellen Charakters – direkt zu Beweiszwecken verwenden[571] resp. eine dortige Anklage auf sie stützen.[572]

25

565. Oben N. 19.
566. Oben N. 21; Ludwiczak Glassey, précis, Rz. 280, sowie Ludwiczak Glassey, in Garibian/Jeanneret, S. 120: «point névralgique».
567. Vgl. auch Donatsch/Heimgartner/Simonek, S. 69.
568. BSK-Glutz von Blotzheim, Art. 67*a* N. 31.
569. Zum Ganzen BGE 139 IV 137 E. 4.6.2; BGE 125 II 238 E. 4d.
570. Anders dagegen offenbar BStGer RR.2019.312 vom 28.4.2020 E. 5.1.
571. Vgl. BGE 139 IV 137 E. 4.6.2: «caractère officiel» resp. «suffisant à lui seul pour fonder une condamnation pénale»; siehe auch E. 4.6.8: Für die Qualifikation als Information spricht eine Bestimmung zum internen Gebrauch und das Fehlen offizieller Siegel auf den in Frage stehenden Dokumenten. Ebenso BStGer RR.2023.43 vom 9.10.2023 E. 6.2.1. Ferner auch BGE 125 II 356 E. 12c im Hinblick auf den Beweismittelbegriff: «preuves tangibles» resp. «indications (...) précises». Siehe zudem Eymann, S. 184 (keine unaufgeforderte Übermittlung von Vermögenswerten); Popp, Rz. 424 (keine Massgeblichkeit abstrakter Beweiseignung) sowie Rz. 531 (Ausschluss zur Einziehung geeigneter Gegenstände von einer möglichen unaufgeforderten Übermittlung).
572. BGE 125 II 356 E. 12c; vgl. auch Lombardini, banques, Rz. 462; Ludwiczak Glassey, in Garibian/Jeanneret, S. 121.

26 In der Rechtsprechung des Bundesstrafgerichts begegnet zudem ein auf systematische Erwägungen rekurrierender Ansatz, dergestalt dass man sich für die Konkretisierung des Beweismittelbegriffs – hilfsweise[573] – **an den Prozessordnungen zu orientieren** habe:[574] Erfasst seien mithin, für die Schweiz gesprochen, Einvernahmeprotokolle, Aufzeichnungen von Video- und Telefonkonferenzen (Art. 144 StPO), schriftliche Berichte gemäss Art. 145 StPO (anstelle von Einvernahmen), Sachverständigengutachten (Art. 185 StPO) und Aufzeichnungen von Augenscheinen (Art. 193 Abs. 3 StPO), Beweisgegenstände nach Art. 192 StPO, Berichte und Auskünfte nach Art. 195 StPO sowie gestützt auf Art. 194 StPO beigezogene Akten. Informationen («simples informations»)[575] dagegen sollen – negativ definiert – alle der Strafverfolgungsbehörde zur Verfügung stehenden Daten bilden, die nicht einem Beweismittel gleichgestellt werden können resp. nicht als solches verwertbar sind;[576] man spricht auch von sog. pre-evidence.[577]

27 Gerade der Blick auf den Beweismittelbegriff des schweizerischen Strafprozessrechts birgt ein gewisses Potenzial für Missverständnisse: Die sich im Zusammenhang mit Art. 67*a* IRSG stellende Frage geht dahin, **ob ein Übermittlungsgegenstand im** ***ausländischen*** **Verfahren Beweismittel sein kann**.[578] Die schweizerischen Behörden nehmen jedoch grundsätzlich keine Prüfung der diesbezüglich einschlägigen Prozessordnung des die unaufgeforderte Übermittlung empfangenden Staats vor.[579] Stattdessen wird für die Abgrenzung von Beweismitteln und Informationen zumindest als Orientierungspunkt auf den dargestellten Kriterienkanon[580] – dem stets, nicht bloss bei explizitem Einbezug der StPO-Begrifflichkeiten, ein schweizerisch-rechtliches Vorverständnis zugrunde liegt – zurückgegriffen.

---

573. Siehe sogleich N. 27.
574. Zum Ganzen BStGer RR.2019.312 vom 28.4.2020 E. 5.1, im Anschluss an Zimmermann, coopération, S. 446 m.w.H. Ebenso Garbarski/Carrupt/Julen Berthod, S. 207 f.
575. Siehe etwa BGE 129 II 544 E. 3.4.
576. BStGer RR.2019.312 vom 28.4.2020 E. 5.1; BSK-Glutz von Blotzheim, Art. 67*a* IRSG N. 13. Umschreibungen, nicht aber Beschreibungen von Beweismitteln; vgl. Eymann, S. 186 f.; Popp, Rz. 424 (betreffend den Geheimbereich).
577. BSK-Glutz von Blotzheim, Art. 67*a* IRSG N. 13. Kritisch zur Sichtweise von Informationen als Auskunft über Beweismittel Glutz von Blotzheim, Übermittlung, S. 165 f.
578. Ludwiczak Glassey, in Garibian/Jeanneret, S. 120; Popp, Rz. 531. Als umso zentraler erweist sich der seitens der Schweiz bei unaufgeforderten Übermittlungen anzubringende Spezialitätsvorbehalt; vgl. BGE 139 IV 137 E. 4.6.2; siehe dazu unten N. 64.
579. Vgl. auch Ludwiczak Glassey/Bonzanigo, ZStrR 2022, S. 409, 419.
580. Soeben N. 25 f.

Beispiele ausdrücklicher Qualifikationen durch die Rechtsprechung:[581] 28

- «Documentation bancaire» unter dem Schutz von Art. 47 BankG (insbesondere Bankauszüge und Bankkorrespondenz): (Den Geheimbereich betreffendes) Beweismittel[582]
- Hinweis auf die Existenz eines Bankkontos unter Angabe namentlich der Inhaberschaft sowie der wirtschaftlichen Berechtigung: (Den Geheimbereich betreffende) Informationen[583]
- Hinweis auf einen – im Zusammenhang mit einem mutmasslich strafbaren Verhalten stehenden – Vertrag, Rolle der in der Schweiz diesbezüglich beschuldigten Person, Existenz von Konten, auch ihrer Familienangehörigen, bei namentlich genannten Schweizer Banken: (Den Geheimbereich betreffende) Informationen[584]
- Tabelle («résumé synoptique» mit den Namen der in einem Schweizer Strafverfahren beschuldigten Personen, den Verfahrensnummern sowie Angaben zu Geburtsdatum, beruflichen Aktivitäten, Zivilstand und Nummer der Identitätskarte, Nummer des Bankkontos, etwaigen bevollmächtigen Personen, auf den Konten befindlichen Beträgen sowie eventuelle Bemerkungen zur Sperrung der Guthaben: (Den Geheimbereich betreffende) Informationen[585]
- Zusammenfassung der Resultate einer schweizerischen Strafuntersuchung beinhaltend etwa die Angabe einer Person, welche die wirtschaftliche Berechtigung an Unternehmen hält und deren Konten im Zuge der

581. Siehe auch Harari, in Gani, S. 106 f.; Ludwiczak Glassey, in Garibian/Jeanneret, S. 121; Ludwiczak Glassey/Bonzanigo, ZStrR 2022, S. 408; PC-Ludwiczak Glassey, Art. 67*a* EIMP N. 20; spezifisch im Zusammenhang mit Bankdaten Dannacher, S. 68 f.
582. BGE 139 IV 138 E. 4.6.1; BStGer RR.2020.89–90+RR.2020.143–144 vom 8.9.2020 E. 4.1; BStGer RR.2019.312 vom 28.4.2020 E. 5.1; BStGer RR.2019.200–204 vom 21.11.2019 E. 4.3; BStGer RR.2015.236, RP.2015.45 vom 20.1.2016 E. 4.2. Siehe als weiteres Beispiel für den Geheimbereich betreffende Beweismittel SK-Hansjakob/Pajarola, Art. 272 StPO N. 43: Protokolle überwachter Gespräche oder Tondaten der Gespräche.
583. BStGer RR.2020.89–90+RR.2020.143–144 vom 8.9.2020 E. 4.1; vgl. auch BGer 1A.105/2001 vom 8.8.2001 Sachverhaltsdarstellung A; BStGer RR.2016.4 vom 1.6.2016 E. 4.2; BStGer RR. 2011.247+248 vom 1.2.2012 E. 3.1; BStGer RR.2011.176 vom 21.11.2011 E. 3.1; BStGer RR. 2010.155–160 vom 20.12.2010 E. 3.1.
584. BGE 130 II 236 E. 6.2. Vgl. dazu Beglinger, S. 918: «Meldung eines Bankkontos ans Ausland, inklusive Inhaber, Saldo und wichtige Umstände im Überblick».

Untersuchung gesperrt wurden, sowie den Belegenheitsort der Konten ohne exakte Abgabe: (Den Geheimbereich betreffende) Informationen[586]

- MROS-Meldung, die eine Bankbeziehung erwähnt: Information[587]
- Orientierung über die Eröffnung eines Strafverfahrens in der Schweiz: Information[588]
- Fotografien in der Schweiz aufgefundener archäologischer Objekte: (Mutmasslich) Informationen[589]
- Einvernahmeprotokolle: Beweismittel[590]

29 Die dargestellte praktizierte herkömmliche Abgrenzung zwischen Beweismitteln und Informationen anhand der «nature des éléments à transmettre» mit Blick auf das ausländische Verfahren, aber unter Rückgriff auf schweizerische Konzepte[591] ist **in der neuen Literatur zu Recht auf Kritik gestossen**.[592]

b. Geheimbereich

30 Den Begriff des Geheimbereichs referenziert **Art. 67*a* IRSG in Abs. 4 und 5** und bestimmt damit den Gegenstand zulässiger unaufgeforderter

585. BGE 139 IV 137 E. 4.6.3 f., E. 4.6.8. Siehe zudem allgemein auch E. 4.6.2: Beim Hinweis, mittels interner Notizen, auf die Existenz verdächtiger Bankkonten sowie die Namen der Inhaber, Berechtigten oder eventuellen Bevollmächtigen (ohne Beilage dazugehöriger Bankdokumente und -korrespondenz, auch nicht in Kopie) handelt es sich um Informationen. Ebenso für eine ähnlich gehaltene Tabelle BStGer RR.2021.53–54 vom 20.5.2021 E. 6.2. Siehe jedoch BStGer RR.2019.200–204 vom 21.11.2019 E. 4.3: Tabellarischen Aufstellungen kann je nach Inhalt indessen auch mehr als blosser Informationscharakter zukommen, sowie BGE 129 II 544 E. 3.4: Qualifikation der Tabelle *in casu* offen gelassen, jedoch wohl *obiter dictum*-Einordnung als Beweismittel. Vgl. alsdann BGE 139 IV 137 E. 4.6.2 betreffend Tabellen mit amtlichem Siegel oder einer offiziellen Bescheinigung. Dazu auch Harari, in Gani, S. 106; Ludwiczak Glassey, in Garibian/Jeanneret, S. 121; Unseld, Rechtshilfe, S. 195.

586. BGE 125 II 356 E. 12b f. Siehe auch BGE 139 IV 137 E. 4.6.8; BStGer RR.2013.129-135 vom 4.10.2013 E. 9.

587. BStGer RR.2021.104 vom 24.8.2021 E. 1.5.3.

588. BStGer RR.2009.311–313 vom 17.2.2010 E. 6.3.

589. Fall rapportiert bei Boillat, S. 222.

590. So wohl (vgl. Beglinger, S. 919), ohne dass offenbar *in casu* der Geheimbereich betroffen gewesen wäre, BGer 1A.69/2006 vom 28.7.2006 E. 2.1.3; BGer 1A.89/2005 vom 15.7.2005 E. 4.3; zudem BGer 1A.243/2006 vom 4.1.2007 E. 4.2 (Polizeirapport).

591. Soeben N. 25 ff.

Übermittlungen näher: Beweismittel, die den Geheimbereich betreffen, dürfen – im Gegensatz zu Informationen (Abs. 5) – nicht unaufgefordert übermittelt werden (Abs. 4).

Das Gesetz gibt nicht vor, was im Zusammenhang mit Art. 67*a* IRSG unter dem Geheimbereich zu verstehen ist. Lediglich Art. 9 IRSG äussert sich in allgemeiner Weise zum «Schutz des Geheimbereichs»: Dieser richte sich der nach dem (strafprozessualen, vgl. Art. 12 Abs. 1 Satz 2 IRSG) Zeugnisverweigerungsrecht, wobei für die Durchsuchung von Aufzeichnungen und die Siegelung Art. 246 – 248 StPO sinngemäss gelten.[593] Das Schrifttum geht unter Verweis auf die Materialien überwiegend davon aus, dass der Geheimbereich im Sinne von Art. 67*a* IRSG mit Blick auf seinen Umfang **weiter zu ziehen sei als jener gemäss Art. 9 IRSG**[594] und alle rechtlich geschützten Geheimnisse umfasse.[595] Dies entspricht dem Votum des Berichterstatters im Rahmen der parlamentarischen Beratungen, wonach der Geheimbereich in diesem Zusammenhang durch verfassungs-, zivil- und strafrechtliche Bestimmungen geschützt werde, sodass neben dem strafprozessualen Geheimnisschutz insbesondere das Fabrikations-, das Geschäfts- und das Bankgeheimnis erfasst seien.[596] 31

Diese Ansicht hat sich auch in der Rechtsprechung durchgesetzt, wobei das **Bankgeheimnis im Vordergrund** steht.[597] 32

592. Ludwiczak Glassey/Bonzanigo, ZStrR 2022, S. 423 f., 427. Vgl. auch Ludwiczak Glassey/Bonzanigo, transmission, S. 2; Ludwiczak Glassey/Wahl, SZIER 2022, S. 460 f.
593. Zu den Implikationen von Art. 9 IRSG für unaufgeforderte Übermittlungen siehe Glutz von Blotzheim, Übermittlung, S. 102 ff.
594. Siehe etwa BSK-Glutz von Blotzheim, Art. 67*a* IRSG N. 29; Glutz von Blotzheim, Übermittlung, S. 57 f.; Ludwiczak Glassey/Bonzanigo, ZStrR 2022, S. 404. A.A. offenbar Beglinger, S. 920.
595. Vgl. Glutz von Blotzheim, Übermittlung, S. 57, 101 ff.; Gstöhl, S. 343; Haffter, S. 119; PC-Ludwiczak Glassey, Art. 67*a* EIMP N. 11; Zimmermann, coopération, S. 447 f.; ferner auch von Wartburg, S. 124, im Zusammenhang mit Daten betreffend Telefongespräche. Zum Widerspruch, welcher sich bei dieser Begriffsfestlegung spezifisch hinsichtlich des Amtsgeheimnisses (siehe bereits oben N. 20) ergibt, welches zu lüften, Art. 67*a* IRSG gerade bezweckt, vgl. Glutz von Blotzheim, Übermittlung, S. 60. Siehe zudem das seitens der Rechtsprechung bisher nicht rezipierte Postulat einer Gleichsetzung des Geheimbereichs im Sinne von Art. 67*a* IRSG mit der Privatsphäre resp. des Rückgriffs auf datenschutzrechtliche Kriterien bei BSK-Glutz von Blotzheim, Art. 67*a* IRSG N. 29 f.; Glutz von Blotzheim, Übermittlung, S. 56 ff. Vgl. diesbezüglich auch Fn. 86 oben.
596. Votum Küchler, AB 1996 I SR S. 229.

4. Art. 67*a* IRSG als «kann»-Bestimmung

33 Die unaufgeforderte Übermittlung bildet keinen Automatismus, sondern steht im **(Entschliessungs)Ermessen der Schweizer Behörden** («kann»-Bestimmung). Dieses ist den allgemeinen Grundsätzen entsprechend pflichtgemäss auszuüben.[598] Rechtsprechung und Literatur betonen im Zusammenhang mit der Ermessensbetätigung spezifisch im Zusammenhang mit Art. 67*a* IRSG, unter Hinweis auf Ausführungen in der bundesrätlichen Botschaft,[599] die grundsätzlich gebotene Zurückhaltung bei der Anwendung der Bestimmung, um Umgehungen der Rechtshilferegeln, insbesondere Denunziationen oder einem unkontrollierten Informationsfluss an andere Staaten, nicht Vorschub zu leisten.[600] Zudem wird der Entscheid über die Vornahme unaufgeforderter Übermittlungen durch Art. 67*a* Abs. 2 IRSG mitbestimmt, wonach die Priorität grundsätzlich dem schweizerischen (Straf)Verfahren, in dessen Rahmen die potenziell zu übermittelnden Gegenstände erhoben werden, gilt.[601]

B. Geltung der allgemeinen Rechtshilfevoraussetzungen und -schranken auch bei unaufgeforderter Übermittlung

34 Obschon ein Spezialfall, handelt es sich bei einer unaufgeforderten Übermittlung um seitens der Schweiz an das Ausland geleistete «kleine» Strafrechtshilfe.[602] Daraus folgt, dass die für diese **im Allgemeinen geltenden Voraussetzungen und Schranken auch hinsichtlich der Anwendung von Art. 67*a* IRSG zu berücksichtigen sind**, soweit die Bestimmung nicht als *lex specialis* davon abweicht.[603] Dies ist insbesondere

597. BVGer A-4594/2009 vom 28.11.2011 E. 6.1.1; ferner etwa BGE 139 IV 138 E. 4.6.1; BStGer RR. 2020.89–90+RR.2020.143–144 vom 8.9.2020 E. 4.1; BStGer RR.2017.330 vom 6.2.2018 E. 4.1. Siehe zudem die Nachweise oben N. 25 ff. im Zusammenhang mit der Unterscheidung zwischen Beweismitteln und Informationen.

598. Vgl. allgemein im verwaltungsrechtlichen Zusammenhang anstelle vieler etwa BGE 145 I 52 E. 5.3: «Sinn und Zweck der anzuwendenden Regelung» als Ausgangspunkt, Beachtung des Willkürverbots, des Rechtsgleichheitsgebots, des Verhältnismässigkeitsgrundsatzes und des übergeordneten Gesetzesrechts.

599. Siehe Botschaft IRSG 1995, S. 24.

600. Vgl. BGE 125 II 356 E. 12b («conditions strictes»); PC-Ludwiczak Glassey, Art. 67*a* EIMP N. 8 m.w.H.; ferner auch Zimmermann, coopération, S. 445; BStGer RR.2009.190 vom 26.8.2009 E. 2.

601. Unten N. 49 f.

602. Oben N. 11.

mit Blick auf Art. 67*a* Abs. 5 IRSG geboten, zielt doch die unaufgeforderte Übermittlung von den Geheimbereich betreffenden Informationen auf die Ermöglichung eines Rechtshilfeersuchens des anderen Staates: Stehen diesem indessen bereits von Vornherein absehbare Hindernisse entgegen, verbietet es sich – ohne erreichbaren Zweck – unaufgefordert zu übermitteln.[604]

Einschlägig sind die für die allgemeine Rechtshilfevoraussetzungen und -schranken etwaig anwendbare **völkerrechtliche Verträge** sowie je nachdem die **Regeln des IRSG**.[605] Für Letzteres gesprochen muss insbesondere im Ausland eine Strafsache unterstützt werden (vgl. Art. 1 Abs. 3 IRSG) und es darf kein Ausschlussgrund im Sinne von Art. 2 IRSG (mangelhaftes Verfahren im anderen Staat, gerade mit Blick auf die Menschenrechtssituation)[606] und Art. 3 IRSG vorliegen (Abs. 1: politisches und militärisches Delikt, Abs. 3: fiskalisches Delikt).[607] Eine unaufgeforderte Übermittlung ist überdies nicht zulässig bei erloschenem Strafanspruch, wobei je nachdem das schweizerische oder das ausländische Recht beachtlich ist (Art. 5 IRSG). Ebenso im Zusammenhang mit Art. 67*a* IRSG stellen sich alsdann Fragen der Gegenseitigkeit (Art. 8 IRSG).[608] 35

Speziell für Art. 67*a* IRSG geltende Abweichungen von den allgemeinen Grundsätzen bilden zum einen der für unaufgeforderte Übermittlungen wesenstypische Verzicht auf ein an die Schweiz gerichtetes 36

603. Siehe BGE 139 IV 137 E. 5.2.3.

604. So BGE 139 IV 137 E. 5.2.3; zum Verhältnismässigkeitsgrundsatz siehe zudem N. 9 und N. 48.

605. Vgl. etwa auch BSK-Glutz von Blotzheim, Art. 67*a* IRSG N. 25; Glutz von Blotzheim, Übermittlung, S. 113 ff., 134 f.; Gossin, S. 149 f.; PC-Ludwiczak Glassey, Art. 67*a* EIMP N. 5.

606. Allgemein und unabhängig von Art. 2 IRSG oder anderen Bestimmungen limitieren die Grund- und Menschenrechte den Rechtshilfeverkehr, sowohl mit Blick auf die innerstaatliche Bereitstellung der Unterstützung als auch ihre eigentliche Leistung, siehe anstelle vieler etwa Schaffner, Individuum, S. 60 ff., 136 ff.; Weyeneth, S. 115 ff.

607. Spezifisch zu Art. 3 IRSG siehe BGE 139 IV 137 E. 5.1.4; ferner Glutz von Blotzheim, Übermittlung, S. 121 f.

608. Vgl. auch Glutz von Blotzheim, Übermittlung, S. 68. Die genauen Modalitäten des Inhalts eines solchen Abgleichs spezifisch im Zusammenhang mit einer unaufgeforderten Übermittlung erscheinen indessen nicht abschliessend geklärt, insbesondere rechtlich hinsichtlich der Übermittlung von Beweismitteln und des tatsächlichen Umstands, dass die Schweiz selbst seitens des Auslands offenbar nur selten unaufgefordert rechtshilfeweise unterstützt wird (vgl. dazu Cassani/Gless/Ludwiczak Glassey/Wahl, S. 433). Unabhängig davon kann jedoch in Anbetracht der ursprünglich hinter der Schaffung von Art. 67*a* IRSG stehenden Motivation (oben N. 1) ein Dispens gemäss Art. 8 Abs. 2 lit. a IRSG in Betracht kommen; vgl. BSK-Mäder, Art. 8 IRSG N. 49: Geldwäscherei, Wirtschaftskriminalität.

Rechtshilfeersuchen[609] und andererseits gemäss der Rechtsprechung das **Erfordernis beidseitiger Strafbarkeit**.[610] Das IRSG setzt dieses für «kleine» Rechtshilfe gemäss Art. 64 Abs. 1 IRSG voraus, sofern rechtshilfeweise Massnahmen anbegehrt werden, welche in der Schweiz vorzukehren die Anordnung prozessualen Zwangs erfordert: Verlangt wird diesfalls, dass die im Ausland verfolgte Handlung (hypothetisch betrachtet) die objektiven Merkmale eines nach schweizerischem Recht strafbaren Tatbestands aufweist.[611] Die Argumentation des Bundesgerichts für die Entbehrlichkeit der beidseitigen Strafbarkeit im Zusammenhang mit der unaufgeforderten Übermittlung zielt darauf, dass der Übermittlungsgegenstand hier seitens der Schweizer Behörden bereits «für ihre eigene Strafuntersuchung erhoben» worden ist (Art. 67*a* Abs. 1 IRSG), sodass kein besonders zu legitimierender rechtshilfeweise angeordneter Zwang vorliege, an welchen wiederum Art. 64 IRSG anknüpft.[612]

37 Insgesamt dürfte das Fehlen eines Ersuchens bei unaufgeforderten Übermittlungen die Überprüfung der allgemeinen Rechtshilfevoraussetzungen und -schranken faktisch erschweren, da die Schweizer Behörden, welchen diese obliegt, über weniger Anhaltspunkte – insbesondere betreffend das zu unterstützende Strafverfahren im die Unterstützung erhaltenden Staat – verfügen.[613] Dies ändert indessen nichts an der für das (passive) schweizerische Rechtshilfeverfahren allgemein geltenden **Untersuchungsmaxime**,[614] welcher nachzukommen ist. Die gestützt auf Art.

609. Oben N. 1, N. 5.
610. BGE 139 IV 137 E. 5.1.3 (siehe indessen auch E. 5.1.4 und E. 5.2.3 betreffend die Inblicknahme von Art. 3 IRSG). Zu der dennoch vorausgesetzten Schweizer Strafhoheit oben N. 42.
611. Staaten wollen nicht entgegen ihrer kriminalpolitischen Grundentscheidungen zu fremder Strafverfolgung beitragen müssen und gegenüber den betroffenen Individuen soll sichergestellt werden, dass die innerstaatliche Legitimation nicht nach aussen überschritten wird; vgl. Gless, Rz. 328 f.
612. Siehe auch BGE 126 II 462 E. 4b betreffend Zwangsmassnahmen gemäss Art. 5 Abs. 1 lit. b IRSG; ferner Ludwiczak Glassey, précis, Rz. 284; PC-Ludwiczak Glassey, Art. 67*a* EIMP N. 6. Vgl. zudem Zimmermann, coopération, S. 449, welcher davon ausgeht, die Schweiz würde ohnehin nur dann unaufgefordert übermitteln, wenn sie ein später darauf Bezug nehmendes (ordentliches) Rechtshilfeersuchen nicht an der beidseitigen Strafbarkeit werde scheitern lassen müssen. Hingegen insgesamt für die Geltung des Erfordernisses beidseitiger Strafbarkeit votierend BSK-Glutz von Blotzheim, Art. 67*a* IRSG N. 26; Glutz von Blotzheim, Übermittlung, S. 124 ff.
613. Siehe bereits oben N. 6.
614. Allgemein etwa Schaffner, Individuum, S. 155 f.

67*a* IRSG ohne Ersuchen übermittelnden Schweizer Behörden sind im Hinblick auf die Zulässigkeitseinschätzung zu besonderer Aufmerksamkeit verpflichtet.

C. Die beiden Übermittlungsarten gemäss Art. 67*a* IRSG

Art. 67*a* IRSG enthält zwei grundsätzliche Arten einer unaufgeforderten Übermittlung, **je nachdem ob der Geheimbereich betroffen ist oder nicht**:[615] 38

- **Nicht betroffener Geheimbereich**: *Sedes materiae* bilden Abs. 1 und Abs. 4, ergänzt um Abs. 2, Abs. 3 und Abs. 6. Übermittlungsgegenstand können einerseits – dem Wortlaut von Art. 67*a* Abs. 1 IRSG entsprechend – Beweismittel, zum anderen analogieweise Informationen sein.[616]
- **Betroffener Geheimbereich**: Ausgangspunkt bilden Abs. 5 und Abs. 4, ergänzt um Abs. 1 betreffend die Provenienz des Übermittlungsgegenstands[617] sowie Abs. 2 und Abs. 6. Übermittelt werden können *a priori* bloss Informationen, nicht aber Beweismittel.

1. Unaufgeforderte Übermittlung von Beweismitteln (und Informationen), die nicht den Geheimbereich betreffen

a. Übermittlungsgegenstand: Für eine eigene Strafuntersuchung erhobene Beweismittel (und Informationen), die nicht den Geheimbereich betreffen (Abs. 1)

Ist der Geheimbereich nicht betroffen, können sowohl **Beweismittel** als auch – *praeter verba legis* – **Informationen** unaufgefordert übermittelt werden.[618] 39

Art. 67*a* Abs. 1 IRSG nimmt dabei eine Einschränkung mit Blick auf die **rechtliche Provenienz des Übermittlungsgegenstands** vor. In begriffsnotwendiger Ermangelung eines Rechtshilfeersuchens, kann dieser in 40

615. BSK-Glutz von Blotzheim, Art. 67*a* IRSG N. 28.
616. Vgl. in diesem Sinne wohl PC-Ludwiczak Glassey, Art. 67*a* EIMP N. 14.
617. Unten N. 53.
618. Soeben N. 38. Beispiele von nicht den Geheimbereich betreffenden Informationen, im Hinblick auf welche *in praxi* ein Bedürfnis nach unaufgeforderter rechtshilfeweiser Übermittlung besteht, dürften indessen zumindest nicht offensichtlich sein.

der Schweiz gerade nicht gestützt auf rechtshilferechtliche Grundlagen bereitgestellt worden sein.[619] Deswegen sind es eigene schweizerische Strafuntersuchungen, an welche das Gesetz anknüpft: Was in diesem Rahmen erhoben wird, können die Schweizer Behörden gestützt auf Art. 67*a* IRSG dem Ausland grundsätzlich unaufgefordert übermitteln.

41 Im Hinblick auf die Anforderungen an dieses in der Schweiz vorausgesetzte Verfahren, aus welchem die nach Art. 67*a* IRSG zu übermittelnden Gegenstände hervorgehen, wird seit einer 2014 erfolgten Praxisänderung strafprozessual **keine Eröffnung eines Untersuchungsverfahrens im Sinne von Art. 309 StPO als unabdingbare Voraussetzung mehr verlangt**:[620] Vielmehr liess es das Bundesgericht ausreichen, dass eine schweizerische Staatsanwaltschaft aufgrund einer Meldung der Meldestelle für Geldwäscherei (MROS) nach Art. 23 Abs. 4 lit. b GwG rechtmässig befasst wurde und von einem hinreichenden Tatverdacht auszugehen war, sodass der Inhalt dieser Meldung weitergeleitet werden durfte, auch wenn es in der Folge nicht zu einer Eröffnungsverfügung gemäss StPO kam.[621] Begründet wurde die Entbehrlichkeit einer Untersuchungseröffnung in der Schweiz – trotz des eine solche eigentlich nahelegenden Wortlauts «für ihre eigene Strafuntersuchung erhoben» von Art. 67*a* Abs. 1 IRSG – insbesondere damit, im Zusammenhang

619. Vgl. BStGer RR.2017.88 vom 20.9.2017 E. 6.1; BStGer RR.2011.165–168 vom 15.12.2011 E. 4; BStGer RR.2007.136–138 vom 4.3.2008 E. 2.2; BSK-Glutz von Blotzheim, Art. 67*a* IRSG N. 34. Im Zusammenhang mit Kontosperren vgl. ebenso in diesem Sinn Eymann, S. 189 f. Dies gilt insbesondere auch für die «forme complémentaire» (oben N. 22) von Art. 67*a* IRSG; in diesem Sinne wohl BStGer RR.2009.2 und RR.2009.15 vom 9.7.2009 E. 3.4. Siehe indessen auch Bernasconi, Rz. 330 f., und Eymann, S. 183 f., die davon ausgehen, mittels der «forme complémentaire» würden *in praxi* rechtshilfeweise (und nicht für eine eigene schweizerische Strafuntersuchung) erhobene Gegenstände gestützt auf Art. 67*a* IRSG übermittelt, und dies – zu Recht – ablehnen. Ebenso Glutz von Blotzheim, Übermittlung, S. 90 f.

620. Zum Ganzen einlässlich und m.w.H. BGE 140 IV 123 E. 5. Vgl. zudem Cassani/Gless/Roth/Sager, S. 416 f.; Harari/Corminboeuf Harari, S. 86; Ludwiczak Glassey, précis, Rz. 282; PC-Ludwiczak Glassey, Art. 67*a* EIMP N. 15; BStGer RR.2018.267 vom 26.11.2018 E. 4.3; BStGer RR.2013.92 vom 23.8.2013 E. 8 (Frage offengelassen). Kritisch BSK-Glutz von Blotzheim, Art. 67*a* IRSG N. 32, 37 ff.; Donatsch/Heimgartner/Simonek, S. 70 f.; Léchot, S. 15. Zur aufgegebenen Rechtsprechung z.B. BStGer RR.2012.311 vom 11.7.2013 E. 5.3.

621. Zum weiteren Ablauf im Anschluss an eine unaufgeforderte Übermittlung zufolge einer MROS-Meldung, gerade im Hinblick auf die Aufhebung von Kontosperren, wenn in der Folge seitens desjenigen Staats, an welchen unaufgefordert übermittelt wird, kein Rechtshilfeersuchen gestellt wird, siehe BStGer BB.2018.46 vom 23.7.2018 Sachverhaltsdarstellung B./C. (bei allerdings erfolgter Eröffnung eines schweizerischen Strafverfahrens).

mit Art. 67*a* IRSG stehe nicht das schweizerische Strafverfolgungsinteresse im Vordergrund.[622] Hauptzweck bilde vielmehr die Beförderung der Einleitung oder des Fortschritts des ausländischen Strafverfahrens.

42 Auch wenn eine Eröffnungsverfügung im technischen Sinne entbehrlich ist, hält das Bundesamt für Justiz daran fest, dass die Schweiz nur dann unaufgefordert übermitteln darf, wenn **zumindest im Grundsatz schweizerische Strafhoheit**, verstanden als räumliche Geltung des Schweizer Strafrechts, besteht.[623] Ebenso versteht sich von selbst, dass die in der Schweiz unternommenen eigenen strafrechtlichen Schritte, unabhängig vom innerhalb des Vorverfahrens erreichten Stadium, nicht einen blossen Vorwand darstellen dürfen, um unaufgefordert übermitteln zu können («réelle et sérieuse»).[624]

43 Das Bundesgericht will es einer unaufgeforderten Übermittlung nicht entgegenstehen lassen, wenn die **Erhebung des Übermittlungsgegenstands in der Schweiz rechtswidrig**, mithin nicht entsprechend ihren eigenen Vorgaben, erfolgt ist:[625] Was spezifisch die Rechtswidrigkeit in der Schweiz gesammelter Beweise – und daraus folgend deren etwaige Unverwertbarkeit – anbelangt, so sei diese im ausländischen Verfahren vorzubringen, zu welchem die Schweiz mittels der unaufgeforderten Übermittlung beiträgt.[626] Nach hier vertretener Ansicht kann sich diese Verlagerung in das seitens der Schweiz unterstützte Verfahren mitunter als für die von der international-arbeitsteiligen Strafverfolgung Betroffenen problematisch erweisen. Der Fall ist dies naheliegenderweise insbesondere, wenn im das Ausgangsstrafverfahren führenden Staat keine Möglichkeit besteht, Mängel der schweizerischen Erhebung des Gegenstands der unaufgeforderten Übermittlung zu rügen.

622. Zum Ganzen BGE 140 IV 123 E. 5.5.2.
623. Rundschreiben Bundesamt für Justiz 2015, S. 2; PC-Ludwiczak Glassey, Art. 67*a* EIMP N. 6.
624. Vgl. Zimmermann, AJP 2007, S. 65 f.
625. Zum Ganzen BGer 1A.94/2001 vom 25.6.2001 E. 3b, mit Verweis auf BGE 125 II 238 E. 6d. Siehe auch BStGer RR.2021.271–274 vom 8.3.2022 E. 3.5.2e; Ludwiczak Glassey/Bonzanigo, ZStrR 2022, S. 418. Vgl. jedoch Glutz von Blotzheim, Übermittlung, S. 111.
626. Siehe aber BStGer RR.2013.209 vom 14.3.2014 E. 4.3 und BStGer RR.2013.203–204 vom 28.2.2014 E. 3.3 im Szenario eines im Nachgang der unaufgeforderten Übermittlung an die Schweiz gerichteten ausländischen Rechtshilfeersuchens.

b. Übermittlungszweck: Angenommene Eignung im Hinblick auf ein künftiges Strafverfahren oder eine hängige Strafuntersuchung im Ausland

44 Die unaufgeforderte Übermittlung von nicht den Geheimbereich betreffenden Umständen kann gemäss Art. 67*a* Abs. 1 IRSG erfolgen, wenn sie aus Sicht der aktiv werdenden Schweizer Behörde geeignet ist, im die Rechtshilfe erhaltenden Staat **entweder ein Strafverfahren einzuleiten** (lit. a) **oder eine im Ausland hängige Strafuntersuchung zu erleichtern** (lit. b).

45 Ob eine unaufgeforderte Übermittlung mit Blick auf die Zweckrichtung unter lit. a oder lit. b von Art. 67*a* Abs. 1 IRSG subsumiert wird, ist ohne Bewandtnis, da das Gesetz nicht zwischen den beiden Varianten differenziert. Ebenso wenig zeitigt die begriffliche Unterscheidung zwischen «Strafverfahren» (lit. a) und «Strafuntersuchung» (lit. b) Konsequenzen; entscheidend ist einzig, dass es sich beim unterstützten (anstehenden oder hängigen) ausländischen Verfahren um eine **Strafsache gemäss Art. 1 Abs. 3 IRSG** handelt.

46 Die anzuvisierende Einleitung eines Strafverfahrens im Ausland meint dabei auch die inhaltliche Ausdehnung eines bereits geführten Verfahrens.[627] Was die Erleichterung der Strafverfolgung im Sinne von Art. 67*a* Abs. 1 lit. b IRSG anbelangt, so kann eine solche darin bestehen, dass der ausländische Staat in die Lage versetzt wird, ein **Rechtshilfeersuchen an die Schweiz** zu richten, wie dies Art. 67*a* Abs. 5 IRSG als den (alleinigen) Übermittlungszweck im Hinblick auf den Geheimbereich betreffende Informationen vorgibt.[628]

47 Gegenstand einer unaufgeforderten Übermittlung können **auch entlastende Umstände** sein. Sie vermögen, entsprechend Art. 67*a* Abs. 1 lit. b IRSG, eine Strafuntersuchung im Ausland ebenso zu erleichtern.

48 Wie jede Rechtshilfemassnahme haben sich auch unaufgeforderte Übermittlungen – mit Blick auf den gesetzlich vorgegebenen Übermittlungszweck einer Verfahrenseinleitung oder Untersuchungserleichterung im Ausland – stets als **insgesamt verhältnismässig** zu erweisen, obschon Art. 67*a* Abs. 1 IRSG bloss das Eignungskriterium als ersten Teilgehalt des Verhältnismässigkeitsgrundsatzes

627. Donatsch/Heimgartner/Simonek, S. 68; Popp, Rz. 532.

628. Ebenso Ludwiczak Glassey, précis, Rz. 274. Vgl. im Übrigen unten N. 54 ff. betreffend Art. 67*a* Abs. 5 IRSG.

ausdrücklich erwähnt.[629] Auch der Umstand, dass es bei der unaufgeforderten Übermittlung definitionsgemäss an einem Ersuchen als Anknüpfungspunkt für Verhältnismässigkeitserwägungen (Übermassverbot) fehlt,[630] legitimiert nicht zu einer insgesamt unverhältnismässigen Handhabung von Art. 67*a* IRSG.[631] Als gemessen am Verhältnismässigkeitsgrundsatz unzulässig erwiese sich in diesem Sinne etwa eine Anwendung von Art. 67*a* IRSG ohne Zusammenhang zwischen zu übersendenden Unterlagen und verfolgter resp. zu verfolgender Straftat. Überdies muss die Rechtshilfe möglichst individualrechtsschonend (Erforderlichkeit) ausgestaltet und auf Basis einer umfassenden Interessenabwägung für alle Beteiligten zumutbar sein.[632] In der Literatur wird aus dem Verhältnismässigkeitsgrundsatz bisweilen zudem – entsprechend den diesbezüglichen gescheiterten Bemühungen im Zuge der gesetzgeberischen Arbeiten[633] und seitens der Rechtsprechung bisher soweit ersichtlich nicht rezipiert – eine Beschränkung von Art. 67*a* IRSG auf wie auch immer zu definierende schwere Straftaten abgeleitet.[634] Unabhängig davon, ob es *de lege lata* überhaupt gangbar ist, in diesem Sinne einen abschliessenden Katalog an Auslandstaten festzulegen, im Hinblick auf welche unaufgeforderte Übermittlungen als zulässig erachtet werden, erscheint es unabdingbar, dass die Schwere der im Raum stehenden Vorwürfe, zu deren Aufarbeitung die Schweiz unter Rückgriff auf Art. 67*a* IRSG durch die Übermittlung be- und entlastender Umstände beitragen will, Teil der allgemeinen Verhältnismässigkeitsprüfung bildet.

---

629. Zum Ganzen allgemein, d.h. nicht im Zusammenhang mit Art. 67*a* IRSG, z.B. BStGer RR. 2023.182 vom 21.12.2023 E. 3.2; BStGer RR.2020.297 vom 1.9.2021 E. 4.2; ferner auch Gless, Rz. 393 f.; Popp, Rz. 400 ff.
630. Siehe oben N. 6, N. 9, N. 48.
631. Die missverständlichen, mutmasslich einzig auf das Übermassverbot als Teilgehalt des Verhältnismässigkeitsgrundsatzes bezogenen älteren bundesgerichtlichen Qualifikationen von Art. 67*a* IRSG als Ausnahme vom Verhältnismässigkeitsgrundsatz (siehe etwa BGer 1A. 303/2004 vom 29.3.2005 E. 4.2; BGer 1A.87/2002 vom 11.6.2002 E. 2.1) sind abzulehnen; vgl. zutreffend Glutz von Blotzheim, Übermittlung, S. 91, 116 ff.
632. Allgemein etwa Popp, Rz. 410 ff.
633. Oben N. 2.
634. Vgl. etwa Haffter, S. 121; Glutz von Blotzheim, Übermittlung, S. 118 ff. Ablehnend Bernasconi, Rz. 334.

c. Negative Voraussetzung: Keine Einwirkung auf das schweizerische Strafverfahren (Abs. 2)

49 Art. 67*a* IRSG macht Vorgaben betreffend das Verhältnis einer unaufgeforderten Übermittlung und dem schweizerischen (Straf)Verfahren, in dessen Rahmen die Übermittlungsgegenstände erhoben wurden, indem statuiert wird, dass erstere keinen Einfluss auf zweiteres habe. Die Hauptaussage dieser nicht leicht verständlichen Formulierung[635] erblickt das Bundesgericht darin, dass Rechtshilfe (resp. ein Rechtshilfeverfahren) und ein allfälliges, auf denselben Sachverhalt abgestütztes schweizerisches Strafverfahren «**im Grundsatz voneinander unabhängig sind**».[636] Dies bedeutet zweierlei:

- Einerseits wird zum Ausdruck gebracht, dass aus einer unaufgeforderten Übermittlung an das Ausland **nicht** *eo ipso* **Konsequenzen für ein hiesiges Strafverfahren** – wie insbesondere eine Sistierung, der Verzicht auf die Ausübung des eigenen Strafanspruchs oder ein Richter/innen-Wechsel – folgen resp. folgen sollen.[637]
- Andererseits leitet die Literatur aus Art. 67*a* Abs. 2 eine Vorgabe für die Handhabung des Art. 67*a* IRSG inhärenten Entschliessungsermessens («kann [...] übermitteln»)[638], ob eine unaufgeforderte Übermittlung an das Ausland vorzunehmen ist oder nicht, ab: Unterbleiben soll eine solche, wenn durch sie der **Ermittlungserfolg im Inland gefährdet** würde.[639] Gemeint ist damit insbesondere die Konstellation, dass in der Schweiz noch geheime Überwachungsmassnahmen (Art. 269 ff. StPO) andauern.

---

635. BSK-Glutz von Blotzheim, Art. 67*a* IRSG N. 49.

636. BGE 140 IV 123 E. 5.5.3.

637. Vgl. Zimmermann, coopération, S. 446. Es existieren keine entsprechenden spezifischen Bestimmungen. Art. 67*a* Abs. 2 IRSG stellt zudem klar, dass keine Pflicht der Strafbehörden besteht, ihnen in allgemeiner Form eingeräumtes Ermessen (z.B. Art. 312 StPO betreffend Verfahrenssistierungen) auf eine unaufgeforderte Übermittlung ausgerichtet zu handhaben.

638. Oben N. 33.

639. Zum Ganzen BSK-Glutz von Blotzheim, Art. 67*a* N. 49 f.; Glutz von Blotzheim, Übermittlung, S. 84 f. Inwiefern ein durch das Tätigwerden der ausländischen Strafjustiz drohender transnationaler Strafklageverbrauch nach Art. 54 SDÜ zum Nachteil des Schweizer Strafanspruchs einer unaufgeforderten Übermittlung durch die Schweiz mit Blick auf Art. 67*a* Abs. 2 IRSG entgegenstehen kann, erscheint bisher offen. Zumindest aus Art. 8 Abs. 3 StPO (Verfolgungsverzicht durch die Schweiz zufolge ausländischer Aufarbeitung) dürfte dies indessen nicht folgen. Siehe in diesem Zusammenhang auch Glutz von Blotzheim, Übermittlung, S. 115 f.

> Dass schweizerische Strafbehörden ihre eigenen Verfahren nicht durch freiwillige Rechtshilfeleistungen konterkarieren, liegt strafprozessual grundsätzlich auf der Hand, steht die Wahl der sachlich gebotenen Untersuchungsführung doch im pflichtgemäss zu handhabenden Ermessen der Staatsanwaltschaft (Art. 16 Abs. 2 i.V.m. Art. 6 Abs. 1 StPO).[640] Art. 67*a* Abs. 2 IRSG statuiert diese Priorität des eigenen (Straf)Verfahrens auch für das Rechtshilferecht. Für das betroffene Individuum ist eine so verstandene, auf das Schweizer (Straf)Verfahren bezogene, Handhabungsvorgabe von Art. 67*a* IRSG indessen insofern nachteilig, als sie die Gefahr birgt, dass unaufgeforderte Übermittlungen *entlastender* Umstände an das Ausland je nachdem – zumindest während einer gewissen Zeit – am Schweizer Strafanspruch scheitern können. Zwecks Vermeidung einseitiger Ergebnisse bedarf es hier einer offenen Abwägung der Interessen unter Einbezug der Bedeutung des schweizerischen Verfahrens.

50 Art. 67*a* Abs. 2 schliesst indessen nicht aus, dass die Schweiz aufgrund des mittels einer unaufgeforderten Übermittlung unterstützten ausländischen Verfahrens **zu einem späteren Zeitpunkt** entscheidet, **den anderen Staat um stellvertretende Strafverfolgung zu ersuchen** und auf das eigene Verfahren im Inland verzichtet.[641]

d. Grundlage: Staatsvertrag oder Zustimmung des Bundesamts für Justiz

51 Von der Botschaft des Bundesrats als Einschränkung bezeichnet,[642] erfordert eine Übermittlung von Beweismitteln[643] gemäss Art. 67*a* IRSG an einen Staat, mit welchem keine die unaufgeforderte Übermittlung vorsehende staatsvertragliche Vereinbarung besteht,[644] der **(vorgängigen)**[645] **Zustimmung des Bundesamts für Justiz**.[646]

---

640. Allgemein etwa BGE 144 IV 254 E. 1.4.1.
641. PC-Ludwiczak Glassey, Art. 67*a* EIMP N. 17.
642. Botschaft IRSG 1995, S. 24.
643. Zur Nichtanwendbarkeit der Bestimmung auf unaufgeforderte Übermittlungen von den Geheimbereich betreffenden Informationen (Art. 67*a* Abs. 5 IRSG) gemäss der bundesgerichtlichen Rechtsprechung siehe unten N. 61.
644. Zur diesbezüglichen Auslegung der Verträge Glutz von Blotzheim, Übermittlung, S. 145 ff.
645. Siehe etwa BSK-Glutz von Blotzheim, Art. 67*a* IRSG N. 63; Glutz von Blotzheim, Übermittlung, S. 20.

2. Unaufgeforderte Übermittlung von Informationen, die den Geheimbereich betreffen

a. Übermittlungsgegenstand: Informationen, die den Geheimbereich betreffen

52 Art. 67*a* Abs. 5 IRSG regelt die unaufgeforderte Übermittlung innerhalb des Geheimbereichs. Zulässig ist eine solche **einzig für Informationen**: Art. 67*a* Abs. 4 IRSG nimmt den Geheimbereich betreffende Beweismittel zwar bloss von der unaufgeforderten Übermittlung gemäss Abs. 1 und 2 von Art. 67*a* IRSG aus, da Art. 67*a* Abs. 5 IRSG solche Beweismittel indessen ebenso nicht erwähnt, fehlt es *e contrario* an einer Rechtsgrundlage für deren unaufgeforderte Übermittlung. Sie können somit einzig im Rahmen eines auf entsprechendes Ersuchen hin eingeleiteten, ordentlichen Rechtshilfeverfahrens an das Ausland übermittelt werden.[647] Art. 67*a* Abs. 5 IRSG ist als Konsequenz von Art. 67*a* Abs. 1 und 4 IRSG anzusehen.

53 Auch im Zusammenhang mit der unaufgeforderten Übermittlung von den Geheimbereich betreffenden Informationen nach Art. 67*a* Abs. 5 IRSG thematisiert die Praxis Abs. 1 von Art. 67*a* IRSG insofern, als es um die **Provenienz des Übermittlungsgegenstands** geht:[648] Richtigerweise muss auch er seitens der Schweiz «für ihre eigene Strafuntersuchung erhoben» worden sein.[649]

b. Übermittlungszweck: Angenommene Eignung, ein Rechtshilfeersuchen an die Schweiz zu stellen

54 Anders als bei nicht den Geheimbereich betreffenden Beweismitteln (und Informationen) gemäss Art. 67*a* IRSG darf der mit einer unaufgeforderten Übermittlung von Informationen innerhalb des Geheimbereichs verbundene

646. Vgl. Ludwiczak Glassey, précis, Rz. 285; PC-Ludwiczak Glassey, Art. 67*a* EIMP N. 18. Fener dazu Glutz von Blotzheim, Übermittlung, S. 17, 27 ff., 66 ff., 152, 230 f.

647. BStGer RR.2009.190 vom 26.8.2009 E. 2; Botschaft IRSG 1995, S. 24, PC-Ludwiczak Glassey, Art. 67*a* EIMP N. 278.

648. Siehe BSK-Glutz von Blotzheim, Art. 67*a* IRSG N. 31. So ist etwa die Praxisänderung hinsichtlich der nicht vorausgesetzten Eröffnung eines schweizerischen Untersuchungsverfahrens im Kontext der unaufgeforderten Übermittlung von den Geheimbereich betreffenden Informationen erfolgt; vgl. BGE 140 IV 123 E. 5.

649. Einlässlich oben N. 40 ff.

Nutzen für das ausländische Strafverfahren (einzig)[650] darin bestehen, dem zuständigen ausländischen Staat zu ermöglichen, mit einem Rechtshilfeersuchen an die Schweiz heranzutreten.[651] Insofern handelt es sich bei einer unaufgeforderten Übermittlung durch die Schweiz, eben mit Blick auf das anvisierte ordentliche Rechtshilfeverfahren, um eine *invitatio ad offerendum*[652] resp. eine Vorstufe.[653] Unterstützt wird bei Art. 67*a* Abs. 5 IRSG das ausländische Strafverfahren nicht direkt, sondern über ein künftiges schweizerisches Rechtshilfeverfahren.[654] Vorauszusetzen ist zumindest eine grundsätzlich positive Prognose hinsichtlich der mit den unaufgefordert übermittelten Informationen verbundenen Nützlichkeit.[655] Nach hier vertretener Ansicht hat sich diese nicht bloss auf die Ermöglichung eines an die Schweiz gerichteten Rechtshilfeersuchens, wie von Art. 67*a* Abs. 5 IRSG ausdrücklich benannt, zu beziehen, sondern darüber hinausgehend – soweit möglich und ohne präjudizierende Wirkung mit Blick auf ein noch folgendes passives Rechtshilfeverfahren – auch bereits auf den zumindest im Grundsatz bestehenden Nutzen einer etwaigen späteren (ordentlichen) Rechtshilfeleistung der Schweiz für den diese erhaltenden Staat.

55 Dass der die unaufgeforderte Übermittlung empfangende Staat ein **späteres an die Schweiz gerichtetes Rechtshilfeersuchen** wiederum auf die Umstände stützt, welche ihm zuvor seitens der schweizerischen Behören ohne Ersuchen mitgeteilt worden sind, entspricht nach der Sichtweise des Bundesstrafgerichts dem Ziel unaufgeforderter Übermittlungen und stellt keinen Mangel dar.[656]

650. Vgl. BStGer RR.2009.190 vom 26.8.2009 E. 2: «vise (...) uniquement à anticiper l'entraide».
651. Ebenso Ludwiczak Glassey, précis, Rz. 274. Allerdings erleichtert die Ermöglichung, ein Rechtshilfeersuchen zu stellen, auch hängige Strafuntersuchungen im Ausland (im Sinne von Art. 67*a* Abs. 1 IRSG; vgl. N. 46). A.A. Glutz von Blotzheim, Übermittlung, S. 43.
652. Allgemein für Art. 67*a* IRSG Gless, Rz. 272.
653. Glutz von Blotzheim, Übermittlung, S. 43 f.; insgesamt für Art. 67*a* IRSG Eymann, S. 181; Schwob, S. 173. Vgl. ferner Zimmermann, coopération, S. 448: «étape précédant», S. 449: «prélude».
654. Siehe auch Glutz von Blotzheim, Übermittlung, S. 43.
655. Zimmermann, coopération, S. 449.
656. Vgl. BStGer RR.2019.328 vom 28.4.2020 E. 5; ferner BStGer RR.2016.4 vom 1.6.2016 E. 4. Siehe allerdings auch BGer 1A.29/2002 vom 17.5.2002 E. 3.2; BStGer RR.2014.134 vom 22.8.2014 E. 2.2: Keine Herabsetzung der Begründungsanforderungen betreffend ein an die Schweiz gerichtetes Ersuchen, wenn dieses im Nachgang zu einer unaufgeforderten Übermittlung formuliert wird.

56 Zur Anwendung gelangt eine Informationsübermittlung gemäss Art. 67*a* Abs. 5 IRSG schwerpunktmässig **im Zusammenhang mit in der Schweiz gelegenen Bankkonten**: Da es sich um den Geheimbereich betreffende Beweismittel handelt,[657] scheidet die unaufgeforderte Übermittlung einer «documentation bancaire» aus; die ausländische Behörde darf jedoch – im Hinblick auf ein kommendes Rechtshilfeersuchen – beispielsweise auf das Vorhandensein eines Bankkontos und Angaben wie die Inhaberschaft oder die wirtschaftliche Berechtigung aufmerksam gemacht werden.[658]

57 Art. 67*a* Abs. 5 IRSG verlangt hinsichtlich der unaufgefordert übermittelten, den Geheimbereich betreffenden Informationen einzig *Eignung*, **die Stellung eines Rechtshilfeersuchens zu ermöglichen**, sodass es nicht etwa bereits eine Verletzung der Bestimmung darstellt, falls der andere Staat grundsätzlich entsprechend geeignete Informationen nicht dafür nutzt, um ersuchensweise an die Schweiz zu gelangen.[659]

58 Es versteht sich von selbst, dass die Art. 67*a* Abs. 5 IRSG zugrundeliegende Zweckvorstellung mit Blick auf die unaufgeforderte Übermittlung (blosse Ermöglichung eines Rechtshilfeersuchens) gegenüber dem Staat, an welchen übermittelt wird, mittels eines **Spezialitätsvorbehalts** in hinreichender Manier abzusichern ist.[660]

59 Gerade aus dem bei Art. 67*a* Abs. 5 IRSG vorausgesetzten Übermittlungszweck der Ermöglichung eines Rechtshilfeersuchens folgt im Übrigen wiederum die grundsätzliche **Geltung der allgemeinen Voraussetzungen für durch die Schweiz zu leistende internationale Strafrechtshilfe** auch hinsichtlich unaufgeforderter Übermittlungen:[661] Die Übermittlung von den Geheimbereich betreffenden Informationen zwecks der Formulierung eines Ersuchens, von welchem bereits absehbar ist, dass ihm seitens der Schweiz dereinst nicht nachgekommen werden könnte, würde nicht vor dem Verhältnismässigkeitsgrundsatz standhalten.[662]

---

657. Oben N. 28.
658. BStGer RR.2019.328 vom 28.4.2020 E. 5.1; Zimmermann, coopération, S. 448.
659. Vgl. Zimmermann, coopération, S. 449. Das Nichteintreffen eines Rechtshilfeersuchens kann indessen insbesondere dazu führen, dass in der Schweiz einstweilen – im Hinblick auf ein etwaiges Ersuchen – aufrechterhaltene Beschlagnahmen aufzuheben sind; vgl. BStGer BB. 2018.46 vom 23.7.2018 Sachverhaltsdarstellung C.
660. Unten N. 64.
661. Oben N. 34 ff.

c. Weitere Voraussetzungen

Was die übrigen Absätze von Art. 67*a* IRSG anbelangt,[663] so ist kein Grund ersichtlich, weshalb **Art. 67*a* Abs. 2 IRSG** nicht auch für die unaufgeforderte Übermittlung von den Geheimbereich betreffenden Informationen zu beachten wäre.[664] Das Verhältnis zu einem etwaigen schweizerischen Strafverfahren kann hier nicht anders gelagert sein, als wenn gemäss Art. 67*a* Abs. 1 IRSG übermittelt wird. 60

Den Geltungsbereich von Art. **67*a* Abs. 3 IRSG** erstreckt das Bundesgericht hingegen ausdrücklich, dem Wortlaut entsprechend im Sinne eines Umkehrschlusses, nicht auf die praxisrelevante unaufgeforderte Übermittlung von den Geheimbereich betreffenden Informationen.[665] Solche Übermittlungen nach Art. 67*a* Abs. 5 IRSG sollen damit nicht analogieweise den alternativen Voraussetzungen entweder einer staatsvertraglichen Vereinbarung oder der Zustimmung des Bundesamts für Justiz unterliegen.[666] 61

3. Ablauf der unaufgeforderten Übermittlung

a. Im Allgemeinen

Art. 67*a* IRSG äussert sich nicht zur Form, welcher sich die Schweizer Behörden für die eigentliche Vornahme, verstanden als der Weitergabe an das Ausland, einer unaufgeforderten Übermittlung zu bedienen haben. Gemäss 62

662. In diesem Sinne auch Zimmermann, coopération, S. 449: «interdit (...) si la Suisse ne peut donner suite à une demande d'entraide présentée sur la base de ces informations». Siehe ebenso BGE 139 IV 137 E. 5.1.4 und E. 5.2.3; zudem unten N. 64 im Zusammenhang mit dem Spezialitätsprinzip.

663. Zu Abs. 1 von Art. 67*a* IRSG bereits oben N. 53.

664. Vgl. in diesem Sinne auch die Klarstellung gemäss Art. 10 GWÜ (insgesamt einzig auf Informationen bezogen): «[u]nbeschadet ihrer eigenen Ermittlungen oder Verfahren»; in diesem Zusammenhang ebenso BSK-Glutz von Blotzheim, Art. 67*a* IRSG N. 49.

665. BGE 139 IV 137 E. 4.6.5 (im Zusammenhang mit «simples informations»); siehe zudem BGE 125 II 238 E. 5d: Art. 67*a* Abs. 3 IRSG als «cas spécial». Ebenso etwa Harari, ZStrR 1998, S. 9; Micheli, S. 158.

666. A.A., überzeugend insbesondere mit Blick auf die erforderlichen Beschränkungen der Verwendung im Ausland, BSK-Glutz von Blotzheim, Art. 67*a* IRSG N. 52 ff; Glutz von Blotzheim, Übermittlung, S. 20 ff. Vgl. auch Donatsch/Heimgartner/Simonek, S. 71 f. Siehe zudem den Vorschlag bei Gstöhl, S. 353, die Zustimmung des Bundesamts für Justiz gemäss Art. 67*a* Abs. 3 IRSG hinsichtlich der unaufgeforderten Übermittlung von Informationen als anfechtbare Verfügung auszugestalten.

der Praxis kann diese zwischen Behörden **informell** (insbesondere «communications [...] téléphoniques ou verbales») erfolgen,[667] ist jedoch stets mit einer schriftlichen Mitteilung an den anderen Staat («**note remise**»)[668] zu verbinden:[669] «[L]a transmission spontanée d'informations doit dans tous les cas faire l'objet d'une communication écrite aux autorités de l'Etat destinataire.» Das Bundesgericht begründet diese Vorgabe mit dem bestmöglichen Schutz der Parteirechte im ausländischen Strafverfahren, welcher sicherzustellen sei.[670] Durch Konsultation der Akten müssten Herkunft und Inhalt der unaufgefordert übermittelten Umstände in Erfahrung gebracht werden können, wodurch sich die betroffene Person – entsprechend den Vorgaben des ausländischen Rechts – gegebenenfalls gegen ihre prozessuale Verwendung zur Wehr setzen kann. Dabei ist indessen stets Vorsicht geboten, dass die «note remise» (z.B. durch die Anbringung offizieller Siegel) nicht gesondert ein eigentliches Beweismittel darstellt, welches gar nicht übermittelt werden soll resp. darf.[671]

63 Eine Beschwerdeerhebung in der Schweiz gegen das Übermittlungsdokument schliesst das Bundesgericht aus, sodass auch – als nicht im Hinblick auf ihren Schutz notwendig – eine Pflicht der unaufgefordert übermittelnden Schweizer Behörden, die betroffenen **Personen** mit einer **Kopie der an das Ausland gerichteten Schriftlichkeit** zu bedienen, **verneint** wird.[672] Dem **Bundesamt für Justiz**, in seiner Funktion als Aufsichtsbehörde (Art. 3 IRSV), sind dagegen eine **Kopie der Übermittlungskommunikation und das**

667. Im BGE 125 II 356 beanstandete das Bundesgericht nicht, dass die unaufgeforderte Übermittlung offenbar im Ausland stattgefunden hatte (vgl. Sachverhaltsdarstellung, S. 359); zu Recht kritisch Glutz von Blotzheim, Übermittlung, S. 22.

668. Siehe etwa BStGer RR.2019.137 vom 6.11.2019 E. 3.1, 3.4.

669. Zum Ganzen BGE 125 II 238 E. 6c und Regeste, wobei es sich für etwaig übersandte Beweismittel *a minore ad maius* nicht anders verhalten kann. Vgl. ferner auch BSK-Glutz von Blotzheim, Art. 67*a* IRSG N. 63 f.; Ludwiczak Glassey, précis, Rz. 286; PC-Ludwiczak Glassey, Art. 67*a* EIMP N. 23; Zimmermann, coopération, S. 450 f.; BGE 139 IV 137 E. 4.6.1. Strenger eine Beschränkung ausschliesslich auf Schriftlichkeit der Übermittlung verlangend etwa Gstöhl, S. 352; Haffter, S. 120; Popp, Rz. 531. Skeptisch mit Blick auf den Willen der historischen Gesetzgebung Glutz von Blotzheim, Übermittlung, S. 168 f.

670. Zum Ganzen BGE 125 II 238 E. 6d.

671. Glutz von Blotzheim, Übermittlung, S. 170 f. Siehe auch oben N. 25, N. 28. Zum Inhalt der «note remise» etwa BStGer RR.2023.43 vom 9.10.2023 E. 6.2.2.

672. BGE 125 II 238 E. 6e; siehe auch BStGer RR.2019.200–204 vom 21.11.2019 E. 2.3.3; BStGer RR.2020.179 vom 1.7.2021 E. 2.3.3.3c («les particuliers touchés ne peuvent pas en exiger la notification»); BStGer RR.2019.137 vom 6.11.2019, E. 3.4. Zur Akteneinsicht unten N. 70.

Protokoll gemäss Art. 67*a* Abs. 6 IRSG,[673] unabhängig von Art. 67*a* Abs. 3 IRSG,[674] zur Kenntnis zu bringen.[675]

b. Nachachtung des Spezialitätsprinzips im Besonderen

Auch wenn sie unaufgefordert übermitteln, haben Schweizer Behörden grundsätzlich dafür zu sorgen, dass der **Übermittlungsgegenstand im Ausland nicht entgegen der Intention, weshalb sie die Rechtshilfe geleistet haben, verwendet wird**. Sichergestellt wird dies – entsprechend dem eine Rechtshilfebeschränkung bildenden Spezialitätsprinzip – durch die Statuierung von sog. Spezialitätsvorbehalten.[676] Das Bundesgericht hat für die praxisrelevante unaufgeforderte Übermittlung von den Geheimbereich betreffenden Informationen gemäss Art. 67*a* Abs. 5 IRSG[677] festgehalten, dass das Spezialitätsprinzip in angepasster Form («dans une forme adaptée») Geltung erlangt:[678] 64

- Erstens müsse sichergestellt werden, dass die Informationen nicht im Hinblick auf einen strafrechtlichen Vorwurf übermittelt werden, welcher *a priori* **nicht rechtshilfefähig** wäre (vgl. Art. 3 IRSG), wenn der die Rechtshilfe unaufgefordert empfangende Staat in der Folge mit einem (ordentlichen) Ersuchen an die Schweiz herantritt.
- Zweitens sei in Ermangelung eines völkerrechtlichen Vertrags,[679] welcher die – in der Ermöglichung, der Schweiz ein Rechtshilfeersuchen zu unterbreiten, bestehende – Tragweite der unaufgeforderten Übermittlung

673. Diese beiden Schriftlichkeiten offenbar teilweise gleichsetzend BStGer RR.2010.252 vom 27.1.2011 E. 4.2.2.
674. Oben N. 51, N. 61.
675. Vgl. BGE 125 II 238 E. 6c/d; BStGer RR.2019.137 vom 6.11.2019 E. 3.1; BStGer RR.2009.190 vom 26.8.2009 E. 2.3.2; BSK-Glutz von Blotzheim, Art. 67*a* IRSG N. 64; Wegleitung Bundesamt für Justiz, S. 7; Ludwiczak Glassey, précis, Rz. 287; PC-Ludwiczak Glassey, Art. 67*a* EIMP N. 24 f.
676. Donatsch/Heimgartner/Simonek, S. 134 f.; Gless, Rz. 348.
677. Für unaufgeforderte Übermittlungen nach Art. 67*a* Abs. 1 IRSG ist Art. 67 IRSG analog beachtlich; vgl. Glutz von Blotzheim, Übermittlung, S. 135; Unseld, Rechtshilfe, S. 197. Für Formulierungsvorschläge siehe BSK-Glutz von Blotzheim, Art. 67*a* IRSG N. 21; Glutz von Blotzheim, Übermittlung, S. 174 f. Vgl. zudem allgemein BStGer RR.2018.202 vom 21.8.2018 E. 2.2.
678. Zum Ganzen BGE 139 IV 137 E. 5.2.3. Vgl. auch Glutz von Blotzheim, Übermittlung, S. 135 ff.; Ludwiczak, précis, Rz. 292. Zum Schutz für Drittbetroffene neben BGE 139 IV 137 E. 5.2.3 etwa Ludwiczak Glassey, précis, Rz. 295.

regelt, der ausländischen Behörde diese Zweckbestimmung[680] **ausdrücklich in Erinnerung zu rufen.** Dies habe (schriftlich) spätestens mit der Übermittlung der Informationen zu geschehen, wobei der Grundsatz von Treu und Glauben zwischen Staaten zur Anwendung gelange.[681]

65 Die Verwendung von im Rahmen «kleiner» Rechtshilfe erhaltener schweizerischer Unterstützung durch den betreffenden ausländischen Staat unter Verletzung des Spezialitätsprinzips[682] stellt eine «**entraide sauvage**» dar.[683]

c. Protokollierungspflicht gemäss Art. 67*a* Abs. 6 IRSG

66 Gemäss Art. 67*a* Abs. 6 IRSG ist **jede unaufgeforderte Übermittlung in einem Protokoll festzuhalten**. Bereits aus dem Wortlaut folgt, dass die Protokollierungspflicht umfassend Geltung beansprucht, d.h. sowohl im Zusammenhang mit der unaufgeforderten Übermittlung von nicht den Geheimbereich betreffenden Beweismitteln und Informationen als mit auch geheimen Informationen. Die Platzierung von Abs. 6 als letzten Absatz von Art. 67*a* IRSG bestätigt dies in systematischer Hinsicht.

67 Während der parlamentarischen Debatten wurde Art. 67*a* Abs. 6 IRSG als unverzichtbar bezeichnet:[684] Im Zusammenhang mit unaufgeforderten Übermittlungen müsse eine (aktenbezogene) Spur («trace»)[685] verbleiben, um

679. Siehe zudem Glutz von Blotzheim, Übermittlung, S. 173: Auch ansonsten zumindest gleichzeitig mit der Übermittlung erfolgender schriftlicher Spezialitätsvorbehalt; für Formulierungsvorschläge vgl. BSK-Glutz von Blotzheim, Art. 67*a* IRSG N. 20; Glutz von Blotzheim, Übermittlung, S. 175.

680. Siehe zudem wiederum BGE 139 IV 137 E. 5.2.3: «[C]es informations ne peuvent ni ne doivent être utilisées par l'Etat étranger dans le but d'accuser pénalement une personne, ce encore moins dans un domaine, notamment fiscal, dans lequel une demande d'entraide serait a priori déclarée irrecevable par la Suisse (cf. art. 3 al. 3 EIMP)».

681. Im Schrifttum wird hier überzeugend eine analoge Anwendung von Art. 80*p* IRSG (Anbringung vorab annahmebedürftiger Auflagen) postuliert; vgl. BSK-Glutz von Blotzheim, Art. 67*a* IRSG N. 59 ff.; Glutz von Blotzheim, Übermittlung, S. 25 ff., 149 ff.; Ludwiczak Glassey/Bonzanigo, ZStrR 2022, S. 419 ff.

682. Diese zeitigt die Konsequenz diplomatischer Reaktionen oder völkerrechtlicher Sanktionen wie etwa einem Absehen von weiteren unaufgeforderten Übermittlungen *pro futuro*; vgl. allgemein Donatsch/Heimgartner/Simonek, S. 141.

683. Stelzer-Wieckowska, S. 146.

684. Votum Sandoz, AB 1995 V NR S. 2368.

einen machtmissbräuchlichen und willkürlichen Einsatz von Art. 67*a* IRSG verhindern zu können. Die Rechtsprechung führt dabei zudem dieselbe parteirechtsbezogene Motivation wie betreffend die «note remise» an.[686] Gemeinsam mit dieser ist das Protokoll dem Bundesamt für Justiz zuzustellen, damit dieses seine Aufsichtsfunktion wahrnehmen kann.[687] Einen Anspruch der betroffenen Person, ebenso direkt mit einer Kopie des Protokolls bedient zu werden, hat das Bundesstrafgericht verneint.[688] Was den **Inhalt des Protokolls** anbelangt, so soll dieses das **Datum** und die **Form** der unaufgeforderten Übermittlung sowie die **Modalitäten etwaiger Aufsicht des Bundesamts für Justiz** enthalten.[689]

Gerichtlich vorgebrachten **Rügen im Zusammenhang mit dem Protokoll gemäss Art. 67*a* Abs. 6 IRSG** war bisher soweit ersichtlich kein Erfolg beschieden: Zwar hat das Bundesstrafgericht im Grundsatz das Fehlen eines Protokolls als mögliche Verletzung von Art. 67*a* IRSG qualifiziert, deren Konsequenz darin bestehen kann, dass die schweizerische Behörde im Hinblick auf eine Rückgabe oder Nichtverwendung an das Ausland zu gelangen hat.[690] Die Rechtsprechung vermeidet dies jedoch, indem sie es ausreichen lässt, dass zumindest das Schreiben an die ausländische Behörde («note remise») zu den Akten des schweizerischen Strafverfahrens genommen wurde.[691] In der Nichtzustellung des Protokolls an das Bundesamt für Justiz erblickt das Bundesgericht eine «omission regrettable», die als «défaut mineur» jedoch folgenlos bleibt.[692] 68

685. Von der Rechtsprechung rezipierte Formulierung, siehe anstelle vieler BGE 139 IV 137 E. 4.6.10; BGE 125 II 238 E. 5d; BStGer RR.2020.179 vom 1.7.2021 E. 2.3.3.3.
686. BGE 139 IV 137 E. 4.6.10; BStGer RR.2020.179 vom 1.7.2021 E. 2.3.3.3; vgl. oben N. 62.
687. BStGer RR.2020.179 vom 1.7.2021 E. 2.3.3.3; PC-Ludwiczak Glassey, Art. 67*a* EIMP N. 24; vgl. bereits oben N. 63.
688. BStGer RR.2019.137 vom 6.11.2019 E. 3.4.
689. Vgl. BStGer RR.2019.137 vom 6.11.2019 E. 3.4; BStGer RR.2010.252 vom 27.1.2011 E. 4.2.2.
690. Zum Ganzen BStGer RR.2010.252 vom 27.1.2011 E. 4.1.2; BStGer RR.2009.190 vom 26.8.2009 E. 2.3.1. Unten N. 72.
691. BGE 130 II 236 E. 6.4. Siehe zudem N. 72 für die allgemein im Zusammenhang mit Verletzungen von Art. 67*a* IRSG zur Anwendung gebrachte Heilung.
692. BGE 130 II 236 E. 6.4; BStGer RR.2020.179 vom 1.7.2021 E. 2.3.3.3; vgl. auch BGE 139 IV 137 E. 4.6.10. Dies steht freilich im Widerspruch zur seitens des Bundesgerichts ebenso betonten Aufsichtsfunktion des Bundesamts für Justiz im Hinblick auf die Einhaltung der Voraussetzungen von Art. 67*a* IRSG, solange kein gerichtlicher Rechtsschutz besteht; vgl. BGer 1A.94/2001 vom 25.6.2001 E. 2b.

d. Rechtliches Gehör?

69 Das Bestehen eines **vorgängigen Äusserungsrechts** zu intendierten unaufgeforderten Übermittlungen wird im Schrifttum überwiegend unter Hinweis auf BGE 125 II 238 verneint.[693]

70 Hinsichtlich des **Akteneinsichtsrechts** sind die rechtshilferechtlichen Normen beachtlich, wenn eine unaufgeforderte Übermittlung ein an die Schweiz gerichtetes Rechtshilfeersuchen provoziert hat und die Unterlagen im Zusammenhang mit Art. 67*a* IRSG zu den Akten des (passiven) schweizerischen Rechtshilfeverfahrens genommen werden:[694] Einschlägig sind Art. 80*b* IRSG – wobei hier die Beschränkung auf die Notwendigkeit für die Interessenwahrnehmung (Abs. 1) und die gesetzlich vorgesehenen Einschränkungsgründe (Abs. 2) von Relevanz sind – sowie ergänzend Art. 26 f. VwVG i.V.m. Art. 12 Abs. 1 Satz 1 IRSG.[695] Eine Verletzung des rechtlichen Gehörs angenommen hat das Bundesstrafgericht in der folgenden Konstellation: Die Unterlagen betreffend eine schweizerische unaufgeforderte Übermittlung bildeten, obschon in der Schlussverfügung referenziert, nicht Gegenstand der Rechtshilfeakten hinsichtlich des Ersuchens, welches die ukrainischen Behörden in der Folge an die Schweiz gerichtet hatten.[696]

693. Siehe E. 6e; vgl., jeweils zu Recht kritisch, BSK-Glutz von Blotzheim, Art. 67*a* IRSG N. 67; Glutz von Blotzheim, Übermittlung, S. 53; Popp, Rz. 537. Das Bundesgericht hatte hier im Zusammenhang mit unaufgefordert an die Ukraine übermittelten bankenbezogenen Informationen zum einen festgehalten, dass gegen unaufgeforderte Übermittlungen als solche kein präventiver Rechtsschutz besteht (unten N. 71 ff.) und zum anderen eine Pflicht, der betroffenen Person eine Kopie der unaufgefordert an das Ausland übermittelten Schriftlichkeit zuzustellen, verworfen (oben N. 63).

694. So wohl BStGer RR.2016.42 vom 15.7.2016 E. 2.2. Das Einsichtsrecht betreffend die Akten hängiger Strafverfahren richtet sich nach Art. 101 f. StPO.

695. Zum Ganzen etwa BGer 1C_785/2021 vom 4.1.2022 E. 2 (nur «pièces pertinentes pour statuer sur l'octroi de l'entraide et l'admissibilité des mesures d'exécution»); BStGer RR.2019.200–204 vom 21.11.2019 E. 2.3.3 (keine Akteneinsicht ohne Beschwerdeberechtigung); BStGer RR.2016.42 vom 15.7.2016 E. 3 (keine Erheblichkeit der unaufgeforderten Übermittlung für den angefochtenen Entscheid); siehe auch BGer 1C_426/2018 vom 19.9.2018 E. 1.2. Zu Recht kritisch in diesem Zusammenhang Ludwiczak Glassey/Bonzanigo, ZStrR 2022, S. 425.

696. BStGer RR.2023.123 vom 13.11.2023 E. 4.2; dazu Ludwiczak Glassey, SZIER 2024, S. 400.

D. Rechtsschutz im Zusammenhang mit unaufgeforderten Übermittlungen gemäss Art. 67*a* IRSG

1. (Limitierter) Rechtsschutz in der Schweiz

Es entspricht konstanter, unmittelbar nach Schaffung von Art. 67*a* IRSG etablierter Praxis,[697] dass eine unaufgeforderte Übermittlung gemäss dieser Bestimmung einen «acte d'entraide matériel spécifique»[698] und nicht etwa eine Schlussverfügung im Sinne von Art. 80*d* IRSG darstellt.[699] Damit fehlt es an einem Anfechtungsobjekt für eine Beschwerde nach Art. 80*e* IRSG, woraus wiederum die Unmöglichkeit folgt, sich vorgängig zur Übermittlung vor Schweizer Rechtsmittelinstanzen zur Wehr zu setzen.[700] Es besteht gerade **kein präventiver Rechtsschutz**, wie er ansonsten ein Grundprinzip des Schweizer Rechts der internationalen Strafrechtshilfe bildet: «La transmission spontanée selon l'art. 67*a* EIMP ne peut pas directement faire l'objet d'un recours.» [701] Dies erscheint formell betrachtet insofern naheliegend, als die den Beschwerdeweg öffnende rechtshilferechtliche Handlungsform der 71

697. BGE 125 II 238 E. 5 f. (unter Rückgriff auf das historische Auslegungselement).

698. Siehe auch Donatsch/Heimgartner/Simonek, S. 72: «blosser Realakt»; a.A. BSK-Glutz von Blotzheim, Art. 67*a* IRSG N. 69. Vgl. ferner BStGer RR.2009.190 vom 26.8.2009 E. 2.3.3: Kein Verfügungserfordernis. Der dabei seitens des Bundesstrafgerichts herangezogene Begründungsansatz, die unaufgeforderte Übermittlung sei nicht individualrechtsrelevant und betreffe einzig das Verhältnis zwischen den involvierten Behörden, erscheint für den Rahmen einer modernen, auch am Individuum ausgerichteten internationalen Strafrechtskooperation freilich anachronistisch und damit nicht haltbar; vgl. Schaffner, Individuum, S. 37 ff., sowie insbesondere S. 27 f. zur sog. Leistungsermächtigung.

699. BStGer RR.2021.104 vom 24.8.2021 E. 1.5.3: «senza (...) necessitare di una decisione di chiusura»; zudem auch BGE 139 IV 137 E. 4.5; BStGer RR.2017.75/RP.2017.25 vom 12.7.2017 E. 3.2. Vgl. zudem BGE 125 II 238 E. 5c., wonach es der Protokollierungspflicht gemäss Art. 67*a* Abs. 6 IRSG nicht bedürfte, wenn unaufgeforderte Übermittlungen Gegenstand einer Schlussverfügung wären.

700. Haffter, S. 117; BStGer RR.2022.130–133 vom 3.8.2022 E. 2.6; ferner auch BSK-Gless/Schaffner, Art. 21 IRSG N. 11; Ludwiczak Glassey, fp 2018, S. 50; vgl. zudem auch unten N. 74. Zur im Schrifttum diesbezüglich geäusserten, aus der Perspektive des von der unaufgeforderten Übermittlung betroffenen Individuums nachvollziehbaren Kritik m.w.H. etwa Glutz von Blotzheim, Übermittlung, S. 52 ff.; siehe auch den Hinweis auf Art. 13 EMRK in diesem Zusammenhang bei Glutz von Blotzheim, Übermittlung, S. 191, und Mettler/Schaffner, S. 822; ferner für die vorzeitige Übermittlung nach Art. 80*d*^{bis} IRSG Walder, AJP 2024, S. 841 f. Zu postulierten alternativen Rechtsschutzkonzepten im Hinblick auf Art. 67*a* IRSG einerseits BSK-Glutz von Blotzheim, Art. 67*a* IRSG N. 69 ff.; Glutz von Blotzheim, Übermittlung, S. 54 ff., 189 ff., und andererseits Ludwiczak Glassey/Bonzanigo, ZStrR 2022, S. 424.

Schlussverfügung ein Ersuchen voraussetzt (Art. 80*d* IRSG: «Erachtet die ausführende Behörde das Ersuchen als ganz oder teilweise erledigt»), an welchem es im Zusammenhang mit Art. 67*a* IRSG *per definitionem* fehlt.[702] Dementsprechend wird auch dem Protokoll nach Art. 67*a* Abs. 6 IRSG sowie der «note remise» die Anfechtbarkeit versagt.[703]

72 Indessen wurde seitens der Rechtsprechung von Anfang an ebenso anerkannt, dass **Verletzungen von Art. 67*a* IRSG grundsätzlich geltend gemacht werden können**, wenn die unaufgeforderte Übermittlung dazu führt, dass **der Staat, welcher die Unterstützung erhalten hat, mit einem Rechtshilfeersuchen an die Schweiz herantritt oder ein bereits vorliegendes ergänzt**.[704] Wird eine diesbezüglich ergehende Schlussverfügung beschwerdeweise vor Bundesstrafgericht (Art. 25 Abs. 1 IRSG, Art. 80*e* Abs. 1 IRSG) angefochten,[705] können in diesem Rahmen Mängel hinsichtlich der vorgelagert erfolgten unaufgeforderten Übermittlung gerügt werden.[706] Wenn sich dabei eine Verletzung von Art. 67*a* IRSG – etwa Fehlen der Zustimmung des Bundesamts für Justiz (Abs. 3) oder des Protokolls

701. BStGer RR.2010.252 vom 27.1.2011 E. 4.1.2. Siehe auch BGer 1A.94/2001 vom 25.6.2001 E. 2b; BStGer RR.2019.200–204 vom 21.11.2019 E. 2.3.3. Vgl. ferner anstelle vieler Ludwiczak Glassey, précis, Rz. 288; PC-Ludwiczak Glassey, Art. 67*a* EIMP N. 26; Glutz von Blotzheim, Übermittlung, S. 50 ff. Siehe des Weiteren BStGer BB.2016.97 et al. vom 13.7.2016 E. 5: Das Bundesstrafgericht erachtete sich nicht als zuständig, der Bundesanwaltschaft superprovisorisch zu verbieten, eine unaufgeforderte Übermittlung vorzunehmen.
702. Siehe oben N. 5.
703. BStGer RR.2009.190 vom 26.8.2009 E. 2.3.3. Vgl. bereits N. 63.
704. Zum Ganzen anstelle vieler BGE 125 II 238 E. 6a; BStGer RR.2022.62 und RR.2022.51 vom 27.2.2023 E. 5.1; BStGer RR.2014.190–193 vom 12.5.2015 E. 2.2.2; BStGer RR.2010.252 vom 27.1.2011 E. 4.1.2. Siehe zudem BGE 125 II 356 E. 3a; BGer 1A.29/2002 vom 17.5.2002 E. 2.2.
705. Zur Frage der Beschwerdelegitimation spezifisch im Hinblick auf Rügen betreffend Art. 67*a* IRSG etwa BGer 1C_437/2022 vom 23.9.2022 E. 2.4: «keine selbständige Legitimation von irgendwelchen im Rahmen einer unaufgeforderten Übermittlung genannten Personen»; des Weiteren auch BGer 1A.4/2004 vom 3.5.2004 E. 2.3; BStGer RR.2022.130–133 vom 3.8.2022 E. 2.4 f. (dazu Ludwiczak Glassey/Wahl, SZIER 2023, S. 438; Moreillon/Mazou/Ahmed, S. 304 f.); BStGer RR.2019.200–204 vom 21.11.2019, E. 4.2.3. Vgl. ferner BStGer RR.2010.252 vom 27.1.2011 E. 4.2.3: «[L]e grief tiré de la violation de l'art. 67*a* EIMP ne pouvait être soulevé que par la personne touchée par la transmission spontanée (...). Or tel n'est pas le cas du recourant, dont le nom ne figure qu'une fois dans tout le rapport de police (...). Vgl. auch Ludwiczak Glassey/Bonzanigo, ZStrR 2022, S. 424. Siehe hingegen noch BStGer RR.2016.42 vom 15.7.2016 E. 3.3.
706. Vgl. auch Zimmermann, coopération, S. 541: «Il est possible toutefois de (...) remettre [la transmission spontanée] en discussion, de manière indirecte, au travers d'un recours dirigé contre la décision de clôture de la procédure».

(Abs. 6), Übermittlung von den Geheimbereich betreffenden Beweismitteln (Abs. 4) – ergibt, handelt es sich um eine Form der «entraide sauvage»,[707] wobei die formelhaft in der Judikatur verwendete Rechtsfolge darin besteht, dass die Schweizer Behörde eingeladen werden kann («pourrait être invité»), um die Rückgabe des Übermittlungsgegenstands durch den anderen Staat oder aber wenigstens dessen Aufforderung zur Nichtverwendung in seinem Strafverfahren besorgt zu sein.[708] Die Rechtsprechung verneint dabei eine grundsätzliche Kooperationspflicht des ausländischen Staats mit der Begründung, er habe nicht für fehlerhafte Handlungen der Schweizer Behörden einzustehen.[709] Ohnehin soll – wie dies die Rechtsprechung ebenso formelhaft festhält – eine Intervention gegenüber dem Staat, welcher die unberechtigterweise erfolgte unaufgeforderte Übermittlung erhalten hat, überflüssig sein, wenn sich im Nachhinein ergibt, dass die materiellen Voraussetzungen für eine (ordentliche) Rechtshilfe (auf Ersuchen hin) vorgelegen hätten oder in naher Zukunft mit einem positiven Entscheid über die Gewährung ordentlicher Rechtshilfe gerechnet werden kann.[710] Es wird diesfalls von einer Art Heilung ausgegangen.[711]

Kommt es im Nachgang der unaufgeforderten Übermittlung zu **keinem an die Schweiz gerichteten Rechtshilfeersuchen des zuvor gemäss Art. 67*a* IRSG unterstützten Staats**, so fehlt es nach dem ständigen *modus operandi* der Rechtsprechung an einem schutzwürdigen Interesse im Sinne von Art. 80*h* lit. b IRSG, welches eine Intervention der Schweizer Justiz rechtfertigen würde.[712] 73

707. BStGer RR.2021.297 vom 25.3.2022 E. 3.2.2; BStGer RR.2021.291–292 vom 24.3.2022 E. 3.2.2; BStGer RR.2021.271-274 vom 8.3.2022 E. 3.2.2; BStGer RR.2021.267–269 vom 10.2.2022 E. 4.2.2; Ludwiczak Glassey/Bonzanigo, ZStrR 2022, S. 424; Zimmermann, coopération, S. 456; Zimmermann, SJ 2018, S. 15.
708. Kritisch spezifisch dazu etwa Lombardini, droit bancaire, S. 89 f.
709. BStGer RR.2015.241/RP.2015.48 vom 18.3.2016 E. 7.2; BStGer RR.2015.235/RP.2015.44 vom 19.1.2016 E. 6.2; vgl. auch BGer 1C_785/2021 vom 4.1.2022 E. 2. Kritisch zu Recht Bernasconi, Rz. 349; Eymann, S. 191.
710. Vgl. zusätzlich zu den Nachweisen gemäss Fn. 246 etwa BGer 1C_785/2021 vom 4.1.2022 E. 2; BGer 1A.333/2005 vom 20.2.2006 E. 4.2; BStGer RR.2021.209–213 vom 26.1.2022 E. 4.5.1; BStGer RR.2021.206 vom 14.12.2021 E.3.5.1.
711. Z.B. BGE 139 IV 137 E. 5.2.4 («réparée»); BGer 1A.149/2003 vom 27.10.2003 E. 3.6 («reparé», wobei den Parteien diesbezüglich noch das rechtliche Gehör zu gewähren sei); BStGer RR. 2023.28 vom 28.8.2023, E. 4.2 («guérie»); BStGer RR.2022.115 vom 9.8.2023, E. 3.5: («guérie»); Zimmermann, coopération, S. 452.

74 Das **Bundesgericht** hat diese ständige Praxis bildenden Rechtsschutzmodalitäten im Zusammenhang mit Art. 67*a* IRSG (keine «possibilité d'un contrôle judiciaire direct de la transmission spontanée d'informations») ausdrücklich für **EMRK-konform**, insbesondere mit Blick auf Art. 13 EMRK, befunden.[713]

2. Sonstige rechtliche Konsequenzen rechtswidriger unaufgeforderter Übermittlungen

75 Zusätzlich oder, gerade wenn kein Rechtshilfeersuchen an die Schweiz gerichtet wird und diese mithin keine Schlussverfügung erlässt, als alleinige Massnahme kann ein **Vorgehen gegen die Verwertung des Übermittlungsgegenstands in demjenigen Staat** (und nach dessen prozessualen Regeln) in Frage kommen, **welcher seitens der Schweiz gestützt auf Art. 67*a* IRSG unterstützt worden ist**.[714] Wie aussichtsreich dies ist, dürfte in erster Linie von der Ausgestaltung der fremdstaatlichen Rechtsordnung abhängen.

76 Als (rechtliche) Reaktionsmöglichkeiten auf rechtswidrige unaufgeforderte Übermittlungen kommen ferner etwa die Geltendmachung **staatshaftungsrechtlicher Ansprüche**,[715] Strafverfahren insbesondere wegen **Amtsgeheimnisverletzung**[716] sowie **aufsichtsrechtliche Schritte**[717] in Betracht.

Herzlicher Dank gilt Herrn BLaw Eric Chevrolet für die tatkräftige Unterstützung im Hinblick auf die Fertigstellung der Kommentierung.

712. BStGer RR.2009.190 vom 26.8.2009 E. 2.3.1b; zudem auch BGer 1P.64/2007 vom 29.5.2007 E. 1.2. Vgl. ferner Gless, Rz. 272; PC-Ludwiczak Glassey, Art. 67*a* EIMP N. 27; Zimmermann, coopération, S. 451 f. Der seitens der Rechtsprechung verwendete Begründungsansatz ist im Lichte eines auch Individualinteressen Rechnung tragenden internationalen Strafrechtshilferechts nicht pauschal haltbar; vgl. bereits oben Fn. 240. Kritisch mit Blick auf einen Verweis der Betroffenen auf ein Vorgehen im unaufgefordert unterstützten ausländischen Strafverfahren (vgl. z.B. BGE 125 II 238 E. 6d) etwa Micheli, S. 160.
713. BGer 2C_84/2012 vom 15.12.2012 (nicht publiziert in BGE 139 IV 137) E. 7.4 (zudem E. 6, 7.1 ff.).
714. Vgl. bereits oben N. 43 im Zusammenhang mit in der Schweiz rechtswidrig erhobenem Übermittlungsgut. Siehe auch BGE 139 IV 137 E. 5.2.3 im Zusammenhang mit Verletzungen des Spezialitätsprinzips (dazu oben N. 64 f.).
715. Für einen solchen Fall siehe BGE 139 IV 137, insbesondere E. 4.1 ff.
716. Oben N. 20.
717. Vgl. Haffter, S. 117; ferner auch Micheli, S. 161 ff.

LITERATURVERZEICHNIS

Aepli Michael, Kommentierung zu Art. 18 IRSG, in: Niggli Marcel Alexander/Heimgartner Stefan (Hrsg.), Basler Kommentar, Internationales Strafrecht, Basel 2015 (zit. BSK-Aepli, Art. 18 IRSG N. ...).

Beglinger Fridolin, Rechtshilfeverfahren: Anwesenheit, spontane Übermittlung und Zweites Zusatzprotokoll zum Europäischen Rechtshilfeübereinkommen, in: AJP 2007, S. 916–927.

Bernasconi Paolo, Internationale Amts- und Rechtshilfe bei Einziehung, organisiertem Verbrechen und Geldwäscherei, in: Schmid Niklaus (Hrsg.), Kommentar Einziehung Organisiertes Verbrechen Geldwäscherei, Bd. II, Zürich 2002, S. 143–518.

Boillat Marie, Trafic illicite de biens culturels et coopération judiciaire internationale en matière pénale, Zürich 2012.

Breitenmoser Stephan/Bai Alain, Internationale Amts- und Rechtshilfe, in: Uebersax Peter/Rudin Beat/Hugi Yar Thomas/Geiser Thomas/Vetterli Luzia (Hrsg.), Ausländerrecht, 3. Aufl., Basel 2022, S. 1921–2015.

Cassani Ursula/Gless Sabine/Ludwiczak Glassey Maria/Wahl Thomas, Chronique de droit pénal suisse dans le domaine international (2018), in: SZIER 2019, S. 419–459.

Dannacher Marnie, Diktatorengelder in der Schweiz, Basel 2012.

Donatsch Andreas/Heimgartner Stefan/Simonek Madeleine, Internationale Rechtshilfe, 3. Aufl., Zürich/Genf 2024.

Epiney Astrid/Meier Annekathrin/Egbuna-Joss Andrea, Schengen/Dublin, in: Thürer Daniel/Weber Rolf H./Kellerhals Andreas (Hrsg.), Bilaterale Verträge I & II Schweiz–EU, Zürich 2007, S. 903–981.

Eymann Stephanie, Die strafprozessuale Kontosperre, Basel 2009.

Fiolka Gerhard, Kommentierung zu Art. 1 IRSG, in: Niggli Marcel Alexander/Heimgartner Stefan (Hrsg.), Basler Kommentar, Internationales Strafrecht, Basel 2015 (zit. BSK-Fiolka, Art. 1 IRSG N. ...).

Garbarski Andrew M./Carrupt Abdul/Julen Berthod Anne Valérie, Unexplained Wealth Orders (UWO): Appréhension en droit suisse et intérêt pour le practicien, in: GesKR 2022, S. 195–213.

Gless Sabine, Internationales Strafrecht, 3. Aufl., Basel 2021.

Gless Sabine/Schaffner Daniel, Kommentierung zu Art. 21 IRSG, in: Niggli Marcel Alexander/Heimgartner Stefan (Hrsg.), Basler Kommentar, Internationales Strafrecht, Basel 2015 (zit. BSK-Gless/Schaffner, Art. 1 IRSG N. ...).

Glutz von Blotzheim Alexander, Kommentierung zu Art. 67*a* IRSG, in: Niggli Marcel Alexander/Heimgartner Stefan (Hrsg.), Basler Kommentar, Internationales Strafrecht, Basel 2015 (zit. BSK-Glutz von Blotzheim, Art. 67*a* IRSG N. ...).

Glutz von Blotzheim Alexander, Die spontane Übermittlung, Basel 2010 (zit. Glutz von Blotzheim, Übermittlung).

Gossin Pascal, Récents accords bilatéraux et le rôle de l'Office fédéral de la justice, in: Gani Raphaël (Hrsg.), Récents développements en matière d'entraide civile, pénale et administrative, Lausanne 2004, S. 143–155.

Gstöhl Caroline, Geheimnisschutz im Verfahren der internationalen Rechtshilfe in Strafsachen, Bern 2008.

Haffter Andreas, Internationale Zusammenarbeit in Strafsachen im Spannungsfeld zwischen Denunziation und Verbrechensbekämpfung: Zur Problematik der spontanen Rechtshilfe (Art. 67*a* IRSG), in: AJP 1999, S. 116–121.

Hansjakob Thomas/Pajarola Umberto, Kommentierung zu Art. 272 StPO, in: Donatsch Andreas/Lieber Viktor/Summers Sarah/Wohlers Wolfgang (Hrsg.), Schulthess Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung (StPO), 3. Aufl., Zürich 2020 (SK-Hansjakob/Pajarola, Art. 272 StPO N. ...).

Harari Maurice, L'évolution récente en matière d'entraide pénale: des interrogations demeurent, in: Gani Raphaël (Hrsg.), Récents développements en matière d'entraide civile, pénale et administrative, Lausanne 2004, S. 103–132 (zit. Harari, in Gani).

Harari Maurice, Corruption à l'étranger: quel sort réserver aux fonds saisis en Suisse?, in: ZStrR 1998, S. 1–25 (zit. Harari, ZStrR 1998).

Harari Maurice/Corminboeuf Harari Corinne, Entraide internationale en matière pénale et transmission anticipée à l'Etat requérant, in: Eigenmann Antoine/Poncet Charles/Ziegler Bernard (Hrsg.), Mélanges en l'honneur de Claude Rouiller, Basel 2016, S. 77–95.

Heimgartner Stefan/Schnebli Maria, Eurojust: Unterstützung der schweizerischen Strafbehörden bei Delikten mit Auslandsbezug, in: AJP 2016, S. 1056–1064.

Inglese Ramon, Teilnahme ausländischer Prozessbeteiligter am Verfahren der internationalen Rechtshilfe, Basel 2015.

Kleiner Beat/Schwob Renate/Winzeler Christoph, Kommentierung zu Art. 47 BankG, in: Zobl Dieter/Schwob Renate/Weber Rolf H./Winzeler Christoph/Kaufmann Christine/Kramer Stefan (Hrsg.), Kommentar zum Bundesgesetz über die Banken und Sparkassen, 23. Aufl., Zürich 2015.

Léchot Antoine, Contournement des règles de l'entraide pénale internationale, Zürich 2023.

Lombardini Carlo, Banques et blanchiment d'argent, 3. Aufl., Genf 2016 (zit. Lombardini, banques).

Lombardini Carlo, Droit bancaire suisse, 2. Aufl., Zürich 2008 (zit. Lombardini, droit bancaire).

Lubishtani Kastriot/Monod Hadrien/Gauderon Ryan, De l'exception à la règle avec l'art. 80*d*^{bis} EIMP, in: Anwaltsrevue 2021, S. 27–34.

Ludwiczak Glassey Maria, Chronique de droit pénal suisse dans le domaine international (2023), in: SZIER 2024, S. 387–406.

Ludwiczak Glassey Maria, Kommentierung zu Art. 67*a* IRSG, in: Ludwiczak Glassey Maria/Moreillon Laurent (Hrsg.), Petit Commentaire, Loi fédérale sur l'entraide internationale en matière pénale, Basel 2024 (zit. PC-Ludwiczak Glassey, Art. 67 EIMP N. ...).

Ludwiczak Glassey Maria, L'entraide pénale internationale «dynamique» en bref, Le projet, les débats, le compromis, in: AJP 2021, S. 71–75 (zit. Ludwiczak Glassey, AJP 2021).

Ludwiczak Glassey Maria, La transmission anticipée: l'avenir de l'entraide en matière pénale?, in: Jusletter vom 20. April 2020 (zit. Ludwiczak Glassey, Jusletter).

Ludwiczak Glassey Maria, Entraide judiciaire internationale en matière pénale, Précis de droit suisse, Basel 2018 (zit. Ludwiczak Glassey, précis).

Ludwiczak Glassey Maria, La proportionnalité en entraide internationale en matière pénale, in: AJP 2018, S. 608–612 (zit. Ludwiczak Glassey, AJP 2018).

Ludwiczak Glassey Maria, Mesures d'entraide judiciaire «dynamique» droit de l'entraide statique: 0:1, Urteilsbesprechung BGE 143 IV 186, in: fp 2018, S. 50–53 (zit. Ludwiczak Glassey, fp 2018).

Ludwiczak Glassey Maria, Dans la jungle de l'entraide internationale en matière pénale, in: Garibian Sévane/Jeanneret Yvan, Dodécaphonie pénale, Liber discipulorum en l'honneur du Professeur Robert Roth, Zürich 2017, S. 117–130 (zit. Ludwiczak Glassey, in Garibian/Jeanneret).

Ludwiczak Glassey Maria, La proportionnalité en entraide internationale en matière pénale, Évolution jurisprudentielle, in: AJP 2017, S. 608–612 (zit. Ludwiczak Glassey, AJP 2017).

Ludwiczak Glassey Maria, A la croisée des chemins du CPP et de l'EIMP – la problématique de l'accès au dossier, in: ZStrR 2015, S. 295–317 (zit. Ludwiczak Glassey, ZStrR 2015).

Ludwiczak Glassey Maria/Bonzanigo Francesca, L'artificielle distinction entre «informations» et «moyens de preuve» en entraide pénale internationale, in: ZStrR 2022, S. 402–427 (zit. Ludwiczak Glassey/Bonzanigo, ZStrR 2022).

Ludwiczak Glassey Maria/Bonzanigo Francesca, Transmission spontanée: comment distinguer une information d'un moyen de preuve, Crimen vom 5. August 2021, https://www.crimen.ch/24, S. 1–2 (zit. Ludwiczak Glassey/Bonzanigo, transmission).

Ludwiczak Glassey Maria/Wahl Thomas, Chronique de droit pénal suisse dans le domaine international (2022), in: SZIER 2023, S. 431–461 (zit. Ludwiczak Glassey/Wahl, SZIER 2023).

Ludwiczak Glassey Maria/Wahl Thomas, Chronique de droit pénal suisse dans le domaine international (2021), in: SZIER 2022, S. 451–487 (zit. Ludwiczak Glassey/Wahl, SZIER 2022).

Mäder Stefan, Kommentierung zu Art. 8 IRSG, in: Niggli Marcel Alexander/Heimgartner Stefan (Hrsg.), Basler Kommentar, Internationales Strafrecht, Basel 2015 (zit. BSK-Mäder, Art. 8 IRSG N. ...).

Mettler Christoph/Schaffner Daniel, «Vorwärts – rückwärts – seitwärts – ran! Der Rechtsschutz im internationalen Rechtshilferecht in Strafsachen auf Abwegen?, in: Seitz Claudia/Straub Ralf Michael/Weyeneth Robert (Hrsg.), Rechtsschutz in Theorie und Praxis, Festschrift für Stephan Breitenmoser, Basel 2022, S. 819–827.

Micheli François Roger, L'entraide spontanée (art. 67*a* EIMP), Le contrôle de la transmission spontanée d'informations, in: AJP 2002, S. 156–164.

Moreillon Laurent, Kommentierung zu Art. 67*a* IRSG, in: Moreillon Laurent (Hrsg.), Commentaire Romand, Entraide internationale en matière pénale, Basel 2004 (zit. CR-Moreillon, Art. 67a IRSG N. ...).

Moreillon Laurent/Mazou Miriam/Ahmed Naël, La pratique judiciaire du Tribunal pénal fédéral en 2022, in: JdT 2023, S. 271–317.

Nicati, Françoise, Loi sur l'entraide pénale internationale, révision du 4 octobre 1996 (mise au point: septembre 1999), in: Schweizerische Juristische Kartothek, Karte 426.

Popp Peter, Grundzüge der internationalen Rechtshilfe in Strafsachen, Basel 2001.

Reich Markus, Internationale Rechtshilfe der Schweiz in Fiskalstrafsachen, in: Donatsch Andreas/Forster Marc/Schwarzenegger Christian (Hrsg.), Strafrecht, Strafprozessrecht und Menschenrechte, Festschrift für Stefan Trechsel zum 65. Geburtstag, Zürich 2002, S. 285–303.

Reich Markus/Bachmann Stefan, Internationale Amts- und Rechtshilfe in der Schweiz in Fiskalsachen, in: zsis) 2003, Aufsätze, Aufsatz Nr. 1.

Schaffner Daniel, Urteilsanmerkung BStGer RR.2015.240, RP.2015.47 vom 22.1.2016 und BStGer RR.2016.61 vom 10.8.2016: Beanstandete und

genehmigte Entraide Sauvage an Brasilien in Sachen Petrobras, in: AJP 2017, S. 108–114 (zit. Schaffner, AJP 2017).

Schaffner Daniel, Das Individuum im internationalen Rechtshilferecht in Strafsachen, Basel 2013 (zit. Schaffner, Individuum).

Schupp Pierre-Dominique, La révision de la loi fédérale sur l'entraide internationale en matière pénale (EIMP), in: ZStrR 1997, S. 180–195.

Stelzer-Wieckowska Marta, Die kleine Rechtshilfe in Strafsachen: grundrechtliche Stellung der betroffenen Person, Zürich/Basel/Genf 2022.

Schwob Renate, Ausbau der Amts- und Rechtshilfe in der Schweiz – Sauberer Finanzplatz auf Kosten Einschränkung rechtsstaatlicher Grundsätze, in: SJZ 2001, S. 169–176.

Unseld Lea, Vorbemerkungen zu Art. 85–93 IRSG, in: Niggli Marcel Alexander/Heimgartner Stefan (Hrsg.), Basler Kommentar, Internationales Strafrecht, Basel 2015 (zit. BSK-Unseld, Vorb. zu Art. 85–93 N. ...).

Unseld Lea, Internationale Rechtshilfe im Steuerrecht – Akzessorische Rechtshilfe, Auslieferung und Vollstreckungshilfe bei Fiskaldelikten, Zürich 2011 (zit. Unseld, Rechtshilfe).

Villard Katia/Bertossa Yves, La Suisse, l'OCDE et la corruption: Enjeux actuels au regard de révisions législatives récentes, in: SJ 2020 II, S. 155–185.

Von Wartburg Christian, Der Ordre-Public-Vorbehalt bei der internationalen Rechtshilfe in Strafsachen in der Schweiz, in: Vereinigung Österreichischer StrafverteidigerInnen/Vereinigung Liechtensteinischer Strafverteidiger/Forum Strafverteidigung/Initiative Bayerischer Strafverteidigerinnen und Strafverteidiger e.V./Vereinigung Baden-Württembergischer Strafverteidiger e.V. (Hrsg), Wenn der Staat Grenzen überschreitet, 11. Dreiländerforum Strafverteidigung, 16./17.9.2022 in Passau, Wien 2022, S. 121–131.

Walder Jacqueline, In dubio pro dynamische Rechtshilfe?, in: AJP 2024, S. 824–844.

Weyeneth Robert, Die Menschenrechte als Schranke der grenzüberschreitenden Zusammenarbeit der Schweiz, in: recht 2014, S. 114–125.

Wyss Rudolf, Die Revision der Gesetzgebung über die internationale Rechtshilfe in Strafsachen, in: SJZ 1997, S. 33–43.

Zimmermann Robert, La coopération judiciaire internationale en matière pénale, 5. Aufl., Bern 2019 (zit. Zimmermann, coopération).

Zimmermann Robert, Les rapports entre l'entraide judiciaire internationale et la procédure pénale nationale, in: SJ 2018 II, S. 1–24 (zit. Zimmermann, SJ 2018).

Zimmermann Robert, Communication d'informations et de renseignements pour les besoins de l'entraide judiciaire internationale en matière pénale: un paradigme perdu?, in: AJP 2007, S. 62–69 (zit. Zimmermann, AJP 2007).

MATERIALIENVERZEICHNIS

Botschaft betreffend die Änderung des Rechtshilfegesetzes und des Bundesgesetzes zum Staatsvertrag mit den USA über gegenseitige Rechtshilfe in Strafsachen sowie den Bundesbeschluss über einen Vorbehalt zum Europäischen Übereinkommen über die Rechtshilfe in Strafsachen vom 29.3.1995, BBl 1995 III 1–66, abrufbar unter https://www.fedlex.admin.ch/eli/fga/1995/3_1_1_1/de (zit. Botschaft IRSG 1995).

Die internationale Rechtshilfe in Strafsachen, Wegleitung, Bundesamt für Justiz, 9. Aufl. 2009, abrufbar unter https://www.rhf.admin.ch/rhf/de/home/strafrecht/wegleitungen.html (zit. Wegleitung Bundesamt für Justiz).

Internationale Rechtshilfe – Statistik 2023 (erstellt am 26.2.2024), Bundesamt für Justiz, abrufbar unter https://www.bj.admin.ch/bj/de/home/sicherheit/rechtshilfe/strafsachen.html (zit. IRH-Statistik 2023).

Rundschreiben Nr. 4 vom 20.3.2015: Weiterleitung von Anzeigen zum Zwecke der Strafverfolgung an das Ausland bei fehlender schweizerischer Strafhoheit, Bundesamt für Justiz, Direktionsbereich Internationale Rechtshilfe, abrufbar unter https://www.rhf.admin.ch/rhf/de/home/strafrecht/wegleitungen.html (zit. Rundschreiben Bundesamt für Justiz 2015).

Wortprotokoll der Sitzung des Nationalrats vom 20.12.1995, AB 1995 V.

Wortprotokoll der Sitzung des Ständerats vom 21.3.1996, AB 1996 I.

ACHTUNG: Diese Version des Kommentars ist eine automatische maschinelle Übersetzung des Originals. Die Originalversion ist französisch. Die Übersetzung wurde mit www.deepl.com durchgeführt. Nur die Originalversion ist autoritativ. Die übersetzte Form des Kommentars kann nicht zitiert werden.

KOMMENTIERUNG ZU

Art. 74 IRSG

Eine Kommentierung von Corinne Corminboeuf Harari

ZITIERVORSCHLAG

Corinne Corminboeuf Harari, Kommentierung zu Art. 74 IRSG, in: Lukas Staffler/Maria Ludwiczak Glassey (Hrsg.), Onlinekommentar zum Bundesgesetz über internationale Rechtshilfe in Strafsachen

Kurzzitat: OK-Corminboeuf Harari, Art. 74 IRSG N. XXX.

Art. 74 Herausgabe von Beweismitteln

[1] Gegenstände, Schriftstücke oder Vermögenswerte, die zu Beweiszwecken beschlagnahmt wurden, sowie Akten und Entscheide werden der zuständigen ausländischen Behörde auf deren Ersuchen nach Abschluss des Rechtshilfeverfahrens (Art. 80*d*) zur Verfügung gestellt.

[2] Macht ein Dritter, der gutgläubig Rechte erworben hat, eine Behörde oder der Geschädigte, der seinen gewöhnlichen Aufenthalt in der Schweiz hat, Rechte an den Gegenständen, Schriftstücken oder Vermögenswerten nach Absatz 1 geltend, so werden diese nur herausgegeben, wenn der ersuchende Staat deren kostenlose Rückgabe nach Abschluss seines Verfahrens zusichert.

[3] Die Herausgabe kann aufgeschoben werden, solange die Gegenstände, Schriftstücke oder Vermögenswerte für ein in der Schweiz hängiges Strafverfahren benötigt werden.

[4] Für die fiskalischen Pfandrechte gilt Artikel 60.

GLIEDERUNG

I. Entstehung der Norm 400
II. Inhalt: Allgemeines 401
III. Prüfung von Absatz zu Absatz 403
A. Abs. 1 - Zurückhalten von Beweismitteln bis zum Abschluss des Verfahrens. 403
B. Absatz 2 - Rechte Dritter 405
C. Abs. 3 - Erfordernisse eines in der Schweiz anhängigen Strafverfahrens 407
D. Abs. 4 - Pfandrechte zugunsten des Fiskus 408
Literaturverzeichnis 409

I. ENTSTEHUNG DER NORM

1 Art. 74 IRSG, dessen Randbemerkung sich ursprünglich auf die "Herausgabe von Gegenständen" im Ausland bezog, trat mit dem Rechtshilfegesetz am 31. Dezember 1982 in Kraft.

2 Die Annahme dieser Norm stellte damals eine bedeutende Weiterentwicklung des Schweizer Rechts dar, denn im Gegensatz zur Auslieferung, für die es seit Ende des 19. Jahrhunderts ein Gesetz gab, existierte damals in der Schweiz keine innerstaatliche Rechtsnorm, die die Übergabe von in der Schweiz beschlagnahmten Gegenständen an einen ausländischen Staat außerhalb eines Auslieferungsverfahrens vorsah. Vor der Annahme des IRSG war eine solche Herausgabe Staaten vorbehalten, mit denen die Schweiz durch ein internationales Abkommen verbunden war, das die beweiskräftige Herausgabe vorsah. Der Inhalt dieser Abkommen war oft kurz gefasst, was die Bedingungen rund um die Übergabe betraf. Das Europäische Übereinkommen über die Rechtshilfe in Strafsachen vom 20. April 1959, das am 20. März 1967 in der Schweiz in Kraft trat, stellte einen ersten Schritt dar, der es ermöglichte, die durch internationale Gepflogenheiten in diesem Bereich verankerten Regeln in gewissem Umfang zu kodifizieren.

3 Anfänglich galt Art. 74 IRSG für die Übergabe von "Gegenständen" an den ausländischen Staat, die "für die in einer Strafsache zu treffende Entscheidung von Interesse" sind. Diese Norm bezog sich in Absatz 2 ausdrücklich auch auf die Rückgabe von "anderen" Gegenständen oder Werten an "Berechtigte". Obwohl der Gesetzestext in diesem Punkt nicht eindeutig war, hielt das Bundesgericht fest, dass diese Norm nicht nur die Herausgabe von Beweismitteln (beweisrechtliche Herausgabe), sondern unter bestimmten Umständen auch die Herausgabe des Erlöses aus der Straftat an den ausländischen Staat zum Zwecke der Einziehung oder Rückgabe (einziehende Herausgabe) zulässt.

4 Der Wortlaut von Art. 74 IRSG wurde im Rahmen der Reform des IRSG vom 4. Oktober 1996, die am 1. Februar 1997 in Kraft trat, geändert.

5 Im Zusammenhang mit dieser Revision wurden der beweisrechtliche und der konfiskatorische Erlass vom Gesetzgeber klar unterschieden. Der Gegenstand des geltenden Art. 74 IRSG wurde somit auf die Herausgabe von "Beweismitteln" beschränkt und sein Inhalt präzisiert. Parallel dazu wurde der

Inhalt von Art. 34a IRSG, der sich auf die Herausgabe von Gegenständen oder Vermögenswerten im Rahmen einer Auslieferung bezieht, nach einer Reihe von Änderungen in Art. 59 IRSG überführt. Schließlich wurde ein neuer Artikel 74a IRSG angenommen, der speziell die konfiskatorische Übergabe regeln soll.

II. INHALT: ALLGEMEINES

Art. 74 IRSG regelt nunmehr nur noch die Frage der Herausgabe von in der Schweiz beschlagnahmten Beweismitteln an den ausländischen Staat und ist parallel zu lesen: 6

- zu Art. 59 IRSG, der sich speziell mit der Herausgabe von Gegenständen oder Vermögenswerten befasst, die im Besitz der auszuliefernden Person gefunden wurden (unabhängig davon, ob es sich um Beweismittel oder Erträge aus Straftaten handelt),
- in Art. 74a IRSG, der sich mit der Übergabe von Gegenständen oder Vermögenswerten zum Zweck der Einziehung oder Rückgabe befasst.
- Art. 90 IRSG, der die Herausgabe der "Beweisstücke" zusammen mit den Akten des Strafverfahrens vorsieht, wenn die Strafverfolgung an das Ausland delegiert wird.
- Die Beschlagnahme bzw. Herausgabe von Werten als Ersatzforderung ist nur unter den restriktiven Bedingungen von Art. 94 ff. IRSG möglich (Exequatur einer endgültigen und vollstreckbaren Entscheidung eines ausländischen Staates).

Die beweiskräftige Übergabe ist im Übrigen in mehreren internationalen Instrumenten vorgesehen, wie z.B. in Art. 6 EUeR (SR 0.351.12), Art. 35 RVUS (SR 0.351.933.6), Art. 10 RVUSArgentinien (SR 0.351.915.4) oder Art. 9 Abs. 1 RVUSMexiko (SR 0.351.956.3). Die Tragweite dieser Bestimmungen, die durch Art. 1 Abs. 1 IRSG vorbehalten sind, geht jedoch nicht über die Tragweite von Art. 74 IRSG hinaus. 7

Der Begriff der "Beweismittel" in Art. 74 IRSG bleibt weit gefasst. Nach dem Wortlaut des Gesetzes selbst kann es sich um jeden Gegenstand handeln, d.h. insbesondere um jedes Dokument oder jeden Wert, der "zu Beweiszwecken beschlagnahmt" wird. Es kann sich um Wertpapiere, Bankdokumente, Kunstgegenstände usw. handeln. Es kann sich auch um Medien handeln, die 8

Audio- oder Videoaufzeichnungen oder Computerdaten enthalten. Je nach Art und Inhalt kann die Übergabe von Gegenständen im Ausland daher nicht nur eine Verletzung des Eigentumsrechts (zumindest in der vorübergehenden Form einer Besitzstörung), sondern auch eine Verletzung des Privatlebens oder des Geschäftsgeheimnisses darstellen (Übergabe von Computerdaten, Audio- und Videoaufzeichnungen oder Dokumenten, die zum Geheimbereich gehören). Art. 74 IRSG bezieht sich auch auf alle Akten oder Entscheidungen einer schweizerischen Verwaltung oder eines schweizerischen Gerichts. Ausgeschlossen ist jedoch die Herausgabe von gerichtlichen Entscheidungen, die im Rechtshilfeverfahren selbst ergangen sind, sowie von Schriften und Schriftstücken, die von den Parteien in diesem Zusammenhang vorgelegt wurden.

9 Die zu übergebenden Gegenstände, Werte oder Dokumente müssen in einem ursächlichen Zusammenhang mit den Taten stehen, die in dem im ersuchenden Staat laufenden Strafverfahren verfolgt werden. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts sind jedoch keine strengen Anforderungen an die Eignung des fraglichen Gegenstands als Beweismittel zu stellen, da die endgültige Beurteilung dem ausländischen Richter am Hauptverfahren obliegt. Insbesondere sind die Anforderungen an die beweiskräftige Herausgabe weniger streng als bei der Herausgabe von Gegenständen oder Vermögenswerten zur Einziehung oder Rückgabe im Sinne von Art. 74a IRSG. Es reicht also aus, dass der fragliche Gegenstand prima facie geeignet erscheint, als Beweismittel zu dienen. Eine wie auch immer geartete Verbindung zwischen der im Ausland verfolgten Tat und dem fraglichen Gegenstand ist ausreichend.

10 Der Grundsatz der Verhältnismässigkeit, der sich aus Art. 5 Abs. 2 BV und Art 63 Abs. 1 IRSG ergibt, ist dennoch anwendbar. Je nach den Bedürfnissen des ausländischen Strafverfahrens kann dem ersuchenden Staat eine einfache Kopie der beschlagnahmten Dokumente oder Datenträger ausgehändigt werden. Die Herausgabe ist unnötig, wenn die zu beweisende Tatsache allgemein bekannt oder bereits durch ausreichende Beweise belegt ist. Die Vollstreckungsbehörde beschränkt ihre Prüfung jedoch auf den "potenziellen Nutzen" der übergebenen Unterlagen . Nach der Rechtsprechung darf der ersuchte Staat somit nicht seine eigene Beurteilung an die Stelle der Beurteilung des ausländischen Richters setzen, da er in der Regel nicht über

die Elemente verfügt, die es ihm ermöglichen würden, sich über die Zweckmäßigkeit der Erhebung der fraglichen Beweise zu äußern.

Vor der Übergabe muss ein Beschlagnahmebeschluss ergehen - oder sogar eine dringende vorläufige Beschlagnahme im Sinne von Art. 18 IRSG -, der die Beschlagnahme der für die Wahrheitsfindung als nützlich erachteten Gegenstände ermöglicht. Im Bereich der Rechtshilfe beinhaltet ein Übergabegesuch implizit das Ersuchen um ihre vorherige Beschlagnahme. Umgekehrt gilt dies jedoch nicht: Das Ersuchen um Beschlagnahme ist nicht gleichbedeutend mit einem Herausgabeersuchen, und gegebenenfalls ist ein neues Rechtshilfeersuchen erforderlich, wenn das erste nur auf die Durchführung von Sicherungsmaßnahmen abzielte. Für die Durchsuchung und eventuelle Versiegelung von Dokumenten oder Gegenständen, deren Inhalt dem Geheimbereich unterliegt, gelten die Grundsätze der StPO. 11

In der Praxis hält das Bundesamt für Justiz fest, dass die Herausgabe zu Beweiszwecken kaum Probleme bereitet, solange die übertragenen Güter mengen- oder wertmässig unbedeutend bleiben. Art. 33 IRSV sieht besondere Modalitäten für Gegenstände von hohem Wert vor, d. h. insbesondere die Ergreifung besonderer Schutzmaßnahmen und die Verpflichtung, sie gegen Beschädigung oder Verlust während des Transports zu versichern. 12

III. PRÜFUNG VON ABSATZ ZU ABSATZ

A. Abs. 1 - Zurückhalten von Beweismitteln bis zum Abschluss des Verfahrens.

Der Text von Art. 74 Abs. 1 IRSG sieht eine Herausgabe "auf Ersuchen der zuständigen ausländischen Behörde" vor, die erst "nach Abschluss des Rechtshilfeverfahrens" erfolgt. Die Herausgabe von Beweismitteln erfolgt in Form einer Schlussverfügung im Sinne von Art. 80d IRSG, auf die Art. 74 Abs. 1 IRSG ausdrücklich verweist. Solange die Schlussverfügung nicht endgültig und vollstreckbar ist, werden die dem Geheimbereich zugehörigen Dokumente sowie die Gegenstände oder Werte in der Schweiz zurückgehalten. Im Gegensatz zu dem, was bei der internationalen Amtshilfe in Verwaltungssachen möglich ist, verankert diese Bestimmung somit den Grundsatz der "Zurückbehaltung" von Beweismitteln in der Schweiz bis zur Rechtskraft der Schlussverfügung. Durch diese Vorgehensweise wird 13

sichergestellt, dass die Berechtigten vorab über die geplante Beschlagnahme und Herausgabe informiert wurden und gegebenenfalls ihr Recht auf Anhörung vor der Vollstreckung vor den zuständigen Gerichten geltend machen konnten. Dieser Grundsatz gilt als grundlegend für die internationale Rechtshilfe in Strafsachen.

14 Der Grundsatz der Zurückbehaltung von Beweismitteln ist jedoch im IRSG nicht unantastbar. In den letzten Jahren hat der Gesetzgeber bereits zwei Ausnahmen von diesem Grundsatz geschaffen, und zwar in den Artikeln 18b und 80dbis IRSG. Diese Bestimmungen erlauben somit unter bestimmten restriktiven Bedingungen eine "vorzeitige" und manchmal sogar "spontane" Übermittlung bestimmter Beweismittel ins Ausland, bevor die betroffene Person in der Lage war, ihr Recht auf Anhörung geltend zu machen. Das Gesetz verbindet diese Ausnahmen mit Sicherheitsvorkehrungen und insbesondere mit einem vorübergehenden Verbot (bis zu einer gerichtlichen Entscheidung über die Abschlussentscheidung) für den ersuchenden Staat, die so erhaltenen Elemente als "Beweismittel" zu verwenden. Somit ist in der Zwischenzeit nur eine Verwendung zu "Ermittlungszwecken" möglich, bis in der Schweiz nach der Schlussverfügung über das Recht entschieden wird.

15 Art. 67a Abs. 5 IRSG ermöglicht seinerseits die spontane Übermittlung an den ausländischen Staat nicht von Beweismitteln im engeren Sinne, sondern von "Informationen", die dem Geheimbereich angehören, mit dem Ziel, die Stellung eines Rechtshilfeersuchens eines ausländischen Staates an die Schweiz zu ermöglichen. Nach der Rechtsprechung wird die Unterscheidung zwischen "Informationen" und "Beweismitteln" von Fall zu Fall beurteilt; die Schweizer Behörde, die eine "einfache Information" übermitteln möchte, muss sich insbesondere bemühen, "keine Daten oder amtlichen Dokumente zu übermitteln, die aufgrund ihrer Art, eines sehr detaillierten Informationsgehalts oder ihres amtlichen Charakters unmittelbar zu Beweiszwecken im Rahmen des ausländischen Verfahrens dienen könnten".

16 Auch andere Verfahrenshandlungen können zu einer vorzeitigen Übermittlung von Informationen an den ersuchenden Staat führen, wie z.B. die Erlaubnis für ausländische Ermittler, bei der Erledigung des Ersuchens anwesend zu sein (Art. 65a IRSG), die Einvernahme per Videokonferenz oder Telefonkonferenz, Ermittlungsmittel, die die Beteiligung ausländischer Ermittler in der Schweiz beinhalten (grenzüberschreitende Observation, kontrollierte Lieferung, verdeckte Ermittlung und gemeinsame

Ermittlungsgruppen) oder die Akteneinsicht, die einer Partei gewährt wird. Diese verschiedenen Handlungen sind nach Schweizer Recht unter bestimmten, von der Rechtsprechung entwickelten Vorsichtsmaßnahmen zulässig.

Schliesslich sanktioniert die Rechtsprechung die Missachtung des Zurückbehaltungsgrundsatzes nicht absolut und hält insbesondere fest, dass eine verbotene Übermittlung von Informationen oder Beweismitteln vor der Rechtskraft der Schlussverfügung "repariert" werden kann, wenn sich, nachdem die betroffenen Parteien ihre Einwände geltend machen konnten, herausstellt, dass die Voraussetzungen für die Rechtshilfe erfüllt waren und die strittigen Dokumente auf jeden Fall in die Hände der ausländischen Behörde gelangen mussten. Verweigern die zuständigen Gerichte hingegen letztlich die Rechtshilfe, muss die ausländische Behörde von den schweizerischen Behörden aufgefordert werden, die Unterlagen, die Gegenstand der schweizerischen Übermittlung sind, unverzüglich aus ihrer Akte zu entfernen und zu vernichten. 17

B. Absatz 2 - Rechte Dritter

Absatz 2 von Art. 74 IRSG behandelt die Rechte Dritter an den Gegenständen, d.h. des gutgläubigen Erwerbers, einer Behörde oder des Geschädigten, der seinen gewöhnlichen Aufenthalt in der Schweiz hat, und kodifiziert die Rechtsprechung, die unter der alten Fassung von Art. 74 IRSG entwickelt wurde. Weder die Person, gegen die sich das ausländische Verfahren richtet, noch Personen, die durch Kenntnis der im Ausland untersuchten Tatsachen Rechte an den Gegenständen erworben haben, sind daher durch diese Norm geschützt, da sie das Erfordernis des guten Glaubens nicht erfüllen. Was den gutgläubigen Erwerber betrifft, so verlangt Art. 74 Abs. 2 IRSG im Gegensatz zu Art. 74a Abs. 4 lit. c IRSG nicht, dass seine Rechte in der Schweiz erworben wurden oder dass er in der Schweiz wohnt. Nach Ansicht einiger Autoren handelt es sich hierbei um eine unbeabsichtigte Lücke, die geschlossen werden sollte, indem eine ähnliche Beziehung des Dritten zur Schweiz wie in Art. 74a Abs. 4 Buchst. c IRSG gefordert wird. Diese Frage wurde von der Rechtsprechung nicht entschieden. 18

Das Recht des ersuchenden Staates auf eine beweiskräftige Herausgabe hat grundsätzlich Vorrang vor den Rechten Dritter an den Gegenständen. Der Gesetzgeber ging nämlich davon aus, dass ihr Eigentumsrecht grundsätzlich 19

nicht wirklich gefährdet ist, da die Beweismittel einem ausländischen Verfahren lediglich zur Verfügung gestellt werden und anschließend, nach Abschluss des ausländischen Verfahrens, zurückgegeben werden müssen. Es handelt sich also nur um einen vorübergehenden Verlust des Besitzes. Vorbehalten bleibt die Frage einer konfiskatorischen Herausgabe am Ende des Verfahrens, wenn der ersuchende Staat einen entsprechenden Antrag stellt. In diesem Fall muss die schweizerische Vollstreckungsbehörde die Bedingungen von Art. 74a IRSG prüfen, da diese andere Schutzmechanismen vorsehen, um die Rechte Dritter zu gewährleisten. Vorbehalten bleibt auch der Fall, dass die Beweismittel Gegenstände darstellen, die die Sicherheit, die Moral oder die öffentliche Ordnung im Sinne von Art. 69 Abs. 1 in fine StGB gefährden; in diesem Fall müsste ungeachtet der Ansprüche Dritter auf die Rückgabe der zu Beweiszwecken übergebenen Gegenstände verzichtet werden können, da solche Gegenstände in jedem Fall eingezogen werden könnten.

20 Für den ersuchenden Staat ergibt sich die oben genannte Rückgabepflicht entweder aus einer allgemeinen Vereinbarung, die ihn mit dem ersuchten Staat verbindet (eine Pflicht, auf die der ersuchte Staat in einem bestimmten Fall verzichten kann), oder aus einem spezifischen Vorbehalt, der im Rahmen der Übergabe des streitigen Gegenstandes gemacht wurde. Da es keine Rechtsgrundlage gibt, die die Rückgabe im Rahmen eines internationalen Abkommens zwischen dem ersuchten und dem ersuchenden Staat vorsieht, und da zum Zeitpunkt der Übergabe kein entsprechender Vorbehalt gemacht wurde, bleibt der ersuchende Staat frei, über die Gegenstände nach seinem eigenen Recht zu verfügen.

21 Um die Rückgabe der Gegenstände durch den ersuchenden Staat und damit die Wahrung der Rechte Dritter zu gewährleisten, sieht Art. 74 Abs. 2 IRSG die Möglichkeit vor, vom ersuchenden Staat eine Garantie zu verlangen, dass er die übergebenen Gegenstände nach Abschluss seines Verfahrens kostenlos zurückgeben wird. Es handelt sich dabei um eine annahmepflichtige Bedingung im Sinne von Art. 80p IRSG. Um ihren Zweck zu erfüllen, muss die Einholung der erforderlichen Garantie der Beweisaushändigung vorausgehen. Nach der Rechtsprechung gelten diese Grundsätze sinngemäss auch im Rahmen der Delegation der Strafverfolgung. Hält sich der ersuchende Staat nicht an die von ihm übernommene Garantie, so macht er sich international verantwortlich. Dennoch stellt die Verpflichtung des Staates, die Güter nach

Abschluss seines Verfahrens zurückzugeben, nicht immer einen ausreichenden Schutz der Rechte Dritter dar, insbesondere wenn es sich um Kulturgüter handelt, für die der ersuchende Staat möglicherweise Immunitäten genießt. Der ersuchte Staat muss grundsätzlich davon ausgehen, dass der ersuchende Staat im Einklang mit seinen Verpflichtungen und nach dem Grundsatz von Treu und Glauben mit gewissen Einschränkungen handeln wird. In einem Fall, der die probeweise Übergabe von drei archäologischen Objekten an Libyen betraf, war das BStGer angesichts der erheblichen Verschlechterung der politischen Lage in diesem Staat der Ansicht, dass es nicht möglich sei, ausreichende Garantien für die Rückgabe der Objekte zu erhalten. Das Bundesstrafgericht genehmigte dennoch die Herausgabe der Dokumentation über die strittigen Stücke, schlug jedoch vor, dass die Gegenstände von libyschen Experten auf Schweizer Boden begutachtet werden sollten, und behielt sich eine mögliche konfiskatorische Herausgabe im Sinne von Art. 74a IRSG für ein späteres Verfahrensstadium vor.

Anzumerken ist, dass mögliche Beeinträchtigungen anderer Interessen Dritter (wie z.B. der Privatsphäre oder des Geschäftsgeheimnisses), die sich aus der Kenntnisnahme des Inhalts von Dokumenten oder Inhaltsträgern ergeben, nicht durch das IRSG geschützt sind, insbesondere seit der Streichung von Art. 10 a IRSG im Rahmen der Revision des IRSG, die am 1. Januar 1997 in Kraft trat. Die praktische Bedeutung dieser Norm vor ihrer Abschaffung war im Übrigen sehr begrenzt. 22

C. Abs. 3 - Erfordernisse eines in der Schweiz anhängigen Strafverfahrens

Nach Abs. 3 von Art. 74 IRSG kann die beweiskräftige Herausgabe von in der Schweiz beschlagnahmten Gegenständen an das Ausland aufgeschoben werden, wenn die Gegenstände, Dokumente oder Vermögenswerte für ein in der Schweiz anhängiges Strafverfahren benötigt werden. Dies kann insbesondere dann in Betracht kommen, wenn das schweizerische Strafverfahren bereits weit fortgeschritten ist oder wenn der wesentliche Teil der Straftat in der Schweiz stattgefunden hat. In diesem Zusammenhang muss der Richter die jeweiligen Erfordernisse seiner eigenen und der im Ausland durchgeführten Ermittlungen sowie die Art der strittigen Gegenstände berücksichtigen und eine Interessenabwägung vornehmen. Das Bundesgericht 23

hat beispielsweise in einem Fall, in dem es um archäologische Objekte von quantitativer und kultureller Bedeutung ging, festgestellt, dass es angesichts der mit dem Transport der Fundstücke verbundenen Risiken gerechtfertigt sein kann, auf die Übergabe zu verzichten und stattdessen den ausländischen Ermittlern zu erlauben, sich nach Genf zu begeben, um dort die Untersuchung vorzunehmen. Eine solche Vorgehensweise ist jedoch nicht immer möglich, insbesondere bei einer großen Anzahl von zu begutachtenden Gegenständen, da sie für den ausländischen Staat zu kostspielig ist.

24 Wenn die Verbindungen zwischen dem strittigen Sachverhalt und der Schweiz schwach sind, die mutmasslichen Täter nicht in der Schweiz wohnhaft sind und nicht ausgeliefert werden können und die Schweiz nur aufgrund des Standortes der strittigen Gegenstände auf ihrem Gebiet involviert ist, kann es angebracht sein, dass die schweizerische Behörde den Fortschritt der ausländischen Untersuchung fördert, indem sie die Herausgabe der beschlagnahmten Gegenstände gewährt, oder sogar die Strafverfolgung im Sinne von Art. 88 ff IRSG an das Ausland delegiert. Im Falle einer Delegation des Verfahrens an das Ausland sieht Art. 90 IRSG die Herausgabe der Beweisstücke zusammen mit den Akten des Strafverfahrens vor. Diese Herausgabe ist die logische Folge der Abtretung infolge der Delegation: Der ersuchende Staat muss dem ersuchten Staat alles übergeben, was für die Verfolgung der delegierten Straftaten nützlich sein kann, damit dieser seine Aufgabe erfüllen kann. Der Begriff "Beweisstücke" im Sinne von Art. 90 IRSG entspricht dem Begriff "Beweismittel" im Sinne von Art. 74 und 59 IRSG. Die schweizerische Behörde darf die Delegation der Strafverfolgung nicht mit dem Ziel vornehmen, eine Übermittlung von Gegenständen zu ermöglichen, die unter den Voraussetzungen der Art. 74 und 74a IRSG nicht zulässig wäre. Schliesslich sind die für den Schutz der Rechte Dritter erforderlichen Regeln (siehe oben Abs. 2) im Falle der Herausgabe von Gegenständen im Sinne von Art. 90 IRSG analog anwendbar.

D. Abs. 4 - Pfandrechte zugunsten des Fiskus

25 Art. 74 Abs. 4 IRSG verweist auf Art. 60 IRSG, der die Pfandrechte zugunsten des Fiskus im Bereich der Auslieferung regelt. Gemäss der letztgenannten Bestimmung kann, wenn die Gegenstände oder Vermögenswerte ohne Vorbehalt der Rückgabe übergeben werden, das Zollpfandrecht oder jede andere durch das schweizerische Zoll- oder Steuerrecht geschaffene

dingliche Sicherheit nicht geltend gemacht werden, es sei denn, der durch die Straftat geschädigte Eigentümer schulde sie selbst. Der Verzicht auf ein solches Pfandrecht kann von Gegenseitigkeit abhängig gemacht werden. In diesem Zusammenhang ist auch Art. 23 IRSGV zu beachten, der festlegt, unter welchen Umständen Pfandrechte zugunsten des Fiskus geltend gemacht werden können, und gleichzeitig (Abs. 2) die Oberzolldirektion als zuständige Behörde für den Verzicht auf Pfandrechte im Sinne von Art. 60 IRSG bezeichnet.

Das BJ weist darauf hin, dass diese Problematik in der Praxis kaum von Bedeutung ist. 26

LITERATURVERZEICHNIS

Aepli Michael, Kommentierung zu Art. 74 IRSG, in: Niggli Marcel Alexander/Heimgartner Stefan (Hrsg.), Basler Kommentar, Internationales Strafrecht, IRSG, GwÜ, Basel 2015.

Boilat Marie, 2012, La coopération judiciaire internationale en matière pénale / Chapitre IV : Les moyens de coopération judiciaire internationale en matière pénale prévus par l'EIMP, in Trafic illicite de biens culturels et coopération judiciaire internationale en matière pénale, 2012 EDA - Etudes en droit de l'art, pp. 189 et ss.

Bomio Giorgio, L'entraide judiciaire internationale dans le domaine des biens culturels, EDA 2011, pp. 23 et ss.

Donatsch Andreas/Heimgartner Stefan/Meyer Frank/Simonek Madeleine, Internationale Rechtshilfe, unter Einbezug der Amtshilfe im Steuerrecht, 2. Aufl., Zürich 2015.

Gless Sabine, Internationales Strafrecht, Grundriss für Studium und Praxis, 3. Aufl., Basel 2021.

Harari Maurice, Remise internationale d'objets et valeurs : réflexions à l'occasion de la modification de l'EIMP, Etudes en l'honneur de Dominique Poncet, Georg, Genève 1997, pp. 167 et ss.

Harari Maurice, Corminboeuf Harari, Entraide internationale en matière pénale et transmission anticipée à l'Etat requérant, in : Mélanges en l'honneur de Claude Rouiller, Helbing Lichtenhahn, Bâle 2016, pp. 77 et ss.

Lubishtani Kastriot, Monod Hadrien, Gauderon Ryan, De l'exception à la règle avec l'art. 80dbis EIMP, in Revue de l'avocat 2021, p. 27 et ss.

Lugentz Frédéric, Rayroud Jacques et Turk Michel, L'entraide pénale internationale en Suisse, en Belgique et au Grand-Duché de Luxembourg, Editions Larcier, Bruxelles 2014.

Ludwiczak Glassey Maria, Entraide judiciaire internationale en matière pénale, Précis de droit suisse, Basel 2018.

Moreillon Laurent (Hrsg.), Entraide internationale en matière pénale, EIMP - TEJUS - LTEJUS - TEXUS, Commentaire romand, Basel 2004.

Office fédéral de la Justice, L'entraide judiciaire internationale en matière pénale, Directives, 9ème édition, 2009 (https://www.rhf.admin.ch/rhf/fr/home/strafrecht/wegleitungen.html).

Pavlidis Georgios, L'entraide judiciaire à des fins de confiscation en droit suisse, in Confiscation internationale: instruments internationaux, droit de l'Union européenne, droit suisse, Genève 2012, pp. 262 et ss.

Stelzer-Wieckowska Marta, Die kleine Rechtshilfe in Strafsachen: grundrechtliche Stellung der betroffenen Person, in ZStStr 2022, pp 157 à 184.

Zimmermann Robert, La coopération judiciaire internationale en matière pénale, 5. Aufl., Bern 2019.

ACHTUNG: Diese Version des Kommentars ist eine automatische maschinelle Übersetzung des Originals. Die Originalversion ist französisch. Die Übersetzung wurde mit www.deepl.com durchgeführt. Nur die Originalversion ist autoritativ. Die übersetzte Form des Kommentars kann nicht zitiert werden.

KOMMENTIERUNG ZU

Art. 74a IRSG

Eine Kommentierung von Sandrine Giroud / Louise Aellen

ZITIERVORSCHLAG

Sandrine Giroud/Louise Aellen, Kommentierung zu Art. 74a IRSG, in: Maria Ludwiczak Glassey/Lukas Staffler (Hrsg.), Onlinekommentar zum Bundesgesetz über internationale Rechtshilfe in Strafsachen

Kurzzitat: OK-Giroud/Aellen, Art. 74a IRSG N. XXX.

Art. 74*a* Herausgabe zur Einziehung oder Rückerstattung

[1] Gegenstände oder Vermögenswerte, die zu Sicherungszwecken beschlagnahmt wurden, können der zuständigen ausländischen Behörde auf Ersuchen am Ende des Rechtshilfeverfahrens (Art. 80 *d*) zur Einziehung oder Rückerstattung an den Berechtigten herausgegeben werden.

[2] Gegenstände oder Vermögenswerte nach Absatz 1 umfassen:

a. Gegenstände, mit denen eine strafbare Handlung begangen wurde;

b. das Erzeugnis oder den Erlös aus einer strafbaren Handlung, deren Ersatzwert und einen unrechtmässigen Vorteil;

c. Geschenke und andere Zuwendungen, die dazu gedient haben oder bestimmt waren, die strafbare Handlung zu veranlassen oder zu belohnen, sowie deren Ersatzwert.

[3] Die Herausgabe kann in jedem Stadium des ausländischen Verfahrens erfolgen, in der Regel gestützt auf einen rechtskräftigen und vollstreckbaren Entscheid des ersuchenden Staates.

[4] Gegenstände oder Vermögenswerte können indessen in der Schweiz zurückbehalten werden, wenn:

a. der Geschädigte seinen gewöhnlichen Aufenthalt in der Schweiz hat und sie ihm zurückzugeben sind;

b. eine Behörde Rechte daran geltend macht;

c. eine an der strafbaren Handlung nicht beteiligte Person, deren Ansprüche durch den ersuchenden Staat nicht sichergestellt sind, glaubhaft macht, sie habe an diesen Gegenständen oder Vermögenswerten in der Schweiz oder, sofern sie ihren gewöhnlichen Aufenthalt in der Schweiz hat, im Ausland gutgläubig Rechte erworben; oder

d. die Gegenstände oder Vermögenswerte für ein in der Schweiz hängiges Strafverfahren benötigt werden oder für die Einziehung in der Schweiz geeignet sind.

[5] Macht ein Berechtigter an den Gegenständen oder Vermögenswerten Ansprüche nach Absatz 4 geltend, so wird deren Freigabe an den ersuchenden Staat bis zur Klärung der Rechtslage aufgeschoben. Die streitigen Gegenstände oder Vermögenswerte dürfen dem Berechtigten nur herausgegeben werden, wenn:

a. der ersuchende Staat zustimmt;

b. im Falle von Absatz 4 Buchstabe b die Behörde zustimmt; oder

c. die Berechtigung des Anspruchs von einer schweizerischen Gerichtsbehörde anerkannt wurde.

[6] Für die fiskalischen Pfandrechte gilt Artikel 60.

[7] Nicht nach Absatz 1 ausgehändigt werden Gegenstände und Vermögenswerte, die der Schweiz auf Grund einer Teilungsvereinbarung gestützt auf das Bundesgesetz vom 19. März 2004 über die Teilung eingezogener Vermögenswerte zustehen.

GLIEDERUNG

I. Entstehung 415
II. Allgemeines 416
A. Verfahren 416
B. Ermessensspielraum der Vollstreckungsbehörden 417
C. Wechselwirkung mit internationalen Abkommen 419
III. Abgrenzungen 422
A. Abgrenzung zu Art. 59 IRSG 422
B. Abgrenzung zu Art. 70 ff. StGB 422
C. Abgrenzung zu Art. 94 ff IRSG 423
D. Abgrenzung zum LVP 423
IV. Abs. 1 - Erlass 424
V. Abs. 2 - Gegenstände und Werte. 427
VI. Abs. 3 - Zeitpunkt der Herausgabe 431
VII. Abs. 4 - Gründe für die Verweigerung der Herausgabe 434
A. Ansprüche des Geschädigten (lit. a) 435
B. Ansprüche einer Behörde (lit. b) 435
C. Rechte gutgläubiger Dritter (lit. c) 435
D. Erfordernis eines Verfahrens oder Einziehung in der Schweiz (lit. d) 437
VIII. Abs. 5 - Aussetzung der Übergabe 438
IX. Abs. 6 - Steuerpfandrechte 440
X. Abs. 7 - Aufteilung der eingezogenen Werte 440
XI. Rechtsbehelfe 441
Literaturverzeichnis 442

I. ENTSTEHUNG

Das IRSG wurde am 20. März 1981 verabschiedet und am 4. Oktober 1996 geändert. Die Ziele dieser Änderung waren zum einen die wirksame Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität und zum anderen die Behebung der Schwächen des zuvor bestehenden Rechtssystems durch Vereinfachung und Beschleunigung des Verfahrens zur Ausführung von Rechtshilfeersuchen. Die Fälle Pemex und Marcos haben einige Schwächen des Gesetzes aufgezeigt, wie z. B. die Dauer des Vollstreckungsverfahrens. Diese erwies sich als übermäßig lang, sowohl wegen der zahlreichen Rechtsmittel als auch wegen der großen Unterschiede im Ablauf von einem Kanton zum anderen. 1

Diese Revision führte insbesondere zur Änderung von Art. 74 IRSG und zur Hinzufügung des neuen Art. *74a* IRSG, der zuvor mit Art. 74 a IRSG kombiniert war. Sie ermöglicht die Unterscheidung zwischen der Herausgabe von Beweismitteln an den ersuchenden Staat, die jetzt in Art. 74 IRSG geregelt ist, und der Herausgabe von Gegenständen oder Vermögenswerten zum Zweck ihrer Einziehung oder Rückgabe an den Berechtigten im ersuchenden Staat, die jetzt in Art. 74a IRSG geregelt ist. 2

Mit Art. *74a* IRSG wurde auch das Verfahren geklärt, das bei der Herausgabe von in der Schweiz beschlagnahmten Gegenständen und Vermögenswerten zu befolgen ist, und die komplexe Rechtsprechung ersetzt, die zuvor die Unterwerfung der ausländischen Einziehungs- oder Rückgabeentscheidung unter ein Exequaturverfahren verlangte. Mit dieser neuen Bestimmung reicht lediglich eine summarische Prüfung der ausländischen Entscheidung aus, die auf der Feststellung beruht, dass die grundlegenden Verfahrensrechte eingehalten werden. 3

In der parlamentarischen Debatte nahm der Nationalrat den vorgeschlagenen Art. *74a* ohne Diskussion an. Der Ständerat nahm den Vorschlag an, in Abs. Er verzichtete jedoch darauf, diese Bestimmung dahingehend zu ändern, dass die Herausgabe der Erträge aus Straftaten in allen Fällen von einem rechtskräftigen und vollstreckbaren Urteil im ersuchenden Staat abhängig gemacht wird. Der Nationalrat schloss sich dieser Lösung an. 4

II. ALLGEMEINES

A. Verfahren

5 Bei der Revision des IRSG im Jahr 1996 wurde zwischen der Beweisbeschlagnahme, die sich nur auf Beweismittel bezieht, und der **Sicherungsbeschlagnahme**, die sich auf Gegenstände oder Werte zum Zweck der Einziehung bezieht, unterschieden. Die Sicherungsbeschlagnahme kann nur auf die Rückgabe der Gegenstände oder Werte an den Berechtigten oder Geschädigten (der der ersuchende Staat sein kann) oder auf ihre Einziehung oder Vernichtung abzielen. Bei der Rückgabe hat die Herausgabe zur Folge, dass die frühere Situation des Berechtigten wiederhergestellt wird. Art. 74a IRSG ermöglicht somit auf Ersuchen des ersuchenden Staates die Herausgabe von in der Schweiz beschlagnahmten Vermögenswerten zur Einziehung oder Rückgabe an den Berechtigten im ersuchenden Staat.

6 Die Herausgabe zum Zweck der Rückgabe kann nun grundsätzlich in **allen Phasen des ausländischen Verfahrens** erfolgen, sofern der ersuchende Staat eine endgültige und vollstreckbare Entscheidung trifft (Art. *74a* Abs. 3 IRSG). Der Grundsatz des Vertrauens zwischen den Staaten führt zu der Annahme, dass in der Regel nichts gegen die Herausgabe von Gegenständen oder Vermögenswerten sprechen sollte, nachdem der ersuchende Staat eine Entscheidung getroffen hat, und dass es daher nicht notwendig ist, ein Exequatur dieser Entscheidung im Sinne von Art. 94 ff IRSG vorzunehmen.

7 Der Ausdruck **„in der Regel"** wurde vom Gesetzgeber verwendet, um ausnahmsweise ein schnelles und wenig formalistisches Verfahren in Fällen zu ermöglichen, in denen eine Rückgabe offensichtlich ist, z.B. wenn kein Zweifel an der unrechtmässigen Herkunft der beschlagnahmten Werte und an der Berechtigung einer Herausgabe an den Berechtigten besteht (vgl. *unten* N. 42 und 47).

8 Vor der rechtshilfeweisen Übergabe zur Einziehung oder Rückgabe muss die zuständige Behörde **im Besitz der zurückzugebenden Gegenstände und Vermögenswerte sein**. Zu diesem Zweck kann sie vorläufige Massnahmen im Sinne von Art. 18 IRSG anordnen, wie z.B. eine Sicherungsbeschlagnahme. Die Gegenstände oder Vermögenswerte können schließlich nach einer vollstreckbaren Endentscheidung im Sinne von Art. *80d* an den ersuchenden Staat herausgegeben werden. Die Übergabe von Gegenständen und

Wertsachen im Sinne von Art. *74a* IRSG ist - im Gegensatz zur Übergabe von Beweismitteln - endgültig und der ausländische Staat kann über die übergebenen Gegenstände oder Werte verfügen. Nach der Übergabe verliert die Schweiz somit die Herrschaft über diese.

Art. 74a IRSG wird durch Art. 33a IRSV ergänzt, der die Dauer der Beschlagnahme regelt. 9

Die Herausgabe von Gegenständen und Vermögenswerten zum Zweck der Einziehung oder Rückgabe stellt einen schweren Eingriff in die Grundrechte der betroffenen Person dar. Im Gegensatz zu Art. 74 IRSG ist der Eingriff in die Grundrechte schwerwiegender, da die Gegenstände und Vermögenswerte der betroffenen Person endgültig ausgehändigt werden. Zu den betroffenen Grundrechten gehören die Eigentumsgarantie (Art. 26 BV), die Wirtschaftsfreiheit (Art. 27 BV) sowie der Schutz der Privatsphäre (Art. 13 BV und Art. 8 EMRK). Ein auf Art. 74a*IRSG* gestützter Herausgabeentscheid muss daher die Voraussetzungen von Art. 36 BV erfüllen. 10

B. Ermessensspielraum der Vollstreckungsbehörden

Hierbei handelt es sich im Gegensatz zu den Art. 59 und 74 IRSG um eine*Kann-Vorschrift (Kann-Vorschrift*). Die schweizerische Vollzugsbehörde muss also die gesamten Umstände des Einzelfalls beurteilen, um zu bestimmen, ob und wann eine Übergabe stattfinden soll; sie verfügt dabei über einen weiten Ermessensspielraum. Wenn dieser Ermessensspielraum es ihr nicht erlaubt, den Inhalt der ausländischen Entscheidung - vorbehaltlich einer Verletzung des Ordre public - in Frage zu stellen, ist die Vollstreckungsbehörde verpflichtet zu prüfen, ob sich die erbetene Zusammenarbeit in dem nach Art. *74a* IRSG zulässigen Rahmen bewegt. So kann die ersuchte Behörde sicherstellen, dass die Werte, deren Rückgabe verlangt wird, tatsächlich den in Art. 74 Abs. 2 lit. a bis c IRSG beschriebenen Gegenständen entsprechen, d.h. dass es sich tatsächlich um das Tatwerkzeug oder den Ertrag aus der Straftat bzw. um die Belohnung für den Täter handelt. Das ausländische Verfahren muss zudem die allgemeinen Garantien erfüllen, die sich aus der EMRK oder dem UNO-Pakt II ergeben. Die Ansprüche des Geschädigten, einer Behörde oder gutgläubiger Dritterwerber sowie die Erfordernisse eines Strafverfahrens in der Schweiz sind gemäss Art. *74a* Abs. 4 IRSG ebenfalls zu berücksichtigen. 11

12 Die schweizerische Vollzugsbehörde kann den ersuchenden Staat nötigenfalls um **zusätzliche Informationen** ersuchen (Art. 80o IRSG). Sie kann die Gewährung der Rechtshilfe auch von **Bedingungen** abhängig machen, wenn das ausländische Verfahren bestimmte Mängel aufweist, die durch Garantien des ausländischen Staates behoben werden können (Art. 80p *IRSG*). Diese Bedingungen können eine Verpflichtung zur Einhaltung von Verfahrensregeln, insbesondere der durch internationale Instrumente verliehenen, die Garantie der Unabhängigkeit und Unparteilichkeit der urteilenden Behörde oder auch die Einhaltung des Grundsatzes der Spezialität umfassen. Diese Garantien können *im Nachhinein* erlangt werden. Solche Garantien sind jedoch mit Zurückhaltung zu betrachten. Selbst wenn möglich, ist die Anwendung von Art. 80p *IRSG* auf die Herausgabe von Vermögenswerten an den ersuchenden Staat zu relativieren, da eine auf Art. 74a IRSG gestützte Herausgabe grundsätzlich nur auf der Grundlage einer endgültigen und vollstreckbaren Entscheidung im ausländischen Staat möglich ist. Andernfalls müsste die Rechtshilfe verweigert werden.

13 Das BGer hat mehrmals die Notwendigkeit betont, die **Rechte der** durch die betreffende Straftat **geschädigten Personen** zu berücksichtigen und darauf zu achten, dass eine Übergabe an den ersuchenden Staat nach Art. *74a* IRSG nicht zu deren Nachteil erfolgt. In Anbetracht dessen hat das BGer bisher nur restriktiv einen Erlass auf der Grundlage von Art. *74a* IRSG mit spezifischen Bedingungen zugelassen. Es handelte sich um die vorzeitige Übergabe von Vermögenswerten des ehemaligen philippinischen Staatschefs Ferdinand Marcos und seiner Familie an die Philippinen vor der Verkündung eines Einziehungsurteils. Das TF ließ die Möglichkeit offen, dass Opfer von Menschenrechtsverletzungen durch Ferdinand Marcos und sein Regime Anspruch auf eine Entschädigung aus den an den philippinischen Staat zu übergebenden Geldern haben. Er betonte auch die Notwendigkeit, Art. 74a*IRSG* im Hinblick auf (i) die dem IRSG zugrunde liegenden Prinzipien, einschließlich der in Art. 2 IRSG verankerten Achtung der Menschenrechte, und (ii) die internationalen Verpflichtungen der Schweiz, einschließlich insbesondere der Gewährleistung der im UNO-Pakt II und im Übereinkommen der Vereinten Nationen gegen Folter festgelegten Rechte, einschließlich des Rechts auf ein faires Verfahren und des Rechts auf Wiedergutmachung, auszulegen. Sofern der ersuchende Staat nicht in der Lage sei, diese Rechte umzusetzen, müsse die Schweiz dies berücksichtigen, insbesondere indem sie die Rechtshilfe von spezifischen Verpflichtungen des

ersuchenden Staates abhängig mache, wie es Art. 80p IRSG erlaube. Das BGer betonte jedoch, dass, auch wenn der philippinische Staat aufgrund seiner internationalen Verpflichtungen gegenüber den Opfern zur Wiedergutmachung verpflichtet sei, die erbetene Rechtshilfe es ihm ermöglichen müsse, über das Schicksal der betreffenden Vermögenswerte zu entscheiden, und erinnerte damit an die Souveränität des ersuchenden Staates über die der Herausgabe unterliegenden Vermögenswerte.

C. Wechselwirkung mit internationalen Abkommen

Gemäss Art. 1 Abs. 1 IRSG haben internationale Gesetze oder Abkommen 14
Vorrang vor dem IRSG. Die Abkommensbestimmungen haben Vorrang vor dem innerstaatlichen Recht, das die Materie regelt, d.h. dem IRSG und der IRSV, die bei Fragen, die nicht ausdrücklich oder implizit durch das Abkommensrecht geregelt sind, und wenn das innerstaatliche Recht für die Rechtshilfe günstiger ist, anwendbar sind. Denn nach dem **Günstigkeitsprinzip**, muss die für die Rechtshilfe günstigere Norm angewendet werden. Das Bestehen eines Vertrags nimmt der Schweiz somit nicht die Möglichkeit, Rechtshilfe nach möglicherweise weitergehenden Regeln ihres innerstaatlichen Rechts zu gewähren, da Rechtshilfeverträge die internationale Zusammenarbeit fördern sollen; sie stehen daher einer weitergehenden Gewährung dieser Rechtshilfe nach schweizerischem Recht nicht entgegen. Zu den relevanten völkerrechtlichen Verträgen im Zusammenhang mit Art. 74a *IRSG* gehören:

- **Das Europäische Auslieferungsübereinkommen** vom 13. Dezember 1957, das in der Schweiz am 20. März 1967 in Kraft trat und die Übergabe von Gegenständen, die beschlagnahmt oder eingezogen werden können, erlaubt, jedoch nur unter der Bedingung der Rückgabe (Art. 20 Abs. 3 EuAlÜbk) und vorbehaltlich der Rechte des ersuchten Staates oder Dritter an diesen Gegenständen (Art. 20 Abs. 4 EuAlÜbk).
- **Das Europäische Übereinkommen über die Rechtshilfe in Strafsachen** vom 20. April 1959, das am 20. März 1967 in der Schweiz in Kraft trat, befasst sich nicht direkt mit der Herausgabe von Gegenständen und Wertsachen. Diese ist jedoch insbesondere in Art. 12 Abs.2 lit. a EUeR vorgesehen.
- **Das Übereinkommen über Geldwäsche sowie Ermittlung, Beschlagnahme und Einziehung von Erträgen aus Straftaten** vom 8.

November 1990, das in der Schweiz am[1]. September 1993 in Kraft trat. Es handelt sich um ein Spezialübereinkommen, das das Europäische Übereinkommen über die Rechtshilfe in Strafsachen vom 20. April 1959 gemäss Art. 26 Abs. 2 und Abs. 3 EUeR ergänzt.

Das IWC ist ein wichtiges Instrument der internationalen Zusammenarbeit, um die Ermittlung und Einziehung von Tatwerkzeugen und Erträgen aus Straftaten zu regeln (Art. 7 IWC). Es legt einen Mindeststandard für Maßnahmen fest, die auf nationaler Ebene zu ergreifen sind (Kap. II), und stellt den Grundsatz einer möglichst umfassenden Zusammenarbeit in allen Phasen des Strafverfahrens auf (Kap. III). Diese verschiedenen Maßnahmen werden im Einklang mit dem innerstaatlichen Recht angeordnet, wobei das innerstaatliche Recht auch dann Anwendung findet, wenn es günstigere Bedingungen für die Rechtshilfe vorsieht. Artikel 13 verpflichtet den ersuchten Staat zur Einziehung der Erträge aus Straftaten, entweder in Vollstreckung einer ausländischen Einziehungsentscheidung oder durch Einleitung eines innerstaatlichen Verfahrens. Das Schweizer Recht entspricht somit durch Art. *74a* Abs. 2 IRSG und Art. 94 ff. IRSG, die die Übergabe von Tatwerkzeugen und Erträgen aus Straftaten bzw. die Vollstreckung ausländischer Entscheidungen betreffen, den Anforderungen dieses Übereinkommens. Das BGer betonte, dass die IWC keine Kooperationsformen zulässt, die das nationale Recht nicht vorsieht.

Unterschiedliche Vereinbarungen zwischen den Vertragsstaaten des Übereinkommens bleiben vorbehalten, z. B. indem sie die Aufteilung konfiszierter Erlöse zwischen kooperierenden Staaten vorsehen.

- **Das Übereinkommen der Vereinten Nationen gegen Korruption** vom 31. Oktober 2003, das am 24. Oktober 2009 in der Schweiz in Kraft trat, ist ein umfassendes Instrument zur Bekämpfung der Korruption. Es widmet insbesondere ein wichtiges Kapitel der Wiedererlangung von Vermögenswerten aus unrechtmäßiger Herkunft (Kap. V). Es ist das erste internationale Instrument, das auf multilateraler Ebene den Grundsatz einführt, dass unrechtmässig erworbene Vermögenswerte unter bestimmten Bedingungen zurückgegeben werden können (Art. 57). Bei der Verabschiedung des Übereinkommens vertrat der Bundesrat die Auffassung, dass das UNCAC keine Änderungen des innerstaatlichen Rechts nach sich zieht, da die Schweiz die im UNCAC vorgesehenen Grundsätze bereits in ihre Gesetzgebung übernommen hatte, insbesondere

was die Einziehung von Vermögenswerten betrifft, die bereits in den Artikeln 70 ff StGB und 74a IRSG geregelt ist. Im Falle der Entziehung von Staatseigentum sieht Art. 57 Abs. 3 lit. a UNCAC eine Verpflichtung zur Herausgabe der eingezogenen Vermögenswerte an den ersuchenden Staat vor, wenn die Einziehung gemäß Art. 55 UNCAC und auf der Grundlage eines im ersuchenden Staat ergangenen rechtskräftigen Urteils vollstreckt wurde, eine Anforderung, auf die der ersuchte Staat verzichten kann. In den anderen Fällen, insbesondere in den in Art. 57 Abs. 3 Buchst. b und c UNCAC genannten Fällen, gibt es keinen Automatismus zugunsten des ersuchenden Staates. In Fällen, in denen der ersuchende Staat keine überwiegenden Rechte an den eingezogenen Vermögenswerten geltend machen kann, müssen andere Lösungen, insbesondere zugunsten der Korruptionsopfer, gefunden werden.

- **Unesco-Konvention über Maßnahmen zum Verbot und zur Verhütung der rechtswidrigen Einfuhr, Ausfuhr und Übereignung von Kulturgut** vom 14. November 1970, die in der Schweiz am 3. Januar 2004 in Kraft trat. Ihr Ziel ist es, den Schutz von Kulturgütern in den Vertragsstaaten zu verbessern und das kulturelle Erbe der Menschheit durch internationale Zusammenarbeit zu schützen. Sie legt die rechtlichen und administrativen Mindeststandards fest, die die Vertragsstaaten anwenden müssen, um den illegalen Handel mit Kulturgütern einzudämmen. Die Schwerpunkte des Übereinkommens sind die Bekämpfung von Diebstahl, heimlichen Ausgrabungen und der illegalen Ein- und Ausfuhr von Kulturgütern. Darüber hinaus setzt sich das Übereinkommen für die Rückgabe gestohlener Kulturgüter und die Rückführung illegal ausgeführter Güter ein. Das Unesco-Übereinkommen von 1970 ist jedoch nicht direkt anwendbar und verpflichtet die Vertragsstaaten, Gesetze zu seiner Umsetzung zu erlassen. Dies tat die Schweiz mit dem KGTG, das am 1. Juni 2005 in Kraft trat. Art. 7 des Unesco-Übereinkommens sieht vor, dass die Vertragsstaaten geeignete Maßnahmen ergreifen, um gestohlene Güter zu beschlagnahmen und auf Antrag des Herkunftslandes zurückzugeben, „vorausgesetzt, dass der ersuchende Staat der Person, die gutgläubiger Erwerber ist, eine angemessene Entschädigung zahlt“. Art. 13 des Unesco-Übereinkommens ergänzt diese Regelung, indem er den Vertragsstaaten vorschreibt, Klagen auf Rückgabe verlorener oder gestohlener Kulturgüter zuzulassen.

Das Unesco-Übereinkommen von 1970 enthielt kein Instrument für die Rückgabe oder Rückführung gestohlener oder illegal ausgeführter Kulturgüter unter Wahrung der Rechte des gutgläubigen Erwerbers. Aus diesem Grund wurde 1984 das Internationale Institut für die Vereinheitlichung des Privatrechts (UNIDROIT) von der UNESCO beauftragt, ein Übereinkommen zur Regelung dieser Bereiche auszuarbeiten, was zum UNIDROIT-Übereinkommen über gestohlene oder unrechtmäßig ausgeführte Kulturgüter vom 24. Juni 1995 führte. Die Schweiz unterzeichnete das Übereinkommen am 26. Juni 1996, ratifizierte es jedoch nicht. Das UNIDROIT-Übereinkommen sieht unter anderem vor, dass gestohlene (oder aus illegalen Ausgrabungen stammende) Kulturgüter während 50 Jahren (75 in Ausnahmefällen) einem Rückgaberecht unterliegen (Art. 3); ebenso unterliegen illegal ausgeführte Kulturgüter, deren Ausfuhr wichtige kulturelle oder wissenschaftliche Interessen beeinträchtigt, während 50 Jahren einem Rückgaberecht (Art. 5). Wenn das Kulturgut in gutem Glauben erworben wurde, hat der Erwerber Anspruch auf eine angemessene Entschädigung (Art. 4 und 6).

III. ABGRENZUNGEN

A. Abgrenzung zu Art. 59 IRSG

15 Art. 74a *IRSG* ist das Gegenstück zu Art. 59 IRSG, der im Bereich der Auslieferung Anwendung findet. Art. 59 IRSG schafft kein eigenes Übergabeverfahren, das sich von dem in Art. 74 und 74a *IRSG* vorgesehenen Verfahren unterscheidet. Er erlaubt jedoch, dass Gegenstände oder Werte, die sich im Besitz der auszuliefernden Person befinden, zum Zeitpunkt der Auslieferung an die ersuchende Behörde übergeben werden können.

B. Abgrenzung zu Art. 70 ff. StGB

16 Während die Art. 70 ff. StGB die Voraussetzungen für die Einziehung von Vermögenswerten im Rahmen eines schweizerischen Strafverfahrens festlegen, regelt Art. 74a *IRSG* auf der Ebene der internationalen Rechtshilfe in Strafsachen die Fälle auf, in denen die Schweiz als ersuchter Staat die betreffenden Gegenstände oder Vermögenswerte zurückhalten oder ihre Herausgabe an den ersuchenden Staat aussetzen kann, insbesondere wenn die Gegenstände oder Vermögenswerte für ein in der Schweiz anhängiges

Strafverfahren erforderlich sind oder in der Schweiz eingezogen werden können (Art. *74a* Abs. 4 lit. d IRSG).

C. Abgrenzung zu Art. 94 ff IRSG

17 Art. 74a IRSG und Art. 94 ff. IRSG sind zwei verschiedene Verfahren zur Vollstreckung von ausländischen Einziehungsentscheidungen. Nach Bottinelli stellt Art. *74a*, der die Übergabe an die ausländische Behörde „zum Zwecke der Einziehung oder der Rückgabe an den Berechtigten" ermöglicht, ein Verfahren zur Auslieferung von Vermögensgegenständen dar: Diese werden dem ausländischen Staat ausgeliefert, damit dieser seine inländische Einziehungsentscheidung gegen sie vollstrecken kann; im Gegensatz dazu läuft das Exequaturverfahren nach Art. 94 ff. IRSG darauf hinaus, die ausländische Einziehungsentscheidung in eine schweizerische Einziehungsentscheidung umzuwandeln. Es handelt sich also um Verfahren mit unterschiedlichem Schwerpunkt: Im Fall von Art. 74a *IRSG* liegt dieser im ersuchenden Staat, der nach seinem innerstaatlichen Recht verfährt, während im zweiten Fall der Schwerpunkt in der Schweiz liegt, wo die ausländische Entscheidung vollstreckt werden muss.

D. Abgrenzung zum LVP

18 Das LVP ist ein innovatives Gesetz, das die Sperrung, Einziehung und Rückgabe von Vermögenswerten von politisch exponierten Personen im Ausland oder deren Angehörigen regelt, wenn Grund zur Annahme besteht, dass diese Vermögenswerte durch Bestechung, ungetreue Geschäftsbesorgung oder andere Straftaten erworben wurden. Es ist die Fortsetzung der Praxis des Bundesrates bei der Sperrung von Potentatengeldern, die sich bis anhin auf Artikel 184 Abs. 3 BV stützte und im Bundesgesetz über die Rückerstattung unrechtmässig erworbener Vermögenswerte politisch exponierter Personen vom[1]. Oktober 2010 (Bundesgesetz über die Rückerstattung unrechtmässig erworbener Vermögenswerte, aRVG) kodifiziert wurde, das durch das LVP ersetzt und ergänzt wird. Das LVP sieht einen doppelten Mechanismus für die Sperrung von Vermögenswerten vor: eine präventive Sperrung im Hinblick auf die Rechtshilfe (Art. 3 LVP) und eine Sperrung im Hinblick auf die Einziehung, falls die Rechtshilfe scheitert (Art. 4 LVP). Mit der präventiven Sperre sollen strafrechtliche Ermittlungen und die internationale Rechtshilfe unterstützt werden, indem Vermögenswerte eingefroren werden, um ihre

künftige Rückgabe an den Herkunftsstaat nicht unmöglich zu machen. Die konfiskatorische Sperre kommt erst in einem späteren Stadium des Verfahrens zum Einsatz, wenn sich die Rückgabe durch internationale Rechtshilfe als unmöglich erwiesen hat. Das LVP ist somit ein subsidiäres System zur internationalen Rechtshilfe nach dem IRSG, das nur in spezifischen und begrenzten Fällen in Anspruch genommen werden kann.

19 Auf die LVP-Einziehungssperre folgt grundsätzlich ein Einziehungsverfahren (Art. 14-16 LVP) bzw. ein Rückgabeverfahren (Art. 17-19 LVP). Art. 14 Abs. 4 LVP sieht ausdrücklich den subsidiären Charakter einer auf dem LVP beruhenden Einziehung gegenüber den im IRSG vorgesehenen Mechanismen des Erlasses und der Einziehung vor.

IV. ABS. 1 - ERLASS

20 Nach Art. *74a* Abs. 1 IRSG können auf Ersuchen der zuständigen ausländischen Behörde nach Abschluss des Rechtshilfeverfahrens (Art. *80d* IRSG) vorsorglich beschlagnahmte Gegenstände oder Vermögenswerte **zur Einziehung oder zur Rückgabe an den Berechtigten an** diese **herausgegeben** werden. Im Allgemeinen dient die Beschlagnahme dazu, die Vollstreckung der erbetenen Rechtshilfehandlungen zu gewährleisten, und führt notwendigerweise zu einer Folgeentscheidung. In Abs. 1 erinnert daran, dass das Endziel der Beschlagnahme von Gegenständen oder Vermögenswerten im Rahmen eines Rechtshilfeverfahrens deren Übergabe an den ersuchenden Staat ist, der die Einziehung oder Rückgabe der im Rahmen eines innerstaatlichen Verfahrens beschlagnahmten Güter anordnet.

21 Der ersuchende Staat beantragt die **Sicherungsbeschlagnahme** in der Regel vor oder zusammen mit seinem Übergabeersuchen. Wenn der ersuchende Staat dies nicht ausdrücklich formuliert, wird jedoch angenommen, dass das Übergabeersuchen des ersuchenden Staates auch ein Ersuchen um Sicherungsmaßnahmen enthält, also ein implizites Ersuchen um Beschlagnahme. Die Rechtsprechung geht sogar so weit, dass sie der Schweiz erlaubt, potenziell veruntreute Gelder zu blockieren, sobald der ersuchende Staat wahrscheinlich die Herausgabe dieser Gelder gemäss Art. *74a* IRSG verlangt. Die Vollzugsbehörde kann somit auch ohne ausdrückliches Ersuchen eine vorsorgliche Beschlagnahme vornehmen, insbesondere wenn Gefahr im Verzug ist (Art. 18 Abs. 2 IRSG). In diesem Fall muss sie die ersuchende Behörde interpellieren, um diesen Punkt zu klären.

Umgekehrt bedarf es eines ausdrücklichen Rückgabeersuchens des ersuchenden Staates, damit die Schweiz die Güter und Werte herausgibt, da das **Beschlagnahmeersuchen an sich nicht mit einem Herausgabeersuchen gleichzusetzen ist**. Die Herausgabe an den ersuchenden Staat erfolgt grundsätzlich auf der Grundlage eines endgültigen und vollstreckbaren Urteils, in dem über die Einziehung oder die Herausgabe an den Berechtigten entschieden wird (siehe *unten* N. 42 und 47). 22

Art. 33*a* IRSG präzisiert, dass die **Gegenstände und Vermögenswerte beschlagnahmt bleiben**, bis eine endgültige und vollstreckbare Entscheidung des ersuchenden Staates vorliegt oder bis der ersuchende Staat mitteilt, dass eine solche Entscheidung nach seinem eigenen Recht nicht mehr möglich ist, insbesondere aufgrund von Verjährung. Insbesondere hielt das Bundesgericht fest, dass die Beschlagnahme auch dann aufrechterhalten werden muss, wenn das Rechtshilfeverfahren ausgesetzt wird. Die Schweiz wird die Gegenstände und Werte ungeachtet des Eintritts der Verjährung nach schweizerischem Recht zurückgeben, sofern diese zum Zeitpunkt der Beschlagnahme noch nicht eingetreten ist. 23

Die Dauer einer Beschlagnahme muss jedoch dem Grundsatz der **Verhältnismäßigkeit** entsprechen und kann nicht unbegrenzt aufrechterhalten werden. Da es sich um ein Verwaltungsverfahren handelt, das auf Ersuchen eines ausländischen Staates eingeleitet wurde, ist die Praxis in Bezug auf die Dauer der Beschlagnahme im Allgemeinen toleranter als bei Strafverfahren. Dennoch hat die Rechtsprechung mehrfach anerkannt, dass dieses System zu unzulässigen Situationen führen kann. So können die Schweizer Behörden nach einer gewissen Zeit gezwungen sein, die Beschlagnahme aufzuheben oder die Rechtshilfe zu verweigern. Das private Interesse der Inhaber beschlagnahmter Vermögenswerte ist nicht nur gegen das öffentliche Interesse des ersuchenden Staates und das private Interesse der Opfer an der Herausgabe von Vermögenswerten zum Zwecke der Einziehung oder Rückgabe abzuwägen, sondern auch gegen die Pflicht der Schweiz, ihren internationalen Verpflichtungen nachzukommen und nicht als Zufluchtsort für Gelder kriminellen Ursprungs zu dienen. 24

Die Verhältnismässigkeit der Massnahme wird insbesondere nach der Durchführung und dem Fortschritt des Verfahrens im ersuchenden Staat beurteilt. Je nach den Umständen kann es erforderlich sein, dass sich die Vollstreckungsbehörde regelmäßig über den Fortgang des ausländischen 25

Verfahrens informieren muss. Die Analyse der Verhältnismäßigkeit der strittigen Beschlagnahmen muss auch in Abhängigkeit vom Grad der Komplexität des Falles erfolgen. Wenn weder dem ersuchenden Staat noch der Vollstreckungsbehörde eine besondere Verzögerung vorgeworfen werden kann, reicht die Dauer der Beschlagnahme allein nicht aus, um die Aufhebung der Maßnahme oder die Verweigerung der Rechtshilfe zu rechtfertigen. Bei der Prüfung der Verhältnismäßigkeit können je nach den Besonderheiten des Einzelfalls noch verschiedene Kriterien berücksichtigt werden, wie etwa die Annahme eines neuen Einziehungsgesetzes, das die erneute Einreichung eines Ersuchens im ersuchenden Staat auf der Grundlage dieser neuen Bestimmungen erforderlich machen würde, die Flucht des Beschuldigten, die die Ermittlungen im Ausland erschwert, oder auch das Bedürfnis der von der Rechtshilfemaßnahme betroffenen Person, über die gesperrten Gelder zu verfügen.

26 Auf der Grundlage dieser Kriterien befand das BGer im Rahmen der Rechtshilfe an die Philippinen im Zusammenhang mit dem Fall Marcos, dass der Grundsatz der Verhältnismässigkeit nicht verletzt wurde, obwohl seit der Beschlagnahme 15 Jahre vergangen waren und den ersuchenden Behörden fünf Jahre später eine letzte Frist eingeräumt wurde, um einen erstinstanzlichen Entscheid über die Einziehung der seit über 20 Jahren beschlagnahmten Vermögenswerte zu fällen. Umgekehrt lehnte er im Fall Duvalier ein haitianisches Rechtshilfeersuchen 13 Jahre nach der Anordnung einer Beschlagnahme ab, da der ersuchende Staat nicht auf Auskunftsersuchen geantwortet hatte, die geeignet waren, nachzuweisen, dass er noch ein Interesse an der Erledigung des Ersuchens hatte.

27 Verfahren nach Art. *74a* IRSG führen unweigerlich dazu, dass zwischen der Beschlagnahme und der Herausgabe der Vermögenswerte mehrere Jahre vergehen, insbesondere aufgrund der verfahrensrechtlichen Anforderungen des ersuchenden Staates. Zudem haben bestimmte Straftaten oder Einziehungsmassnahmen in einigen Staaten sehr lange Verjährungsfristen oder sind sogar unverjährbar. Die Aufrechterhaltung der Beschlagnahme von Gegenständen und Vermögenswerten während dieser Zeit schafft somit das Risiko einer unverhältnismässigen Einschränkung der Grundrechte der betroffenen Personen, insbesondere der in Art. 26 Abs. 1 BV vorgesehenen Eigentumsgarantie oder des in Art. 29 Abs. 1 BV verankerten Beschleunigungsgebots. Ein Teil der Lehre vertritt aus diesen Gründen die

Auffassung, dass Art. *33a* IRSV (vgl. *oben* Abs. 23) keine ausreichende Rechtsgrundlage für die Rechtfertigung des erheblichen Eingriffs darstellt, der sich aus einer Beschlagnahme zum Zwecke der Herausgabe nach Art. 74a IRSG ergibt. Diese schwerwiegende Einschränkung der Grundrechte erfordert vielmehr eine formell-gesetzliche Grundlage.

Die Beschlagnahme bzw. Herausgabe von Gegenständen und Vermögenswerten muss auch die Grundsätze von Art. 2 lit. a IRSG beachten, wonach das Rechtshilfeersuchen abzulehnen ist, wenn das Verfahren im Ausland bestimmte grundlegende Verfahrensgarantien nicht einhält. Art. 2 lit. a IRSG gilt vorrangig für die Auslieferung und für Fälle, in denen sich der Beschuldigte im Hoheitsgebiet des ersuchenden Staates befindet und eine konkrete Gefahr der Verletzung seiner Verfahrensrechte geltend machen kann. Gemäss BGer ist die Übergabe von Gegenständen und Vermögenswerten der Auslieferung gleichzustellen, da sie dem ersuchenden Staat die Kontrolle über den Beschuldigten bzw. sein Vermögen verleiht, was die Anwendung von Art. 2 lit. a IRSG in diesen Fällen rechtfertigt. 28

Die in Rechtshilfeverfahren verhängten Zwangsmassnahmen müssen weiterhin den **Grundsatz der beidseitigen Strafbarkeit** beachten. So können die Schweizer Behörden Gegenstände oder Vermögenswerte nur dann an die ersuchende Behörde zur Einziehung oder Rückgabe an den Berechtigten herausgeben, wenn die Einziehung oder Herausgabe an den Berechtigten mit Art. 70 bzw. Art. 73 StGB vereinbar ist. 29

Die Übergabe an den ersuchenden Staat kann schliesslich erst erfolgen, wenn ein rechtskräftiger **Entscheid über den Abschluss** des schweizerischen Rechtshilfeverfahrens vorliegt (Art. *80d* IRSG), der nach Abschluss eines ordentlichen oder vereinfachten Verfahrens (Art. 80c*IRSG*) bei Zustimmung der betroffenen Person erfolgt. 30

V. ABS. 2 - GEGENSTÄNDE UND WERTE.

Art. *74a* Abs. 2 IRSG führt die Art der auszuhändigenden Gegenstände und Werte im Einzelnen auf. Die Aufzählung in Art. 74a*Abs* . 2 IRSG ist identisch mit derjenigen in Art. 59 Abs. 3 IRSG und spiegelt die Definitionen in Art. 70 ff StGB wider. Die Liste in Art. 74a*IRSG* ist als abschliessend zu betrachten. 31

In erster Linie gehören dazu die **Tatwerkzeuge, die zur Begehung der Straftat gedient haben** (*instrumenta sceleris*, lit. a). Es handelt sich dabei um 32

Gegenstände, welche die Sicherheit von Personen, die Moral oder die öffentliche Ordnung gefährden, wie z.B. Waffen, Maschinen zur Prägung von Falschgeld oder gefälschte Schecks.

33 Sie umfassen ferner den **Ertrag aus der Straftat** (*producta sceleris*, lit. b *ab initio*) und das **Ergebnis der Straftat** (*quaesita sceleris* oder *fructa sceleris*, lit. b *ab initio*). Ersteres bezieht sich auf Gegenstände und Werte, die durch die Straftat erlangt wurden, z. B. das gestohlene Gemälde oder die Summe, auf die sich der Betrug bezog, und letzteres auf Gegenstände und Werte, die durch die Straftat hergestellt wurden, z. B. das gefälschte Gemälde, Falschgeld oder Bestechungsgelder. Auch Geld, das einer Vollstreckungsmaßnahme entzogen wurde, stellt das Ergebnis der Straftat dar.

34 Ebenfalls erfasst ist der **unrechtmäßige Vorteil** (lit. b *in fine*), der jede Vermögensmehrung umfasst, die der Täter aufgrund seines rechtswidrigen Verhaltens erhalten hat. Es ist nicht erforderlich, dass der Vorteil finanzieller Natur ist oder auf Kosten anderer erfolgt ist. Typischerweise handelt es sich dabei um Zinsen für gestohlenes Geld, das auf einer Bank eingezahlt wurde. Gewinne aus Geschäften, die unter Verwendung von Geldern krimineller Herkunft getätigt wurden, werden mit unrechtmäßigen Vorteilen gleichgesetzt.

35 Es kann sich weiterhin um **Geschenke und andere Vorteile handeln, die dazu dienten oder dienen sollten, den Täter zu entscheiden oder zu belohnen** (*praetium sceleris*, lit. c).

36 Schliesslich kann sich der Erlass auf die **Ersatzwerte** (lit. b und c *in fine*) beziehen, die im Austausch für die durch die Straftat erlangten Produkte, Ergebnisse oder unrechtmässigen Vorteile (lit. b) oder für die Geschenke und anderen Vorteile, die der Entscheidung oder Belohnung des Täters dienten oder dienen sollten (lit. c), erworben wurden, wenn diese nicht mehr verfügbar sind. Diese Werte bleiben so lange einziehbar, wie ihre Bewegung so rekonstruiert werden kann, dass sie mit der Straftat in Verbindung gebracht werden kann.

37 Diese Gegenstände und Werte müssen notwendigerweise in einem **Zusammenhang** mit der Straftat stehen. Dieser Zusammenhang ist gegeben, wenn zwischen der Straftat und der Erlangung der Gegenstände und Vermögenswerte ein solcher Kausalzusammenhang besteht, dass die zweite als direkte und unmittelbare Folge der ersten erscheint. Mit anderen Worten:

Die Straftat muss die wesentliche und adäquate Ursache für die Erlangung der Gegenstände und Vermögenswerte sein, die eingezogen werden sollen. Dies ist der Fall, wenn das ursprüngliche Produkt der Straftat sicher identifiziert und dokumentiert werden kann, d. h. solange seine „*Papierspur*" (*Papierspur*, *paper trail*) so rekonstruiert werden kann, dass ein Zusammenhang mit der Straftat hergestellt werden kann. Diese Regel beruht auch auf dem Grundsatz der Spezialität. Vermögenswerte, deren Erlangung lediglich durch eine Straftat erleichtert wurde, ohne dass ein Zusammenhang mit der Straftat besteht, unterliegen somit nicht der Einziehung.

38 Die Frage der Zulässigkeit einer Beschlagnahme zur Befriedigung einer **Ersatzforderung** ist in Art. 74a*Abs.* 2 IRSG nicht ausdrücklich geregelt. Nach dem Motto „Verbrechen lohnt sich nicht" sind einige Autoren der Ansicht, dass es sich hierbei um eine Lücke handelt, die durch die Rechtsprechung geschlossen werden sollte. Sie berufen sich insbesondere auf Art. 71 Abs. 3 StGB, der durch den allgemeinen Verweis in Art. 12 IRSG anwendbar sei. Ein anderer Teil der Lehre plädiert jedoch, unserer Meinung nach zu Recht, für ein qualifiziertes Schweigen. Sie begründet ihre Position damit, dass Art. *74a* Abs. 2 IRSG einen Zusammenhang zwischen der begangenen Straftat einerseits und den beschlagnahmten Gegenständen oder Vermögenswerten andererseits voraussetzt, der bei der Ersatzforderung fehlt. Zudem war das Institut der Ausgleichsforderung zum Zeitpunkt der Revision des IRSG bekannt, so dass der Gesetzgeber in Kenntnis der Sachlage darauf verzichtete, es in den Mechanismus von Art. 74a IRSG aufzunehmen. Im Übrigen gibt es keine andere Bestimmung im Bereich der kleinen Rechtshilfe, die Pfändungen zum Zweck der Begleichung einer Ausgleichsforderung zulassen würde. Die Herausgabe von Geldern an den ausländischen Staat für die Zwecke einer Ausgleichsforderung würde zudem ein betreibungsrechtlich ungerechtfertigtes Vorrecht verleihen, da ein solches Vorrecht im innerstaatlichen Recht nicht besteht (Art. 71 Abs. 3 StGB). Ein Erlass zur Befriedigung einer Ausgleichsforderung würde schliesslich keinen ausreichenden Gläubigerschutz und keine ausreichende Gläubigergleichstellung gewährleisten, wie dies beim Verfahren nach Art. 71 StGB der Fall ist. Immerhin können ausländische Urteile, die Ausgleichsforderungen aussprechen, in der Schweiz auf der Grundlage von Art. 94 ff. IRSG (Vollstreckung von Entscheidungen) vollstreckt werden. Die Position der Gerichte war lange Zeit unklar. Die Rechtsprechung des TPF schwankte stark, wobei die Herausgabe von Wertsachen für die Zwecke einer

Ausgleichsforderung manchmal zugelassen und manchmal vom Anwendungsbereich von Art. *74a* IRSG ausgeschlossen wurde. Nach einer ausführlichen Argumentation folgte das BGer endgültig dem letzteren Weg und stellte fest, dass die Auslassung der Ausgleichsforderung in Art. *74a* IRSG ein qualifiziertes Schweigen des Gesetzgebers darstelle. Daraus folgt, dass eine allfällige Herausgabe von Vermögenswerten in Vollstreckung einer ausländischen Entscheidung, die eine Sanktion verhängt, die in der Schweiz einer Ausgleichsforderung entspricht, nur in Anwendung von Art. 94 ff IRSG in Betracht gezogen werden kann. In diesem Zusammenhang ist es unerheblich, welche Terminologie der ausländische Staat verwendet. Entscheidend ist, ob die Schweizer Behörden im konkreten Fall eine Einziehung oder eine Ausgleichsforderung angeordnet hätten.

39 Diese Entwicklungen finden jedoch ihre Grenze in Art. 7 Ziff. 2 lit. b CBI, in dem sich die Schweiz verpflichtet hat, eine gesetzliche Grundlage zu schaffen, die die Herausgabe von Geldern zum Zweck der Begleichung einer Ausgleichsforderung ermöglicht. Diese Bestimmung ist derzeit nicht direkt anwendbar und wurde noch nicht in das Schweizer Recht umgesetzt. *De lege ferenda* sollte Art. *74a* Abs. 2 IRSG jedoch ausdrücklich die Ausgleichsforderung erwähnen.

40 Betrifft das ausländische Ersuchen die Herausgabe von Geldern, die aus der Tätigkeit einer **kriminellen Organisation** stammen, so ist die Regel von Art. 72 StGB auf die Herausgabe im Sinne von Art. *74a* Abs. 3 IRSG anwendbar. Art. 72 StGB sieht die Einziehung von Vermögenswerten vor, über die eine kriminelle Organisation die Verfügungsgewalt ausübt, kombiniert mit einer Umkehr der Beweislast zu Lasten der Person, die an einer solchen Organisation beteiligt war oder diese unterstützt hat. Das BGer stützte sich auf diese Bestimmung, um Vermögenswerte einzuziehen, die als Eigentum von **Potentaten** galten. Es stufte insbesondere das Umfeld des ehemaligen nigerianischen Präsidenten Sani Abacha als kriminelle Organisation im Sinne von Art. 260ter StGB ein und stellte fest, dass die von ihm aufgebaute Struktur zum Ziel hatte, Gelder der nigerianischen Zentralbank für private Zwecke abzuzweigen und von Korruptionsgeschäften zu profitieren. Daher wird bei Geldern, die von einer kriminellen Organisation abhängen, davon ausgegangen, dass sie kriminellen Ursprungs sind, es sei denn, die Inhaber beweisen das Gegenteil. Wenn sie die Vermutung von Art. 72 StGB, zweiter Satz, nicht widerlegen können, wird die Herausgabe in Anwendung von Art.

74a Abs. 3 IRSG angeordnet, ohne weitere Prüfung der Herkunft der geforderten Gelder.

Schließlich bezieht sich Art. *74a* Abs. 2 IRSG nur auf Gegenstände und Werte, 41
die in der **Verfügungsgewalt des Täters** stehen. Unmittelbarer Besitz ist jedoch nicht erforderlich, so dass es zulässig ist, Gegenstände zu beschlagnahmen, die sich in den Händen Dritter befinden, wie z. B. Bankguthaben.

VI. ABS. 3 - ZEITPUNKT DER HERAUSGABE

Gemäss Art. *74a* Abs. 3 IRSG muss die Übergabe nicht mehr bis zum 42
Abschluss des ausländischen Strafverfahrens warten. Sie kann **in jedem Stadium des ausländischen Strafverfahrens** erfolgen, in der Regel, wenn der ersuchende Staat eine endgültige und vollstreckbare Einziehungs- oder Rückgabeentscheidung erlassen hat. Es ist also nicht erforderlich, dass der Angeklagte bereits durch ein rechtskräftiges Urteil verurteilt wurde; somit steht die Unschuldsvermutung der Übergabe nicht entgegen. In der Praxis ist die Einziehung oder Rückgabe von beschlagnahmten Werten oder Gegenständen häufig erst nach Abschluss des Straf- und Beschlagnahmeverfahrens im Ausland möglich, wobei in der Regel eine vollstreckbare Einziehungsentscheidung vorliegt.

Die ausländische Entscheidung kann sowohl von einer **Strafbehörde als** 43
auch von einer Zivil- oder Verwaltungsbehörde stammen. Art. *74a* IRSG verlangt lediglich, dass sich die Einziehung (oder Rückgabe) auf Gegenstände oder Vermögenswerte bezieht, die auf deliktische Weise erlangt wurden (Art. *74a* Abs. 2 IRSG), und dass sie von einem Gericht angeordnet wird. Eine eigenständige Einziehungsentscheidung reicht bereits aus (analog zu Art. 376 StPO).

Die Einziehungs- oder Rückgabeentscheidung des ersuchenden Staates **stellt** 44
die unrechtmässige Herkunft der beschlagnahmten Gegenstände und Vermögenswerte sowie deren **Berechtigten fest**, und **ordnet deren Einziehung oder Rückgabe an den Berechtigten an**. Sie klärt den Sachverhalt und stellt eine nach dem Recht des ersuchenden Staates verbindliche Entscheidung dar, auf deren Grundlage die Behörden des ersuchten Staates in der Regel ohne weiteres die Herausgabe der eingezogenen Gegenstände oder Vermögenswerte anordnen können.

Gleichzeitig ermöglicht das Erfordernis einer vollstreckbaren Entscheidung dem ersuchten Staat, im Nachhinein zu überprüfen, ob diese Entscheidung rechtsstaatlich korrekt ist.

45 Während des Vernehmlassungsverfahrens hatten sich mehrere Stimmen dafür ausgesprochen, die Herausgabe von Gegenständen oder Vermögenswerten durch die Schweiz von einem **Exequaturverfahren** für die ausländische Entscheidung abhängig zu machen, um die Kontrolle der Rechtmässigkeit der Entscheidung zu ermöglichen. Der Bundesrat war jedoch der Ansicht, dass der Grundsatz des Vertrauens zwischen Staaten, der im Bereich der Rechtshilfe besonders wichtig ist, die Schweiz nicht dazu berechtigt, die Begründetheit von Entscheidungen einer souveränen ausländischen Justizbehörde zu überprüfen, sofern diese Entscheidungen nicht offensichtlich gegen den Ordre public der Schweiz und die Grundprinzipien der EMRK verstoßen. Eine ausländische Einziehungs- oder Rückgabeentscheidung sollte im Übrigen nicht Gegenstand einer Exequaturentscheidung im Sinne des fünften Teils des IRSG sein, da es sich dabei nicht um eine Sanktion im Sinne von Art. 11 IRSG handelt.

46 Die Schweiz ist somit **nicht berechtigt, die Begründetheit** von Entscheidungen einer unabhängigen ausländischen Justizbehörde **zu prüfen,** es sei denn, diese Entscheidungen verletzen offensichtlich die öffentliche Ordnung der Schweiz oder elementare Grundsätze der EMRK. Es genügt, wenn die Vollstreckungsbehörde die ausländische Entscheidung summarisch prüft, nachdem sie sich vergewissert hat, dass der ausländische Staat ein Rechtsstaat ist und die erwähnten allgemeinen Grundsätze beachtet. Die Vollzugsbehörde kann den ersuchenden Staat nötigenfalls interpellieren, um zusätzliche Informationen zu erhalten (Art. *80o* IRSG) oder die Gewährung der Rechtshilfe von Bedingungen abhängig machen (Art. *80p* IRSG).

47 **Ausnahmsweise** kann die Vollstreckungsbehörde einem Übergabeersuchen auch **vor Abschluss des ausländischen Verfahrens** und damit ohne endgültige und vollstreckbare Entscheidung stattgeben, wie der Zusatz „in der Regel" besagt. Art. *74a* Abs. 3 legt nicht fest, aus welchen Gründen von der allgemeinen Regel abgewichen werden kann, und räumt der Vollstreckungsbehörde somit einen großen Ermessensspielraum ein. Dieser Ermessensspielraum darf jedoch nicht dazu führen, dass das Erfordernis einer endgültigen und vollstreckbaren Entscheidung ausgehöhlt wird. Um eine vorzeitige Herausgabe vornehmen zu können, muss die Situation sowohl

hinsichtlich der Identifizierung der Gegenstände oder Werte als auch hinsichtlich ihrer deliktischen Herkunft eindeutig sein. Die Umstände müssen so eindeutig sein, dass es überhaupt nicht notwendig ist, die Herkunft aus Straftaten zu klären, und dass es unverhältnismäßig wäre, die Übergabe von einer Einziehungsentscheidung abhängig zu machen. In diesem Zusammenhang muss die Vollstreckungsbehörde alle konkreten Umstände des Einzelfalls berücksichtigen und prüfen, welche Besonderheiten es rechtfertigen, auf eine endgültige und vollstreckbare Entscheidung zu verzichten. In diesem Fall beschränkt sich das Interesse des ersuchten Staates laut BGer auf die Einhaltung der elementaren Garantien für ein Verfahren, das den Anforderungen der EMRK oder des UNO-Pakts entspricht; zu berücksichtigen ist auch das wesentliche Interesse der Schweiz im Sinne von Art. *1a* IRSG, nicht als Zufluchtsort für beträchtliche Beträge zu dienen, die von Vertretern diktatorischer Regimes illegal veruntreut wurden.

Typischerweise ist an die Übergabe eines gestohlenen, klar identifizierbaren Gemäldes zu denken, wie zum Beispiel im Fall eines Gemäldes von Piero della Francesca, das aus der Uffizien-Galerie in Florenz gestohlen wurde. So hat das BG insbesondere die Herausgabe eines gestohlenen Gemäldes an Frankreich in Ermangelung einer endgültigen Einziehungsentscheidung zugelassen, wobei es sich insbesondere auf das internationale öffentliche Interesse im Zusammenhang mit dem Schutz von Kulturgütern stützte. Er hat auch eine Herausgabe in Ermangelung einer vollstreckbaren Entscheidung der in der Schweiz beschlagnahmten Vermögenswerte des verstorbenen Ferdinand Marcos unter Berücksichtigung des Interesses der Schweiz an einer sofortigen Rückgabe der Werte und der offensichtlich deliktischen Herkunft der Werte unter der Bedingung zugelassen, dass die Philippinen ein Rückgabe- oder Einziehungsverfahren im Einklang mit dem UNO-Pakt II gewährleisten. " 48

Die Vollstreckungsbehörde kann auch bei Vermögenswerten, die von einer **kriminellen Organisation** im Sinne von Art. 260 StGB und Art. 72 StGB gehalten werden, auf das Erfordernis einer endgültigen Entscheidung verzichten, wenn die Inhaber der Vermögenswerte nicht in der Lage sind, deren rechtmässige Herkunft zu beweisen. 49

VII. ABS. 4 - GRÜNDE FÜR DIE VERWEIGERUNG DER HERAUSGABE

50 Art. 74a sieht die endgültige Übergabe der Gegenstände und Vermögenswerte an den ersuchenden Staat*vor* (Querverweis auf Abs. 1). Um diese strenge Regelung abzumildern, führt Art. 74a Abs. 4 IRSG **Garantien ein, die** diese Herausgabe **verhindern können**. Dieser Absatz zählt die Gründe auf, die es rechtfertigen, die Gegenstände oder Werte trotz des Ersuchens des ersuchenden Staates in der Schweiz zurückzuhalten. Dazu gehören die Rechte des Geschädigten (lit. a), die Rechte einer Behörde (lit. b) und die Rechte Dritter (lit. c) sowie die Erfordernisse eines Verfahrens oder einer Einziehung in der Schweiz (lit. c). Ansprüche Dritter führen dazu, dass das Übergabeverfahren bis zur Klärung der Rechtslage ausgesetzt wird (vgl. *hinten* N. 67 ff.).

51 Wie Abs.. 1 dieser Bestimmung ist Art. 74a *Abs* . 4 IRSG als **Kann-Vorschrift** formuliert, im Gegensatz zu seinem Pendant im innerstaatlichen Recht, Art. 70 Abs. 2 StGB, der eine zwingende Norm darstellt. Der Spielraum, den die Behörde auf dieser Grundlage hat, darf jedoch nur darauf abzielen, Missbräuche zu verhindern, und darf keinesfalls dazu führen, dass Dritte im Rahmen einer von einem ausländischen Staat verhängten Einziehung im Vergleich zu einer rein innerstaatlichen Situation schlechter behandelt werden. So sollen Ansprüche eines Dritten oder Geschädigten, wenn sie glaubhaft erscheinen, grundsätzlich zur Aussetzung des Übergabeverfahrens führen.

52 Das **BGer hat den Kreis der Personen, die legitimiert sind, sich der Herausgabe zu widersetzen**, über den Wortlaut von Art. *74a* Abs. 4 IRSG hinaus **erweitert**. Dazu gehören nun auch (i) Geschädigte, die nicht in der Schweiz wohnhaft sind und weder vom Beschuldigten noch vom ersuchenden Staat noch von einem Dritten entschädigt werden; (ii) Opfer von Menschenrechtsverletzungen durch die Regierung des ersuchenden Staates oder (iii) Finanzintermediäre, die gleichzeitig von einem anderen Drittstaat als dem ersuchenden Staat verpflichtet werden, die Vermögenswerte, um deren Herausgabe ersucht wird, zu verwahren. Jeder Dritte, der die Kriterien von Art. *74a* Abs. 4 IRSG nicht erfüllt, muss vor den Gerichten des ersuchenden Staates klagen, um seine Rechte an den betreffenden Vermögenswerten geltend zu machen.

A. Ansprüche des Geschädigten (lit. a)

Die **Rückerstattungsansprüche des Geschädigten** können die Herausgabe von Gegenständen und Vermögenswerten im Ausland verhindern, sofern der Geschädigte seinen gewöhnlichen Aufenthalt in der Schweiz hat. Diese Bestimmung bezieht sich nur auf die Rückgabe und nicht auf allgemeine Entschädigungsansprüche. 53

B. Ansprüche einer Behörde (lit. b)

Die Schweiz kann auch auf die Herausgabe von Gegenständen oder Vermögenswerten an die ausländische Behörde verzichten, wenn eine **schweizerische Behörde Ansprüche** auf diese **geltend macht** . Hierunter fallen unseres Erachtens analog zu den Rechten gutgläubiger Dritter nach Buchstabe c (vgl. *unten* N. 55) dingliche Rechte oder beschränkte dingliche Rechte, die einer schweizerischen öffentlich-rechtlichen Körperschaft gehören, d.h. insbesondere eidgenössischen, kantonalen oder kommunalen Behörden, dem Bund, den Kantonen oder den Gemeinden, die mit öffentlicher Gewalt ausgestattet sind. Die Pfandrechte zugunsten des Fiskus und die Frage der für ein schweizerisches Verfahren erforderlichen Gegenstände oder Werte werden gesondert geregelt (Art. 60 IRSG bzw. Art. *74a* Abs. 4 lit. d IRSG). 54

C. Rechte gutgläubiger Dritter (lit. c)

Art. *74a* Abs. 4 IRSG schützt auch den Erwerb durch gutgläubige „ **an der Straftat unbeteiligte Personen** “. 55

Das Gesetz bezieht sich nicht auf einen Dritten, sondern auf eine Person, die an der Straftat nicht beteiligt ist, d. h. die sich vom Beschuldigten unterscheidet. Dieser Begriff schließt insbesondere eine juristische Person aus, die vollständig vom Beschuldigten kontrolliert wird, wenn dieser weiterhin eine tatsächliche Macht über die aus der Straftat stammenden Vermögenswerte ausübt. Andererseits verbietet die Rechtsprechung nicht jede Verbindung mit der Straftat und erkennt an, dass Personen, die in gutem Glauben Vermögenswerte im Zusammenhang mit der Straftat erhalten haben, sich der Übergabe an den ersuchenden Staat widersetzen können. 56

Der Gesetzestext verlangt darüber hinaus eine gewisse **Verbindung zur Schweiz**. Um in den Genuss des Schutzes von Art. 74a*Abs* . 4 IRSG zu 57

kommen und die Herausgabe zu verhindern, muss die Person weiterhin nachweisen, dass sie die Rechte, auf die sie sich beruft, in der Schweiz erworben hat, oder, falls dies nicht der Fall ist, dass sie in der Schweiz ansässig ist, wenn sie ihre Rechte im Ausland erworben hat.

58 Die Rechte, die in Bezug auf diese Gegenstände oder Werte geltend gemacht werden, müssen dingliche **Rechte oder beschränkte dingliche** Rechte sein , wie z. B. Verpfändung, und nicht bloß persönliche Rechte, wie z. B. ein Vertrag. Ein Zurückbehaltungsrecht an der Ware kann somit eine Verweigerung der Herausgabe begründen.

59 In Anwendung des Grundsatzes des schweizerischen Rechts, wonach der **strafrechtliche Arrest** im Konfliktfall **dem zivilrechtlichen** Arrest **vorgeht**, begründet ein zivilrechtlicher Arrest kein materiellrechtliches Privileg. Er stellt lediglich eine provisorische Massnahme zur Sicherung einer Forderung dar, steht aber der Rückgabe von Gegenständen oder Werten an die ausländische Behörde nicht im Wege, ebenso wenig wie ein nach dem Arrest erteilter Überweisungsauftrag.

60 Es sei noch erwähnt, dass Gegenstände oder Vermögenswerte in der Schweiz auf der Grundlage von Art. *74a* Abs. 4 IRSG nur dann zurückgehalten werden können, wenn die Ansprüche der an der Straftat unbeteiligten Person **im ersuchenden Staat keinen angemessenen Schutz geniessen**, sei es im Rahmen des laufenden Strafverfahrens oder eines anderen Zivil- oder Strafverfahrens. Der Schutz dieser Ansprüche wird in den Staaten, die durch Art. 6 Abs. 1 EMRK gebunden sind und der subsidiären Kontrolle der Straßburger Organe unterliegen, als angemessen angesehen. Ähnlich wie bei der Auslieferung sollte diese Vermutung unserer Ansicht nach widerlegt werden, wenn es klare Beweise dafür gibt, dass diese Rechte nicht respektiert werden.

61 Der Begriff des **guten Glaubens** nach Art. 74a Abs . 4 IRSG ist im strafrechtlichen (Art. 70 StGB) und nicht im zivilrechtlichen Sinne (Art. 933 ff. ZGB) zu verstehen. Gutgläubig ist somit ein Dritter, der Werte in Unkenntnis der Tatsachen erworben hat, die eine Einziehung gerechtfertigt hätten. Sobald der Dritte jedoch Kenntnis von diesen Tatsachen hat oder nicht ignorieren kann, ist er nicht mehr geschützt. Dies ist insbesondere dann der Fall, wenn der Dritte wusste, dass es sich bei der Straftat um eine Belohnung oder einen Ertrag handelte, oder wenn er dies aufgrund des konkreten Falles hätte

annehmen müssen. Es müssen alle Umstände berücksichtigt werden, wie z. B. die Möglichkeit des Dritten, sich zu informieren. Die Kenntnis der - tatsächlichen und rechtlichen - Organe einer Gesellschaft wird dieser zugerechnet. In jedem Fall muss der Erwerber die elementaren Vorsichtsmaßnahmen getroffen haben und rechtzeitig alle notwendigen Schritte unternehmen, um sich über die Herkunft der Werte oder des Gegenstands zu vergewissern.

Der Erwerber trägt die **Beweislast** für sein Recht. Das Gesetz verlangt 62
diesbezüglich keinen Strengbeweis, sondern dass der Dritte seinen guten Glauben glaubhaft macht. Die Vollstreckungsbehörde muss sich also darauf beschränken, zu prüfen, ob die Behauptungen des Erwerbers hinreichend genau und belegt sind, um die Glaubwürdigkeit seiner Ansprüche zu bejahen. Dies sollte den Dritten nicht davon entbinden, die Umstände nachzuweisen, unter denen er den Gegenstand oder die Vermögenswerte erworben hat, wie Ort und Datum des Erwerbs und die Identität des Verkäufers, sowie den urkundlichen Nachweis der Zahlung oder Einzahlung zu erbringen.

D. Erfordernis eines Verfahrens oder Einziehung in der Schweiz (lit. d)

Es kommt vor, dass Gegenstände oder Vermögenswerte **in der Schweiz** 63
sowohl Gegenstand eines Rechtshilfeverfahrens als auch eines inländischen Strafverfahrens sind , z. B. bei Geldwäschedelikten. Art. *74a* Abs. 4 lit. d IRSG sieht vor, dass die Schweiz die Herausgabe von Gegenständen an eine ausländische Behörde verweigern kann, wenn sie diese im Rahmen eines inländischen Strafverfahrens einziehen will.

Wenn die Gegenstände und Werte in der Schweiz eingezogen werden sollen, 64
wird die Einziehung in der Schweiz in der Regel Vorrang vor der Herausgabe an den ausländischen Staat haben. Ansonsten wird **die Entscheidung, ob das schweizerische oder das ausländische Strafverfahren bevorzugt** wird, von vorwiegend pragmatischen Gründen gesteuert, wie z.B. Erfolgsaussichten, Effizienz, Verfahrensökonomie, Einhaltung der Grundsätze des schweizerischen Rechts, Möglichkeiten, die eingezogenen Vermögenswerte mit dem ausländischen Staat zu teilen, oder auch das Risiko, dass diese Vermögenswerte im ersuchenden Staat erneut Gegenstand einer unrechtmäßigen Aneignung werden. Grundsätzlich gilt: Wenn die ersuchende Behörde beabsichtigt, die Gegenstände oder Vermögenswerte an den

Geschädigten zurückzugeben, werden die Schweizer Behörden die Herausgabe auch dann anordnen, wenn diese Gegenstände oder Vermögenswerte auch Gegenstand eines schweizerischen Strafverfahrens sind. Gibt es keine direkt durch die Straftat Geschädigten, wie z.B. im Fall von Drogenhandel, ist dem schweizerischen Verfahren der Vorzug zu geben.

65 Bei **konkurrierenden ausländischen Erlassgesuchen** enthält das IRSG keine Regel, wonach die Ansprüche eines Staates gegenüber denjenigen eines anderen Staates bevorzugt werden können. Grundsätzlich werden die im vorherigen Absatz dargelegten Regeln Anwendung finden, wobei die Schweiz wiederum über einen sehr grossen Ermessensspielraum verfügt.

66 Die **Interessen des ersuchenden Staates** können im Rahmen einer Teilungsvereinbarung berücksichtigt werden (vgl. Art. 11 ff. LVPC, vgl. *unten* N. 73). Die Schweiz verfügt in diesem Bereich über einen großen Ermessensspielraum, denn abgesehen von der besonderen Konstellation nach Art. 57 Abs. 3 lit. a UNCAC hat die Schweiz keine internationale Verpflichtung, eingezogene Vermögenswerte an die ausländische Behörde herauszugeben. Ihre einzige Verpflichtung besteht in der Einziehung der Erträge aus der Straftat (siehe not. Art. 7 Abs. 2 lit. a CBI). Der ersuchende Staat hat kein Recht, von der Schweiz zu verlangen, dass sie durch eine Herausgabe im Sinne von Art. *74a* IRSG statt durch eine inländische Einziehung zugunsten des Schweizer Fiskus vorgeht, die für den ersuchenden Staat hypothetisch weniger günstig ist. Dieses Ermessen darf jedoch nicht dazu benutzt werden, die Regeln des internationalen Rechtshilferechts und die sich daraus ergebenden Verpflichtungen der Schweiz zu umgehen. In Anwendung des Grundsatzes von Treu und Glauben müssen sich die Schweizer Behörden jedes unlauteren Vorgehens enthalten, das einseitig die schweizerischen Interessen auf Kosten der ausländischen Interessen begünstigen würde.

VIII. ABS. 5 - AUSSETZUNG DER ÜBERGABE

67 Art. 74 Abs. 5 IRSG besagt, dass die Übergabe an den ersuchenden Staat **ausgesetzt** wird, **wenn Ansprüche von Berechtigten** an den Gegenständen und Vermögenswerten bis zum bekannten Recht geltend gemacht werden. Der Gesetzestext präzisiert den Kreis der Anspruchsberechtigten nicht, doch handelt es sich unserer Ansicht nach um den Geschädigten (Art. *74a* Abs. 4 lit. a), einschliesslich seiner allfälligen Erben, und den gutgläubigen Dritten (Art. *74a* Abs. 4 lit. b).

Diese Bestimmung regelt auch die **Bedingungen, unter denen die Beschlagnahme aufgehoben und die Gegenstände oder Vermögenswerte an diese Berechtigten herausgegeben werden können**, entweder wenn der ersuchende Staat zustimmt (Abs. a), im Fall von Abs. 4 lit. b, wenn die Behörde zustimmt (lit. b) oder wenn die Begründetheit des Anspruchs von einer schweizerischen Justizbehörde anerkannt wird (lit. c). Diese Voraussetzungen sind unserer Ansicht nach, entsprechend dem Gesetzestext, alternativ. 68

In den meisten Fällen wird der Berechtigte, der sich auf seine Rechte an den betreffenden Gegenständen oder Werten beruft, ein **Urteil eines schweizerischen Gerichts** vorlegen müssen (Art. *74a* Abs. 5 lit. c), wobei die Annahme der Zustimmung des ersuchenden Staates (Art. *74a* Abs. 5 lit. a) oder der schweizerischen Behörde (Art. *74a* Abs. 5 lit. b) selten sein dürfte. Wenn er nicht bereits über ein solches Urteil verfügt, muss der Berechtigte daher grundsätzlich eine Feststellungsklage vor einem Schweizer Gericht einreichen. Im Zweifelsfall muss die Vollstreckungsbehörde der berechtigten Person eine Frist setzen, um eine Zivilklage einzureichen. Der Gesetzestext äußert sich nicht zur Art der gerichtlichen Entscheidung, und so ist davon auszugehen, dass sie sowohl ein rechtskräftiges, am Ende des Verfahrens ergangenes zivilrechtliches Urteil in der Sache als auch einen Ersatz, wie einen gerichtlichen Vergleich, umfasst. Erst wenn die Schweizer Gerichte über diese Rechte entschieden haben, muss entschieden werden, ob die Gegenstände und Werte an den ersuchenden Staat herausgegeben werden müssen. Unserer Ansicht nach sollte auch ein ausländisches Urteil zulässig sein, wenn es die Voraussetzungen für eine Anerkennung in der Schweiz erfüllt. 69

Abgesehen davon ist ein Autor zu Recht der Ansicht, dass Art. 74a*Abs* . 5 lit. c zu absolut formuliert ist und dass die zuständige Behörde über die Freigabe von Gegenständen oder Wertsachen an den Berechtigten entscheiden können sollte, wenn die Rechtslage klar ist, ohne dass ein Zivilurteil erforderlich ist. Dies wäre typischerweise der Fall, wenn das geltend gemachte Recht dokumentiert ist und der Beweis somit leicht erbracht und bewertet werden kann. Der Zivilrichter würde somit nur dann tätig werden, wenn Zweifel an den Rechten des Betroffenen bestehen. Diese Lösung würde Verfahrenskosten und mögliche Zinsen einsparen, die von den verschiedenen intervenierenden Parteien zu tragen wären. 70

IX. ABS. 6 - STEUERPFANDRECHTE

71 Nach Art. 60 Abs. 1 IRSG, der durch Verweis in Art. *74a* Abs. 6 IRSG anwendbar **ist**, kann, wenn die Gegenstände oder Vermögenswerte ohne Vorbehalt der Rückgabe übergeben werden, das **Zollpfandrecht oder jede andere durch das schweizerische Zoll- oder Steuerrecht geschaffene dingliche Sicherheit nicht geltend gemacht** werden, es sei denn, der durch die Zuwiderhandlung geschädigte Eigentümer schuldet sie selbst. Der Verzicht auf dieses Pfandrecht kann von Gegenseitigkeit abhängig gemacht werden (Art. 60 Abs. 2 IRSG).

72 Art. 23 IRSG ist, obwohl er sich auf die Auslieferung bezieht, analog anwendbar. Diese Bestimmung **legt die Situationen fest, in denen Pfandrechte zugunsten des Fiskus geltend gemacht oder aufgegeben** werden müssen , d.h. wenn die herauszugebenden Gegenstände (a) im ersuchenden Staat eingezogen werden können oder (b) einem ersuchenden Staat gehören, der im umgekehrten Fall nicht auf seine Pfandrechte **verzichtet**.

X. ABS. 7 - AUFTEILUNG DER EINGEZOGENEN WERTE

73 Gemäss Art. 11 ff. JStG kann der Bund mit einem ausländischen Staat **Vereinbarungen über die Teilung** eingezogener Vermögenswerte abschliessen. Grundsätzlich sieht ein solches Abkommen eine hälftige Aufteilung der Werte zwischen den Staaten vor (Art. 12 Abs. 3 JStG). Abweichungen sind insbesondere aufgrund der Art der Straftat, des Ortes, an dem sich die Vermögenswerte befinden, der Bedeutung der Teilnahme des ausländischen Staates an den Ermittlungen sowie der Gepflogenheiten zwischen der Schweiz und dem ausländischen Staat, der Gewährleistung der Gegenseitigkeit, des internationalen Kontextes oder der Bedeutung der Schädigung der Interessen des ausländischen Staates möglich (Art. 12 Abs. 3 JStG). Es ist auch möglich, von diesem Schlüssel abzuweichen, wenn einem Staat höhere Kosten oder Schäden entstanden sind als dem anderen Staat. Der der Schweiz zugewiesene Betrag wird dann zwischen den verschiedenen Behörden nach den im Gesetz festgelegten Modalitäten aufgeteilt (Art. 3 ff. LVPC). Die Aufteilung („ *sharing* “) der eingezogenen Vermögenswerte zwischen dem Bund und den ausländischen Staaten wird als externe Teilung

bezeichnet. Die externe Teilung setzt grundsätzlich voraus, dass der ausländische Staat Gegenrecht gewährt (Art. 11 Abs. 2 JStG).

Gemäss Art. *74a* Abs. 7 **werden** Gegenstände, die der Schweiz in Ausführung einer Teilungsvereinbarung auf der Grundlage des LVPC zufallen, **nicht herausgegeben**. Wenn also ein Teil der Gegenstände oder Vermögenswerte, die sie der ausländischen Behörde übergibt, aufgrund einer möglichen späteren Teilungsvereinbarung der Schweiz zufallen könnte, muss die Vollstreckungsbehörde im Dispositiv der Schlussverfügung entsprechende Vorbehalte anbringen. Ebenso kann die Vollstreckungsbehörde die Herausgabe aussetzen, wenn die Schweiz eine Aufteilung der beschlagnahmten Werte nach dem JVEG in Erwägung zieht, sofern die Gelder, um deren Herausgabe ersucht wird, im ersuchenden Staat noch nicht Gegenstand einer endgültigen Entscheidung waren. 74

XI. RECHTSBEHELFE

Der Entscheid der schweizerischen Vollzugsbehörde über die Herausgabe der Gegenstände oder Vermögenswerte an die ausländische Behörde ist eine **Schlussverfügung**, die **bei der Beschwerdekammer des Bundesstrafgerichts angefochten** werden kann (Art. *80e* Abs. 1 IRSG). Zur Beschwerde berechtigt ist, wer persönlich und direkt von der Rechtshilfemassnahme betroffen ist und ein schutzwürdiges Interesse an deren Aufhebung oder Änderung hat (Art. *80h* lit. b IRSG). Es handelt sich in dieser Hinsicht um die in Abs. 4 lit. a-d genannten Personen, d.h. Dritte, die einen Anspruch auf die herauszugebenden Gegenstände und Werte geltend machen (vgl. *oben* Abs. 50). Die Beschwerde kann wegen Verletzung von Bundesrecht (das grundsätzlich auch internationales Recht umfasst), einschließlich Ermessensüberschreitung oder -missbrauch (Art. 80i*Abs* . 1 lit. a IRSG) oder wegen unrechtmäßiger oder offensichtlich unrichtiger Anwendung ausländischen Rechts in den in Art. 65 IRSG genannten Fällen (Art. 80i *Abs* . 1 lit. b IRSG) eingelegt werden . Die Beschwerdefrist beträgt 30 Tage ab der schriftlichen Mitteilung des Entscheids, vorbehaltlich der Beschwerde wegen Rechtsverweigerung, die jederzeit eingelegt werden kann. Die Beschwerde gegen die Schlussverfügung hat aufschiebende Wirkung (Art. *80l* Abs. 1 IRSG). 75

Das im IRSG vorgesehene System kann manchmal zu unbefriedigenden Situationen führen, da zwischen der Beschlagnahme der Vermögenswerte und 76

ihrer Herausgabe mehrere Jahre vergehen können. Unter diesen Umständen ist die Zulässigkeit der Beschwerde ausnahmsweise nicht vom Vorliegen eines unmittelbaren und nicht wiedergutzumachenden Schadens abhängig, um beispielsweise dem Inhaber eines Bankkontos die Möglichkeit zu geben, die Rechtmäßigkeit oder Verhältnismäßigkeit der Zwangsmaßnahme von einer Justizbehörde überprüfen zu lassen, bevor die Entscheidung über die Freigabe der Vermögenswerte oder deren Übergabe an den ersuchenden Staat getroffen wird. Die Beschlagnahme von Gegenständen oder Wertsachen ohne Entscheidung über die Herausgabe innerhalb einer angemessenen Frist eröffnet ebenfalls den Weg für eine Beschwerde wegen formeller Rechtsverweigerung.

77 Der Entscheid des TPF kann nur ausnahmsweise **beim BGer angefochten** werden, nämlich wenn die Voraussetzungen von Art. 84 BGG erfüllt sind. Der Fall muss von besonderer Bedeutung sein (Abs. 1). Dies ist insbesondere dann der Fall, wenn Grund zur Annahme besteht, dass das Verfahren im Ausland gegen grundlegende Prinzipien verstösst oder andere schwerwiegende Mängel aufweist (Abs. 2). Ein solcher Fall kann auch angenommen werden, wenn sich eine grundsätzliche Rechtsfrage stellt, wenn die Vorinstanz von der Rechtsprechung des BGer abgewichen ist oder wenn der Fall sonst von ausserordentlicher Tragweite ist. Das Bundesgericht hielt insbesondere fest, dass dies bei der Anwendung von Art. *74a* auf die Herausgabe von Vermögenswerten zum Zweck der Durchsetzung einer Ersatzforderung der Fall sei, da es sich diesbezüglich noch nicht festgelegt hatte. In jedem Fall sind die Anforderungen für die Annahme eines solchen Falles hoch. Die Beschwerdefrist beträgt zehn Tage ab Zustellung der vollständigen Ausfertigung des Entscheids (Art. 100 Abs. 2 lit. b BGG). Grundsätzlich hat die Beschwerde aufschiebende Wirkung (Art. 103 Abs. 2 BGG). Eine Verletzung der in der EMRK verankerten Grundrechte kann letztlich unter den in der Konvention festgelegten Bedingungen vor dem EGMR geltend gemacht

LITERATURVERZEICHNIS

Aepli Michael, commentaire de l'art. 74*a*, in Niggli Marcel Alexander/ Heimgartner Stefan (édit.), Basler Kommentar: Internationales Strafrecht, IRSG, GwÜ, Bâle 2015 (cit. BSK IRSG-Aelpli).

Baumann Florian, commentaire de l'art. 72, in: Niggli Marcel Alexander/Wiprächtiger Hans (édit.), Basler Kommentar, Strafrecht, StGB, JStGB, 4e éd., Bâle 2019 (cit. BSK StGB-Baumann).

Bonzanigo Francesca/Ludwiczak Glassay Maria, Extradition et droit à un procès équitable : la pratique suisse face à l'hésitante confiance mutuelle au sein de l'Union européenne, in : Strafrecht und Demokratie, Zurich 2023, p. 43-56.

Bottinelli Nicolas, La confiscation dans le cadre de l'entraide judiciaire internationale en matière pénale, in : Giroud Sandrine/Rordorf-Braun Héloïse (édit.), Droit suisse des sanctions et de la confiscation internationales, Bâle 2020, p. 108-124 (cit. Confiscation).

Bottinelli Nicolas, La restitution dans le cadre de l'entraide judiciaire internationale en matière pénale, in : Giroud Sandrine/Rordorf-Braun Héloise (édit.), Droit suisse des sanctions et de la confiscation internationales, Bâle 2020, p. 169-174 (cit. Restitution).

Cassani Ursula, La confiscation de l'argent des « potentats » : à qui incombe la preuve ?, SJ II 2009 p. 229-256.

Chablais Alain, Le blocage prononcé sur la base de la Cst. et de la LVP, in : Giroud Sandrine/Rordorf- Braun Héloïse (édit.), Droit suisse des sanctions et de la confiscation internationales, Bâle 2020, p. 70-95.

Charrière Antonin, Extradition et garanties diplomatiques : examen de la pratique suisse, en particulier lorsque l'extradable a été jugé par défaut dans l'État requérant, PJA 2016, p. 879-889.

Donatsch Andreas/Heimgartner Sefan/Meyer Frank/Simonek Madeleine, Internationale Rechtshilfe unter Einbezug der Amtshilfe im Steuerrecht, 2e éd., Zurich 2015.

Giroud Sandrine, De Baby Doc à Teddy Obiang : retour vers le futur de la confiscation des avoirs de potentats : Propositions d'amélioration de l'arsenal juridique suisse en matière de confiscation des avoirs de potentats à la lumière de l'affaire des « biens mal acquis », in : Perrier Depeursinge Camille/Dongois Nathalie/Garbarski Michael Andrew/Lombardini Carlo/Macaluso Alain (édit.), Cimes et Châtiments : Mélanges en l'honneur du Professeur Laurent Moreillon, Berne 2022, p. 137-155 (cit. Baby Doc).

Giroud Sandrine, Le droit des victimes de potentats à obtenir réparation : progrès et lacunes de la LVP, in : Giroud Sandrine/Rordorf-Braun Héloïse (édit.), Droit suisse des sanctions et de la confiscation internationales, Bâle 2020, p. 309-333 (cit. Droit des victimes).

Giroud Sandrine, The fine art of recovering illicitly trafficked cultural property – Méta-mécaniques of mutual legal assistance in criminal matters and international sanctions, in : Mosimann Peter/Schönenberger Beat/ Rüegger Vanessa (edit.), Kunst & Recht 2023 / Art & Law 2023, p. 111-127 (cit. Cultural property).

Gstöhl Caroline, Geheimnisschutz im Verfahren der internationalen Rechtshilfe in Strafsachen, Berne 2008.

Harari Maurice, Remise internationale d'objets et valeurs : réflexions à l'occasion de la modification de l'EIMP, in : Robert Christian-Nils/Sträuli Bernhard (édit.), Procédure pénale, droit pénal international, entraide pénale : Etudes en l'honneur de Dominique Poncet, Genève 1997, p. 167-201.

Heimgartner Stefan, Strafprozessuale Beschlagnahme, Wesen, Arten und Wirkungen - Unter Berücksichtigung der Beweismittel-, Einziehungs-, Rückgabe- und Ersatzforderungsbeschlagnahme, Zurich 2011.

Lombardini Carlo, Banques et blanchiment d'argent : convention de diligence, ordonnance de la CFB,code pénal et LBA, Zurich 2006.

Ludwiczak Glassey Maria, Entraide judiciaire internationale en matière pénale, Bâle 2018 (cit. Entraide).

Ludwiczak Glassey Maria, Entraide internationale en matière d'exportation de biens culturels : l'obstacle de la double incrimination, forumpoenale 2 (2020), p. 149-154 (cité : Entraide biens culturels).

Moreillon Laurent, commentaire de l'art. 74*a*, in: Moreillon Laurent (édit.), Commentaire romand : entraide internationale en matière pénale, Bâle 2004.

Moser Robin, Strafprozessuale Kontosperren bei ausstehenden Lombardkrediten – Ein Problem für die kreditgebende Bank, RSDA 2018 p. 517-530.

Popp Peter, Grundzüge der internationalen Rechtshilfe in Strafsachen, Bâle 2000.

Stelzer-Wieckowska Marta, Die kleine Rechtshilfe in Strafsachen: grundrechtliche Stellung der betroffenen Person, Zurich 2022.

Zimmermann Robert, La coopération judiciaire internationale en matière pénale, 5e éd., Berne 2019.

KOMMENTIERUNG ZU

Art. 80 IRSG

Eine Kommentierung von Miro Dangubic / Marco Mignoli

ZITIERVORSCHLAG

Miro Dangubic/Marco Mignoli, Kommentierung zu Art. 80 IRSG, in: Maria Ludwiczak Glassey/Lukas Staffler (Hrsg.), Onlinekommentar zum Bundesgesetz über internationale Rechtshilfe in Strafsachen

Kurzzitat: OK-Dangubic/Mignoli, Art. 80 IRSG N. XXX.

Art. 80 Vorprüfung

[1] Das Ersuchen wird von der ausführenden kantonalen oder eidgenössischen Behörde vorgeprüft.

[2] Kann dem Ersuchen nicht entsprochen werden, so sendet es die ausführende Behörde auf demselben Weg, auf dem es ihr zugeleitet wurde, an die ersuchende Behörde zurück.

GLIEDERUNG

I. Allgemein 449
II. Abgrenzung zur summarischen Prüfung gemäss Art. 78 Abs. 2 IRSG 449
III. Vorprüfung 450
IV. Positiv ausgefallene Vorprüfung 452
V. Negativ ausgefallene Vorprüfung 453
VI. Parteirechte und Rechtsmittel 453
Literaturverzeichnis 454

I. ALLGEMEIN

Die Verfahrensbestimmung von Art. 80 IRSG kommt zur Anwendung, nachdem ein Rechtshilfeersuchen direkt oder nach summarischer Prüfung durch das BJ i.S.v. Art. 78 Abs. 2 IRSG bei der zuständigen Ausführungsbehörde eingegangen ist. Abs. 1 verpflichtet die Ausführungsbehörde, das Rechtshilfeersuchen einer Analyse *prima facie* zu unterziehen. Damit soll sichergestellt werden, dass sämtliche Rechtshilfevoraussetzungen erfüllt sind, bevor Rechtshilfehandlungen angeordnet werden, die in die Rechte der Betroffenen eingreifen können.[718] Abs. 2 bestimmt das Vorgehen bei unzulänglichen Rechtshilfeersuchen. 1

Normadressatin von Art. 80 IRSG ist diejenige Behörde, die das Rechtshilfeverfahren leitet. In der Praxis sind dies insbesondere kantonale Staatsanwaltschaften (Art. 55 Abs. 1 StPO), die Bundesanwaltschaft bzw. Verwaltungsstrafbehörden (Art. 17 Abs. 4 und Art. 79 Abs. 2 IRSG) sowie das BJ in den Fällen nach Art. 79*a* IRSG.[719] 2

Für den Rechtshilfeverkehr mit den USA enthält Art. 10 BG-RVUS eine ähnliche Regelung.[720] 3

II. ABGRENZUNG ZUR SUMMARISCHEN PRÜFUNG GEMÄSS ART. 78 ABS. 2 IRSG

Die summarische Prüfung i.S.v. Art. 78 Abs. 2 IRSG erfolgt vor der Vorprüfung nach Art. 80 Abs. 1 IRSG und wird durch das BJ vorgenommen. Praxisgemäss unterzieht das BJ sämtliche Rechtshilfeersuchen, die bei ihm eingehen, der summarischen Prüfung[721] – auch falls Direktverkehr möglich gewesen wäre.[722] Sinn und Zweck der Bestimmung ist es, dass die Fachbehörde Rechtshilfeersuchen aussondert, denen – aufgrund der Aktenlage – 4

718. Popp, S. 331.
719. Betreffend BJ: BSK-Kuster, Art. 78 IRSG N. 7.
720. So auch Popp, S. 332.
721. Diese Praxis des BJ entlastet die Vollzugsbehörden. Zudem entspricht sie dem Beschleunigungsgebot von Art. 17*a* IRSG, da unzulängliche Rechtshilfeersuchen schneller eruiert werden.
722. Die summarische Vorprüfung entfällt grundsätzlich im Direktverkehr: Vgl. Bundesamt für Justiz, Internationale Rechtshilfe in Strafsachen, Wegleitung, 9. Aufl. 2009, 39.

klarerweise nicht entsprochen werden kann. Gleichzeitig wird die Behörde eruiert, die für den Vollzug des Rechtshilfeersuchens zuständig ist, damit ihr das Rechtshilfeersuchen weitergeleitet bzw. delegiert werden kann – falls das BJ das Ersuchen nicht selbst ausführt.[723] Die Prüfungsdichte der Vorprüfung gemäss Art. 80 Abs. 1 IRSG ist höher als diejenige der summarischen Prüfung nach Art. 78 Abs. 2 IRSG[724], wobei jedoch keine klare Abgrenzung besteht – nicht zuletzt aufgrund dieser unscharfen Konturen kommt dem BJ ein grosser Ermessenspielraum bei der summarischen Prüfung zu.

III. VORPRÜFUNG

5 Das Rechtshilfeersuchen ist einer formellen und materiellen Vorprüfung zu unterziehen.[725] Die konkreten Rechtshilfeerfordernisse ergeben sich aus den einschlägigen Staatsverträgen und subsidiär aus dem IRSG und der IRSV (Art. 1 Abs. 1 IRSG), wobei nach dem sog. Günstigkeitsprinzip die nationalen Bestimmungen auch dann zur Anwendung gelangen, wenn diese geringere Anforderungen an die Rechtshilfe stellen.[726]

6 Formelle Aspekte, die es regelmässig zu prüfen gilt, sind insbesondere die Sprache, die Form sowie die Vollständigkeit des Inhalts und der Beilagen des Rechtshilfeersuchens.[727] In materieller Hinsicht wird typischerweise geprüft, ob eine rechtsgenügliche Sachverhaltsdarstellung vorliegt[728], Verweigerungsgründe bestehen[729] und die Ausführung des Ersuchens verhältnismässig erscheint[730]. Erfordert die Ausführung des Rechtshilfeersuchens Zwangsmassnahmen, so ist auch die doppelte Strafbarkeit zu prüfen (vgl. Art. 64 Abs. 1 IRSG).[731]

7 Ebenfalls kontrolliert wird, ob das schweizerische Verfahrensrecht, namentlich die StPO und das VStrR, die ersuchte Massnahme zulässt.[732] Auf

723. BSK-Kuster, Art. 78 IRSG N. 3.
724. BStGer RR.2022.134 vom 5.12.2022, E. 1.2.
725. Donatsch/Heimgartner/Meyer/Simonek, S. 131.
726. Vgl. hierzu BSK-Fiolka, Art. 1 IRSG N. 24.
727. Vgl. bspw. Art. 28 und 76 IRSG, Art. 10 IRSV, Art. 25–28 GwÜ und Art. 14–16 EÜR.
728. Stellvertretend: BStGer RR.2021.25 vom 19.1.2022, E. 5.2.
729. Z.B. Art. 2–6 IRSG.
730. Stellvertretend: BStGer RR.2021.229 vom 24.2.2022, E. 5.2.
731. Vgl. hierzu BSK-Garré, Art. 35 IRSG N. 7.
732. BSK-Kuster, Art. 78 IRSG N. 3.

ein Rechtshilfeersuchen kann jedoch auch dann eingetreten werden (vgl. Art. 80*a* Abs. 1 IRSG), wenn nicht sämtliche beantragten Unterstützungshandlungen zulässig sind: Diesfalls werden die zulässigen Massnahmen vollzogen und die ersuchende Behörde darüber informiert, welche Durchführungshandlungen in der Schweiz nicht vollziehbar sind.

Erfordert die Bearbeitung des Ersuchens besondere Sachkunde bzw. aktuelles wissenschaftliches Know-how und/oder Fachkenntnisse betreffend Spezialmaterien des schweizerischen Rechts, so kann die Vollzugsbehörde im Rahmen der Vorprüfung Stellungnahmen von Fachbehörden – wie der Eidgenössischen Steuerverwaltung (vgl. Art. 24 Abs. 3 IRSV) oder dem Staatssekretariat für Wirtschaft – einholen. Zulässig ist ebenfalls der Beizug von Akten aus anderen Verfahren (bspw. Strafverfahren oder Rechtshilfeverfahren[733]), von Daten aus dem Handelsregister oder öffentlich zugänglichen Quellen, falls sie für die Vorprüfung dienlich sein könnten.[734] Auch Aufträge an die Polizei sind bereits in diesem Verfahrensstadium möglich.[735] 8

In diesem Verfahrensstadium nicht zwingend zu beantworten ist die Frage, wem im Rechtshilfeverfahren Parteistellung zukommt,[736] zumal die Parteien im Rechtshilfeverfahren ohnehin grundsätzlich erst nach der Vornahme von Rechtshilfehandlungen feststehen.[737] 9

Da im Rahmen der Vorprüfung noch nicht abschliessend über die Gewährung und den Umfang der Rechtshilfe entschieden wird, sieht Art. 80 Abs. 1 IRSG lediglich eine Analyse *prima facie* des Rechtshilfeersuchens vor.[738] Nach der hier vertretenen Auffassung sollte die ausführende Behörde dennoch bereits 10

733. Vgl. Art. 12 Abs. 1 IRSG i.V.m. Art. 194 StPO.
734. Vgl. BStGer RR.2009.2 vom 9.7.2009, E. 3.4 – auch in Bezug auf die entsprechenden Grenzen.
735. Bspw. Wohnsitzabklärungen.
736. A.M. Zimmermann, N. 306; BSK-Kuster, Art. 80 IRSG N. 3.
737. Gemäss Rechtsprechung ist im Rechtshilfeverfahren Partei, wer persönlich und direkt von einer Rechtshilfemassnahme betroffen ist und ein schutzwürdiges Interesse an deren Aufhebung oder Änderung hat; BGer 1A.24/2004 vom 11.8.2004, E. 1.5; BStGer RR.2016.42 vom 15.7.2016, E. 3.2.
738. Botschaft betreffend die Änderung des Rechtshilfegesetzes und des Bundesgesetzes zum Staatsvertrag mit den USA über gegenseitige Rechtshilfe in Strafsachen sowie den Bundesbeschluss über einen Vorbehalt zum Europäischen Übereinkommen über die Rechtshilfe in Strafsachen vom 29.3.1995, BBl 1995 III 1 ff. 12; BSK-Kuster, Art. 80 IRSG N. 2.

in diesem Verfahrensstadium eine sorgfältige Kontrolle des Rechtshilfeersuchens vornehmen: Einerseits können dadurch aufwändige und zwecklose strafprozessuale Massnahmen vermieden werden.[739] Andererseits ermöglicht im Falle von unzulänglichen Rechtshilfeersuchen (Art. 80 Abs. 2 IRSG) nur eine sorgfältige Prüfung ein zielgerichtetes Aktivwerden gegenüber der ersuchenden Behörde.

11 Im Rahmen von Art. 80 Abs. 1 IRSG nicht zu prüfen ist, ob die Rechtshilfe wegen entgegenstehender essenzieller schweizerischer Interessen nach Art. 1*a* IRSG zu beschränken bzw. zu verweigern ist. Zuständig für solch einen Entscheid ist das EJPD, welches innert 30 Tagen nach der Schlussverfügung um einen Entscheid ersucht werden kann (vgl. Art. 17 Abs. 1 IRSG).[740]

12 Bei sog. *ergänzenden Rechtshilfeersuchen*[741] findet nur eine eingeschränkte Vorprüfung statt, namentlich gilt es lediglich die Zulässigkeit der ersuchten Massnahmen zu kontrollieren.[742]

IV. POSITIV AUSGEFALLENE VORPRÜFUNG

13 Fällt die Vorprüfung positiv aus, so wird eine summarisch begründete Eintretensverfügung erlassen (Art. 80*a* Abs. 1 IRSG), in welcher das Resultat der Vorprüfung festgehalten wird.[743] Danach folgen die beantragten Durchführungshandlungen, namentlich Editionsverfügungen, Hausdurchsuchungen, Sicherstellungen, Einvernahmen, geheime Überwachungsmassnahmen und Kontosperren (vgl. Art. 63 ff. IRSG). Anschliessend werden die Parteirechte (insbesondere das rechtliche Gehör) gewährt und das Rechtshilfeverfahren abgeschlossen.[744] Auch bei positiv ausgefallener Vorprüfung kann die Rechtshilfe von der ausführenden Behörde noch verweigert werden.

739. Zu denken ist insbesondere an Hausdurchsuchungen, die sich als ungerechtfertigt erweisen, da die Rechtshilfevoraussetzungen – von Anfang an – nicht erfüllt waren.
740. Donatsch/Heimgartner/Meyer/Simonek, S. 131 f.
741. Stellt die ausländische Strafverfolgungsbehörde im Rahmen des gleichen Strafverfahrens in Bezug auf den identischen Sachverhaltskomplex weitere Rechtshilfeersuchen, so spricht man von ergänzenden Rechtshilfeersuchen.
742. Gemäss BStGer RR.2021.130-131 vom 17.11.2021, E. 4.5 kann in dieser Konstellation auf erneute Vorprüfung verzichtet werden.
743. Donatsch/Heimgartner/Meyer/Simonek, S. 132.
744. Vereinfachte Ausführung gemäss Art. 80*c* IRSG bzw. Schlussverfügung i.S.v. Art. 80*d* IRSG.

V. NEGATIV AUSGEFALLENE VORPRÜFUNG

Genügt das Rechtshilfeersuchen den Erfordernissen nicht, so wird dies nicht in einer formellen Verfügung festgehalten.[745] Gemäss Art. 80 Abs. 2 IRSG ist in diesem Fall das Rechtshilfeersuchen der ersuchenden Behörde zurückzusenden. Neben der Verweigerung der Rechtshilfe besteht auch in diesem Verfahrensstadium die Möglichkeit, dass die ersuchende Behörde eingeladen wird, das Rechtshilfeersuchen zu ergänzen bzw. zu verbessern.[746] Die Gründe für die Rückfrage bzw. Ablehnung der Rechtshilfe sind der ersuchenden Behörde anzugeben.[747] 14

Ist mit dem ersuchenden Staat Direktverkehr möglich, so kann die ausführende Behörde selbst gegenüber der ersuchenden Behörde tätig werden – selbst falls ihr das Rechtshilfeersuchen vom BJ delegiert bzw. weitergeleitet wurde. Andernfalls ist das BJ miteinzubeziehen. 15

VI. PARTEIRECHTE UND RECHTSMITTEL

Im Vorfeld der Vorprüfung besteht kein Akteneinsichtsrecht (Art. 80*b* Abs. 1 IRSG) und kein Recht auf vorgängige Äusserung (Art. 30 Abs. 1 VwVG[748]) potentieller Parteien.[749] In Bezug auf negativ ausgefallene Vorprüfungen besteht zudem keine Offenlegungspflicht den potentiellen Parteien gegenüber[750] und auch kein Rechtsmittel dagegen.[751] Wird auf das Rechtshilfeersuchen eingetreten, so gelten im Rahmen des entsprechenden Rechtshilfeverfahrens die gewöhnlichen Regeln betreffend Parteirechte und Rechtsmittel.[752] 16

745. A.M. CR EIMP, Art. 80 N. 1; Zimmermann, N. 306.
746. Zumal die Möglichkeit der Rückfrage an den ersuchenden Staat sowohl im Rahmen der summarischen Prüfung nach Art. 78 Abs. 3 IRSG als auch später im Verfahren besteht (vgl. Art. 80*p* IRSG). Offenbar a.M.: BSK-Kuster, Art. 80 IRSG N. 4; CR EIMP, Art. 80 N. 4.
747. Zimmermann, N. 306.
748. BStGer RR.2016.60 vom 10.8.2016, E. 4.2.2.
749. Im Ergebnis Dangubic, 115 f.
750. So auch BSK-Kuster, Art. 80 IRSG N. 6; a.M. Zimmermann, N. 306.
751. Auch das BJ kann kein Rechtsmittel gegen eine negativ ausgefallene Vorprüfung einlegen. Es könnte jedoch das Ersuchen selbst ausführen oder einer anderen Behörde zum Vollzug weiterleiten bzw. delegieren.
752. Vgl. hierzu Dangubic, 112 ff.

Die Rechtsauffassung der beiden Autoren ist unabhängig von jener ihres Arbeitgebers. Begriffe, die sich auf Personen beziehen, gelten gleichermassen für Frauen und Männer.

LITERATURVERZEICHNIS

Dangubic Miro, Parteistellung und Parteirechte bei der rechtshilfeweisen Herausgabe von Kontoinformationen, forumpoenale 2018, S. 112-117.

Donatsch Andreas/Heimgartner Stefan/Meyer Frank/Simonek Madeleine, Internationale Rechtshilfe, 2. Aufl., Zürich et al. 2015.

Fiolka Gerhard, Kommentierung zu Art. 1 IRSG, in: Niggli Marcel Alexander/Heimgartner Stefan (Hrsg.), Basler Kommentar, Internationales Strafrecht, IRSG, GwÜ, Basel 2015.

Garré Roy, Kommentierung zu Art. 35 IRSG, in: Niggli Marcel Alexander/Heimgartner Stefan (Hrsg.), Basler Kommentar, Internationales Strafrecht, IRSG, GwÜ, Basel 2015.

Kuster Susanne, Kommentierung zu Art. 78 und Art. 80 IRSG, in: Niggli Marcel Alexander/Heimgartner Stefan (Hrsg.), Basler Kommentar, Internationales Strafrecht, IRSG, GwÜ, Basel 2015.

Moreillon Laurent (Hrsg.), Commentaire romand, Entraide internationale en matière pénale, EIMP, TEJUS, LTEJUS, TEXUS, Basel 2004.

Popp Peter, Grundzüge der internationalen Rechtshilfe in Strafsachen, Basel et al. 2001.

Zimmermann Robert, La coopération judiciaire internationale en matière pénale, 5. Aufl., Bern 2019.

KOMMENTIERUNG ZU

Art. 80a IRSG

Eine Kommentierung von Miro Dangubic / Cyrill Purtscheller

ZITIERVORSCHLAG

Miro Dangubic/Cyrill Purtscheller, Kommentierung zu Art. 80a IRSG, in: Maria Ludwiczak Glassey/Lukas Staffler (Hrsg.), Onlinekommentar zum Bundesgesetz über internationale Rechtshilfe in Strafsachen

Kurzzitat: OK-Dangubic/Purtscheller, Art. 80a IRSG N. XXX.

Art. 80*a* Eintreten und Ausführung

[1] Die ausführende Behörde erlässt eine summarisch begründete Eintretensverfügung und ordnet die zulässigen Rechtshilfehandlungen an.

[2] Sie führt die Rechtshilfehandlungen nach dem eigenen Verfahrensrecht aus.

GLIEDERUNG

I. Allgemein 457
II. Die Eintretensverfügung 457
A. Inhalt und Form 458
B. Kombination mit weiteren Verfügungen 459
C. Bei ergänzenden Rechtshilfeersuchen 459
III. Rechtshilfehandlungen 460
A. Allgemein 460
B. Anwendung des Strafprozessrechts 460
1. Rechtsquellen der Rechtshilfe 460
2. StPO/VStrR 461
3. Ausländisches Verfahrensrecht 461
IV. Parteirechte und Rechtsmittel 462
A. Parteirechte 462
B. Rechtsmittel 462
V. Verfahrensfragen 462
A. Fristen 462
B. Verweigerung der Rechtshilfe 463
Literaturverzeichnis 464
Materialienverzeichnis 465

I. ALLGEMEIN

Die **Verfahrensbestimmung** von Art. 80*a* IRSG richtet sich an die ausführende Behörde und kommt zur Anwendung, falls die Vorprüfung gemäss Art. 80 Abs. 1 IRSG positiv ausgefallen ist.[753] Art. 80*a* Abs. 1 IRSG sieht vor, dass das Resultat der Vorprüfung in einer Eintretensverfügung festgehalten sowie summarisch begründet wird[754] und danach die notwendigen Rechtshilfehandlungen angeordnet werden.[755] Das massgebende Verfahrensrecht für diese Rechtshilfehandlungen wird in Art. 80*a* Abs. 2 IRSG geregelt. 1

Mit dem sehr allgemeinen Begriff **Rechtshilfehandlung** bezieht sich Art. 80*a* IRSG insbesondere auf strafprozessuale Verfahrenshandlungen i.S.v. Art. 63 ff. IRSG.[756] 2

Die **ausführende Behörde** im Sinne von Art. 80*a* IRSG ist diejenige Behörde, die die Vorprüfung vollzogen hat, mithin insbesondere kantonale Staatsanwaltschaften (Art. 55 Abs. 1 StPO), die Bundesanwaltschaft bzw. Verwaltungsstrafbehörden (Art. 17 Abs. 4 und Art. 79 Abs. 2 IRSG) sowie das BJ in den Fällen nach Art. 79*a* IRSG.[757] 3

Für den Rechtshilfeverkehr mit den USA gilt betreffend Eintreten und Ausführung **Art. 10 BG-RVUS**. 4

II. DIE EINTRETENSVERFÜGUNG

Die Eintretensverfügung erfolgt im Nachgang zur positiv ausgefallenen Vorprüfung nach Art. 80 IRSG.[758] In ihr wird insbesondere festgehalten, dass die massgebenden materiellen und formellen Voraussetzungen für die Gewährung der Rechtshilfe erfüllt sind.[759] 5

753. OK-Dangubic/Mignoli, Art. 80 IRSG N. 1 ff.
754. Donatsch/Heimgartner/Simonek, S. 151; Popp, S. 334.
755. BSK-Kuster, Art. 80*a* IRSG N. 4.
756. PC-Ludwiczak Glassey, Art. 80*a* IRSG N. 8; BSK-Dangubic/Keshelava, Art. 12 IRSG N. 2.
757. OK-Dangubic/Mignoli, Art. 80 IRSG N. 2; zum Umfang der Verfahrensführung durch das BJ vgl. BSK-Kuster, Art. 79*a* IRSG N. 5 f.
758. BStGer RR.2021.130 vom 17.11.2021 E. 4.5.
759. Wegleitung, Bundesamt für Justiz, S. 49.

6 Abgesehen von den in Art. 18 Abs. 2 IRSG geregelten Konstellationen ist die Eintretensverfügung grundsätzlich eine **formelle Voraussetzung** für die Durchführung von Rechtshilfehandlungen im Rahmen der kleinen Rechtshilfe.[760] Anders als der Eröffnungsverfügung im Strafprozess kommt ihr somit nicht nur deklaratorische Wirkung zu.[761]

A. Inhalt und Form

7 Die Eintretensverfügung wird grundsätzlich schriftlich erlassen.[762] Sie ist als solche zu bezeichnen und enthält eine Rechtsmittelbelehrung[763] sowie eine summarische Begründung. Die summarische Begründung kann insbesondere folgende Punkte beinhalten:

- Angaben zum Rechtshilfeersuchen (Datum des Ersuchens, Bezeichnung der ersuchenden Behörde, Verfahrensnummer der ausländischen Strafuntersuchung, Straftatbestände, die im Zentrum dieser Untersuchung stehen, sowie die Namen der beschuldigten Personen);
- eine Zusammenfassung des im Ersuchen beschriebenen Sachverhalts;
- den Grund des Ersuchens;
- die Rechtsgrundlagen des Rechtshilfeverfahrens – insbesondere auch die massgebenden Staatsverträge[764];
- das Ergebnis der formellen und materiellen Vorprüfung der Rechtshilfevoraussetzungen[765];
- das Resultat der Prüfung der doppelten Strafbarkeit,[766] falls Zwangsmassnahmen durchgeführt werden sollen;
- ein Dispositiv sowie
- die Eröffnungsformel.

760. zu den Voraussetzungen von Art. 18 Abs. 2 IRSG vgl. Bottinelli, Rz. 133 ff.
761. Statt vieler: BGE 141 IV 20 E. 1.1.4.
762. Vgl. Art. 34 Abs. 1 VwVG; Stelzer-Wieckowska, S. 158.
763. Art. 22 IRSG; siehe auch Art. 35 Abs. 1 VwVG; a.M. BSK-Kuster, Art. 80*a* IRSG N. 2 und Wegleitung, Bundesamt für Justiz, S. 49.
764. Vgl. Länderindex im Rechtshilfeführer, abrufbar unter: https://www.rhf.admin.ch/rhf/de/home/rechtshilfefuehrer/laenderindex.html, besucht am 21.3.2025.
765. OK-Dangubic/Mignoli, Art. 80 IRSG N. 5 ff.
766. Lugentz/Rayroud/Turk, S. 591.

B. Kombination mit weiteren Verfügungen

Die Eintretensverfügung kann mit weiteren Rechtshilfeverfügungen kombiniert werden. Bei gegebenen Voraussetzungen können insbesondere folgende Verfügungen gleichzeitig mit ihr erlassen werden: 8

- Zwischenverfügung, in welcher Rechtshilfehandlungen erlassen werden[767];
- Zwischenverfügung betreffend die Anwesenheit von Personen, die am ausländischen Prozess beteiligt sind (Art. 65*a* IRSG);
- Zwischenverfügung, in welcher die Einvernahme mittels Videokonferenz bewilligt wird;
- Zwischenverfügung betreffend die Voraussetzungen der sog. dynamischen Rechtshilfe (Art. 18*b* und 80*d*^{bis} IRSG);
- Schlussverfügung gemäss Art. 80*d* IRSG.[768]

C. Bei ergänzenden Rechtshilfeersuchen

Stellt die ausländische Strafverfolgungsbehörde im Rahmen des gleichen Strafverfahrens in Bezug auf den identischen Sachverhaltskomplex weitere Rechtshilfeersuchen, so spricht man von ergänzenden Rechtshilfeersuchen. Für diese sog. ergänzenden Rechtshilfeersuchen ist die ausführende Behörde nicht verpflichtet, eine erneute Eintretensverfügung zu erlassen, sondern kann gestützt auf die ursprüngliche Eintretensverfügung sogleich Rechtshilfehandlungen anordnen.[769] 9

767. BSK-Kuster, Art. 80*a* IRSG N. 4; Wegleitung, Bundesamt für Justiz, S. 49.
768. PC-Ludwiczak Glassey, Art. 80*a* IRSG N. 5; m.w.H. BSK-Heimgartner, Art. 63 IRSG N. 11; a.M. BSK-Kuster, Art. 80*a* IRSG N. 1.
769. BStGer RR.2021.130 vom 17.11.2021 E. 4.5.

III. RECHTSHILFEHANDLUNGEN

A. Allgemein

10 Rechtshilfehandlungen sind diejenigen Verfahrensakte, die die allfällige Gewährung der Rechtshilfe erfordern[770], namentlich strafprozessuale Verfahrenshandlungen wie:

- Hausdurchsuchungen (Art. 244 f. StPO);
- Einvernahmen (Art. 142 ff. StPO);
- Einholung von schriftlichen Berichten (Art. 145 StPO);
- geheime Überwachungsmassnahmen (Art. 269 ff. StPO);
- Herausgabeverfügungen (Art. 265 StPO) und
- Beschlagnahmen (Art. 263 ff. StPO).

11 Es besteht kein *numerus clausus* für mögliche Rechtshilfehandlungen – mithin ist die Aufzählung von Art. 63 ff. IRSG nicht abschliessend.[771]

12 Rechtshilfehandlungen sind im formellen Sinne **Zwischenverfügungen**.[772]

B. Anwendung des Strafprozessrechts

1. Rechtsquellen der Rechtshilfe

13 Rechtshilfeverfahren im Geltungsbereich des IRSG richten sich in erster Linie nach den massgebenden Staatsverträgen und subsidiär nach dem IRSG und der IRSV (Art. 1 Abs. 1 IRSG), wobei gemäss dem sog. Günstigkeitsprinzip die nationalen Bestimmungen auch dann zur Anwendung gelangen, wenn diese geringere Anforderungen an die Rechtshilfe stellen.[773] Da Staatsverträge in der Regel keine Verfahrensbestimmungen enthalten[774] und das IRSG bzw. die IRSV das Verfahren betreffend die kleine Rechtshilfe nicht vollständig regeln, kommen weitere nationale Bestimmungen subsidiär zur Anwendung,

770. Popp, S. 341.
771. Unseld, S. 173.
772. BSK-Heimgartner, Art. 63 IRSG N. 10.
773. BGE 142 IV 250 E. 3.
774. Donatsch/Heimgartner/Simonek, S. 14.

namentlich gilt für strafprozessuale Verfahrenshandlungen die StPO bzw. das VStrR[775] und im Übrigen das VwVG (vgl. Art. 12 Abs. 1 IRSG).

2. StPO/VStrR

Art. 80*a* Abs. 2 IRSG besagt, dass die ausführende Behörde die Rechtshilfehandlungen nach dem eigenen Verfahrensrecht ausübt, und wiederholt somit im Ergebnis die Regelung von Art. 12 Abs. 1 IRSG, wonach bei **strafprozessualen Verfahrenshandlungen** die StPO bzw. das VStrR sinngemäss zur Anwendung kommen. 14

Das Strafprozessrecht kommt jedoch nur insofern zur Anwendung, als es den **Vollzug** bzw. die **Modalitäten** der Rechtshilfehandlung regelt.[776] Beispielsweise gilt es bei Hausdurchsuchungen Art. 244 f. StPO, bei Beschlagnahmen Art. 266 StPO, bei Fernmeldeüberwachungen Art. 269 ff. StPO und bei Einvernahmen Art. 142 ff. StPO zu beachten. 15

Eine weitergehende Rolle kommt dem Strafprozessrecht gestützt auf Art. 80*a* Abs. 2 IRSG nicht zu. Es ist insbesondere nicht anwendbar auf Fragen betreffend die Eröffnung von Verfügungen und den Rechtsweg.[777] 16

3. Ausländisches Verfahrensrecht

Sowohl gewisse Staatsverträge als auch **Art. 65 IRSG** sehen vor, dass gewisse Beweisvorschriften des ersuchenden Staates bei der Durchführung von strafprozessualen Verfahrenshandlungen zur Anwendung kommen können.[778] Dies erfolgt grundsätzlich nur auf explizites Ersuchen der ausländischen Behörde und falls es mit dem schweizerischen Recht vereinbar ist. In der Praxis kommt diese Bestimmung insbesondere bei Einvernahmen zur Anwendung, indem bspw. der Zeuge auch nach ausländischem Recht belehrt wird.[779] 17

775. Seit der Vereinheitlichung der Strafprozessordnung kommen als subsidiäres Strafprozessrecht nur noch die StPO und das VStrR in Betracht. Siehe: BSK-Kuster, Art. 80*a* N 4; vgl. jedoch: TPF 2018 27 zur Anwendbarkeit von Art. 24 JStPO.
776. SK-Heimgartner, Art. 54 StPO N. 5.
777. BSK-Dangubic/Keshelava, Art. 12 IRSG N. 2.
778. SK-Heimgartner, Art. 54 StPO N. 7 f.
779. Stelzer-Wieckowska, S. 154.

IV. PARTEIRECHTE UND RECHTSMITTEL

A. Parteirechte

18 Im Vorfeld der Eintretensverfügung und der Rechtshilfehandlungen besteht grundsätzlich kein Akteneinsichtsrecht und auch kein Recht auf vorgängige Äusserung (Art. 80*b* Abs. 1 IRSG und Art. 30 Abs. 1 VwVG[780]) potentieller Parteien.[781] Es besteht überdies auch kein Anspruch auf unmittelbare Eröffnung der Eintretensverfügung.[782] Grundsätzlich ist der Anspruch auf rechtliches Gehör gewahrt, falls die Parteirechte im Vorfeld der Schlussverfügung gewährt werden.[783]

B. Rechtsmittel

19 Die **Eintretensverfügung** ist nicht selbstständig anfechtbar.[784] Die selbstständige Anfechtbarkeit von Zwischenverfügungen (mithin auch **Rechtshilfehandlungen**) ist in Art. 80*e* Abs. 2 IRSG geregelt. Gemäss dieser Bestimmung können Zwischenverfügungen selbstständig angefochten werden, sofern sie einen unmittelbaren und nicht wieder gutzumachenden Nachteil bewirken durch die Beschlagnahme von Vermögenswerten und Wertgegenständen (lit. a) oder durch die Anwesenheit von Personen, die am ausländischen Prozess beteiligt sind (lit. b). Mängel des Rechtshilfeverfahrens (inkl. fehlerhafter Eintretensverfügungen bzw. Zwischenverfügungen) können im Rahmen der Beschwerde gegen die Schlussverfügung (Art. 80*e* Abs. 2 IRSG) gerügt werden.[785]

V. VERFAHRENSFRAGEN

A. Fristen

20 Rechtshilfeverfahren sind zügig voranzutreiben (Art. 17a IRSG). Für die Durchführung der Vorprüfung, den Erlass der Eintretensverfügung sowie die

780. BStGer RR.2016.60 vom 10. August 2016, E. 4.2.2.
781. Im Ergebnis: Dangubic, 115 f.
782. Popp, S. 334; offenbar anderer Meinung: BSK-Kuster, Art. 80a N. 1 IRSG. Dem Bundesamt für Justiz sind hingegen sämtliche Verfügungen aus dem Gebiet der internationalen Rechtshilfe in Strafsachen zu eröffnen (Art. 5 IRSV).
783. Vgl. Dangubic. S. 115 f.
784. PC-Ludwiczak Glassey, Art. 80*a* IRSG N. 6.

Anordnung von strafprozessualen Verfahrenshandlungen bestehen jedoch **keine gesetzlichen Fristen**.[786]

In einem *obiter dictum* in RR.2013.236-249 hat die Beschwerdekammer des Bundesstrafgerichts erwogen, dass die Eintretensfrage grundsätzlich innerhalb weniger Tage zu entscheiden sei und nur in komplexen Fällen mehrere Wochen dauern könne.[787] Diese Erwägung hat sich jedoch bisher in der Praxis nicht etabliert. 21

B. Verweigerung der Rechtshilfe

Auf ein Rechtshilfeersuchen kann auch dann eingetreten werden, wenn nicht sämtliche beantragten Rechtshilfehandlungen zulässig sind. Diesfalls werden die zulässigen strafprozessualen Verfahrenshandlungen durchgeführt und die ersuchende Behörde darüber informiert, welche Durchführungshandlungen in der Schweiz nicht vollziehbar sind.[788] 22

Die ausführende Behörde kann die Rechtshilfe auch dann **verweigern**, wenn sie auf das Rechtshilfeersuchen eingetreten ist und diverse Rechtshilfehandlungen durchgeführt hat. Grundsätzlich braucht es hierfür keinen formellen Entscheid der ausführenden Behörde, sondern lediglich eine Mitteilung an die ersuchende Behörde. 23

Bemerkung:
Begriffe im Text, die sich auf Personen beziehen, gelten gleichermassen für Frauen und Männer.

Zu den Autoren

Der Autor ist Staatsanwalt des Bundes im Bereich der internationalen Rechtshilfe in Strafsachen. Seine Rechtsauffassung ist unabhängig von jener seines Arbeitgebers. Der Co-Autor ist Assistenz-Staatsanwalt des Bundes im Bereich der Cyberkriminalität. Seine Rechtsauffassung ist unabhängig von jener seines Arbeitgebers.

785. BSK-Kuster, Art. 80*a* IRSG N. 2
786. PC-Ludwiczak Glassey, Art. 80*a* IRSG N. 4.
787. BStGer RR.2013.236-249.130 vom 2.5.2014, E. 2.2.
788. OK-Dangubic/Mignoli, Art. 80 IRSG N. 7.

LITERATURVERZEICHNIS

Bottinelli Nicolas, Le séquestre dans le cadre de l'entraide judiciaire internationale en matière pénale, in: Giroud Sandrine/Rordorf-Braun Héloïse (Hrsg.), Droit suisse des sanctions et de la confiscation internationales, Basel 2020, S. 46-56.

Dangubic Miro, Parteistellung und Parteirechte bei der rechtshilfeweisen Herausgabe von Kontoinformationen, forumpoenale 2 (2018), S. 112–117.

Dangubic Miro/Mignoli Marco, Kommentierung zu Art. 80 IRSG, in: Staffler Lukas/Ludwiczak Glassey Maria (Hrsg.), Onlinekommentar zum Bundesgesetz über internationale Rechtshilfe in Strafsachen – Version: 8.9.2023: https://onlinekommentar.ch/de/kommentare/irsg80, besucht am 24.3.2025, DOI: 10.17176/20230908-112318-0.

Dangubic Miro/Keshelava Tornike, Kommentierung zu Art. 12 IRSG, in: Niggli Marcel Alexander/Heimgartner Stefan (Hrsg.), Basler Kommentar, Internationales Strafrecht, IRSG, GwÜ, Basel 2015.

Donatsch Andreas/Heimgartner Stefan/Simonek Madeleine, Internationale Rechtshilfe, 3. Aufl., Zürich et al. 2024.

Heimgartner Stefan, Kommentierung zu Art. 54 StPO, in: Donatsch Andreas/Lieber Viktor/Summers Sarah/Wohlers Wolfgang (Hrsg.), Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung (StPO), 3. Aufl., Zürich et al. 2020.

Heimgartner Stefan, Kommentierung zu Art. 63 IRSG, in: Niggli Marcel Alexander/Heimgartner Stefan (Hrsg.), Basler Kommentar, Internationales Strafrecht, IRSG, GwÜ, Basel 2015.

Kuster Susanne, Kommentierung zu Art. 79a IRSG, in: Niggli Marcel Alexander/Heimgartner Stefan (Hrsg.), Basler Kommentar, Internationales Strafrecht, IRSG, GwÜ, Basel 2015.

Kuster Susanne, Kommentierung zu Art. 80a IRSG, in: Niggli Marcel Alexander/Heimgartner Stefan (Hrsg.), Basler Kommentar, Internationales Strafrecht, IRSG, GwÜ, Basel 2015.

Ludwiczak Glassey Maria, Kommentierung zu Art. 80a IRSG, in: Ludwiczak Glassey Maria/Moreillon Laurent, Petit commentaire Loi fédérale sur l'entraide internationale en matière pénale, Basel 2024.

Lugentz Frédéric/Rayroud Jacques/Turk Michel, L' Entraide Pénale internationale en Suisse, en Belgique et au Grand-Duché de Luxembourg, Bruxelles 2014.

Popp Peter, Grundzüge der internationalen Rechtshilfe in Strafsachen, Basel et al. 2001.

Stelzer-Wieckowska Marta, Die kleine Rechtshilfe in Strafsachen: grundrechtliche Stellung der betroffenen Person, Zürich 2022.

Unseld Lea, Internationale Rechtshilfe im Steuerrecht. Akzessorische Rechtshilfe, Auslieferung und Vollstreckungshilfe bei Fiskaldelikten, Zürich 2011.

MATERIALIENVERZEICHNIS

Die internationale Rechtshilfe in Strafsachen, Wegleitung, Bundesamt für Justiz, 9. Aufl. 2009, abrufbar unter https://www.rhf.admin.ch/rhf/de/home/strafrecht/wegleitungen.html (zit. Wegleitung Bundesamt für Justiz).

KOMMENTIERUNG ZU

Art. 80b IRSG

Eine Kommentierung von Miro Dangubic / Marta Stelzer-Wieckowska

ZITIERVORSCHLAG

Miro Dangubic/Marta Stelzer-Wieckowska, Kommentierung zu Art. 80b IRSG, in: Maria Ludwiczak Glassey/Lukas Staffler (Hrsg.), Onlinekommentar zum Bundesgesetz über internationale Rechtshilfe in Strafsachen

Kurzzitat: OK-Dangubic/Stelzer-Wieckowska, Art. 80b IRSG N. XXX.

Art. 80*b* Teilnahme am Verfahren und Akteneinsicht

[1] Die Berechtigten können am Verfahren teilnehmen und Einsicht in die Akten nehmen, soweit dies für die Wahrung ihrer Interessen notwendig ist.

[2] Die Rechte nach Absatz 1 können nur eingeschränkt werden:

a. im Interesse des ausländischen Verfahrens;

b. zum Schutz eines wesentlichen rechtlichen Interesses, sofern der ersuchende Staat es verlangt;

c. wegen der Natur oder der Dringlichkeit der zu treffenden Massnahme;

d. zum Schutz wesentlicher privater Interessen;

e. im Interesse eines schweizerischen Verfahrens.

[3] Die Einsichtnahme oder die Teilnahme am Verfahren darf nur für Aktenstücke und Verfahrenshandlungen verweigert werden, für die Geheimhaltungsgründe bestehen.

GLIEDERUNG

I. Allgemein ... 470
II. Entstehungsgeschichte ... 471
III. Die Berechtigten ... 471
A. Allgemein ... 471
B. Parteistellung ... 472
C. Prozessuale Folgen der Parteistellung ... 474
IV. Akteneinsichtsrecht ... 474
A. Aktenführungspflicht als Voraussetzung ... 475
B. Umfang des Akteneinsichtsrechts ... 477
C. Modalitäten des Akteneinsichtsrechts ... 477
D. Zeitpunkt der Gewährung der Akteneinsicht ... 478
E. Beschwerdeverfahren ... 478
V. «Teilnahmerecht» ... 479
A. Recht auf vorgängige Äusserung ... 479
B. Abgrenzung zu Art. 65a IRSG ... 480
VI. Einschränkungen ... 481
A. Einschränkungsgründe (Art. 80b Abs. 2) ... 481
1. Im Interesse des ersuchenden Staates (lit. a und b) ... 482
2. Natur oder Dringlichkeit der zu treffenden Massnahme (lit. c) ... 483
3. Schutz wesentlicher privater Interessen (lit. d) ... 483
4. Im Interesse eines schweizerischen Verfahrens (lit. e) ... 484
5. Wesentliche öffentliche Interessen des Bundes oder der Kantone (Art. 27 Abs. 1 lit. a VwVG) ... 484
B. Schranken der Einsichtsverweigerung ... 484
C. Verfahrensfragen ... 485
Literaturverzeichnis ... 485
Materialienverzeichnis ... 487

I. ALLGEMEIN

1 Die Parteien des Verfahrens betreffend die akzessorische Rechtshilfe haben Anspruch auf **rechtliches Gehör**, namentlich auf Eröffnung von Verfügungen, Akteneinsicht, vorgängige Äusserung sowie Begründung der Verfügungen.[789] Diese Parteirechte sind typisch für spezialgesetzliche Verwaltungsverfahren.[790] Für die kleine Rechtshilfe sind sie neben dem IRSG und der IRSV insbesondere im VwVG verankert, welches als subsidiäres Prozessrecht zur Anwendung kommt (Art. 12 Abs. 1 IRSG), wobei ein grosser Teil der heutigen Praxis kasuistisch entstanden ist.[791]

2 Art. 80*b* Abs. 1 IRSG regelt einen Teilgehalt des rechtlichen Gehörs, namentlich das **Akteneinsichtsrecht** und das **Teilnahmerecht**. Art. 80*b* Abs. 2 und 3 IRSG enthalten Bestimmungen zur Einschränkung des Akteneinsichtsrechts. Ergänzt bzw. konkretisiert wird Art. 80*b* IRSG von Art. 26, 27, 28 und 30 VwVG.[792]

3 In Bezug auf das in Art. 80*b* Abs. 1 IRSG stipulierte «Teilnahmerecht» gilt es zu beachten, dass die Rechtsprechung im Wesentlichen das **Recht auf vorgängige Äusserung** hieraus ableitet und damit nicht die Teilnahmerechte im Rahmen der ausländischen Strafuntersuchung gemeint sind.

4 Die Verfahrensbestimmungen von Art. 80*b* IRSG richten sich an die Ausführungsbehörden – mithin insbesondere kantonale Staatsanwaltschaften (Art. 55 Abs. 1 StPO), die Bundesanwaltschaft bzw. Verwaltungsstrafbehörden (Art. 17 Abs. 4 und Art. 79 Abs. 2 IRSG) sowie das Bundesamt für Justiz in den Fällen nach Art. 79*a* IRSG. Diese sind zuständig für die Gewährung des rechtlichen Gehörs. Träger der Rechte ist hingegen die Partei des Rechtshilfeverfahrens («**die Berechtigten**»).

5 Für den Rechtshilfeverkehr mit den USA enthält Art. 9 BG-RVUS eine identische Regelung.[793] Im Auslieferungsverkehr im Anwendungsbereich des IRSG gelten Art. 52 und 55 Abs. 1 IRSG.[794]

---

789. Vgl. zu den Parteirechten im Rechthilfeverfahren Dangubic, S. 112 ff.
790. BGer 1C_428/2020 vom 9.9.2020 E. 2.5; Botschaft IRSG, S. 28.
791. Dangubic, S. 112.
792. Vgl. Stelzer-Wieckowska, S. 319. Zum konkreten Anwendungsbereich der VwVG-Bestimmungen siehe untenstehend.
793. CR EIMP, Art. 80*b* N. 1.

II. ENTSTEHUNGSGESCHICHTE

Art. 80*b* IRSG wurde im Rahmen der Revision des IRSG vom 4. Oktober 1996 (in Kraft getreten am 1. Februar 1997) ins Gesetz aufgenommen und sein Wortlaut ist seitdem unverändert geblieben.[795] 6

In der am 1. Januar 1983 in Kraft getretenen Fassung des IRSG war das Teilnahmerecht nicht explizit geregelt. Das Akteneinsichtsrecht war hingegen in Art. 79 Abs. 3 IRSG verankert. In Bezug auf das Akteneinsichtsrecht sah der frühere Art. 76 Abs. 3 IRSG vor, dass für dessen Ausübung auch im kantonalen Verfahren die Art. 6, 26 und 27 VwVG gelten und dass das Rechtshilfeersuchen und die zugehörigen Unterlagen durch den Berechtigten eingesehen werden dürfen, soweit dies für die Wahrung seiner Interessen notwendig ist. Dem Beschuldigten, der durch die Rechtshilfemassnahme nicht persönlich betroffen war, sollte das Akteneinsichtsrecht nur zustehen, wenn er in der Schweiz seinen gewöhnlichen Aufenthalt hatte, und zwar «nur im Interesse der Wahrung seiner Verteidigungsrechte im ausländischen Strafverfahren» (Art. 79 Abs. 3 S. 2 und 3 IRSG in der bis 1. Februar 1997 geltenden Fassung). 7

III. DIE BERECHTIGTEN

A. ALLGEMEIN

Das Akteneinsichtsrecht und das Teilnahmerecht i.S.v. Art. 80*b* Abs 1 IRSG stehen den **Berechtigten** zu. Gemäss konstanter Praxis ist Berechtigter nach Art. 80*b* Abs 1 IRSG derjenige, dem Parteistellung im Rechtshilfeverfahren zukommt.[796] Anders als das VwVG und die StPO definieren jedoch weder das IRSG noch die IRSV, wer Partei im Rechtshilfeverfahren ist. Nach bundesgerichtlicher Praxis ist Partei, wer persönlich und direkt von einer Rechtshilfemassnahme betroffen ist und ein schutzwürdiges Interesse an deren Aufhebung oder Änderung hat. Mithin orientiert sich die Parteistellung an der Beschwerdelegitimation i.S.v. Art. 80*h* lit. b IRSG.[797] Dies ist im Übrigen im Anwendungsbereich des VwVG nicht anders: Der Parteibegriff von Art. 6 8

794. BGer 1C_214/2019 vom 5.6.2019.
795. Botschaft IRSG, S. 53 f.
796. TPF 2008 91 E. 3.2; Botschaft IRSG, S. 28.
797. BGer 1A.24/2004 vom 11.8.2004 E. 1.5.

VwVG nimmt Bezug auf die Legitimation zur Beschwerdeerhebung nach Art. 48 VwVG.

B. PARTEISTELLUNG

9 Anders als in einer Strafuntersuchung steht bei der kleinen Rechtshilfe nicht die beschuldigte Person im Zentrum des Verfahrens, sondern insbesondere Beweise und Vermögenswerte. Entsprechend hängt die Parteistellung von der Beziehung zum Beweismittel oder Vermögenswert ab.[798] Generell ist Partei im Rechtshilfeverfahren diejenige Person, gegen die eine **strafprozessuale Massnahme** angeordnet bzw. durchgeführt wurde.[799] Mithin ist die Parteistellung in einem Rechtshilfeverfahren für jede Rechtshilfehandlung gesondert zu prüfen. Aufgrund des restriktiven Massstabs kann die Parteistellung grundsätzlich pro Rechtshilfehandlung nur einer Person zukommen.[800]

10 Keine Parteistellung im Rechtshilfeverfahren kommt dem ersuchenden Staat zu.[801]

11 Nachfolgend einige Beispiele, welche Person bei spezifischen Rechtshilfehandlungen als Partei – und somit als Berechtigter im Sinne Art. 80*b* Abs 1. IRSG – gilt:

- Bei Massnahmen betreffend ein **Bankkonto**[802] grundsätzlich[803] nur der Kontoinhaber[804], subsidiär allenfalls der sog. «wirtschaftlich Berechtigte»[805] und in Ausnahmefällen die kontoführende Bank.[806]

---

798. Stelzer-Wieckowska, S. 195 f.
799. BGE 137 IV 134 E. 5.2.2; s.a. Donatsch/Heimgartner/Simonek, S. 156; Ludwiczak Glassey, Entraide, N. 387.
800. Vgl. TPF 2020 180 E. 4.4.1.
801. Vgl. Bundesamt für Justiz, Internationale Rechtshilfe in Strafsachen, Wegleitung, 9. Aufl. 2009, S. 51; Donatsch/Heimgartner/Simonek, S. 157.
802. Erhebung von Kontoinformationen, Kontosperre sowie Herausgabe von Vermögenswerten.
803. Es resultiert keine Parteistellung des Kontoinhabers, falls er die ihn betreffenden Kontoinformationen einem Dritten (z.B. einem Treuhänder, Bevollmächtigten) anvertraut hat und diese bei diesem Dritten sichergestellt wurden. Vgl. BGer 1C_639/2013 vom 22.8.2013 E. 1.3.2.
804. Art. 9*a* lit. a IRSV.
805. War die einzige Kontoinhaberin eine juristische Person, die aufgelöst wurde, so kann dem wirtschaftlich Berechtigten als eine Art *Rechtsnachfolger* der Kontoinhaberin Parteistellung zukommen. Vgl. hierzu Ludwiczak Glassey/Bozanigo, S. 150 f.

- Bei **Hausdurchsuchungen** (Art. 244 StPO)[807] diejenige Person, die die tatsächliche Verfügungsmacht über die durchsuchten Räume innehat.[808] Dies kann sowohl der Mieter als auch der Eigentümer sein.[809]
- Bei Massnahmen betreffend **Motorfahrzeuge**[810] der Fahrzeughalter.[811]
- Bei **Herausgabeverfügungen** (Art. 265 StPO) die zur Herausgabe verpflichtete Person.[812]
- Bei der **Durchsuchung** von Personen (Art. 249 f. StPO)[813] die durchsuchte Person.
- Bei der **Herausgabe zur Einziehung oder Rückerstattung** zusätzlich der gutgläubige Dritte (Art. 74*a* Abs. 4 lit. c IRSG).[814]
- Bei rechtshilfeweisen **Einvernahmen** (Art. 142 ff. StPO) wird unterschieden, in welcher Funktion die Person einzuvernehmen ist: Der beschuldigten Person und der Auskunftsperson nach Art. 178 lit. d StPO[815] kommt stets Parteistellung zu. Dem Zeugen kommt die Parteistellung hingegen nur zu, falls seine eigenen Aussagen auch ihn selbst betreffen oder soweit er sich auf ein Zeugnisverweigerungsrecht berufen kann.[816]

Den Obgenannten kommt die Parteistellung grundsätzlich auch dann zu, wenn sie sich im Rahmen eines schweizerischen Strafverfahrens der entsprechenden strafprozessualen Massnahme unterziehen mussten und die diesbezüglich erhobenen Beweise in das Rechtshilfeverfahren beigezogen werden.[817] 12

806. Dangubic, S. 113 f.; BGE 137 IV 134 E. 6.1; BGE 128 II 211 E. 2.3.
807. Inkl. Sicherstellungen von Gegenständen und elektronischen Daten sowie Vermögenswerten im Rahmen der Hausdurchsuchung. Dies gilt auch in Bezug auf Server mit Fernzugriff: BstGer RR.2020.11 vom 21.7.2020 E. 4.5.
808. BGE 137 IV 134 E. 6.2.
809. Vgl. Art. 9*a* lit. b IRSV.
810. Inkl. Sicherstellung des Fahrzeuges und von Gegenständen (inkl. elektronische Daten) und Vermögenswerten, die sich darin befinden.
811. Vgl. Art. 9*a* lit. c IRSV.
812. Analog Art. 9*a* lit. b IRSV. Vgl. auch BGE 137 IV 134 E. 5.2.3.
813. Inkl. Sicherstellung von Gegenständen (inkl. elektronische Daten) und Vermögenswerten im Rahmen der Durchsuchung.
814. TPF 2014 113 E. 3.3 ff. Die Parteistellung ist jedoch eingeschränkt.
815. BStGer RR.2022.30 vom 18.5.2022 E. 2.1.2.
816. Statt vieler: TPF 2020 180 E. 2.2 mit Hinweisen.

C. PROZESSUALE FOLGEN DER PARTEISTELLUNG

13 Ist eine Person Partei des Rechtshilfeverfahrens, hat dies zur Folge, dass ihr insbesondere das Akteneinsichtsrecht und das Teilnahmerecht nach Art. 80*b* Abs. 1 IRSG zustehen.

14 Die Gewährung der Parteistellung und Parteirechte setzt grundsätzlich keinen **formellen Entscheid** voraus, die Verweigerung hingegen schon. Der Entscheid, mit welchem die ausführende Behörde die Parteistellung eines Rechtssuchenden verneint und somit das Akteneinsichtsrecht und das Teilnahmerecht verweigert, ist betreffend diese Person prozessual als Schlussverfügung zu behandeln, welche mittels Beschwerde bei der Beschwerdekammer des Bundesstrafgerichts angefochten werden kann.[818]

15 Bei der Beurteilung der Parteistellung kommt der Ausführungsbehörde ein **Ermessensspielraum** zu.[819] Namentlich kann sie auch bei fraglicher Parteistellung die Parteirechte gewähren und ist nicht zwingend verpflichtet, den Ausschluss des Rechtssuchenden zu verfügen.[820]

16 Voraussetzung für die Ausübung des Akteneinsichts- und Äusserungsrechts ist **Wohnsitz/Sitz** oder **Zustellungsdomizil** in der Schweiz.[821]

IV. AKTENEINSICHTSRECHT

17 Das Akteneinsichtsrecht nach Art. 80*b* Abs. 1 IRSG soll der Partei des Rechtshilfeverfahrens ermöglichen, sich spätestens vor dem formellen Abschluss des Rechtshilfeverfahrens (Schlussverfügung nach Art. 80*d* IRSG bzw. vereinfachte Ausführung nach Art. 80*c* IRSG) über die Verfahrensakten zu informieren, um so insbesondere ihr Äusserungsrecht sachbezogen wahrnehmen zu können.[822]

---

817. Vgl. BStGer RR.2009.242 vom 17.6.2010 E. 2.2 betreffend im Rahmen einer Hausdurchsuchung sichergestellte Unterlagen; BStGer RR.2013.228 vom 25.2.2014 E. 2.2.2 betreffend Bankkontoinformationen; Dangubic/Werndli, S. 216 differenziert betreffend inländische Einvernahmeprotokolle.
818. BStGer RR.2017.325 vom 12.12.2017.
819. Botschaft IRSG, S. 28.
820. TPF 2020 180 E. 4.2.3.
821. BGer 1A.107/2006 vom 10.8.2006 E. 2.5; Vgl. auch Art. 80*m* Abs. 1 IRSG.

A. AKTENFÜHRUNGSPFLICHT ALS VORAUSSETZUNG

Das Akteneinsichtsrecht impliziert die Aktenführungspflicht der Rechtshilfebehörden.[823] Die Rechtshilfebehörden sind namentlich verpflichtet, alles in den Akten festzuhalten, was zur Sache gehört und **entscheidwesentlich** sein kann.[824] Zu den typischen Rechtshilfeakten gehören grundsätzlich: 18

- das (übersetzte) Rechtshilfeersuchen[825] inkl. Beilagen[826];
- allfällige Ergänzungsersuchen[827];
- die ergangenen Rechtshilfeverfügungen;
- die Delegationsverfügung vom Bundesamt für Justiz;
- die zur Herausgabe vorgesehenen Beweise[828];
- Parteieingaben; sowie
- die entscheidrelevante Korrespondenz mit der ersuchenden Behörde[829].

Als nicht erheblich einzustufen sind **verwaltungsinterne Akten**, die im Zusammenhang mit der Durchführung des Rechtshilfeverfahrens erstellt wurden, insb. die Notizen in den Akten der ausführenden Behörde, Kopien von E-Mails zwischen den Behörden[830] oder Notizen von Telefongesprächen.[831] 19

Im Rahmen der internationalen Zusammenarbeit zwischen Strafverfolgungsbehörden kommt es immer wieder im Vorfeld oder im Rahmen des Vollzugs eines Rechtshilfeersuchens zu sog. 20

822. Dangubic, S. 115; Vgl. BstGer RR. 2021.111 vom 11.5.2022 E. 3.3.1; BSK-Heimgartner/Niggli, Art. 80*b* IRSG N. 7 und 9.
823. Vgl. BStGer RR.2021.284 vom 30.8.2022 E. 3.2.3 ff – auch in Bezug auf die Modalitäten der Aktenführung.
824. BStGer RR.2013.108 vom 12.12.2013 E. 4.2; BStGer RR.2019.46 vom 5.9.2019 E. 5.4.
825. Ein Anspruch auf Einsicht in das in der Originalsprache verfasste Rechtshilfeersuchen besteht grundsätzlich nicht. Vgl. BStGer RR. 2021.111 vom 11.5.2022 E. 3.3.1.
826. BGer Urteil vom 25.6.2001, 1A.94/2001 E. 2b.
827. BGer 1A.247/2000 vom 27.11.2000 E. 3.a.
828. BGer 1A.247/2000 vom 27.11.2000 E. 3.a.
829. BGer 1A.257/2005 vom 24.1.2006 E. 2.3.2; a.M. BGer 1A.149/2006 vom 27.11.2006 E. 2.2.
830. Insbesondere die Korrespondenz zwischen der Ausführungsbehörde und dem Bundesamt für Justiz bzw. der Polizei.
831. TPF 2010 142 E. 2.1; BStGer RR.2008.144 vom 19.8.2008 E. 3.

Koordinationstreffen. Im Anwendungsbereich der StPO hat das Bundesgericht entschieden, dass internationale Treffen zwischen Strafverfolgungsbehörden, die sich auf reine Koordinationsfragen beschränken, von der Protokollierungspflicht nicht mitumfasst werden und somit auch keinen Eingang in die Strafakten finden.[832] Dieser Grundsatz gilt ohne Weiteres auch für das Rechtshilfeverfahren.

21 Die Frage, ob eine sog. spontane Übermittlung nach **Art. 67*a* IRSG**, die einem späteren Rechtshilfeersuchen zugrunde liegt, in die Verfahrensakten eines Rechtshilfeverfahrens Eingang finden soll oder nicht, wurde in der Rechtsprechung des Bundesgerichts im Wesentlichen verneint.[833] Wird die Meldung nach Art. 67*a* IRSG jedoch nicht bzw. nie zu den Rechtshilfeakten genommen, so besteht – im Ergebnis – kein Rechtsschutz im Zusammenhang mit der unaufgeforderten Übermittlung.[834] Dies widerspricht der älteren höchstrichterlichen Rechtsprechung, wonach allfällige Verletzungen von Art. 67*a* IRSG grundsätzlich im Rahmen der Schlussverfügung gerügt werden können.[835] Nach der hier vertretenen Auffassung sind spontane Übermittlungen nach Art. 67*a* IRSG nur in den seltensten Fällen für das Rechtshilfeverfahren entscheidwesentlich. Dies, da sie regelmässig keine über das Rechtshilfeersuchen hinausgehenden Erkenntnisse für das Rechtshilfeverfahren beinhalten. Aufgrund der oben beschriebenen unklaren Rechtslage sollten die ausführenden Behörden im Zweifelsfall dennoch Meldungen nach Art. 67*a* IRSG zu den Rechtshilfeakten beiziehen. Eine diesbezügliche Einschränkung der Akteneinsicht kann danach immer noch gestützt auf Art. 80*b* Abs. 2 IRSG geprüft werden.

22 In der Praxis eröffnen die Ausführungsbehörden in der Regel ein Rechtshilfeverfahren pro Rechtshilfeersuchen und legen die Akten entsprechend an. Alternativ besteht die Möglichkeit, ein Rechtshilfeverfahren pro **Beweis/Vermögenswert** zu eröffnen. Dies macht insbesondere Sinn,

832. BGer 6B_1419/2020 vom 2.5.2022 E. 3.4. Dies gilt nicht nur für physische Treffen.

833. BGer 1C_426/2018 vom 10.9.2018 E. 1.2; BGer 1C_18/2021 vom 19.1.2021 E. 1.5; BGer 1C_785/2021 vom 4.1.2022 E. 2; So auch BStGer RR.2016.42 vom 15.7.2017 E. 3. Wird jedoch im Rahmen der Schlussverfügung auf die Meldung nach Art. 67*a* IRSG Bezug genommen, so ist sie zu den Verfahrensakten zu nehmen (BStGer RR.2023.123 vom 13.11.2023 E. 4.2).

834. Gemäss konstanter Praxis ist eine Meldung nach Art. 67*a* IRSG nicht selbstständig anfechtbar. Vgl. OK-Schaffner/Rohner, Art. 67*a* IRSG N. 71 ff.

835. BGE 125 II 238 E. 6a.

falls im Rahmen eines Rechtshilfeersuchens zahlreiche strafprozessuale Massnahmen durchgeführt werden, die verschiedene Parteien betreffen.

B. UMFANG DES AKTENEINSICHTSRECHTS

Das Akteneinsichtsrecht der Partei des Rechtshilfeverfahrens ist keineswegs allumfassend. Namentlich beschränkt es sich in **personeller Hinsicht** auf diejenigen Verfahrensakten, die für die jeweilige Partei von Belang sind.[836] Mithin besteht insbesondere kein Einsichtsrecht in Untersuchungshandlungen bzw. erhobene Beweismittel, für welche dem Rechtssuchenden keine Parteistellung zukommt. Die entsprechenden diesbezüglichen Hinweise können zudem durch die Vollzugsbehörde im Rechtshilfeersuchen unkenntlich gemacht werden.[837] Dasselbe gilt für Sachverhaltskomplexe, die für diese Partei nicht von Belang sind. 23

C. MODALITÄTEN DES AKTENEINSICHTSRECHTS

Zuständig für die Aktenführung und Gewährung der Akteneinsicht ist die Ausführungsbehörde. Sie entscheidet, was in die Verfahrensakten gehört, und über den Umfang der Akteneinsicht der Partei.[838] Die Rechtssuchenden können dabei darauf vertrauen, dass tatsächlich nur jene Teile entfernt bzw. unkenntlich gemacht wurden, welche dem Akteneinsichtsrecht nicht unterliegen.[839] 24

Die Akteneinsicht wird auf **Gesuch** hin gewährt und erfolgt in der Regel am Sitz der jeweiligen ausführenden Behörde. Ein Anspruch auf die Herausgabe oder Zustellung von Originalakten oder Kopien besteht nicht.[840] Zahlreiche Staatsanwaltschaften lassen dennoch die Verfahrensakten in digitaler Form den Parteien bzw. ihren Rechtsvertretern zukommen. Die Herausgabe von Originalakten kann in bestimmten Fällen an einen zugelassenen Rechtsanwalt erfolgen.[841] Ist die Partei einverstanden, so kann ihr die Rechtshilfebehörde gestützt auf Art. 26 Abs. 1bis VwVG die Akten auf elektronischem Weg zur 25

836. BSK-Heimgartner/Niggli, Art. 80*b* IRSG N. 8; Botschaft IRSG, S. 28.
837. BStGer RR.2020.204 vom 15.3.2021 E. 4.3.7.
838. Botschaft IRSG, S. 28; PC-Ludwiczak Glassey, Art. 80*b* IRSG N. 35 f.
839. BVGer 2C_112/2015 vom 27.8.2015 E. 4.1.
840. BStGer RR.2014.5 vom 13.3.2014 E. 5.2; Waldmann/Oeschger in Waldmann/Weissenberger, Praxiskommentar VwVG, Art. 26 VwVG N. 85.
841. BStGer RR.2014.5 vom 13.3.2014 E. 5.2.

Einsichtnahme zustellen. Ein Anspruch auf elektronische Zustellung besteht jedoch grundsätzlich nicht.[842]

D. ZEITPUNKT DER GEWÄHRUNG DER AKTENEINSICHT

26 Die Akteneinsicht muss spätestens vor dem Abschluss des Rechtshilfeverfahrens (Schlussverfügung nach Art. 80*d* bzw. vereinfachten Ausführung nach Art. 80*c* IRSG) gewährt werden.[843]

27 Der Anspruch auf Gewährung der Akteneinsicht nach Art. 80*b* Abs. 1 IRSG besteht, solange dies für die Wahrung der Interessen der Partei des Rechtshilfeverfahrens notwendig ist. Dementsprechend hat die Partei kein Recht mehr auf die Akteneinsicht, wenn das Rechtshilfeverfahren rechtskräftig abgeschlossen worden ist (vgl. auch Art. 80*m* Abs. 2 und 80*n* Abs. 2 IRSG).[844]

E. BESCHWERDEVERFAHREN

28 Für Zwecke der Durchführung des **Beschwerdeverfahrens** kann die Beschwerdekammer des Bundesstrafgerichts die ausführende Behörde gestützt auf Art. 57 Abs. 1 VwVG auffordern, die Verfahrensakten einzureichen. Die Einreichung der Verfahrensakten ist eine behördliche Pflicht im Rahmen der Amtshilfe.[845]

29 Die Pflicht der ausführenden Behörde zur Herausgabe der Akten an die Beschwerdekammer des Bundesstrafgerichts bezieht sich jedoch nur auf jene Unterlagen, auf welche sich der angefochtene Entscheid stützt – mithin diejenigen Akten, für welche ein Akteneinsichtsrecht der Partei besteht.[846] Gemäss Praxis sind nur diese Akten in der entsprechenden Form (d.h. mit allfälligen Abdeckungen) der Beschwerdekammer des Bundesstrafgerichts zur Verfügung zu stellen.[847] Mithin führt die Rechtsmittelinstanz keine Triagierungen (bspw. nach Parteien) durch.

842. BStGer RR.2017.85 vom 4.10.2017 E. 3.2.
843. BStGer RR.2021.111 vom 11.5.2022 E. 3.3.1.
844. Vgl. BStGer RR.2013.13 vom 2.10.2013 E. 4.4.2; Stelzer-Wieckowska, S. 196.
845. Seethaler/Plüss in Waldmann/Weissenberger, Praxiskommentar VwVG, Art. 57 VwVG N. 7.
846. Vgl. zuletzt BStGer RR.2023.8 vom 7.3.2024 E. 10.3.1.
847. TPF 2008 91 E. 3.4.

Falls für die Entscheidung erhebliche Verfahrensunterlagen fehlen, wendet sich die Beschwerdekammer des Bundesstrafgerichts praxisgemäss an die Ausführungsbehörde. Unterlässt es diese erneut, die relevanten Unterlagen dem Gericht zur Verfügung zu stellen, liegt gemäss Rechtsprechung des Bundesstrafgerichts eine Verletzung des rechtlichen Gehörs vor.[848] 30

V. «TEILNAHMERECHT»

Aus dem in Art. 80*b* Abs. 1 IRSG erwähnten «Teilnahmerecht» leitet die Rechtsprechung im Wesentlichen den **Anspruch auf vorgängige Äusserung** ab.[849] 31

Weitere «**Mitwirkungsrechte**» im Rechtshilfeverfahren ergeben sich insbesondere auch aus Bestimmungen des IRSG[850] und der StPO[851]. 32

A. RECHT AUF VORGÄNGIGE ÄUSSERUNG

Der Anspruch auf vorgängige Äusserung (Art. 80*b* Abs. 1 IRSG i.V.m. Art. 30 VwVG) ist das Kernelement des rechtlichen Gehörs.[852] Bei der kleinen Rechtshilfe besteht es nur im Hinblick auf die Schlussverfügung (Art. 80*d* IRSG).[853] Es ist gewahrt, falls die Partei vor dem Abschluss des Rechtshilfeverfahrens unter Nennung der zur Herausgabe vorgesehenen Beweise/Vermögenswerte zur **schriftlichen Stellungnahme** eingeladen wird.[854] Hierdurch hat sie die Möglichkeit, sich zum Rechtshilfeverfahren zu äussern, Anträge zu stellen und allenfalls Beweise einzureichen.[855] In der Praxis ist es üblich, dass die Ausführungsbehörde der Partei eine Frist für die Stellungnahme ansetzt und gleichzeitig anfragt, ob sie der vereinfachten Ausführung nach Art. 80*c* IRSG unwiderruflich zustimmt. Die Frist für die Stellungnahme sollte nicht kürzer sein als 10 Tage. Bei ihrer Festlegung sind 33

848. TPF 2008 91 E. 3.4 f.
849. BGer 1C_428/2020 vom 9.9.2020 E. 2.5.
850. Vgl. das Recht auf Zustimmung zur vereinfachten Ausführung nach Art. 80*c* Abs. 1 IRSG.
851. Vgl. das Anwesenheitsrecht der Inhaber der durchsuchenden Räume nach Art. 245 Abs. 2 StPO; das Äusserungsrecht des Inhabers von Aufzeichnungen nach Art. 247 Abs. 1 StPO.
852. BGer 1C_428/2020 vom 9.9.2020 E. 2.5.
853. BGer 1A.54/2000 vom 3.5.2000 E. 2a; es besteht kein Recht auf vorgängige Äusserung bei der Eintretensverfügung und bei der Zwischenverfügung (vgl. Art. 30 Abs. 2 lit. a VwVG).
854. Dangubic, S. 115 f. m.w.H.
855. PC-Ludwiczak Glassey, Art. 80*b* IRSG N. 16 f.

insbesondere die Komplexität des Rechtshilfeverfahrens sowie der Aktenumfang zu berücksichtigen.[856] U.U. kann die Ausführungsbehörde die Frist erstrecken. Ein Anspruch auf mündliche Anhörung besteht hingegen nicht.[857]

34 Die folgenden Parteirechte im Rechtshilfeverfahren korrelieren mit dem Anspruch
auf vorgängige Äusserung bzw. es kommt ihnen eine diesbezügliche **Hilfsfunktion** zu[858]:

- Recht auf Eröffnung von Verfügungen (Art. 80*m* IRSG und Art. 34 Abs. 1 VwVG)[859];
- Akteneinsichtsrecht (Art. 80*b* Abs. 1 IRSG und Art. 26 ff. VwVG);
- Recht auf Begründung der Verfügung (Art. 80*a* und 80*d* IRSG und Art. 35 Abs. 1 VwVG)[860];
- Recht auf Vertretung und unentgeltliche Verbeiständung (Art. 21 IRSG und Art. 29 Abs. 3 BV).

B. ABGRENZUNG ZU ART. 65*A* IRSG

35 Von den Parteirechten im Rechtshilfeverfahren zu unterscheiden sind die Teilnahmerechte bei Beweiserhebungen im Rahmen der ausländischen Strafuntersuchung, die dem Rechtshilfeverfahren zugrunde liegt.

36 Beantragt der ersuchende Staat gestützt auf sein Prozessrecht, dass bspw. die beschuldigte Person, ein Mitbeschuldigter oder der Privatkläger bzw. deren Rechtsbeistände unmittelbar bei der Beweiserhebung in der Schweiz anwesend sind, so kann die Ausführungsbehörde diesen Antrag gestützt auf Art. 65*a* IRSG bzw. analoge staatsvertragliche Bestimmungen[861] bewilligen.[862]

856. BStGer RR.2016.60 vom 10.8.2016 E. 4.2.2; BStGer RR.2016.186 vom 27.12.2016 E. 2.1.3.
857. Popp, S. 314.
858. Waldmann/Bickel in Waldmann/Weissenberger, Praxiskommentar VwVG, Art. 30 VwVG N. 5; Sutter, in Auer/Müller/Schindler, VwVG Kommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren, Art. 30 VwVG N. 5; im Ergebnis wohl auch PC-Ludwiczak Glassey, Art. 80*b* IRSG N. 5 f.
859. Ausf. Ludwiczak Glassey, Entraide, N. 389.
860. Ausf. Ludwiczak Glassey, Entraide, N. 389.
861. Bspw. Art. 4 EUeR.
862. Popp, S. 286.

Von der Sache her betrifft das Teilnahmerecht in erster Linie Einvernahmen (Art. 142 ff. StPO). Denkbar wäre auch die Teilnahme bei Augenscheinen (Art. 193 StPO) und bei der Erhebung von Expertisen (vgl. Art. 185 StPO).[863] Den Prozessbeteiligten der ausländischen Strafuntersuchung kommt jedoch keine Parteistellung im Rechtshilfeverfahren zu.

VI. EINSCHRÄNKUNGEN

37 Das rechtliche Gehör besteht nicht absolut. Es findet seine Grenzen insbesondere in überwiegenden öffentlichen Interessen oder in berechtigten Interessen Dritter.[864] Im Hinblick auf das Akteneinsichtsrecht regelt Art. 80*b* Abs. 2 IRSG die Gründe, die eine Beschränkung rechtfertigen, und Art. 80*b* Abs. 3 IRSG konkretisiert das Verhältnismässigkeitsprinzip in diesem Zusammenhang.

38 In Bezug auf das **vorgängige Äusserungsrecht** ist nicht ersichtlich, inwiefern die Bestimmungen von Art. 80*b* Abs. 2 und 3 IRSG relevant sein könnten.

39 Die Einschränkungsbestimmungen von Art. 80*b* Abs. 2 und 3 kommen erst zur Anwendung, falls ein Akteneinsichtsrecht besteht[865]: D.h. das konkrete Aktenstück ist in den Verfahrensakten (mithin ist es insbesondere entscheidwesentlich[866]) und es ist für diejenige Person, die um Akteneinsicht ersucht, von Belang[867]. Zudem muss der Anspruch auch in zeitlicher Hinsicht bestehen, mithin muss das Rechtshilfeverfahren grundsätzlich vor dem formellen Abschluss stehen.[868]

A. EINSCHRÄNKUNGSGRÜNDE (ART. 80*B* ABS. 2)

40 Die alternativen Einschränkungsgründe des Akteneinsichtsrechts sind in Art. 80*b* Abs. 2 lit. a–e IRSG geregelt.[869] Diese sehr **allgemein formulierte Aufzählung**[870] ist jedoch nicht abschliessend: Namentlich kann das

863. BSK-Sprenger, Art. 65*a* IRSG N. 7.
864. BGE 129 I 249 E. 3.
865. BStGer RR.2020.207 vom 15.3.2021 E. 4.3.8.
866. BStGer RR.2013.108 vom 12.12.2013 E. 4.2; BStGer RR.2019.46 vom 5.9.2019 E. 5.4.
867. BSK-Heimgartner/Niggli, Art. 80*b* IRSG N 8; Botschaft IRSG, S. 28.
868. BStGer RR.2021.111 vom 11.5.2022 E. 3.3.1.
869. PC-Ludwiczak Glassey, Art. 80*b* IRSG N. 34.
870. Stelzer-Wieckowska, S. 319.

Akteneinsichtsrecht gemäss Rechtsprechung auch gestützt auf Art. 27 VwVG eingeschränkt werden.[871]

1. Im Interesse des ersuchenden Staates (lit. a und b)

41 Das Akteneinsichtsrecht kann im Interesse des ersuchenden Staates eingeschränkt werden, namentlich «im Interesse des ausländischen Strafverfahrens» (Art. 80*b* Abs. 2 lit. a IRSG) oder «zum Schutz eines wesentlichen rechtlichen Interesses, sofern der ersuchende Staat es verlangt» (Art. 80*b* Abs. 2 lit. b IRSG).

42 Wie bereits Heimgartner richtig erkannt hat, erfordern beide Tatbestandsvarianten zumindest einen impliziten **Antrag**[872] der ersuchenden Behörde auf Einschränkung des Akteneinsichtsrechts.[873] Die Einschränkung kann sich bei diesen Tatbestandsvarianten, die nicht trennscharf abgegrenzt werden können[874], im Ergebnis wohl nur auf gewisse Abschnitte des Rechtshilfeersuchens bzw. dessen Beilagen beziehen. Gründe für einen Antrag der ersuchenden Behörde auf Beschränkung des Akteneinsichtsrechts könnten insbesondere sein:

- Kollusionsgefahr in der ausländischen Strafuntersuchung;
- innere und äussere Sicherheit des ersuchenden Staates[875];
- Sicherheit von Personen, die in die ausländischen Strafuntersuchung involviert sind (Zeugen, Auskunftspersonen, Beschuldigte, Sachverständige, Übersetzer und Mitglieder der Strafverfolgungsbehörden oder deren Angehörige);
- Privatinteressen wie bei medizinischen Akten oder Fabrikations-, Geschäfts- und Patentgeheimnissen im ersuchenden Staat.

43 Bei der Prüfung der Einschränkung des Akteneinsichtsrechts ist insbesondere zu berücksichtigen, dass das völkerrechtliche **Vertrauensprinzip**[876] gilt, d.h.,

871. BStGer RR.2013.258 vom 6.6.2014 E. 4.4. Ohnehin wurde Art. 80*b* Abs. 2 IRSG an Art. 27 Abs. 1 VwVG angelehnt. Vgl. Botschaft IRSG, S. 28.

872. Es genügt, falls aus den Rechtshilfeunterlagen hervorgeht, dass es nicht im Interesse der ersuchenden Behörde ist, die entsprechende Information den Parteien des Rechtshilfeverfahrens offenzulegen. Dies ist bspw. der Fall, falls um Vertraulichkeit in Bezug auf die Identität eines sog. Kronzeugen ersucht wird.

873. BSK-Heimgartner/Niggli, Art. 80*b* IRSG N. 16; Botschaft IRSG, S. 28.

874. Botschaft IRSG, S. 28.

dass grundsätzlich auf die Richtigkeit von Erklärungen der ersuchenden Behörde vertraut werden kann. Die ersuchte Behörde muss somit grundsätzlich nicht prüfen, ob bspw. tatsächlich Kollusionsgefahr in der ausländischen Strafuntersuchung besteht.

2. Natur oder Dringlichkeit der zu treffenden Massnahme (lit. c)

Art. 80*b* Abs. 2 lit. c IRSG besagt, dass wegen der Natur oder Dringlichkeit der zu treffenden Massnahmen das Akteneinsichtsrecht eingeschränkt werden kann. Gemäss Botschaft sollte diese Tatbestandsvariante insbesondere ermöglichen, im Vorfeld der Beschlagnahme (Art. 263 ff. StPO) und Einziehung (Art. 69 ff. StGB) die Akteneinsicht der Partei einzuschränken.[877] Die Lehre hingegen bringt die Bestimmung mit geheimen Überwachungsmassnahmen (Art. 269 ff. StPO) in Verbindung.[878] 44

Nach der hier vertretenen Auffassung handelt es sich bei Art. 80*b* Abs. 2 lit. c IRSG um toten Buchstaben, da keine Konstellationen erkennbar sind, in denen der Anwendungsbereich greifen könnte: Einerseits besteht im Vorfeld von strafprozessualen Massnahmen wie Beschlagnahme, Observation und der Überwachung des Post- und Fernmeldeverkehrs ohnehin kein Anspruch auf Akteneinsicht.[879] Andererseits sind die Parteirechte zwingend im Vorfeld der Schlussverfügung zu gewähren.[880] Nicht von ungefähr besteht keine relevante Rechtsprechung zur Bestimmung. 45

3. Schutz wesentlicher privater Interessen (lit. d)

Das Akteneinsichtsrecht kann auch zum Schutz von wesentlichen Privatinteressen eingeschränkt werden (Art. 80*b* Abs. 2 lit. d IRSG). Bei den privaten Geheimhaltungsinteressen geht es um die Wahrung des Geheim- und des Privatbereichs. Zu denken ist dabei an medizinische Akten oder an Fabrikations-, Geschäfts- und Patentgeheimnisse.[881] 46

875. Botschaft IRSG, S. 28.
877. Botschaft IRSG, S. 28.
878. BSK-Heimgartner/Niggli, Art. 80*b* IRSG N. 19; SK-Hansjakob/Pajarola, Art. 272 StPO N. 38.
879. S. a. Donatsch/Heimgartner/Simonek, S. 161.
880. Zimmermann, N. 309.
881. Vgl. für den Anwendungsbereich der StPO Riklin, Art. 108 StPO N. 2.

4. Im Interesse eines schweizerischen Verfahrens (lit. e)

47 Werden in der Schweiz und im ersuchenden Staat sachlich konnexe Strafuntersuchungen geführt, kann die Akteneinsicht im Rechtshilfeverfahren im Interesse der schweizerischen Strafuntersuchung eingeschränkt werden (Art. 80*b* Abs. 2 lit. e IRSG).[882] Zu denken ist hier insbesondere an Kollusionsgefahr im schweizerischen Strafverfahren oder an die Sicherheit von in die schweizerische Strafuntersuchung involvierten Personen (Zeugen, Auskunftspersonen, Beschuldigte, Sachverständige, Übersetzer und Mitglieder der Strafverfolgungsbehörden oder deren Angehörige).

5. Wesentliche öffentliche Interessen des Bundes oder der Kantone (Art. 27 Abs. 1 lit. a VwVG)

48 Die Ausführungsbehörde darf die Akteneinsicht auch verweigern, wenn wesentliche öffentliche Interessen des Bundes oder der Kantone, insbesondere die innere oder äussere Sicherheit der Eidgenossenschaft, die Geheimhaltung erfordern (Art. 27 Abs. 1 lit. a VwVG). Gemäss Bundesstrafgericht besteht insbesondere ein schützenswertes Interesse daran, die Sicherheit von Informanten und Kontaktpersonen zu gewährleisten sowie die Art und Weise der Informationsbeschaffung der schweizerischen Behörden und ihrer Auslandsvertretungen nicht offenzulegen.[883] In der Praxis ging es hierbei insbesondere um Stellungnahmen des Eidgenössischen Departements für auswärtige Angelegenheiten zuhanden des Bundesamtes für Justiz betreffend die Institutionen des ersuchenden Staates.[884]

B. SCHRANKEN DER EINSICHTSVERWEIGERUNG

49 Die Einsichtnahme darf nur für Aktenstücke verweigert werden, für die Geheimhaltungsgründe bestehen (Art. 80*b* Abs. 3 IRSG). Mithin ist die Verweigerung auf das **Erforderliche** zu limitieren, und der restliche und somit nicht geheimzuhaltende Inhalt der Akten bzw. des betreffenden Aktenstücks ist in geeigneter Form (Aussonderung, Abdeckung von

882. Gemäss Botschaft kann die Einschränkung auch wegen parallelen Zivil- und Verwaltungsverfahren in der Schweiz erfolgen: Botschaft IRSG, S. 28.

883. BStGer RR.2013.258 vom 6.6.2014 E. 4.4.

884. BStGer RR.2014.328 vom 23.4.2015 E. 4.2 ff.; BStGer RR.2013.258 vom 6.6.2014 E. 4.1 ff.

geheimzuhaltenden Passagen, der Namen und identifizierenden Angaben von Verfassern und Kontaktpersonen et al.) zugänglich zu machen.[885]

C. VERFAHRENSFRAGEN

Bei Art. 80*b* Abs. 2 IRSG handelt es sich um eine sog. **Kann-Bestimmung**. Die ausführende Behörde verfügt somit über einen Ermessensspielraum bei der Entscheidung, ob – bei gegebenen Voraussetzungen – eine Einschränkung der Akteneinsicht erfolgen soll.[886] 50

Gemäss Rechtsprechung darf die ausführende Behörde bei der Schlussverfügung nicht auf geheime, den Parteien unzugängliche Aktenstücke oder -teile abstellen.[887] Will sie sich zum Nachteil einer Partei auf ein geheimes Aktenstück stützen, muss sie dieser mündlich oder schriftlich Kenntnis von seinem wesentlichen Inhalt und die Gelegenheit geben, sich dazu zu äussern.[888] 51

Die Einschränkung der Akteneinsicht nach Art. 80*b* Abs. 2 IRSG kann erst im Rahmen der Schlussverfügung angefochten werden. 52

Der Autor ist Staatsanwalt des Bundes im Bereich der internationalen Rechtshilfe in Strafsachen. Seine Rechtsauffassung ist unabhängig von jener seines Arbeitgebers. Die Autorin ist wissenschaftliche Mitarbeiterin an der Universität Zürich. Begriffe im Text, die sich auf Personen beziehen, gelten gleichermassen für Frauen und Männer.

LITERATURVERZEICHNIS

Dangubic Miro, Parteistellung und Parteirechte bei der rechtshilfeweisen Herausgabe von Kontoinformationen, forumpoenale 2018, S. 112–117.

Dangubic Miro/Werndli Patricia, Rechtshilfeweise Herausgabe von Einvernahmeprotokollen aus inländischen Verfahren – unter besonderer Berücksichtigung von TPF 2020 180, forumpoenale 2023, S. 212–216.

885. BVGer F-6050/2020 vom 27.2.2023 E. 3.3.
886. PC-Ludwiczak Glassey, Art. 80*b* IRSG N. 16 f.
887. BGer 1A.247/2000 vom 27.11.2000 E. 3 a).
888. Vgl. Art. 28 VwVG; BStGer RR.2014.328 vom 23.4.2015 E. 4.2.

Donatsch Andreas/Heimgartner Stefan/Simonek Madeleine, Internationale Rechtshilfe, 3. Aufl., Zürich et al. 2024.

Garré Roy, Kommentierung zu Art. 35 IRSG, in: Niggli Marcel Alexander/Heimgartner Stefan (Hrsg.), Basler Kommentar, Internationales Strafrecht, IRSG, GwÜ, Basel 2015.

Hansjakob Thomas/Pajarola Umberto, Kommentierung zu Art. 272 StPO, in Donatsch Andreas/Lieber Viktor/Summers Sarah/Wohlers Wolfgang (Hrsg.), Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung, 3. Aufl., Zürich 2020.

Heimgartner Stefan/Niggli Marcel Alexander, Kommentierung zu Einführung IRSG, in: Niggli Marcel Alexander/Heimgartner Stefan (Hrsg.), Basler Kommentar, Internationales Strafrecht, IRSG, GwÜ, Basel 2015.

Ludwiczak Glassey Maria/Bozanigo Francesca, Qualité pour recourir de certaines entités particulières en entraide pénale internationale: hoirie, société dissoute et liquidée et trust, AJP 2022, S. 146-155.

Ludwiczak Glassey Maria, Entraide judiciaire internationale en matière pénale, Basel 2018.

Ludwiczak Glassey Maria, Kommentierung zu Art. 80*b* IRSG, in: Ludwiczak Glassey Maria/Moreillon Laurent, Loi sur l'entraide pénale internationale, Basel 2024.

Moreillon Laurent (Hrsg.), Entraide internationale en matière pénale, Commentaire romand, Basel 2004.

Popp Peter, Grundzüge der internationalen Rechtshilfe in Strafsachen, Basel et al. 2001.

Riklin Franz, StPO Kommentar, 2. Aufl., Zürich 2014.

Daniel Schaffner/Yves Rohner, Kommentierung zu Art. 67a IRSG, in: Lukas Staffler/Maria Ludwiczak Glassey (Hrsg.), Onlinekommentar zum Bundesgesetz über internationale Rechtshilfe in Strafsachen – Version: 29.11.2024: https://onlinekommentar.ch/de/kommentare/irsg67a (besucht am 28.1.2025), DOI: 10.17176/20241129-095601-0.

Sprenger Thomas, Kommentierung zu Art. 65*a* IRSG, in: Niggli Marcel Alexander/Heimgartner Stefan (Hrsg.), Basler Kommentar, Internationales Strafrecht, IRSG, GwÜ, Basel 2015.

Stelzer-Wieckowska Marta, Die kleine Rechtshilfe in Strafsachen: grundrechtliche Stellung der betroffenen Person, Zürich 2022.

Seethaler Frank/Plüss Kaspar, Kommentierung zu Art. 57 VwVG, in: Waldmann Bernhard/Weissenberger Philippe (Hrsg.), Praxiskommentar Verwaltungsverfahrensgesetz, 2. Aufl., Zürich 2016.

Waldmann Bernhard/Bickel Jürg, Kommentierung zu Art. 30 VwVG in: Waldmann Bernhard/Weissenberger Philippe (Hrsg.), Praxiskommentar Verwaltungsverfahrensgesetz, 2. Aufl., Zürich 2016.

Patrick Sutter, Kommentierung zu Art. 30 VwVG, in: Auer Christoph/Müller Markus/Schindler Benjamin (Hrsg.), VwVG – Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren: Kommentar, 2. Aufl., Zürich 2019.

Waldmann Bernhard/Oeschger Magnus, Kommentierung zu Art. 26 VwVG, in: Waldmann Bernhard/Weissenberger Philippe (Hrsg.), Praxiskommentar Verwaltungsverfahrensgesetz, 2. Aufl., Zürich 2016.

Zimmermann Robert, La coopération judiciaire internationale en matière pénale, 5. Aufl., Bern 2019.

MATERIALIENVERZEICHNIS

Botschaft betreffend die Änderung des Rechtshilfegesetzes und des Bundesgesetzes zum Staatsvertrag mit den USA über gegenseitige Rechtshilfe in Strafsachen sowie den Bundesbeschluss über einen Vorbehalt zum Europäischen Übereinkommen über die Rechtshilfe in Strafsachen vom 29.3.1995, BBl 1995 III 1 ff., abrufbar unter BBl 1995 III 1 - Botschaft betreffend die Änderu... | Fedlex (admin.ch), besucht am 4.4.2024 (zit. Botschaft IRSG)

KOMMENTIERUNG ZU

Art. 80c IRSG

Eine Kommentierung von Krisztina Balogh / Dominik Reichle

ZITIERVORSCHLAG

Krisztina Balogh/Dominik Reichle, Kommentierung zu Art. 80c IRSG, in: Maria Ludwiczak Glassey/Lukas Staffler (Hrsg.), Onlinekommentar zum Bundesgesetz über internationale Rechtshilfe in Strafsachen

Kurzzitat: OK-Balogh/Reichle, Art. 80c IRSG N. XXX.

Art. 80c Vereinfachte Ausführung

[1] Die Berechtigten, insbesondere die Inhaber von Schriftstücken, Auskünften oder Vermögenswerten, können bis zum Abschluss des Verfahrens einer Herausgabe derselben zustimmen. Die Zustimmung ist unwiderruflich.

[2] Willigen alle Berechtigten ein, so hält die zuständige Behörde die Zustimmung schriftlich fest und schliesst das Verfahren ab.

[3] Umfasst die Herausgabe nur einen Teil der verlangten Schriftstücke, Auskünfte oder Vermögenswerte, so wird für den restlichen Teil das ordentliche Verfahren weitergeführt.

GLIEDERUNG

I. Allgemeines 491
II. Entstehungsgeschichte und Zweck 491
III. Auslegung von Art. 80c IRSG 492
A. Absatz 1: Umfang der Berechtigung und Zustimmung 492
1. Berechtigte 492
2. Umfang der Parteirechte 493
3. Form und Zeitpunkt der Zustimmung 494
B. Absatz 2: Verfahren bei vollständiger Zustimmung (Verfahrensabschluss) 495
C. Absatz 3: Partielle Zustimmung 496
Literaturverzeichnis 497
Materialienverzeichnis 498

I. ALLGEMEINES

Art. 80c IRSG findet dann Anwendung, wenn eine berechtigte Person ausdrücklich in eine Rechtshilfeleistung an einen ersuchenden Staat einwilligt. Insofern wird die Bestimmung im kleinen Rechtshilferecht mitunter als Pendant zur vereinfachten Auslieferung gemäss Art. 54 IRSG verstanden, welche darauf abzielt, ein Rechtshilfeverfahren auf konsensuale Weise effizient abzuschliessen.[889] Nahezu identische Regelungen zur «vereinfachten Ausführung» finden sich auch im Rechtshilfeverkehr mit Italien (Art. XX EUeR CH-I) und den USA (Art. 12a BG-RVUS).[890] 1

Da weder besondere Förmlichkeiten vorgesehen sind noch Rechtsmittel zur Verfügung stehen, verläuft das Verfahren wesentlich zügiger als im ordentlichen Rechtshilfeverfahren. Die Bestimmung dient somit der **Verfahrensvereinfachung und -beschleunigung** im Sinne des in Art. 17a IRSG verankerten Beschleunigungsgrundsatzes.[891] 2

II. ENTSTEHUNGSGESCHICHTE UND ZWECK

Art. 80c IRSG wurde im Rahmen der Revision des Rechtshilfegesetzes vom 4. Oktober 1996 (in Kraft seit 1. Februar 1997) ins Gesetz eingefügt, der Wortlaut ist seither unverändert geblieben.[892] Hintergrund dieser Revision war der politische Wille, das Rechtshilfeverfahren zu beschleunigen und zu vereinfachen, da zuvor durch wiederholte Beschwerden gegen Zwischenverfügungen erhebliche Verzögerungen entstanden waren. Insbesondere führte die Praxis, in jeder Verfahrensetappe Rechtsmittel zu ergreifen, teils dazu, dass die Verjährung der verfolgten Straftaten im Ausland abgewartet werden konnte.[893] 3

Seit dieser Revision ist es unter bestimmten Voraussetzungen möglich, Rechtshilfeobjekte bereits im Verlauf des Verfahrens zu übermitteln. Umfasst 4

889. BGer 1C_635/2015 vom 10.8.2017, E. 2.4.; BSK-Heimgartner/Niggli, Art. 80c IRSG N. 1.
890. SR 0.351.945.41 und SR 351.93.
891. PC-Ludwiczak Glassey, Art. 80c IRSG N. 1; BGer 1C_95/2011 vom 6.4.2011, E. 3.1; BStGer RR.2009.159 vom 8.3.2010, E. 2.1; Ludwiczak Glassey, N. 418.
892. Botschaft 1995, S. 54.
893. Eidgenössische Finanzkontrolle, Evaluation der internationalen Rechtshilfe in Strafsachen, N. 3; vgl. auch Botschaft 1995, S. 5.

ein Rechtshilfeverfahren unterschiedliche Rechtshilfeobjekte, etwa mehrere Einvernahmeprotokolle oder diverse Akten, kann das **Verfahren aufgetrennt** werden. Für jene Teile, bei denen die Berechtigten ausdrücklich und unwiderruflich zugestimmt haben, ist eine vereinfachte Ausführung nach Art. 80c IRSG möglich. Hinsichtlich der verbleibenden, noch streitigen Objekte wird das Verfahren im ordentlichen Rahmen weitergeführt und mit (Teil-)Schlussverfügungen nach Art. 80d IRSG abgeschlossen (vgl. Art. 80c Abs. 3).[894] Die Übermittlung einzelner Rechtshilfeobjekte setzt damit nicht mehr zwingend den Abschluss des gesamten Rechtshilfeverfahrens voraus.

5 Der **Nutzen der vereinfachten Ausführung** liegt auf der Hand: Das Rechtshilfeverfahren kann erheblich beschleunigt werden, da zeit- und kostenintensive Schritte (Begründung einer Schlussverfügung, Beschwerdeverfahren) entfallen.[895] Gerade bei Wirtschaftsdelikten zeigt eine Analyse des Bundesamts für Justiz aus dem Jahr 2020, dass sich die durchschnittliche Verfahrensdauer im Median durch die vereinfachte Ausführung um rund vier Monate verkürzt.[896]

III. AUSLEGUNG VON ART. 80C IRSG

A. Absatz 1: Umfang der Berechtigung und Zustimmung

1. Berechtigte

6 Als **Berechtigte** im Sinne des IRSG gelten jene Personen, denen im Rechtshilfeverfahren Parteistellung zukommt. Weder das IRSG noch die Rechtshilfeverordnung (IRSV) definieren ausdrücklich, wer Partei ist; massgeblich ist daher die bundesgerichtliche Rechtsprechung, wonach Partei ist, wer persönlich und direkt von einer Rechtshilfemassnahme betroffen ist und ein schutzwürdiges Interesse an deren Aufhebung oder Änderung hat.[897] Mithin orientiert sich die Parteistellung an der Beschwerdelegitimation gemäss Art. 80*h* lit. b IRSG.[898]

894. BSK-Heimgartner/Niggli, Art. 80d IRSG N. 6; BSK-Heimgartner/Niggli, Art. 80c IRSG N. 15.
895. Bundesamt für Justiz, Internationale Rechtshilfe in Strafsachen, Wegleitung, S. 50 ff.
896. Eidgenössische Finanzkontrolle, Evaluation der internationalen Rechtshilfe in Strafsachen, N. 3.3.
897. BGer 1A.24/2004 vom 11.8.2004, E. 1.5; TPF 2014 113, E. 3.1.
898. BGer 1A.24/2004 vom 11.8.2004, E. 1.5; OK-Dangubic/Stelzer-Wieckowska, Art. 80b IRSG N. 8.

Entscheidend ist dabei die Beziehung der Person zum betroffenen Beweismittel oder Vermögenswert.[899] So ist im Rechtshilfeverfahren in der Regel jene Person beschwerdelegitimiert, gegen die sich die Zwangsmassnahme richtet oder bei der sie durchgeführt wurde. Beispielsweise ist bei Herausgabe von Bankunterlagen der Kontoinhaber (i.d.R. nicht aber die Bank selbst) berechtigt, Beschwerde zu führen.[900] Für eine nähere Darstellung der Berechtigten bzw. der Parteistellung wird auf die Kommentierung von Dangubic Miro und Stelzer-Wieckowska Marta zu Art. 80b hiervor verwiesen.[901] 7

2. Umfang der Parteirechte

Berechtigte verfügen im Rechtshilfeverfahren über umfassende **Parteirechte**, insbesondere Anspruch auf rechtliches Gehör, Akteneinsicht und Eröffnung der Verfügungen (vgl. z.B. Art. 80b IRSG). 8

Im Rechtshilfeverfahren können sie entweder Einwände erheben (woraufhin die Behörde eine beschwerdefähige Schlussverfügung nach Art. 80d IRSG erlässt) oder der Herausgabe zustimmen (Art. 80c IRSG). Die Parteirechte sind in Art. 80b IRSG festgeschrieben, der in derselben Revision 1997 neu eingeführt wurde. Danach muss die vollziehende Behörde die Berechtigten spätestens vor Abschluss des Verfahrens über das Rechtshilfeersuchen und die Akten informieren, sodass sie sachgerecht Stellung nehmen können.[902] 9

Nach der hier vertretenen Auffassung geht die Zustimmung zu einer vereinfachten Ausführung nicht mit einem gänzlichen Verzicht der Berechtigten auf das **rechtliche Gehör** einher[903], zumal Parteirechte grundsätzlich bis zum rechtskräftigen Abschluss des Verfahrens ausgeübt werden können.[904] Beispielsweise ist es möglich, dass die betroffene Person anlässlich einer Einvernahme der Übermittlung des Einvernahmeprotokolls an 10

899. Stelzer-Wieckowska, S. 195 f., vgl. auch OK-Dangubic/Stelzer-Wieckowska, Art. 80b IRSG N. 9.
900. BSK-Bussmann, Art. 80h IRSG N. 31 ff.
901. Vgl. auch die tabellarische Übersicht der Kasuistik in Remund/Thormann, N 22.78.
902. BStGer RR.2021.111 vom 11.5.2022, E. 3.1.1; OK-Dangubic/Stelzer-Wieckowska, Art. 80b IRSG N. 17.
903. A.M. BSK-Heimgartner/Niggli, Art. 80c IRSG N. 14.
904. BStGer RR.2013.13 vom 2.10.2013 E. 4.4.2; OK-Dangubic/Stelzer-Wieckowska, Art. 80b IRSG N. 27.

die ausländische Behörde zustimmt und gleichzeitig noch Einsicht in die Verfahrensakten beantragt und erhält.

11 Worauf kann sich die Zustimmung beziehen? Gemäss Art. 80c Abs. 1 IRSG können die Berechtigten «*bis zum Abschluss des Verfahrens einer Herausgabe derselben zustimmen*», wobei „*derselben*" sich auf «*Schriftstücke*, *Auskünfte oder Vermögenswerte*» bezieht.[905] Damit sind die klassischen **Rechtshilfeobjekte** gemeint, die im Rahmen der sog. kleinen Rechtshilfe übermittelt werden. In erster Linie sind davon potenzielle Beweismittel erfasst, die mittels Beweis- oder Zwangsmassnahmen erhoben wurden. Neben edierten oder beschlagnahmten Datenträgern sowie Schriftstücken wird unter «*Auskünfte*» regelmässig auch die Übermittlung von Einvernahmeprotokollen verstanden.[906]

3. Form und Zeitpunkt der Zustimmung

12 Artikel 80c Absatz 1 selbst schreibt keine besondere Form vor – es heisst nur, die Berechtigten «*können … zustimmen*». Die Zustimmung kann daher mündlich oder schriftlich erteilt werden. Aus Gründen der Rechtssicherheit und Beweissicherung ist jedoch die **Schriftform** dringend geboten.[907] So hat der Rechtshilferichter formell den vorzeitigen Abschluss des Rechtshilfeverfahrens festzustellen – wobei der Abschluss zwar keine Begründung verlangt, aber immerhin die Zustimmung der Beteiligten festhalten muss.[908]

13 Im Weiteren sollte – insbesondere bei nicht anwaltlich vertretenen Personen – der Gesetzestext von Art. 80c IRSG sowie der Umstand erläutert werden, dass die entsprechende Erklärung unwiderruflich ist und damit ein **Rechtsmittelverzicht** einhergeht.[909]

14 Die Zustimmung kann «*bis zum Abschluss des Verfahrens*» erfolgen. Daraus schliesst, dass sie grundsätzlich **jederzeit** bis zum Abschluss des konkreten

905. vgl. hierzu Botschaft 1995, S. 29.
906. BSK-Heimgartner/Niggli, Art. 80c IRSG N. 9; BStGer RR.2019.136 vom 28.10.2020, E. 2.2 f.; vgl. Dangubic/Werndli, S. 212–216.
907. BSK-Heimgartner/Niggli, Art. 80c IRSG N. 10.
908. vgl. hierzu Botschaft 1995, S. 29.
909. PC-Ludwiczak Glassey, Art. 80c IRSG, N. 5 sowie BSK-Heimgartner/Niggli, Art. 80c IRSG N. 10; BGer 1C_95/2011 vom 6.4.2011, E. 3.2; BStGer RR.2022.15 vom 9.12.2022, E. 2.2.1; BStGer RR.2019.357 vom 28.4.2020, E. 2.3 f. sowie BStGer RR.2011.164 vom 21.12.2011, E. 3.3.

Rechtshilfevollzugsverfahrens in der Schweiz zuhanden der zuständigen schweizerischen ausführenden Behörde[910] abgegeben werden kann. Dieser Abschluss erfolgt entweder durch eine der Schlussverfügung gemäss Art. 80d IRSG oder – im Fall einer Zustimmung – der formlosen Abschlussverfügung nach Art. 80c Abs. 2 IRSG folgenden Übermittlung ans Ausland.[911]

Voraussetzung für die **Wirksamkeit** der Zustimmung ist zudem, dass die betroffenen Rechtshilfeobjekte konkret bezeichnet werden. Eine pauschale oder vorsorgliche Zustimmung – etwa zu Beginn des Verfahrens – ist demnach ausgeschlossen.[912] Ein fehlender detaillierter Überblick über Umfang und Inhalt der sichergestellten Unterlagen zum Zeitpunkt der Zustimmungserklärung beeinträchtigt deren Wirksamkeit nicht, sofern die betroffenen Unterlagen hinreichend identifizierbar sind.[913] Liegt schliesslich eine Zustimmung sämtlicher Berechtigten vor, können die Aktenstücke unmittelbar übermittelt werden. 15

B. Absatz 2: Verfahren bei vollständiger Zustimmung (Verfahrensabschluss)

Absatz 2 regelt das Vorgehen, wenn alle Berechtigten eingewilligt haben. In diesem Fall «*hält die zuständige Behörde die Zustimmung schriftlich fest und schliesst das Verfahren ab.*» Der Gesetzgeber verlangt also einen förmlichen Akt der Verfahrensbeendigung, allerdings ohne inhaltliche Prüfung von Rechtshilfevoraussetzungen.[914] Die Behörde erstellt in der Praxis eine unterschriftliche Bestätigung, in der festgehalten wird, dass alle nötigen Zustimmungen vorliegen. In dieser **Übermittlungsverfügung** bezeichnet sie ferner die herauszugebenden Unterlagen und erklärt das Verfahren als 16

910. Wobei e contrario eine an eine ausländische Behörde abgegebene Erklärung im schweizerischen Rechtshilfeverfahren keine Rechtswirkung entfalten kann (vgl. BStGer RR. 2008.221 vom 9.7.2009, E. 2.2).
911. vgl. BGer 1C_49/2024 vom 29.1.2024, E. 1.2 wonach die Zustimmung zur Herausgabe im Sinne von Art. 80c IRSG auch noch im Beschwerdeverfahren vor Bundesstrafgericht erteilt werden kann.
912. BStGer RR.2022.15 vom 9.12.2022, E. 2.2.2; BGer 1A.64/2005 vom 25.5.2005, E. 2.4; BSK-Heimgartner/Niggli, Art. 80c IRSG N. 9.
913. BStGer RR.2022.15 vom 9.12.2022, E. 2.2.2.
914. Botschaft 1995, S. 29; BStGer RR.2007.97 vom 13.7.2007, E. 2.2.2.1.; BSK-Heimgartner/Niggli, Art. 80c IRSG N. 13; vgl. Bundesamt für Justiz, Internationale Rechtshilfe in Strafsachen, Wegleitung, S. 50.

erledigt.[915] Dabei kommt der Spezialitätsgrundsatz nach Art. 67 IRSG wie im ordentlichen Rechtshilfeverfahren zur Anwendung und wird durch die ausführende Behörde der ersuchenden Behörde bzw. dem Bundesamt für Justiz entsprechend zur Kenntnis gebracht.

17 Gegen die Übermittlung(sverfügung) ist mangels Beschwer **kein Rechtsmittel** gegeben.[916] Dadurch wird im Sinne der Rechtssicherheit verhindert, dass die Übermittlung von Beweisen, Auskünften oder Vermögenswerten an die ausländische Behörde nachträglich in Frage gestellt werden kann.[917]

18 Der Beschwerdeweg ist hingegen offen, falls die Gültigkeit der Zustimmung in Analogie zu Art. 23 ff. OR wegen **Willensmängeln** angefochten wird und der Irrtum unverschuldet war.[918] Dabei sind alle Umstände des Falles zu prüfen sowie insbesondere, ob die ausführende Behörde den Irrtum veranlasst oder in anderer Weise gegen Treu und Glauben verstossen hat.[919] Dies ist in Übereinstimmung mit einem einschlägigen bundesgerichtlichen Entscheid dann nicht der Fall, wenn die Behörde den Betroffenen gleichzeitig um Bestätigung des Empfangs gewisser Dokumente sowie auch um die Zustimmung zur vereinfachten Ausführung ersucht. In diesem Fall durfte die ausführende Behörde davon ausgehen, dass durch die unterschriftliche Bestätigung des Betroffenen die Zustimmung zur vereinfachten Ausführung gültig erteilt wurde.[920]

C. Absatz 3: Partielle Zustimmung

19 Absatz 3 trägt der Möglichkeit Rechnung, dass nicht für den gesamten Umfang des Rechtshilfeersuchens eine Zustimmung erreicht wird. Damit ist der Fall der **teilweisen Zustimmung** oder Teilung des Verfahrens geregelt. Praktisch bedeutet dies: Die Behörde kann das Rechtshilfeverfahren auftrennen. Für diejenigen Teilbereiche, in denen die Berechtigten zugestimmt haben, wird das Verfahren vereinfacht abgeschlossen (sofortige Herausgabe dieser Unterlagen nach Abs. 2).[921] Hinsichtlich der übrigen Ersuchensteile, bei denen

915. BSK-Heimgartner/Niggli, Art. 80c IRSG N. 10.
916. vgl. Botschaft 1995, S. 29; BGer 1A.64/2005 vom 25.5.2005, E. 2.3.1.
917. BGer 1A.64/2005 vom 25.5.2005, E. 2.3.1; BStGer RR.2020.170 vom 3.9.2020, E. 2.3.2.
918. BGer 1C_95/2011 vom 6.4.2011, E. 3; BStGer RR.2020.170 vom 3.9.2020, E. 2.3.2.
919. BGer 1A.64/2005 vom 25.5.2005, E. 2.3.1; BStGer RR.2020.170 vom 3.9.2020, E. 2.3.2.
920. BGer 1A.64/2005 vom 25.5.2005, E. 2.; a.M. BSK-Heimgartner/Niggli, Art. 80c IRSG N. 11.
921. Vgl. hierzu Botschaft 1995, S. 29.

keine Zustimmung vorliegt, führt die Behörde das reguläre Verfahren weiter und erlässt am Ende eine begründete Schlussverfügung nach Art. 80d IRSG.[922]

In der **Praxis** ist diese Bestimmung von grosser Bedeutung. Nicht selten erteilen die Berechtigten die Zustimmung zunächst nur für einen Teil der erhobenen Beweismittel, um für den Rest zuerst Rücksprache mit allfälligen Rechtsvertretern oder anderen Instanzen zu nehmen. Für die Behörden bedeutet dies Mehraufwand durch parallele Verfahren, erlaubt aber auch die speditive Übermittlung von unstrittigem Beweismaterial. Bei diesem Vorgehen besteht theoretisch das Risiko widersprüchlicher Entscheide: Dies könnte eintreten, wenn der Berechtigte der vereinfachten Übermittlung nur für einen Teil der erhobenen Beweismittel zustimmt, gegen die Schlussverfügung betreffend die restlichen Beweismittel Beschwerde erhebt und die Beschwerdekammer die Voraussetzungen für die Leistung der Rechtshilfe als nicht erfüllt betrachtet.[923] Angesichts der Tatsache, dass Beschwerden in Rechtshilfeangelegenheiten statistisch selten erfolgreich sind, wobei die wenigsten dieser gutheissenden Entscheide eine materielle Wirkung entfalten[924], ist dieses Risiko als gering zu orten und von der ausführenden Behörde in Kauf zu nehmen.[925] 20

Bemerkungen:
Die Rechtsauffassung der beiden Autoren ist unabhängig von jener ihres Arbeitgebers. Begriffe, die sich auf Personen beziehen, gelten gleichermassen für Frauen und Männer.

LITERATURVERZEICHNIS

Bussmann Adrian, Kommentierung zu Art. 80h IRSG, in: Niggli Marcel Alexander/Heimgartner Stefan (Hrsg.), Basler Kommentar, Internationales Strafrecht, IRSG, GwÜ, Basel 2015.

Dangubic Miro/Stelzer-Wieckowska Marta, Kommentierung zu Art. 80b IRSG, in: Ludwiczak Glassey Maria/Staffler Lukas (Hrsg.), Onlinekommentar

922. BSK-Heimgartner/Niggli, Art. 80c IRSG N. 15.
923. BSK-Heimgartner/Niggli, Art. 80c IRSG N. 16.
924. So werden lediglich 7% der Beschwerden beim BStGer und 3% beim BGer (teilweise) gutgeheissen (vgl. zum Ganzen: Eidgenössische Finanzkontrolle, Evaluation der internationalen Rechtshilfe in Strafsachen, S. 38 und 40 f.).
925. A.M. BSK-Heimgartner/Niggli, Art. 80c IRSG, N. 16.

zum Bundesgesetz über internationale Rechtshilfe in Strafsachen – Version: 25.2.2025: https://onlinekommentar.ch/de/kommentare/irsg80b, besucht am 17.7.2025.

Dangubic Miro/Werndli Patricia, Rechtshilfeweise Herausgabe von Einvernahmeprotokollen aus inländischen Verfahren – unter besonderer Berücksichtigung von TPF 2020 180, forumpoenale 3 (2023), S. 212–216.

Heimgartner Stefan/Niggli Marcel Alexander, Kommentierung zu Art. 80c IRSG, in: Niggli Marcel Alexander/Heimgartner Stefan (Hrsg.), Basler Kommentar, Internationales Strafrecht, IRSG, GwÜ, Basel 2015.

Ludwiczak Glassey Maria, Entraide judiciaire internationale en matière pénale, Précis de droit suisse, Basel 2018.

Ludwiczak Glassey Maria, Kommentierung zu Art. 80c IRSG, in: Ludwiczak Glassey Maria/Laurent Moreillon (Hrsg.), Petit Commentaire, Loi sur l'entraide pénale internationale, Basel 2024.

Remund Cédric/Thormann Olivier, Rechtshilfe in Strafsachen in: Bazzani Claudio/Ferrari-Visca Reto, Nadelhofer Simone (Hrsg.), Interne Untersuchungen, Eine umfassende Darstellung der rechtlichen und praktischen Aspekte, inklusive Amts- und Rechtshilfe und Kooperation mit Behörden, Zürich 2022.

Stelzer-Wieckowska Marta, Die kleine Rechtshilfe in Strafsachen: grundrechtliche Stellung der betroffenen Person, Zürich 2022.

MATERIALIENVERZEICHNIS

Botschaft betreffend die Änderung des Rechtshilfegesetzes und des Bundesgesetzes zum Staatsvertrag mit den USA über gegenseitige Rechtshilfe in Strafsachen sowie den Bundesbeschluss über einen Vorbehalt zum Europäischen Übereinkommen über die Rechtshilfe in Strafsachen vom 29.3.1995, BBl 1995 III 1 ff., abrufbar unter https://www.fedlex.admin.ch/eli/fga/1995/3_1_1_1/de, besucht am 28.7.2025.

Bundesamt für Justiz, Internationale Rechtshilfe in Strafsachen, Wegleitung, 9. Aufl. 2009, abrufbar unter https://www.rhf.admin.ch/rhf/de/home/strafrecht/wegleitungen.html, besucht am 28.7.2025.

Eidgenössische Finanzkontrolle, Evaluation der internationalen Rechtshilfe in Strafsachen, EFK-18293, 22. Juni 2020, abrufbar unter https://www.efk.admin.ch/wp-content/uploads/publikationen/berichte/sicherheit_und_umwelt/justiz_und_polizei/18293/18293be-endgueltige-fassung-v04-d.pdf, besucht am 28.7.2025.

KOMMENTIERUNG ZU

Art. 80d IRSG

Eine Kommentierung von Krisztina Balogh / Dominik Reichle

ZITIERVORSCHLAG

Krisztina Balogh/Dominik Reichle, Kommentierung zu Art. 80d IRSG, in: Maria Ludwiczak Glassey/Lukas Staffler (Hrsg.), Onlinekommentar zum Bundesgesetz über internationale Rechtshilfe in Strafsachen

Kurzzitat: OK-Balogh/Reichle, Art. 80d IRSG N. XXX.

Art. 80*d* Abschluss des Rechtshilfeverfahrens

Erachtet die ausführende Behörde das Ersuchen als ganz oder teilweise erledigt, so erlässt sie eine begründete Verfügung über die Gewährung und den Umfang der Rechtshilfe.

GLIEDERUNG

I. Allgemeines 503
II. Vorgehen beim Erlass der Schlussverfügung 503
III. Aufbau und Inhalt der Schlussverfügung 505
IV. Rechtsschutz und Vollzug 507
V. Kosten 508
Literaturverzeichnis 509
Materialienverzeichnis 510

I. ALLGEMEINES

Art. 80d IRSG verpflichtet die Vollzugsbehörde, ein Rechtshilfeersuchen nach abgeschlossener Ausführung ganz oder teilweise durch eine förmliche **Schlussverfügung** zu erledigen. Diese Schlussverfügung bildet seit der Revision des Rechtshilfegesetzes vom 4. Oktober 1996 (in Kraft seit 1. Februar 1997) den Eckstein des Verfahrens: Sie formiert den abschliessenden Entscheid, mit dem die Behörde über Zulässigkeit und Umfang der Rechtshilfeleistung befindet.[926] 1

Vor dem Erlass einer Schlussverfügung darf grundsätzlich **keine Herausgabe von Informationen oder Beweismitteln** an den ersuchenden Staat erfolgen. Ausnahmen gelten namentlich bei der unaufgeforderten Übermittlung nach Art. 67a IRSG, der Übermittlung von elektronischen Verkehrsdaten nach Art. 18b IRSG, der vorzeitigen Übermittlung nach Art. 80d^{bis} IRSG sowie der vereinfachten Übermittlung nach Art. 80c IRSG. 2

Die Schlussverfügung ergeht je nach **Vollzugskompetenz** entweder durch die mit dem Vollzug betraute Behörde (etwa eine kantonale Staatsanwaltschaft oder die Bundesanwaltschaft, vgl. Art. 78 f. IRSG) oder, seltener, durch das Bundesamt für Justiz (BJ), sofern es selbst über die Gewährung und den Umfang der Rechtshilfe entscheidet (vgl. Art. 79a IRSG; Art. 28 ff. BG-RVUS). 3

Der Abschluss eines Rechtshilfeverfahrens erfolgt schliesslich in den Fällen per Schlussverfügung, in welchen keine andere Erledigungsart, namentlich eine Nichtannahme (Art. 78 Abs. 2 IRSG), ein Nichteintreten (Art. 80 Abs. 2 IRSG) oder die formlose Erledigung im vereinfachten Verfahren (Art. 80c IRSG) angezeigt ist. Diesbezüglich wird die Erledigung mittels Schlussverfügung in der Lehre auch als **subsidiär** verstanden.[927] 4

II. VORGEHEN BEIM ERLASS DER SCHLUSSVERFÜGUNG

Der Erlass einer Schlussverfügung setzt voraus, dass die Vollzugsbehörde das ausländische Ersuchen als «*erledigt*» betrachtet. Dies ist der Fall, wenn sämtliche zulässigen Rechtshilfehandlungen durchgeführt wurden und die 5

926. Vgl. Bundesamt für Justiz, Internationale Rechtshilfe in Strafsachen, Wegleitung, S. 101 ff.
927. Vgl. wohl Remund/Thormann, N. 22.62; sowie BSK-Heimgartner/Niggli, Art. 80d IRSG N. 1.

Ergebnisse zur Übermittlung bereitstehen – d. h., über die im Ersuchen gestellten Begehren ein formeller oder materieller Entscheid getroffen werden kann.[928] Entsprechend ist der (teilweise) Abschluss des Rechtshilfeverfahrens durch Schlussverfügung grundsätzlich auch Voraussetzung für eine Übermittlung ins Ausland.

6 In vielen Fällen wird die Rechtshilfe vollständig erledigt; es ist aber gesetzlich ausdrücklich vorgesehen, dass eine Schlussverfügung auch den **Abschluss eines Teils** des Ersuchens bilden kann.[929] Die Behörde kann entsprechend – in Ausübung ihres pflichtgemässen Ermessens – eine Rechtshilfesache in mehreren Etappen abschliessen, sofern sachliche Gründe dies rechtfertigen (z. B. wenn gewisse Unterlagen bereits vorliegen, andere aber noch nicht verfügbar sind).[930] Für noch offene Ersuchensbestandteile sind später separate (Schluss-)Verfügungen zu erlassen, sobald deren Ausführung möglich ist und die entsprechenden Voraussetzungen gegeben sind.

7 Soweit ein Rechtshilfeentscheid keine vorangehende Zwischenverfügung erfordert, können Eintretens-, Zwischen- und Schlussverfügungen **kombiniert** werden.[931] Diese konzentrierte Vorgehensweise zielt darauf ab, das Verfahren zu beschleunigen. Eine direkte Anordnung von Eintretens- und Schlussverfügungen ist überall dort möglich und sinnvoll, wo der Schlussverfügung keine separaten Prozesshandlungen vorgehen, bei denen das rechtliche Gehör gewährt werden muss. Dies kann beispielsweise beim Beizug von vorhandenen Akten, bei der Zustellung von Gerichtsurkunden oder bei der Herausgabe von Strafregisterauszügen der Fall sein.[932]

8 Nach Abschluss der Ausführung eines Rechtshilfeersuchens, d. h. wenn die ausführende Behörde das Ersuchen als ganz oder teilweise erledigt erachtet, ist den berechtigten Personen in Anwendung von Art. 30 Abs. 1 VwVG Gelegenheit zu geben, ihr **rechtliches Gehör** auszuüben. Zu diesem Zweck wird eine Mitteilung über die bevorstehende Schlussverfügung erlassen.

928. BSK-Heimgartner/Niggli, Art. 80d IRSG N. 4.
929. Vgl. Botschaft 1995, S. 29.
930. So ausdrücklich BStGer RR.2024.130 vom 29.4.2025, E. 3.3.3 und BStGer RR.2023.43 vom 9.10.2023, E. 5.2.3; vgl. auch BStGer RR.2023.160 vom 5.5.2025, E. 2.3; BGer 1C_603/2016 vom 10.2.2017, E. 1.2; BSK-Heimgartner/Niggli, Art. 80d IRSG N. 4; vgl. PC-Ludwiczak Glassey, Art. 80d IRSG, N. 5 mit entsprechendem Hinweis auf das Beschleunigungsgebot als sachlichen Grund.
931. BSK-Heimgartner/Niggli, Art. 80d IRSG N. 2.
932. BSK-Heimgartner/Niggli, Art. 80d IRSG N. 2.

Dieses Recht auf vorgängige Äusserung betrifft ausschliesslich die Schlussverfügung (und nicht die Eintretens- oder Zwischenverfügung) und gilt als gewahrt, wenn die betroffene Partei vor deren Erlass ausdrücklich über die zur Herausgabe vorgesehenen Beweismittel informiert und ihr eine adäquate Frist zur Stellungnahme eingeräumt wird.[933] Handelt es sich um die Edition von Bankunterlagen, hat die Bank das Recht, ihren Kunden – nach Aufhebung eines allfälligen Mitteilungsverbots – über das Rechtshilfeersuchen zu informieren (Art. 80n Abs. 1 IRSG). Hierbei und insbesondere, wenn der Kunde (Wohn-)Sitz im Ausland hat, muss die ausführende Behörde zwischen Aufhebung des Mitteilungsverbots und Erlass der Schlussverfügung eine angemessene Frist abwarten, damit der Bankkunde vom Verfahren Kenntnis nehmen und gegebenenfalls daran teilnehmen bzw. ein Zustellungsdomizil in der Schweiz bezeichnen kann.[934]

Die Vollzugsbehörde hat das Rechtshilfeverfahren in Anwendung des **Gebots der raschen Erledigung** nach Art. 17a IRSG grundsätzlich zügig voranzutreiben. Das Bundesgericht hat diesbezüglich festgestellt, dass ein Zeitraum von siebeneinhalb Jahren zwischen dem Eingang des Ersuchens und der Schlussverfügung des BJ sowie Untätigkeitsphasen von anderthalb bzw. drei Jahren eine Verletzung des Beschleunigungsgebots darstellen, dass aber solche Verzögerungen nicht zu Lasten des ersuchenden Staates gehen dürfen.[935] 9

III. AUFBAU UND INHALT DER SCHLUSSVERFÜGUNG

Eine typische Schlussverfügung im Rechtshilfeverkehr enthält in der Regel folgende Elemente: (a) **Sachverhaltsschilderung** bzw. eine Zusammenfassung des Ersuchens und des wesentlichen Verfahrensablaufs (inkl. Eingaben der Beteiligten); (b) eine **rechtliche Würdigung** mit Prüfung der Zulässigkeitsvoraussetzungen (u.a. beidseitige Strafbarkeit, Spezialitätsgarantien, allfällige Ausschlussgründe nach Art. 2 ff. IRSG etc.) und 10

933. Für eine nähere Darstellung der Gewährung des rechtlichen Gehörs wird auf die Kommentierung von Dangubic Miro und Stelzer-Wieckowska Marta zu Art. 80b IRSG hiervor verwiesen.
934. RR.2025.18 vom 1.9.2025, E. 4.2.4 ff. m.w.V.; vgl. auch RR.2023.18 vom 18.4.2024, E.5.3.2 und 5.4, wobei das Bundesstrafgericht eine Frist von insgesamt 8 Tagen genügen liess.
935. BGer 1A.1/2009 vom 20.3.2009, E. 4.3. f.; BStGer RR.2013.236–249 vom 2.5.2014, E. 2.2; vgl. Ludwiczak Glassey, N. 404.

der Umfangsfrage; sowie (c) das **Dispositiv**, welches den materiellen Entscheid und ggfs. die Anordnung der Herausgabe bezeichnet. Ebenfalls aufgeführt werden (d) die **Rechtsmittelbelehrung** (mit Frist und Zuständigkeit) und (e) die **Kostenregelung**, soweit einschlägig (i.d.R. werden keine Verfahrenskosten erhoben). Die **Unterschrift** der zuständigen Person (bspw. durch den verfahrensleitenden Staatsanwalt oder Sachbearbeiter des BJ) schliesst die Verfügung ab.

11 Zudem legt die Schlussverfügung fest, **in welchem Umfang** Rechtshilfe gewährt wird. Konkret ist dabei anzugeben, welche Auskünfte dem ersuchenden Staat übermittelt werden dürfen, wobei die zur Herausgabe bestimmten Dokumente genau zu bezeichnen sind.[936]

12 Die Schlussverfügung muss **schriftlich begründet** sein (Art. 80d IRSG verlangt eine *«begründete Verfügung»*). Dieser formelle Begründungszwang konkretisiert den verfassungsrechtlichen Anspruch auf rechtliches Gehör (Art. 29 Abs. 2 BV) im Rechtshilfeverfahren.[937]

13 Die Begründung eines Entscheides muss dabei so abgefasst sein, dass die betroffene Person ihn gegebenenfalls sachgerecht anfechten kann. Dies ist nur möglich, wenn sowohl sie als auch die Rechtsmittelinstanz sich über die Tragweite des Entscheids ein Bild machen können. In diesem Sinne hat die verfügende Behörde zumindest kurz die **wesentlichen Überlegungen** darzulegen, die ihrem Entscheid zugrunde liegen sowie eine Auseinandersetzung mit den zentralen Argumenten der Parteien vorzunehmen.[938] Dies bedeutet indessen nicht, dass sie sich ausdrücklich mit jeder tatbeständlichen Behauptung und jedem rechtlichen Einwand auseinandersetzen muss. Es reicht hierbei, sich auf die für den Entscheid wesentlichen Gesichtspunkte zu beschränken.[939] Ob diese Überlegungen zutreffend sind und den Entscheid inhaltlich zu tragen vermögen, ist schliesslich keine Frage des rechtlichen Gehörs, sondern betrifft den Entscheid in seinem materiellen Gehalt.[940]

936. BStGer RR.2017.329 vom 8.5.2018, E. 3.6.; vgl. Ludwiczak Glassey, N. 402; weiter auch: Bundesamt für Justiz, Internationale Rechtshilfe in Strafsachen, Wegleitung, S. 101.
937. BStGer RR.2023.29 vom 17.7.2023, E. 3.3.3.
938. BStGer RR.2023.29 vom 17.7.2023, E. 3.3.3 m.w.V.
939. BStGer RR.2024.144 vom 11.8.2025, E. 7.2 m.w.V.
940. BStGer RR.2023.14 vom 28.3.2024, E. 5.2.

In **materieller Hinsicht** kann die Schlussverfügung etwa in Form einer vollständigen Gewährung der Rechtshilfe, einer teilweisen Gewährung, einer Gewährung unter (annahmebedürftigen) Auflagen, einer Gewährung unter ausdrücklichem Spezialitätsvorbehalt oder auch in Form einer vollständigen Ablehnung des Rechtshilfeersuchens ergehen.[941] Auch wird mit Schlussverfügung entschieden, wenn einem Rechtssuchenden die Parteistellung im Rechtshilfeverfahren verweigert wird oder wenn das Zwangsmassnahmengericht jemandem die Legitimation zum Siegelungsantrag abspricht.[942] 14

IV. RECHTSSCHUTZ UND VOLLZUG

Die Schlussverfügung ist der betroffenen Partei an ihrem (Wohn-)Sitz oder Zustellungsdomizil in der Schweiz (Art. 80m Abs. 1 IRSG) sowie dem BJ (Art. 5 IRSV) zu **eröffnen**. Im Ausland ansässigen Betroffenen, welche kein Zustellungsdomizil in der Schweiz bezeichnet haben, werden grundsätzlich keine Entscheide ins Ausland zugestellt.[943] Das Recht auf Zustellung erlischt, sobald die Verfügung, mit der das Rechtshilfeverfahren abgeschlossen wird, vollstreckbar ist (Art. 80m Abs. 2 IRSG). 15

Gegen die Schlussverfügung steht den Berechtigten der Rechtsweg offen. Die Art. 80e bis 80l IRSG umschreiben dabei die Möglichkeit, die Schlussverfügung (zusammen mit den vorangehenden Zwischenverfügungen, sofern diese nicht selbständig angefochten werden können) durch **Beschwerde an die Beschwerdekammer des Bundesstrafgerichts** anzufechten.[944] 16

Wird Beschwerde gegen eine Schlussverfügung erhoben, hindert dies in der Regel deren **Vollstreckbarkeit**, zumal der Beschwerde bezüglich der Übermittlung von Auskünften aus dem Geheimbereich oder der Herausgabe von Gegenständen oder Vermögenswerten aufschiebende Wirkung zukommt (Art. 21 Abs. 4 IRSG). Formell rechtskräftig wird die Schlussverfügung, wenn die Beschwerdeberechtigten ausdrücklich auf eine Beschwerde verzichten.[945] 17

941. BSK-Heimgartner/Niggli, Art. 80d IRSG N. 5.
942. RR.2024.26 vom 12.2.2025, E. 2.1 m.w.V.; RR.2018.271 vom 14.1.2019, E. 1.4.
943. Vgl. Art. 9 IRSV sowie Bundesamt für Justiz, Internationale Rechtshilfe in Strafsachen, Wegleitung, S. 102.
944. Für eine nähere Darstellung wird auf die Kommentierung von Poglia Clara und Jakubowski Michaël zu Art. 80h IRSG hiernach verwiesen.

Andernfalls muss die 30-tägige Beschwerdefrist nach Art. 80k IRSG abgewartet werden. Ist aufgrund einer Beschwerde ein Entscheid des Bundesstrafgerichts ergangen, kann dieser innert 10 Tagen mittels Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten am Bundesgericht angefochten werden (Art. 100 Abs. 2 lit. b BGG).

18 Ist die Schlussverfügung in Rechtskraft erwachsen, können die erhobenen Beweismittel oder Informationen an die ersuchende Behörde **übermittelt** werden. Dies geschieht in der Regel mit einem formlosen Übermittlungsschreiben.[946]

V. KOSTEN

19 Grundsätzlich werden Rechtshilfeersuchen – im Einklang mit Art. 31 IRSG – unentgeltlich ausgeführt, sodass dem ersuchenden Staat **keine Verfahrenskosten** auferlegt werden (vgl. aber Art. 80q IRSG sowie Art. 12 IRSV und die in Staatsverträgen enthaltenen einschlägigen Bestimmungen).

20 Hingegen ist im **Beschwerdeverfahren** eine Auferlegung der Verfahrenskosten an die Beschwerdeführenden zulässig, sofern deren Beschwerde ganz oder teilweise abgewiesen wird (vgl. Art. 39 Abs. 2 lit. b StBOG i. V. m. Art. 63 Abs. 1 VwVG).

21 Selbiges gilt bei querulatorischem und rechtsmissbräuchlichem Verhalten.[947] Die blosse Ausübung von Rechtsmitteln oder das Verweigern einer Einwilligung stellen ausdrücklich keinen Rechtsmissbrauch dar. Dem Betroffenen dürfen daraus also keine Kostenfolgen erwachsen.

Bemerkungen:
Die Rechtsauffassung der beiden Autoren ist unabhängig von jener ihres Arbeitgebers. Begriffe, die sich auf Personen beziehen, gelten gleichermassen für Frauen und Männer.

---

945. Ist die Schlussverfügung einzig dem BJ zuzustellen, wird das BJ praxisgemäss ersucht der ausführenden Behörde mitzuteilen, falls es auf eine Beschwerde verzichtet. Dies erlaubt den umgehenden Vollzug der Verfügung, andernfalls die 30-tägige Beschwerdefrist abgewartet werden muss.

946. Vgl. zu formlosen Übermittlungsschreiben OK-Balogh/Reichle, Art. 80c IRSG N. 16 f.

947. BStGer RR.2013.287 vom 6.2.2014, E. 6.2.; vgl. weiter: Bundesamt für Justiz, Internationale Rechtshilfe in Strafsachen, Wegleitung, S. 138.

LITERATURVERZEICHNIS

Balogh Krisztina/Reichle Dominik, Kommentierung zu Art. 80c IRSG, in: Ludwiczak Glassey Maria/Staffler Lukas (Hrsg.), Onlinekommentar zum Bundesgesetz über internationale Rechtshilfe in Strafsachen – Version: 25.2.2025: https://onlinekommentar.ch/de/kommentare/irsg80c, besucht am 11.11.2025, DOI: 10.17176/20251007-190624-0.

Dangubic Miro/Stelzer-Wieckowska Marta, Kommentierung zu Art. 80b IRSG, in: Ludwiczak Glassey Maria/Staffler Lukas (Hrsg.), Onlinekommentar zum Bundesgesetz über internationale Rechtshilfe in Strafsachen – Version: 25.2.2025: https://onlinekommentar.ch/de/kommentare/irsg80b, besucht am 11.11.2025, DOI: 10.17176/20250225-194711-0.

Heimgartner Stefan/Niggli Marcel Alexander, Kommentierung zu Art. 80d IRSG, in: Niggli Marcel Alexander/Heimgartner Stefan (Hrsg.), Basler Kommentar, Internationales Strafrecht, IRSG, GwÜ, Basel 2015.

Ludwiczak Glassey Maria, Entraide judiciaire internationale en matière pénale, Précis de droit suisse, 1. Aufl., Basel 2018.

Ludwiczak Glassey Maria, Kommentierung zu Art. 80d IRSG, in: Ludwiczak Glassey Maria/Laurent Moreillon (Hrsg.), Petit Commentaire, Loi sur l'entraide pénale internationale, Basel 2024.

Poglia Clara/Jakubowski Michaël, Kommentierung zu Art. 80h IRSG, in: Ludwiczak Glassey Maria/Staffler Lukas (Hrsg.), Onlinekommentar zum Bundesgesetz über internationale Rechtshilfe in Strafsachen – Version: 28.3.2025: https://onlinekommentar.ch/de/kommentare/irsg80h, besucht am 11.11.2025, DOI: 10.17176/20230908-114307-0

Remund Cédric/ Thormann Olivier, Rechtshilfe in Strafsachen in: Bazzani Claudio/Ferrari-Visca Reto, Nadelhofer Simone (Hrsg.), Interne Untersuchungen, Eine umfassende Darstellung der rechtlichen und praktischen Aspekte, inklusive Amts- und Rechtshilfe und Kooperation mit Behörden, Zürich 2022.

Zimmermann Robert, La coopération judiciaire internationale en matière pénale, 6. Aufl., Bern 2024.

MATERIALIENVERZEICHNIS

Botschaft betreffend die Änderung des Rechtshilfegesetzes und des Bundesgesetzes zum Staatsvertrag mit den USA über gegenseitige Rechtshilfe in Strafsachen sowie den Bundesbeschluss über einen Vorbehalt zum Europäischen Übereinkommen über die Rechtshilfe in Strafsachen vom 29.3.1995, BBl 1995 III 1 ff., abrufbar unter https://www.fedlex.admin.ch/eli/fga/1995/3_1_1_1/de, besucht am 11.11.2025.

Bundesamt für Justiz, Internationale Rechtshilfe in Strafsachen, Wegleitung, 10. Aufl. 2025, abrufbar unter https://www.rhf.admin.ch/rhf/de/home/strafrecht/wegleitungen.html, besucht am 24.11.2025.

ACHTUNG: Diese Version des Kommentars ist eine automatische maschinelle Übersetzung des Originals. Die Originalversion ist französisch. Die Übersetzung wurde mit www.deepl.com durchgeführt. Nur die Originalversion ist autoritativ. Die übersetzte Form des Kommentars kann nicht zitiert werden.

KOMMENTIERUNG ZU

Art. 80h IRSG

Eine Kommentierung von Clara Poglia / Michaël Jakubowski

ZITIERVORSCHLAG

Clara Poglia/Michaël Jakubowski, Kommentierung zu Art. 80h IRSG, in: Maria Ludwiczak Glassey/Lukas Staffler (Hrsg.), Onlinekommentar zum Bundesgesetz über internationale Rechtshilfe in Strafsachen

Kurzzitat: OK-Poglia/Jakubowski, Art. 80h IRSG N. XXX.

Art. 80h Beschwerdelegitimation

Zur Beschwerdeführung ist berechtigt:

a. das Bundesamt;

b. wer persönlich und direkt von einer Rechtshilfemassnahme betroffen ist und ein schutzwürdiges Interesse an deren Aufhebung oder Änderung hat.

GLIEDERUNG

I. Einleitung 513
II. Hintergrund von Art. 80h eimp 513
III. Die Beschwerdeberechtigung 515
A. Bundesamt (Bst. a) 515
B. Beschwerdebefugnis anderer Personen (Bst. b) 515
C. Die von Art. 9a OEIMP erfassten Fälle 517
1. Bei Informationen über ein Bankkonto (Art. 9a Bst. a IRSV) 517
a. Der Kontoinhaber 518
b. Die Bank 519
c. Der wirtschaftlich Berechtigte 520
d. Dritte 523
2. Durchsuchung und Beschlagnahme (Art. 9a Bst. b IRSV) 523
3. Massnahmen betreffend ein Motorfahrzeug (Art. 9a Bst. c IRSV) 526
D. Die anderen Fälle 527
1. Die Anhörungen 527
a. Der Beschuldigte 527
b. Der Zeuge 527
c. Die Person, die zur Auskunftserteilung aufgefordert wird 527
d. Die Drittperson 528
e. Die juristische Person 528
2. Die Herausgabe von Unterlagen aus einem schweizerischen Verfahren 529
3. Dokumente, die bei anderen Behörden aufbewahrt werden 530
4. Personen, die Gegenstand von geheimen Überwachungsmassnahmen waren 531
IV. Schlussfolgerungen 532
Literaturverzeichnis 533

I. EINLEITUNG

Art. 80h IRSG, der im dritten Teil des IRSG (Art. 63 ff. IRSG) enthalten ist, regelt die Beschwerdebefugnis bei anderen Rechtshilfeakten. 1

Art. 80h IRSG findet Anwendung bei der Zulässigkeitsprüfung, welche die Beschwerdekammer des Bundesstrafgerichts vornimmt. Bei einer Beschwerde an das Bundesgericht gilt Art. 89 BGG, obwohl dieser Unterschied keine praktischen Auswirkungen hat. 2

Soweit es sich bei der internationalen Rechtshilfe in Strafsachen um ein Verwaltungsverfahren handelt, ist das VwVG, soweit nichts anderes bestimmt ist, sinngemäss anwendbar (Art. 12 Abs. 1 IRSG). Da die Beschwerdelegitimation jedoch bereits in Art. 80h IRSG geregelt ist, geht die letztgenannte Bestimmung als lex specialis Art. 48 VwVG vor. 3

Bei der Rechtshilfe in Strafsachen mit den USA gilt Art. 17a GVUS als lex specialis zu Art. 80h IRSG. Beide Bestimmungen sind jedoch gleichlautend formuliert und haben somit die gleiche Tragweite. 4

Der vorliegende Beitrag beginnt mit einer kurzen Darstellung des historischen Hintergrunds von Art. 80h IRSG (Kap. II), bevor seine Anwendungsvoraussetzungen (Kap. III.A und B) und die damit zusammenhängenden Regeln in Art. 9a IRSV, der konkretisierenden Bestimmung dieser Voraussetzungen (Kap. III.C), näher untersucht werden. Abschließend wird die Rechtsprechung zur Beschwerdebefugnis bei der Übermittlung von (i) Protokollen (Ziff. III.D.1), (ii) Schriftstücken aus einem Schweizer Verfahren (Ziff. III.D.2), (iii) Dokumenten im Besitz von Schweizer Behörden, die keine Strafverfolgungsbehörden sind (Ziff. III.D.3) und schließlich (iv) Beweismitteln, die durch verdeckte Überwachungsmaßnahmen erlangt wurden (Ziff. III.D.4), erörtert. 5

II. HINTERGRUND VON ART. 80H EIMP

Art. 80h IRSG wurde am 1. Februar 1997 im Rahmen einer umfangreichen Revision dieses Gesetzes eingeführt. 6

Der Gesetzgeber hatte Schwächen im damaligen System festgestellt und insbesondere die Dauer der Vollstreckungsverfahren als übermässig lang 7

erachtet, was auf die Vielzahl von Rechtsmitteln zurückzuführen war, die aufgrund der föderalistischen Struktur der Schweiz vorherrschten. Der Bundesrat wies auch auf den Missbrauch von Rechtsmitteln zu Verzögerungszwecken durch Personen hin, die sich oft fälschlicherweise als Anspruchsberechtigte ausgeben.

8 Die Revision zielte somit auf eine Vereinfachung und Beschleunigung der Rechtshilfeverfahren ab, indem die Beschwerdelegitimation insbesondere auf Personen beschränkt wurde, die von einer Rechtshilfemassnahme direkt und persönlich betroffen sind.

9 Die früher bestehende alternative Bedingung, dass die Beschwerdelegitimation auch der Person zusteht, deren Verteidigungsrechte im ausländischen Strafverfahren beeinträchtigt werden könnten, wurde gestrichen. Der Gesetzgeber war der Ansicht, dass der Beschuldigte nicht stärker geschützt werden sollte als andere Parteien, zumal er im Strafverfahren des ersuchenden Staates noch handeln konnte.

10 Vorschläge, die darauf abzielten, einen Rechtsbehelf einfach abzuschaffen, wurden nicht weiterverfolgt, da sie als nicht ausreichend grundrechtskonform angesehen wurden.

11 Der Text des revidierten IRSG enthält zahlreiche Wiederholungen. Dies zeigt sich beispielsweise in Art. 21 Abs. 3 IRSG, der die Beschwerdebefugnis des Beschuldigten regelt, und in Art. 80h Bst. b IRSG, der genau dieselben Grundsätze sowohl für die Zielperson als auch für alle im Rahmen anderer Rechtshilfehandlungen betroffenen Personen wiederholt (d.h. insbesondere die Erhebung und Herausgabe von Beweismitteln und die Beschlagnahme von Gegenständen oder Vermögenswerten zum Zwecke der Einziehung - vgl. Art. 63 IRSG). Der Gesetzgeber hat diesen Stil bewusst gewählt, da er der Ansicht war, dass Wiederholungen in einem so komplexen Gesetz wie dem IRSG besser sind als ständige Verweise.

12 In Anbetracht dessen wird die Beschwerdebefugnis für andere Rechtshilfehandlungen ausschliesslich unter dem Blickwinkel von Art. 80h IRSG geprüft, dessen Tragweite mit derjenigen von Art. 21 Abs. 3 IRSG identisch ist.

III. DIE BESCHWERDEBERECHTIGUNG

A. Bundesamt (Bst. a)

Art. 80h Bst. a IRSG verleiht die Beschwerdelegitimation dem "Bundesamt", worunter das Bundesamt für Justiz zu verstehen ist. 13

Dieses Bundesamt kann somit frei gegen die Schlussverfügungen der kantonalen und eidgenössischen Vollzugsbehörden Beschwerde einlegen, ohne dass weitere Voraussetzungen erfüllt sein müssen. Diese Regelung soll es ihm ermöglichen, seine Rolle als Aufsichtsbehörde im Bereich der Rechtshilfe in Strafsachen wahrzunehmen. 14

Das Eingreifen dieser Behörde kann gegebenenfalls den Interessen von Drittpersonen dienen, wenn eine korrekte Anwendung des IRSG und der internationalen Übereinkommen dies erfordert. In der Praxis wird das Bundesamt für Justiz jedoch eine umfassende Zusammenarbeit mit dem Ausland anstreben und kann im Interesse des ersuchenden Staates handeln, der grundsätzlich nicht Partei des Vollstreckungsverfahrens ist. 15

B. Beschwerdebefugnis anderer Personen (Bst. b)

Bei strenger Auslegung verlangt Art. 80h Bst. b IRSG die doppelte Voraussetzung, (i) persönlich und direkt von einer Rechtshilfemassnahme betroffen zu sein und (ii) ein schutzwürdiges Interesse daran zu haben, dass diese Massnahme aufgehoben oder geändert wird. 16

Unter Rechtshilfemassnahme sind alle Massnahmen zu verstehen, die von den Schweizer Behörden in Erfüllung eines Rechtshilfeersuchens getroffen werden, d.h. in erster Linie die Beschaffung von Beweisen (wenn nötig mit Hilfe von Zwangsmassnahmen) und deren Übergabe zugunsten des ersuchenden Staates. 17

Die im Ausland beschuldigte Person kann unter denselben Bedingungen Beschwerde einlegen (vgl. auch Art. 21 Abs. 3 IRSG). Die Tatsache allein, dass die Übermittlung von Informationen für den Beschuldigten nachteilige Folgen haben könnte, reicht somit nicht aus, um ihm die Beschwerdebefugnis zu verleihen. 18

19 Die Beschwerdelegitimation wird vom Bundesstrafgericht von Amtes wegen geprüft, wobei es nicht an eine allenfalls von der Vollzugsbehörde gewährte günstigere Stellung gebunden ist.

20 Das die Beschwerdebefugnis begründende Interesse kann rechtlicher oder tatsächlicher Art sein. Der Beschwerdeführer muss jedoch in einem wichtigen Interesse, das sich aus seiner Stellung in Bezug auf den streitigen Gegenstand ergibt, mehr als jedermann oder die Allgemeinheit der Verwalteten betroffen sein.

21 Ein schutzwürdiges Interesse liegt vor, wenn die Sach- oder Rechtslage des Beschwerdeführers durch den Ausgang der Sache beeinflusst werden kann. Erforderlich ist, dass die Gutheissung der Beschwerde dem Beschwerdeführer einen Vorteil wirtschaftlicher, materieller oder ideeller Art verschafft. Fehlt es an einem schutzwürdigen Eigeninteresse, ist auf Beschwerden, die anstelle eines Dritten eingereicht werden, nicht einzutreten.

22 Der Ausdruck "und", der die beiden Voraussetzungen von Art. 80h Bst. b IRSG verbindet, könnte darauf hindeuten, dass diese kumulativ sind. Die Auslegung dieser Bestimmung durch die Rechtsprechung ist jedoch nicht so klar.

23 Das Bundesgericht ist nämlich der Ansicht, dass derjenige, der von einer Rechtshilfemassnahme direkt und persönlich betroffen ist, bereits über die Klagebefugnis verfügt, und zwar insbesondere dann, wenn es sich um eine Zwangsmassnahme handelt - die Voraussetzung des schutzwürdigen Interesses hat dann keine zusätzliche unabhängige Tragweite. Trotz dieser Rechtsprechung wird in einigen Fällen dennoch ein schutzwürdiges Interesse verlangt, insbesondere im Hinblick auf den Zeugen und die Herausgabe seines Protokolls.

24 Im Gegensatz dazu gibt es bestimmte Konstellationen, in denen nach der Rechtsprechung allein die Voraussetzung des schutzwürdigen Interesses entscheidend sein wird, wobei die Tatsache, von einer Rechtshilfemaßnahme betroffen zu sein, in diesen Fällen keine Bedeutung hat.

25 Diese unterschiedlichen und teilweise uneinheitlichen Lösungen - die die Materie schwer durchschaubar machen - haben ihren Ursprung in erster Linie in der Konkretisierung von Art. 80h Bst. b IRSG durch Art. 9a IRSV. Diese Bestimmung legt fest, wer bei Informationen über ein Bankkonto (Bst. a), bei einer Hausdurchsuchung (Bst. b) oder bei Massnahmen betreffend ein

Motorfahrzeug (Bst. c) beschwerdeberechtigt ist. Da diese Konstellationen am häufigsten vorkommen, ist die Bedeutung dieser Bestimmung in der Praxis erheblich.

Zweitens ist die in Anwendung von Art. 80h Bst. b IRSG ergangene Rechtsprechung das Ergebnis einer vom Gesetzgeber gewollten Abwägung zwischen den Erfordernissen im Zusammenhang mit der raschen Erledigung von Rechtshilfeersuchen (die nicht durch zu extensive Rechtsmittel erschwert werden darf) einerseits und der Notwendigkeit eines ausreichenden Rechtsschutzes für diejenigen, die in einem engen Verhältnis zur Rechtshilfemassnahme stehen, andererseits. 26

Es kommt vor, dass eine zu enge Auslegung von Art. 80h Bst. b IRSG zu der unzulässigen Konsequenz führen kann, dass keine Person auch nur theoretisch über die Beschwerdebefugnis verfügt. Um dieser Situation entgegenzuwirken und das Bestehen eines effektiven Rechtswegs zu gewährleisten, verankert die Rechtsprechung je nach den Umständen des Einzelfalls Ausnahmen, die manchmal vom Wortlaut von Art. 80h Bst. b IRSG abweichen können. 27

Da dieser Beitrag in erster Linie praktisch sein soll, werden wir uns nicht weiter mit der allgemeinen Tragweite von Art. 80h Bst. b IRSG befassen, da diese von Fall zu Fall variieren kann. Stattdessen werden im Folgenden die konkreten Lösungen dargelegt, die von der Rechtsprechung in den zahlreichen Konstellationen, die sich in den letzten Jahren ergeben haben, entwickelt wurden. Zunächst werden die in Art. 9a IRSV vorgesehenen Regeln - die in der Praxis am häufigsten vorkommenden Fälle - untersucht, danach die von dieser Bestimmung nicht erfassten Fälle, die sich aus der Praxis der Gerichte ergeben. 28

C. Die von Art. 9a OEIMP erfassten Fälle

1. Bei Informationen über ein Bankkonto (Art. 9a Bst. a IRSV)

Nach Art. 9a Bst. a IRSV gilt der Inhaber eines Bankkontos als persönlich und direkt betroffen, wenn Informationen über das Bankkonto verwaltet werden. 29

Art. 9a Bst. a IRSV bezieht sich in erster Linie auf Informationen, die von Banken eingeholt werden. 30

31 Wenn die Unterlagen jedoch von anderen Bevollmächtigten, insbesondere einem Treuhänder oder einem Anwalt, eingeholt werden, schliesst das Bundesgericht die Anwendung von Art. 9a Bst. a IRSV aus und gibt der Anwendung von Art. 9a Bst. b IRSV den Vorzug, wonach derjenige zur Beschwerde legitimiert ist, der den unmittelbaren Besitz an der beschlagnahmten Sache hat. In solchen Fällen hat der betroffene Kontoinhaber folglich nicht mehr die Beschwerdeberechtigung, die jedoch zulässig gewesen wäre, wenn die Maßnahme bei einer Bank erfolgt wäre. Diese Position überzeugt insbesondere dann nicht, wenn die beschlagnahmten Unterlagen eine echte Übermittlung von Bankunterlagen im Sinne von Art. 9a Bst. a IRSV beinhalten (vgl. unten für Details Rz. 60).

32 Die folgenden Ausführungen gelten sowohl, wenn der Beschwerdeführer die Herausgabe der Bankinformationen bestreitet, als auch im Falle einer Sperrung der diesbezüglichen Konten.

a. Der Kontoinhaber

33 Art. 9a Bst. a IRSV räumt die Beschwerdelegitimation in erster Linie dem Kontoinhaber ein, wenn Informationen über ein Bankkonto verwaltet werden.

34 Unter dem Kontoinhaber ist derjenige zu verstehen, der als solcher aus den herausgegebenen Bankunterlagen hervorgeht. Wer ein Konto unter einem falschen Namen oder Pseudonym eröffnet, insbesondere indem er der Bank gefälschte Ausweispapiere vorlegt, kann sich nicht auf seinen Status als verdeckter Kontoinhaber berufen. Das Bundesgericht erwägt jedoch eine Ausnahme für denjenigen, der den Beweis erbringt, dass er tatsächlich der Kontoinhaber ist, sowie eine Klärung der Gründe, die das Verbergen seiner wahren Identität erklären oder sogar rechtfertigen würden.

35 Wenn mehrere Personen Mitinhaber des Kontos sind, sollte die Beschwerdebefugnis jeder Person einzeln verliehen werden.

36 Im Falle des Todes des Kontoinhabers sollte das Beschwerderecht im Namen aller Erben ausgeübt werden, die die Erbengemeinschaft bilden, gegebenenfalls durch einen gemeinsamen Vertreter, einen Testamentsvollstrecker oder einen Nachlassverwalter. Die Erbengemeinschaft als solche ist nämlich nicht klagebefugt. Es gibt jedoch zwei Ausnahmen von dieser Regel, die auf der zivilrechtlichen Rechtsprechung beruhen. Ein Erbe kann allein klagen (i) in dringenden Fällen, um die Interessen der

Erbengemeinschaft vorläufig zu wahren, oder (ii) wenn die Erbengemeinschaft einen internen Streitfall hat, in den alle Mitglieder verwickelt sind.

Wenn das Konto von einem Trustee im Namen eines Trusts gehalten wird (z.B. durch die Formel "X as trustee of the Trust Y"), wird die Beschwerdeberechtigung dem Trustee übertragen, da der Trust als solcher nicht über die Fähigkeit verfügt, vor Gericht zu klagen. Der Beschwerdeführer muss daher darauf achten, dass seine Beschwerde im Namen des Trustees und nicht des Trusts eingereicht wird, da sie sonst unzulässig ist. Ein Vorentwurf zur Einführung des Trusts in das Obligationenrecht wird derzeit vom Gesetzgeber geprüft, dürfte aber a priori keine Auswirkungen auf die aktuelle Rechtsprechung haben, da der Trust auch nach der neuen Gesetzgebung weiterhin durch den Trustee vor Gericht vertreten wird (Art. 529*g* Abs. 2 VE-OR). 37

b. Die Bank

Es stellt sich die Frage, ob nicht auch die Bank aufgrund der von der Rechtsprechung entwickelten allgemeinen Grundsätze beschwerdeberechtigt sein sollte, da sie sich konkret einer Zwangsmassnahme unterwirft. 38

Dies war der Fall, bevor Art. 80h Bst. b IRSG und Art. 9a Bst. a IRSV am 1. Februar 1997 in Kraft traten. Seither hat das Bundesgericht nach einer Analyse dieser beiden Bestimmungen festgestellt, dass der Gesetzgeber bewusst die Bank zugunsten des Kontoinhabers aus dem Kreis der Beschwerdeführer ausschliessen wollte. Folglich kann die Bank nicht in das Rechtshilfeverfahren eingreifen, wenn sie lediglich Auskünfte über ihre Kunden erteilt, und zwar auch dann nicht, wenn ihre Angestellten angehört werden, um zusätzliche Erklärungen abzugeben. 39

Betrifft die Massnahme hingegen die Bank bei der Abwicklung ihrer eigenen internen Angelegenheiten, insbesondere wenn sie selbst Inhaberin des betreffenden Kontos (z.B. eines Durchgangskontos) ist, wird ihr die Beschwerdelegitimation in dieser Eigenschaft zuerkannt. Besonders entscheidend ist die Tatsache, dass die Bank ihre eigenen Geschäftsgeheimnisse und nicht das bloße Bankgeheimnis ihres Kunden schützen will. In diesem Zusammenhang vertritt die Rechtsprechung die Auffassung, dass die Bank nicht beschwerdeberechtigt ist, wenn es sich bei den zu übermittelnden Unterlagen um Dokumente über die Eröffnung des 40

Kundenkontos, Kontoauszüge, Lastschrift- und Gutschriftsanzeigen, den Schriftverkehr zwischen ihr und ihrem Kunden sowie Telefon- oder Besuchsnotizen des Kunden handelt, da diese hauptsächlich auf die Geschäftstätigkeit des Kunden abzielen. Wenn die zu übermittelnden Dokumente es hingegen ermöglichen, die Einhaltung der gesetzlichen Verpflichtungen der Bank zu überprüfen, wie z. B. Abklärungen über die Herkunft von Geldern oder das Kundenprofil im Zusammenhang mit KYC, muss der Bank die Beschwerdelegitimation zuerkannt werden.

c. Der wirtschaftlich Berechtigte

41 Nach ständiger Rechtsprechung verfügt der wirtschaftlich Berechtigte des betroffenen Kontos nicht über die Beschwerdelegitimation im Sinne von Art. 80h Bst. b IRSG.

42 Dennoch hat das Bundesgericht entschieden, dass, wenn die Gesellschaft, die Inhaber des Kontos ist, aufgelöst wird, ein ausreichender Rechtsschutz es erfordert, ausnahmsweise dem wirtschaftlich Berechtigten die Beschwerdelegitimation zu gewähren, sofern dieser die Auflösung nachweist und der Begünstigte des Liquidationserlöses ist. Diese Ausnahme gilt auch im Falle der Auflösung einer Stiftung oder eines Trusts.

43 Da die Auflösung das Ende der Rechtspersönlichkeit und der Prozessfähigkeit der juristischen Person zur Folge hat, muss der wirtschaftlich Berechtigte persönlich und nicht im Namen der juristischen Person handeln, da seine Klage sonst für (offensichtlich) unzulässig erklärt werden könnte.

44 Um sicherzustellen, dass die Auflösung tatsächlich das endgültige Ende der Rechtspersönlichkeit der Gesellschaft mit sich bringt, muss der Richter unter Umständen das ausländische Recht prüfen, das nach Art. 154 IPRG auf die Gesellschaft anwendbar ist.

45 Die Bedingung, dass die Gesellschaft zugunsten des Berechtigten liquidiert wurde, ist für die Beurteilung der Zulässigkeit der Klage von wesentlicher Bedeutung. Der Liquidationserlös ist als der Saldo aus der Auflösung der Gesellschaft nach Verrechnung aller Aktiva und Passiva zu verstehen.

46 Diese Bedingung führt in bestimmten Konstellationen - insbesondere wenn der Berechtigte nicht der Begünstigte des Liquidationserlöses ist oder dies nicht beweisen kann - dazu, dass niemand in der Lage sein wird, die Rechte

der aufgelösten Gesellschaft zu verteidigen. Nach Ansicht des Bundesgerichts reicht diese Konsequenz nicht aus, um seine Rechtsprechung zu revidieren, die seiner Meinung nach den Vorzug hat, dass sie eine Kontinuität zwischen der liquidierten Gesellschaft und ihrem Berechtigten herstellt.

47 Die Tatsache, dass der Liquidationserlös nicht an den Berechtigten selbst, sondern an eine andere Gesellschaft, die er ebenfalls besitzt, überwiesen wurde, hindert ihn nicht daran, im Rahmen dieser Ausnahme persönlich zu handeln, sofern er tatsächlich nachweist, dass er der Berechtigte dieser zweiten Gesellschaft ist. Entscheidend ist nämlich nicht, welche Person den Liquidationserlös genau erhalten hat, sondern welche Person letztendlich davon profitiert hat.

48 Der Nachweis, dass der Berechtigte tatsächlich der Empfänger des Liquidationserlöses ist, kann sich in der Praxis als kompliziert erweisen. Idealerweise erfolgt der Nachweis anhand offizieller Dokumente, insbesondere der Auflösungsurkunde, in der die Identität des Liquidationsempfängers vermerkt ist. Die Rechtsprechung lässt jedoch zu, dass dieser Nachweis mithilfe anderer Dokumente geführt wird.

49 Bei diesen anderen Dokumenten kann es sich um Zahlungsanweisungen oder Überweisungsanzeigen handeln, die während der Liquidation der Gesellschaft erfolgten und belegen, dass die Konten der Gesellschaft zugunsten des wirtschaftlich Berechtigten ausgeglichen wurden. Dennoch muss unbedingt nachgewiesen werden, dass es sich bei den auf den saldierten Konten hinterlegten Guthaben um die einzigen Vermögenswerte der aufgelösten Gesellschaft handelt, andernfalls ist die Klage unzulässig. Das Bundesgericht sieht keinen übertriebenen Formalismus darin, einen solchen (negativen) Beweis vom Beschwerdeführer zu verlangen. In jedem Fall müssen die Überweisung und die Auflösung des Kontos im Rahmen der Auflösung der Gesellschaft erfolgen, andernfalls können die überwiesenen Vermögenswerte nicht als Liquidationserlös im Sinne der Rechtsprechung betrachtet werden.

50 Die folgenden Dokumente wurden von der Rechtsprechung als unzureichend erachtet, um einen solchen Nachweis zu erbringen:

- Formular A: Dieses Dokument reicht zwar aus, um nachzuweisen, wer der wirtschaftlich Berechtigte des Kontos ist, es sagt jedoch nichts über die Identität des Empfängers des Liquidationserlöses der aufgelösten

Gesellschaft aus, da diese beiden Begriffe unbedingt voneinander zu unterscheiden sind.

- Eine Bestätigung der Verwaltungsratsmitglieder, der wirtschaftlich Berechtigten, des Vertreters der aufgelösten Gesellschaft oder des Beschwerdeführers selbst, die die Identität des Begünstigten der Liquidation belegt: Die Gerichte sind der Ansicht, dass der Beweiswert solcher Dokumente nicht ausreicht, da sie nur Behauptungen darstellen.

- Dokumente, die belegen sollen, dass die Gesellschaft über keinerlei Vermögen oder Aktiva verfügt: Das Bundesgericht scheint die Vorlage eines Dokuments zu verlangen, das die Identität des Liquidationsempfängers belegt, und zwar auch dann, wenn die Gesellschaft über keinerlei Aktiva verfügt. Dieser Ansatz erscheint uns übermäßig formalistisch, da das Nichtvorhandensein von Vermögenswerten (sofern es nachgewiesen werden kann) bedeutet, dass es de facto keinen Liquidationsempfänger gibt. In einer früheren Rechtsprechung als der oben genannten schien das Bundesstrafgericht jedoch eine hypothetische Argumentation zuzulassen, mit der festgestellt werden sollte, an wen der Liquidationserlös wahrscheinlich ausgezahlt worden wäre, wenn es einen solchen gegeben hätte.

- Ein Auszug aus einem ausländischen Handelsregister, der belegt, dass das Unternehmen aufgrund unbezahlter Gebühren gelöscht wurde.

- Verschiedene Dokumente, die belegen sollen, dass die Geschäfte, die während des Bestehens der Gesellschaft getätigt wurden, immer zugunsten und/oder auf Rechnung des wirtschaftlich Berechtigten getätigt wurden: Diese Dokumente belegen zwar möglicherweise, wer letztendlich von den Geschäften, die zu Lebzeiten der Gesellschaft getätigt wurden, profitiert hat, sie beweisen jedoch nicht, dass der Liquidationserlös derselben Person zugute gekommen ist.

51 Schließlich kann sich der wirtschaftlich Berechtigte nicht auf diese Ausnahme berufen, wenn sie einen Rechtsmissbrauch darstellt. Dies wäre bei einer Liquidation der Fall, deren Zweck es ist, das Rechtshilfeverfahren zu behindern. Die Rechtsprechung hat bereits einen Missbrauch in einer Situation erkannt, in der fünf im Ausland strafrechtlich verfolgte Unternehmen alle innerhalb eines Jahres nach Eröffnung des Strafverfahrens ohne erkennbaren wirtschaftlichen Grund plötzlich aufgelöst wurden, oder im

Fall einer Stiftung, die während des Verfahrens aufgelöst wurde und deren Vermögen sofort zur Gründung einer zweiten, in jeder Hinsicht identischen Stiftung verwendet wurde.

Neben der Ausnahme der Liquidation der Gesellschaft kann man sich fragen, ob nicht eine weitere Ausnahme zugunsten des wirtschaftlich Berechtigten verankert werden sollte, wenn die Gesellschaft zwar nicht aufgelöst ist, aber aus Gründen, die sich ihrem Willen entziehen, objektiv handlungsunfähig ist. Die Rechtsprechung scheint dies nicht auszuschließen (in diesem Fall hatte das Bundesstrafgericht das Vorliegen einer staatlichen Maßnahme geprüft, die die Organe eines Trustees objektiv lähmt, hielt diese jedoch für nicht ausreichend bewiesen). 52

In jedem Fall eröffnet die bloße Tatsache, dass die Gesellschaft inaktiv ist, ihrem wirtschaftlich Berechtigten nicht den Weg zum Rückgriff. 53

d. Dritte

Dritte sind grundsätzlich vom Kreis der Beschwerdeführer ausgeschlossen. Allein die Tatsache, dass die herausgegebene Dokumentation den Namen einer Drittperson, die Nummer eines von ihr gehaltenen Kontos oder gar Auszüge aus diesem Konto oder andere Informationen über sie enthält, reicht nicht aus, um ihr die Beschwerdelegitimation zu verleihen, weil sie nicht direkt von der Rechtshilfemassnahme betroffen ist. Dies gilt auch für denjenigen, der lediglich über eine Vollmacht für das betreffende Konto verfügt. Es kommt jedoch häufig vor, dass die beschwerdeberechtigte Person aufgrund der Verteidigung ihrer eigenen Interessen gleichzeitig die Interessen von Dritten schützt, die von dem Verfahren ausgeschlossen sind. 54

2. Durchsuchung und Beschlagnahme (Art. 9a Bst. b IRSV)

Nach Art. 9a Bst. b IRSV gilt der Eigentümer oder Mieter im Falle einer Hausdurchsuchung als persönlich und direkt betroffen. 55

In diesem Sinne ist die - natürliche oder juristische - Person, die sich persönlich der Durchsuchung oder einer Beschlagnahme von Gegenständen oder Werten bei dieser Gelegenheit unterziehen muss, beschwerdeberechtigt. Diese Bestimmung knüpft somit an den unmittelbaren Besitz (faktische Verfügungsgewalt) an. Mit anderen Worten ist nur derjenige zur Beschwerde 56

legitimiert, der seinen unmittelbaren Besitz während der Durchsuchung oder Beschlagnahme gestört sieht.

57 Die Beschwerdeberechtigung ist nicht nur auf den Eigentümer oder Mieter der Räumlichkeiten beschränkt, in denen sich die beschlagnahmten Gegenstände befinden, sondern kann sich auch auf den Untermieter, den Nießbraucher oder den Begünstigten eines anderen ähnlichen Wohnrechts erstrecken.

58 Diese Entwicklungen gelten nicht nur für beschlagnahmte Papierdokumente, sondern auch für elektronische Daten. So ist nur derjenige zur Beschwerde gegen die Beschlagnahme einer Festplatte, eines Servers, eines E-Mail-Kontos, eines Laptops oder eines USB-Sticks berechtigt, der über den unmittelbaren Besitz der Räumlichkeiten verfügt.

59 Der Beschwerdeführer wird auch legitimiert sein, die Übermittlung der anlässlich der Durchsuchung erstellten Dokumente, wie den Durchsuchungsbericht oder die während der Durchsuchung gemachten Fotos, anzufechten.

60 Wie bereits erwähnt (vgl. oben N 31), ist bei der Beschlagnahme von Bankunterlagen bei einem Bevollmächtigten, der keine Bank ist (Treuhänder, Anwalt, Vermögensverwalter), grundsätzlich nur dieser zur Beschwerde legitimiert, nicht aber der Kontoinhaber. Diese unterschiedliche Behandlung im Vergleich zu einem an eine Bank gerichteten Einzahlungsauftrag hängt angeblich damit zusammen, dass die Bank im Gegensatz zu anderen Bevollmächtigten nicht unbedingt in die Verwaltung des Kontos ihres Kunden eingreift. Diese Annahme erscheint uns insofern nicht überzeugend, als es nicht ungewöhnlich ist, dass eine Bank auch über eine Verwaltungsvollmacht verfügt. Es ist daher nicht ersichtlich, aus welchen Gründen der Kontoinhaber beschwerdeberechtigt sein sollte, wenn die Dokumentation bei seiner Bank mit Verwaltungsmandat erfasst wird, nicht aber, wenn sie bei seinem Vermögensverwalter erfasst wird - da beide Situationen sehr ähnlich sind. Unserer Ansicht nach ist die Beschwerdelegitimation des Kontoinhabers zu bejahen, wenn die beschlagnahmte Dokumentation eine echte Übermittlung von Bankunterlagen im Sinne von Art. 9a Bst. a IRSV darstellt, ähnlich wie die Rechtsprechung bei Befragungen zu Bankkonten (vgl. unten, Rz. 72). Ein Urteil des Bundesstrafgerichts hat im Übrigen in der Vergangenheit an dieser

Position festgehalten, indem es Art. 9a Bst. a IRSV als lex specialis im Vergleich zu Art. 9a Bst. b IRSV betrachtete.

Auf der Grundlage des Grundsatzes des unmittelbaren Besitzes hat die Rechtsprechung den folgenden Personen die Beschwerdebefugnis abgesprochen: 61

- Der Person, die von Dokumenten betroffen ist, die in fremden Händen beschlagnahmt wurden, selbst wenn diese Informationen über sie enthalten oder ihre Identität preisgeben könnten.
- Der Autor von Dokumenten, die bei einem Dritten beschlagnahmt wurden.
- Der Eigentümer des beschlagnahmten Gegenstands im Sinne des Zivilrechts. So ist der Lebensgefährte der Eigentümerin einer durchsuchten Wohnung, in der sich elektronische Daten befinden, die ihr gehören, nicht beschwerdeberechtigt, selbst wenn er sich seit fünfzehn Jahren einige Tage im Monat dort aufhält. Ebenso wird demjenigen die Beschwerdelegitimation abgesprochen, der vorübergehend einen Koffer in der Wohnung seines Freundes deponiert, die später durchsucht wird. Die Existenz eines möglichen Mandats zwischen dem Dritten, der sich der Maßnahme unterziehen musste, und dem Auftraggeber ändert nichts an diesem Grundsatz, selbst wenn diese vertragliche Beziehung dem Auftraggeber jederzeit Zugang zu den von der Maßnahme betroffenen Gegenständen ermöglicht. Ebenso ist nur der Frachtführer oder Lagerhalter legitimiert, gegen die Beschlagnahme von Gütern, die bei ihnen aufbewahrt werden, vorzugehen, nicht aber der Hinterleger.
- Auf die sogenannte "Briefkastenfirma", d. h. eine Firma, die ihren Sitz bei einem Dritten hat, mit dem sie durch einen Auftrags- und nicht durch einen Mietvertrag verbunden ist, da sie nicht über die tatsächliche Kontrolle über die Räumlichkeiten verfügt.
- An den einzigen Aktionär oder Geschäftsführer des Unternehmens, das in seinen Räumlichkeiten durchsucht wird, da nur dieser berechtigt ist, Beschwerde einzulegen.
- An den Arbeitnehmer, der Inhaber eines E-Mail-Postfachs ist, das bei seinem Arbeitgeber beschlagnahmt wurde, wobei nur dieser zur Beschwerde legitimiert ist. Dasselbe gilt, wenn der Arbeitgeber die Telefongespräche seines Arbeitnehmers aufzeichnet und speichert, sofern

der Arbeitnehmer im Rahmen seines Arbeitsverhältnisses darüber informiert wurde und dem zugestimmt hat.

- Der Fernnutzer von elektronischen Daten, die auf einem Server in den Räumlichkeiten eines Drittunternehmens gespeichert sind, selbst wenn er einen exklusiven Zugang hat. Nach der Rechtsprechung sind elektronische Daten als solche nicht eigenständig und existieren nur aufgrund ihrer Aufbewahrung auf einem physischen Träger. Somit ist nur derjenige, der über die tatsächliche Kontrolle über diesen Datenträger verfügt, zum Rückgriff legitimiert.
- Ein Unternehmen, das seinen Kunden feste Büroräume als Co-Working-Raum zur Verfügung stellt. In diesem Fall ist nur der Kunde - der als Untermieter des ihm fest zugewiesenen Büros betrachtet wird - beschwerdeberechtigt.

62 Erfolgt die Beschlagnahme von Gegenständen ohne Hausdurchsuchung (z.B. bei einer Durchsuchung oder einer Anhaltung), ist der Inhaber, der den unmittelbaren Besitz der Sache hat, auf der Grundlage von Art. 9a Bst. b IRSV zur Beschwerde legitimiert.

63 Im Falle eines Editionsbegehrens betrachtet die Rechtsprechung diese Massnahme als einer Hausdurchsuchung gleichwertig, so dass die Beschwerdelegitimation der Person zukommt, welche die Unterlagen der Vollzugsbehörde aushändigt.

3. Massnahmen betreffend ein Motorfahrzeug (Art. 9a Bst. c IRSV)

64 Gemäss Art. 9a Bst. c IRSV ist bei Massnahmen, die ein Motorfahrzeug, namentlich ein Auto oder ein Luftfahrzeug, betreffen, der Halter oder die Halterin beschwerdeberechtigt.

65 Die Eigenschaft des Halters ist nicht mit derjenigen des Besitzers oder Eigentümers zu verwechseln. Sie bestimmt sich nach den tatsächlichen Umständen. Als Halter gilt insbesondere, wer tatsächlich und dauerhaft die Verfügungsgewalt über das Fahrzeug besitzt und es auf seine Kosten oder in seinem eigenen Interesse benutzt oder benutzen lässt. Somit ist der Fahrer des Fahrzeugs zum Zeitpunkt der Durchsuchung zur Beschwerde legitimiert, auch wenn er nicht der Eigentümer des Fahrzeugs ist. Die Haltereigenschaft ist somit kein Rechtsstatus als solcher, sondern ein tatsächlicher Umstand.

Diese Definition entspricht Art. 78 Abs. 1 VZV. 66

D. Die anderen Fälle

1. Die Anhörungen

Bei der Übermittlung eines Vernehmungsprotokolls wird die Beschwerdebefugnis von der Stellung abhängen, die die einvernommene Person im ausländischen Verfahren einnimmt. Die Beschwerdebefugnis bezieht sich nicht nur auf die Übergabe des Protokolls als solches, sondern auch auf eine etwaige audiovisuelle Aufzeichnung der Vernehmung, den Polizeibericht, in dem die Vernehmung zusammengefasst wird, oder die Dokumente, die bei der Vernehmung von der vernommenen Person als deren Inhaber übergeben wurden. 67

a. Der Beschuldigte

Wird die Person als Beschuldigter vernommen, so ist diese Person ohne Einschränkung berechtigt, gegen die Übermittlung ihres Protokolls Beschwerde einzulegen. 68

b. Der Zeuge

Wird die Person als Zeuge vernommen, kann sie sich der Verwendung ihrer Aussage zugunsten einer ausländischen Strafbehörde nur widersetzen, wenn sie Informationen über sich selbst preisgegeben hat (insbesondere Ausbildung, Familienstand, finanzielle Situation, berufliche Tätigkeit, Beziehungen zu den beteiligten Personen, Handlungen zugunsten der Beschuldigten) oder wenn sie sich auf ein Zeugnisverweigerungsrecht nach schweizerischem Recht berufen kann. 69

c. Die Person, die zur Auskunftserteilung aufgefordert wird

Wird die Person als Auskunftsperson insoweit vernommen, als sie, ohne in diesem Stadium selbst beschuldigt zu werden, später potenziell beschuldigt werden könnte, so ist sie wie der Beschuldigte berechtigt, gegen die Weitergabe ihres Protokolls ohne Einschränkung Beschwerde einzulegen. Wird sie hingegen als Auskunftsperson aus anderen Gründen vernommen, muss bei der Beurteilung ihrer Beschwerdeberechtigung geprüft werden, ob 70

ihr Status eher dem eines potenziellen Beschuldigten oder eines Zeugen ähnelt.

d. Die Drittperson

71 Ein Dritter, d. h. eine Person, die nicht selbst vernommen wird, ist nicht beschwerdeberechtigt, selbst wenn er persönlich von den protokollierten Aussagen betroffen ist, auch wenn es sich um die Person handelt, die im ersuchenden Staat verfolgt wird.

72 Eine Ausnahme von diesem Grundsatz besteht, wenn die im Protokoll wiedergegebenen Erklärungen mit einer Übermittlung von Bankunterlagen gleichgesetzt werden können, in deren Rahmen der Inhaber normalerweise nach Art. 9a Bst. a IRSV beschwerdeberechtigt gewesen wäre. Der Inhaber kann dann gegen die Aushändigung des Protokolls Beschwerde einlegen, auch wenn er nicht der Urheber der darin wiedergegebenen Aussagen ist. Enthält das Protokoll hingegen keine Angaben zu den fraglichen Konten oder nur Informationen, die bereits im Rechtshilfeersuchen enthalten sind, ist die betreffende Drittperson, die Kontoinhaber ist, nicht beschwerdeberechtigt.

e. Die juristische Person

73 Schwierigkeiten können auftreten, wenn über die Beschwerdeberechtigung einer juristischen Person gegen die Herausgabe des Vernehmungsprotokolls eines ihrer Organe oder Angestellten zu entscheiden ist. Grundsätzlich ist nur die angehörte Person legitimiert, gegen die Herausgabe ihres Protokolls Beschwerde einzulegen, weshalb die betroffene Gesellschaft nicht berechtigt ist, einzuschreiten, und zwar auch dann nicht, wenn ihr Organmitglied oder Angestellter Aussagen über ihre geschäftlichen Angelegenheiten oder ihre Organisation macht. Wenn jedoch die juristische Person selbst im Ausland beschuldigt wird und ihr Organ als solches zu den sie betreffenden Tatsachen befragt wird, ist unserer Ansicht nach davon auszugehen, dass sie formell selbst befragt wurde, so dass ihr die Beschwerdebefugnis in gleicher Weise wie einer natürlichen Person zuerkannt werden muss. Ein Urteil des Bundesstrafgerichts, wenn auch nur vereinzelt, ging bereits in diese Richtung.

2. Die Herausgabe von Unterlagen aus einem schweizerischen Verfahren

Es kommt vor, dass die vom ersuchenden Staat erbetenen Informationen bereits vom ersuchten Staat im Rahmen eines eigenen nationalen Strafverfahrens erhalten wurden. Der nationale Staat muss diese Unterlagen dann nur noch in das Rechtshilfeverfahren einbringen, um das Rechtshilfeersuchen zu erledigen. 74

In diesem Fall geht die Rechtsprechung grundsätzlich davon aus, dass der Einzelne von der Rechtshilfemaßnahme nur mittelbar betroffen ist und somit nicht über die Beschwerdebefugnis verfügt. 75

Dieser Ansatz führt jedoch zu der unzulässigen Lösung, dass keine Person berechtigt ist, die Rechtshilfe anzufechten. Aus diesem Grund wurde dieser Grundsatz von der Rechtsprechung abgeschwächt. 76

Eine der von der Rechtsprechung verankerten Ausnahmen ist gegeben, wenn die Vollstreckungsbehörde die Übermittlung von Bankunterlagen oder Protokollen mit Informationen über Bankkonten in Erwägung zieht. In diesen beiden Fällen ist der Inhaber der betreffenden Konten, auch wenn er nicht angehört wurde, insofern zur Beschwerde legitimiert, als die Übermittlung dieser Beweismittel die Übermittlung von Bankinformationen im Sinne von Art. 9a Bst. a IRSV beinhaltet. Dies betrifft in erster Linie die von einer Bank erhaltenen Dokumente, aber auch die MROS-Meldungen oder die von der Strafverfolgungsbehörde erstellten Berichte über die Analyse der Bankunterlagen. 77

Eine weitere Ausnahme wird gemacht, wenn der Beschwerdeführer in einem separaten Schweizer Verfahren einvernommen wurde, die Fakten, zu denen er befragt wird, aber in engem Zusammenhang mit dem Rechtshilfeersuchen stehen. Dieser "enge Zusammenhang" erlaubt es, die Beschwerdelegitimation dieser Person zu bejahen, auch wenn die Zwangsmassnahme nur im Rahmen des innerstaatlichen Strafverfahrens angeordnet wurde. Die Rechtsprechung ging insbesondere dann von einem engen Zusammenhang zwischen dem innerstaatlichen Verfahren und dem Rechtshilfeverfahren aus, wenn das erstere infolge der Auswertung von Informationen aus dem Rechtshilfeersuchen eingeleitet wurde. In dieser Logik maßen die Gerichte dem zeitlichen Kriterium entscheidende Bedeutung bei und verneinten die Beschwerdeberechtigung des Betroffenen, wenn die Beweiserhebung im 78

innerstaatlichen Verfahren vor dem Rechtshilfeersuchen stattgefunden hatte. Dieses Kriterium wurde jedoch vor kurzem aufgegeben. Der Begriff der engen Verbindung beruht heute nur noch auf der Ähnlichkeit der in der Schweiz und im ersuchenden Staat verfolgten Taten.

79 Damit die Beschwerdelegitimation bei der Übermittlung von Protokollen bejaht werden kann, müssen sich der Zeuge, der Beschuldigte oder die auskunftspflichtige Person zusätzlich zu ihrer eigenen Situation (persönlich, familiär, finanziell und beruflich) geäussert haben. In einer solchen Situation kann sich der Beschwerdeführer, obwohl die Protokolle bereits in den Händen der Vollzugsbehörde sind und für die Ausführung des Rechtshilfeersuchens keine Zwangsmassnahmen beinhalten, ihrer Übermittlung widersetzen, wie dies auch die im Rahmen des Rechtshilfeverfahrens befragte Person gemäss den oben dargelegten Entwicklungen tun könnte (vgl. oben Rz. 67 ff.).

80 Der Begriff der "engen Verbindung" wurde zwar hauptsächlich im Zusammenhang mit der Herausgabe von Vernehmungsprotokollen entwickelt, er gilt aber auch für die Herausgabe anderer Beweismittel, die ursprünglich in einem internen Strafverfahren erhoben wurden.

81 So ist der Eigentümer oder Mieter im Sinne von Art. 9a Bst. b IRSV berechtigt, gegen die Herausgabe von Unterlagen, die bei einer Durchsuchung seiner Räumlichkeiten beschlagnahmt wurden, Beschwerde einzulegen, auch wenn diese in einem innerstaatlichen Strafverfahren stattgefunden hat. Dieser wird auch berechtigt sein, die Herausgabe von Dokumenten anzufechten, die von der Strafverfolgungsbehörde im Zusammenhang mit der Hausdurchsuchung erstellt wurden, wie etwa Protokolle der beschlagnahmten Unterlagen oder Fotos, die anlässlich der Maßnahme gemacht wurden.

82 Dasselbe gilt für denjenigen, dessen Telefongespräche im Rahmen eines internen Strafverfahrens überwacht wurden. Er ist somit berechtigt, gegen die Aushändigung des Berichts, der seine Gespräche wiedergibt und in die Rechtshilfeakte aufgenommen wurde, Beschwerde einzulegen.

3. Dokumente, die bei anderen Behörden aufbewahrt werden

83 Es kommt vor, dass der Beschuldigte bereits wegen anderer Taten von den Schweizer Behörden verurteilt wurde. In diesem Rahmen hat er keine Beschwerdebefugnis gegen die Herausgabe des ihn betreffenden Urteils an

den ersuchenden Staat, da er von dieser Maßnahme nur indirekt betroffen ist (sofern das Dokument nicht in seinen Händen beschlagnahmt wurde; in diesem Fall wäre Art. 9a Bst. b IRSV anwendbar).

Die persönlichen Elemente im zu übermittelnden Urteil, das taktische Interesse daran, dass der ausländische Staat keine Kenntnis vom Urteil erhält, oder auch die Tatsache, dass die Verurteilung mehrere Jahre zurückliegt, so dass sie nicht mehr in den Strafregisterauszügen des Betroffenen erscheint, reichen nicht aus, um diesem die Beschwerdebefugnis zuzuerkennen. 84

Dasselbe gilt, wenn Dokumente bei Behörden wie der Steuerverwaltung, dem Handelsregister, dem Betreibungs- und Konkursamt oder dem Grundbuchamt ausgestellt werden. 85

Bei Dokumenten, die bei der FINMA herausgegeben werden, hat die alte Rechtsprechung des Bundesgerichts (aus der Zeit der Eidgenössischen Bankenkommission) die Beschwerdelegitimation der betroffenen Bank anerkannt, sofern sie in ihren internen Angelegenheiten direkt betroffen war. 86

Unseres Erachtens sollte diese Eigenschaft auch heute noch zugelassen werden. Die gegenteilige Position würde zu der unzulässigen Situation führen, dass niemand, nicht einmal theoretisch, die Möglichkeit hätte, sich der Rechtshilfe zu widersetzen, während die Rechtsprechung sich gerade darum bemüht, systematisch einen effektiven Rechtsweg zu gewährleisten. Dies ist in dieser Konstellation umso wichtiger, als die Akten der FINMA besonders vertrauliche Informationen über die interne Funktionsweise des betreffenden Finanzintermediärs enthalten, die in der Regel unter Androhung von Sanktionen für den Fall der Nichtkooperation erlangt wurden. In jedem Fall ist es unseres Erachtens angebracht, dem Finanzintermediär die Beschwerdelegitimation zu verleihen, wenn das von der FINMA geführte Verfahren denselben Sachverhaltskomplex betrifft wie das Rechtshilfeverfahren, ähnlich wie die Rechtsprechung im Zusammenhang mit der Weitergabe von Beweismitteln, die in einem internen Strafverfahren vorab erhoben wurden (vgl. oben N 77). 87

4. Personen, die Gegenstand von geheimen Überwachungsmassnahmen waren

Es kommt vor, dass die Erledigung eines Rechtshilfeersuchens die Anordnung von geheimen Überwachungsmassnahmen erfordert. 88

89 Bei der Überwachung des Telekommunikationsverkehrs sind nur Personen beschwerdeberechtigt, deren Schriftverkehr ohne ihr Wissen überwacht wurde und deren Inhaltsabschrift an den ersuchenden Staat übermittelt wird. Die Beschwerdeberechtigung kann somit sowohl dem Inhaber des Telefonanschlusses (z. B. einer juristischen Person) als auch dem tatsächlichen Nutzer des Anschlusses (z. B. einem Angestellten) verliehen werden. Dies gilt auch für die Überwachung von E-Mail-Korrespondenz. In jedem Fall ist der Beschwerdeführer nur berechtigt, gegen die Abschrift seiner eigenen Kommunikation und nicht gegen die von Dritten Beschwerde einzulegen.

90 Nicht beschwerdeberechtigt ist hingegen, wer einen unter falschem Namen registrierten Telefonanschluss benutzt (es sei denn, er kann die Gründe dafür erklären) oder wer den Anschluss eines Dritten missbräuchlich benutzt, um seine Identität zu verschleiern.

91 Bei verdeckten Ermittlern ist derjenige beschwerdeberechtigt, der den verdeckten Ermittlern direkt ausgesetzt war, und zwar auch dann, wenn dies im Überwachungsbericht nur am Rande erwähnt wird.

IV. SCHLUSSFOLGERUNGEN

92 Während die Beschwerdelegitimation formell in Art. 80h IRSG geregelt ist, wurde ihre Tragweite weitgehend durch Art. 9a IRSV und die Rechtsprechung geprägt. Insbesondere die Rechtsprechung hat Jahr für Jahr massgeschneiderte Lösungen entwickelt, um dem Einzelnen einen effektiven Beschwerdeweg zu gewährleisten.

93 Die beiden in der einschlägigen Bestimmung vorgesehenen Voraussetzungen, nämlich (i) persönlich und direkt von einer Rechtshilfemassnahme betroffen zu sein und (ii) ein schutzwürdiges Interesse an der Aufhebung oder Änderung dieser Massnahme zu haben, verlieren so manchmal ihren Sinn, mit dem Ergebnis, dass es sich um ein schwer zu erfassendes Rechtsgebiet handelt.

94 Die Ausführungen in diesem Beitrag zielen auf eine Klärung dieser Materie ab. Es besteht jedoch kein Zweifel daran, dass die immer umfangreicher werdende und sich weiterentwickelnde Rechtsprechung weitere Klarstellungen in diesem Bereich bringen wird.

Clara Poglia und Michaël Jakubowski sind Partnerin bzw. Senior Associate in der Anwaltskanzlei Schellenberg Wittmer SA. Personenbezogene

Bezeichnungen in diesem Beitrag gelten sowohl für Frauen als auch für Männer.

LITERATURVERZEICHNIS

Cappa Rosa Maria, Averi societari sotto sequestro: res nullius?, forumpoenale 1/2018, p. 43 ss.

Dangubic Miro, Parteistellung und Parteirechte bei der rechtshilfeweisen Herausgabe von Kontoinformationen, forumpoenale 2/2018, p. 112 ss.

Donatsch Andreas/Heimgartner Stefan/Meyer Frank/Simonek Madeleine, Internationale Rechtshilfe, Zurich 2015.

Kuster Zürcher Susanne/Mauro Raphael, Aktuelle Herausforderungen der Beweisrechtshilfe, in Breitenmoser Stephan/Ehrenzeller Bernhard (édit.), Internationale Amts- und Rechtshilfe in Steuer- und Finazmarktsachen, Bâle 2017, p. 43 ss.

Ludwiczak Glassey Maria, Entraide judiciaire internationale en matière pénale, Précis de droit suisse, Bâle 2018.

Ludwiczak Glassey Maria/Bonzanigo Francesca, Qualité pour recourir de certaines entités particulières en entraide pénale internationale : hoirie, société dissoute et liquidée et trust, PJA 2022 p. 146 ss.

Moreillon Laurent/Mazou Miriam, Entraide judiciaire pénale et implication de l'entreprise, in Macaluso Alain/Moreillon Laurent/Lombardini Carlo/Garbarski Andrew (édit.), Développements récents en droit pénal de l'entreprise III, Berne 2022, p. 53 ss (cité: Moreillon/Mazou, Développements récents 2022).

Moreillon Laurent/Mazou Miriam, La banque créancière face au séquestre et à la confiscation, in Macaluso Alain/Moreillon Laurent/Lombardini Carlo/Garbarski Andrew (édit.), Développements récents en droit pénal de l'entreprise II, Berne 2021, p. 75 ss (cité: Moreillon/Mazou, Développements récents 2021).

Moreillon Laurent/Dupuis Michel/Mazou Miriam, La pratique judiciaire du Tribunal pénal fédéral en 2018, JdT 2019 IV p. 39 ss.

Niggli Marcel Alexander/Heimgartner Stefan (édit.), Internationales Strafrecht, IRSG, GwÜ, Basler Kommentar, Bâle 2015.

Stelzer-Wieckowska Marta, Die kleine Rechtshilfe in Strafsachen: grundrechtliche der betroffenen Person, Zurich 2022.

Zimmermann Robert, La coopération judiciaire internationale en matière pénale, 5e éd., Berne 2019.

ACHTUNG: Diese Version des Kommentars ist eine automatische maschinelle Übersetzung des Originals. Die Originalversion ist französisch. Die Übersetzung wurde mit www.deepl.com durchgeführt. Nur die Originalversion ist autoritativ. Die übersetzte Form des Kommentars kann nicht zitiert werden.

KOMMENTIERUNG ZU

Art. 80k IRSG

Eine Kommentierung von Francesca Bonzanigo

ZITIERVORSCHLAG

Francesca Bonzanigo, Kommentierung zu Art. 80k IRSG, in: Maria Ludwiczak Glassey/Lukas Staffler (Hrsg.), Onlinekommentar zum Bundesgesetz über internationale Rechtshilfe in Strafsachen

Kurzzitat: OK-Bonzanigo, Art. 80k IRSG N. XXX.

Art. 80*k* Beschwerdefrist

Die Beschwerdefrist gegen die Schlussverfügung beträgt 30 Tage, gegen eine Zwischenverfügung zehn Tage ab der schriftlichen Mitteilung der Verfügung.

GLIEDERUNG

I. Entstehungsgeschichte von Art. 80k IRSG 537
II. Beginn der Frist nach Art. 80k IRSG 537
III. Die 30-tägige Frist 539
IV. Die 10-tägige Frist 540
Literaturverzeichnis 540

I. ENTSTEHUNGSGESCHICHTE VON ART. 80K IRSG

Art. 80*k* IRSG wurde im Rahmen der Revision des IRSG von 1995 eingeführt und trat 1997 in Kraft. Er ist das Ergebnis langwieriger Diskussionen darüber, wie die Rechtsmittel im Bereich der Rechtshilfe ausgestaltet werden sollten. Während der Gesetzgebungsarbeiten standen sich zwei Hauptkonzepte gegenüber: einerseits die sogenannte Zürcher Methode, wonach ein Rechtsmittel nur zum Zeitpunkt des Eintretens in die Sache möglich gewesen wäre, und andererseits die sogenannte Genfer Methode, wonach ein Rechtsmittel erst zum Zeitpunkt des Abschlussbeschlusses möglich war, ausser in Ausnahmefällen, in denen ein beschränktes Rechtsmittel gegen Zwischenentscheide zulässig war. Die Genfer Methode fand grössere Zustimmung, sodass heute grundsätzlich nur gegen den Abschlussbeschluss Beschwerde geführt werden kann, wobei das Gesetz unter strengen Voraussetzungen und für bestimmte Beschlüsse eine eingeschränkte Beschwerde gegen Zwischenentscheide zulässt (Art. 80*e* IRSG). 1

II. BEGINN DER FRIST NACH ART. 80K IRSG

Gemäss Art. 80*k* IRSG beginnt die Beschwerdefrist mit der schriftlichen Mitteilung der Entscheidung. Im Bankwesen, das aufgrund einer «doppelten Mitteilung» an die Bank und an den Berechtigten besonders heikel ist – resultierend aus den Verpflichtungen, die der Bank aufgrund des Vertrags mit dem Berechtigten und aufgrund von Art. 80*n* IRSG, hat die Rechtsprechung drei Grundsätze entwickelt, anhand derer der Zeitpunkt der Mitteilung an den Berechtigten bestimmt werden kann, damit die Beschwerdefrist zu laufen beginnt. 2

Erstens ist die in Art. 80*k* IRSG geforderte schriftliche Mitteilung im Lichte von Art. 80*m* IRSG über die Zustellung von Verfügungen auszulegen. Gemäss dieser Bestimmung muss die Vollzugsbehörde ihre Entscheide der in der Schweiz wohnhaften Person (Art. 80*m* Abs. 1 Bst. a IRSG) oder der Person, die in der Schweiz einen Zustellungswohnsitz gewählt hat (Art. 80*m* Abs. 1 Bst. b IRSG *cum* Art. 9 VIRSG), zustellen. Somit ist eine schriftliche Mitteilung an den Berechtigten für den Beginn der Frist nach Art. 80k IRSG nur dann erforderlich, wenn die Vollstreckungsbehörde einer Zustellungspflicht nach Art. 80m IRSG unterliegt. In einem solchen Fall beginnt die Frist nach Art. 3

80*k* IRSG am Tag nach der Zustellung des Entscheids (Art. 80*m* IRSG), gemäss den allgemeinen Vorschriften für Verwaltungsverfahren (Art. 20 Abs. 1 *cum* Art. 50 Abs. 1 VwVG). Hat die Person ihren Wohnsitz im Ausland, muss die Vollzugsbehörde ihr den Entscheid nicht zustellen (Art. 9 VIR). Es obliegt dann der Bank, die die Verfügungen der Vollzugsbehörde erhält (insbesondere diejenigen über die Einleitung des Rechtshilfeverfahrens oder allfällige Hinterlegungs- oder Beschlagnahmungsanordnungen), den Berechtigten rechtzeitig vor Abschluss des Rechtshilfeverfahrens zu informieren, damit er gegebenenfalls einen Wohnsitz in der Schweiz wählen kann.

4 Zweitens wird, sofern der Berechtigte keinen Wohnsitz in der Schweiz gewählt hat, die Abschlussverfügung der Bank zugestellt, die die erforderlichen Bankunterlagen oder die beschlagnahmten Vermögenswerte hält. Die Zustellung an die Bank gilt nicht als Zustellung an den Berechtigten, sodass die Beschwerdefrist nach Art. 80*k* IRSG noch nicht zu laufen beginnt. Die Frist beginnt zu laufen, sobald die Bank den Berechtigten über den Beschluss informiert. Die Zustellung an die Bank löst jedoch eine Frist von 30 Tagen aus, nach deren Ablauf der Beschluss vollstreckbar wird. Wenn der Beschluss der Bank zugestellt wird, kann der Berechtigte daher grundsätzlich noch innerhalb einer Frist von 30 Tagen ab seiner tatsächlichen Kenntnisnahme des Abschlussbeschlusses Beschwerde einlegen. Meldet er sich hingegen erst nach Vollstreckung der Entscheidung, steht ihm kein Rechtsmittel mehr zu (Art. 80*n* Abs. 2 IRSG). Zusammenfassend lässt sich sagen, dass das Fehlen einer Wahl des Wohnsitzes in der Schweiz, selbst wenn es freiwillig ist, es nicht ermöglicht, dem Berechtigten eine Beschwerdefrist von 30 Tagen ab Zustellung der Entscheidung an die Bank entgegenzuhalten, sondern ihn dem Risiko einer verspäteten Intervention aussetzt. Diese Lösung drängt sich nach der Rechtsprechung nicht nur aufgrund des Grundsatzes der zügigen Bearbeitung (Art. 17*a* IRSG), sondern auch aufgrund der Grundsätze von Treu und Glauben und der Rechtssicherheit auf. Sie ist jedoch mit einigen Unsicherheiten behaftet. Insbesondere stellt sich die Frage, welche Schritte der Berechtigte unternehmen muss, um sein Beschwerderecht zu wahren und die Vollstreckbarkeit der der Bank zugestellten Entscheidung auszusetzen. Da der Gesetzgeber keine „fiktive Zustellung" schaffen wollte, wenn eine Entscheidung der Bank mitgeteilt wird, ist davon auszugehen, dass eine einfache Äußerung des Berechtigten gegenüber der Vollstreckungsbehörde, beispielsweise durch einen Antrag auf Einsicht in die Akte des Rechtshilfeverfahrens, ausreicht, um die Vollstreckbarkeit der Entscheidung

auszusetzen, ohne dass innerhalb von 30 Tagen nach Zustellung der Entscheidung an die Bank ein Rechtsbehelf eingelegt werden muss.

Drittens gilt der Zeitpunkt der tatsächlichen Kenntnisnahme durch den Berechtigten nicht, wenn er mit der Bank eine „Bankrestante"-Vereinbarung geschlossen hat. In diesem Fall gilt die Entscheidung als ihm zugestellt, sobald sie von der Bank in der „Bankrestante"-Akte hinterlegt wird. Die Einspruchsfrist beginnt dann nicht zu dem Zeitpunkt, zu dem die Entscheidung ihm tatsächlich mitgeteilt wurde, sondern am Tag nach der Ablage der Entscheidung in der Akte. Der Zeitpunkt, zu dem die Bank ihren Kunden benachrichtigt, oder der Zeitpunkt, zu dem dieser tatsächlich Kenntnis von der ergangenen Entscheidung erlangt, sind nicht maßgeblich. 5

Wurde ein Konto aufgelöst, ist die vor der Auflösung des Kontos geschlossene Bankverwahrungsvereinbarung dem Berechtigten nicht mehr entgegenzuhalten. Die Zustellung an die Bank gilt daher nicht als Zustellung an den Berechtigten. Die Beschwerdefrist beginnt erst mit der tatsächlichen Kenntnisnahme durch den Berechtigten gemäss den *oben* unter N. 4 dargelegten Grundsätzen zu laufen. 6

III. DIE 30-TÄGIGE FRIST

Die 30-Tage-Frist gilt für die Abschlussverfügung (Art. 80*k* Satz 1 IRSG). Eine Abschlussverfügung ist eine Verfügung, die das Rechtshilfeverfahren beendet und mit der die Vollzugsbehörde über die Gewährung und den Umfang der Rechtshilfe entscheidet (Art. 80*d* IRSG). 7

Die Beschlagnahme von Vermögenswerten (oder die Aufrechterhaltung der Massnahme), eine Entscheidung von incidentem Charakter, kann unter bestimmten Umständen einer 30-tägigen Beschwerdefrist unterliegen. Dies ist der Fall, wenn die Übermittlung der Bankunterlagen an den ersuchenden Staat im Rahmen eines vereinfachten Vollzugs erfolgte (Art. 80*c* IRSG) und keine Abschlussverfügung ergangen ist. Das Gleiche gilt, wenn sich die Beschwerde gegen einen Ablehnungsbeschluss richtet, der auf die Aufhebung der Beschlagnahme abzielt, während diese bereits seit einer «relativ langen» Zeit andauert. 8

Die 30-tägige Frist gegen den Abschlussbeschluss gemäss Art. 80*k* IRSG gilt nur in erster Instanz vor der Beschwerdekammer des Bundesstrafgerichts (Art. 25 Abs. 1 IRSG). In zweiter Instanz vor dem Bundesgericht beträgt die 9

Beschwerdefrist gegen den Schlussbeschluss 10 Tage (Art. 100 Abs. 2 Bst. b BGG).

10 Im Rechtshilfeverfahren gibt es keine Ferien (Art. 12 Abs. 2 IRSG und Art. 46 Abs. 2 Bst. d BGG).

IV. DIE 10-TÄGIGE FRIST

11 Die 10-tägige Frist gilt für Zwischenentscheide (Art. 80*k* Abs. 2 IRSG), gegen die Beschwerde eingelegt werden kann (da im Rechtshilfeverfahren keine Ferien gelten; *supra* N. 10). Dies ist der Fall bei der Beschlagnahme von Gegenständen oder Vermögenswerten (Art. 80e Abs. 2 Bst. a IRSG) oder bei der Anwesenheit von Personen, die am Verfahren im Ausland beteiligt sind (Art. 80e Abs. 2 Bst. b IRSG). Das Gleiche gilt für Entscheidungen, die in Art. 80e Abs. 2 IRSG nicht ausdrücklich erwähnt sind, gegen die jedoch ausnahmsweise ein eigenständiger Rechtsbehelf eingelegt werden kann, weil sie die Übermittlung von Informationen an die ausländische Behörde vor Erlass des Abschlussbeschlusses beinhalten.

12 Die Frist von 10 Tagen gilt nur, wenn die Zwischenverfügung eigenständig angefochten wird. Ficht der Beschwerdeführer die Zwischenverfügung zusammen mit der Schlussverfügung an, gilt die Frist von 30 Tagen ab schriftlicher Zustellung der Schlussverfügung (Art. 80*k* Satz 1 IRSG). In der zweiten Instanz vor dem Bundesgericht beträgt die Beschwerdefrist gegen den Zwischenentscheid ebenfalls 10 Tage (Art. 100 Abs. 2 Bst. b BGG).

LITERATURVERZEICHNIS

Ludwiczak Glassey Maria/Moreillon Laurent (édit.), Loi sur l'entraide internationale en matière pénale, Petit Commentaire, Bâle 2024.

Niggli Marcel Alexander/Heimgartner Stefan (édit.), Internationales Strafrecht, IRSG, GwÜ, Basler Kommentar, Bâle 2015.

Wyss Rudolf, Die Revision der Gesetzgebung über die internationale Rechtshilfe in Strafsachen, RSJ 1997