

MARC FORSTER
Prof. Dr. iur., Rechtsanwalt
Schweizerisches Bundesgericht
CH-1000 Lausanne 14

Tel.: +41 21 318 91 51
E-Mail: marc.forster@bger.ch
www.marc-forster-strafrecht.com

Gutachten zur Masterarbeit von Herrn Jan Hoefliger

I. Thematik, Kurzbeurteilung und Notenantrag

Die Arbeit widmet sich dem (unübersichtlich ausgestalteten) **prozessualen Rechtsschutz** im Bereich der **internationalen Strafrechtshilfe** (inklusive Auslieferung), insbesondere komplexen *Legitimationsfragen* (IRSG, BGG) und den hybrid-erratischen Sachurteilsvoraussetzungen des "*besonders bedeutenden Falles*" (Art. 84 BGG). Die Untersuchung ist arbeitstechnisch einwandfrei. Aufgrund von akribischen juristischen Analysen gelingt dem Autor ein für Praxis und Lehre *wertvoller Forschungsbeitrag*.

Der Referent beantragt dafür die **Note 5,5**.

II. Arbeitstechnik

Die *Literatur-* und *Quellenauswahl* ist aktuell und reichhaltig. Insbesondere die Rechtsprechungen des Bundesgerichtes und des Bundesstrafgerichtes wurden sehr fleissig ausgewertet. Die juristische *Zitertechnik* im wissenschaftlichen Apparat erscheint fast ausnahmslos einwandfrei.¹ Auch *sprachlich* ist die Arbeit von guter Qualität.²

III. Inhaltliche Bemerkungen

Die vielschichtigen Probleme der **Beschwerdelegitimation** in den Rechtshilfverfahren vor dem Bundesstraf- (BstGer) und dem Bundesgericht (BGer) werden in **Kapitel I** sehr *dicht* und *detailreich* analysiert. Der Bearbeiter wertet dabei die massgebliche Praxis und Lehre fleissig und differenziert aus.³ Lobenswert ist zudem, dass er die Fachliteratur und

1 FN 114 enthält (zweimal) eine unsachgemässe (unvollständige) Zitierweise eines Bundesgerichtsentscheidendes ("BGer 127/2008"). Verweise ins Leere (auf "FÉRAUD") finden sich in FN 137 und 141. Teilweise wird der BSK BGG inkonsequent zitiert (vgl. FN 281 und 283 mit Angabe der Herausgeber anstatt der kommentierenden Autoren).

2 Hie und da finden sich Tippfehler oder kleinere begrifflich-sprachliche Ungenauigkeiten wie z.B. "Zeugenverweigerungsrecht" (S. 11).

3 Bei der Legitimation zur RH-Beschwerde an das Bundesgericht hätte sich allerdings noch ein Hinweis auf die ausführliche Kommentierung im BSK BGG, Art. 84 N. 34-37, angeboten bzw. aufgedrängt.

Rechtsprechung (teilweise sogar die Gesetzesnormen) nicht nur referierend abbildet, sondern sich bei verschiedenen Themen *kritisch* bzw. diskursiv damit auseinandersetzt.⁴ Ihre Qualität als **eigenständiger Forschungsbeitrag** verdient sich die Untersuchung auch aufgrund der fundierten resümierenden *Würdigungen*, mit denen der Autor die jeweiligen Kapitel abschliesst (vgl. z.B. Kap. I/7, S. 12-16).⁵

Die **Kapitel II** und **III** beleuchten die zulässigen **Anfechtungsobjekte** der Beschwerden (an das BstGer bzw. BGer) in Fällen der internationale Strafrechtshilfe (RH), aufgeteilt nach *Auslieferung* (inkl. Auslieferungshaft) und *akzessorische* RH. Auch diese Analysen fallen sorgfältig und reichhaltig aus; die Bundesgerichtspraxis wird differenziert ausgewertet.⁶ Bei den zulässigen Anfechtungsobjekten der RH-Beschwerde an das BGer (Art. 84 Abs. 1 und Art. 93 Abs. 1-2 BGG) hat es der Bearbeiter versäumt, den *Basler Kommentar* zu Art. 84 BGG (N. 16-28) zu konsultieren. Dies gilt insbesondere beim komplexen Thema der **Entsiegelung**.⁷ Auch diesen Forschungsteil rundet der Bearbeiter mit *kritischen Überlegungen* ab (vgl. S. 32-36). Die Kritik richtet sich nicht nur gegen

4 Dass die Vertiefung regelmässig in den *Fussnoten* erfolgt (vgl. z.B. FN 49, 60, 91, 92), erleichtert den Lesefluss.

5 Durchaus prüfenswert ist zum Beispiel seine These, auch bei *Anwälten* (oder Treuhändern), bei denen deponierte *Bankunterlagen* eines *Dritten* rechtshilfweise ediert oder sichergestellt werden, sei deren Beschwerdeführung im *eigenen* Namen (und im reinen Drittinteresse des Konteninhabers) grundsätzlich unzulässig (vgl. S. 13 f.). Vorauszusetzen wäre bei Anwälten allerdings, dass die Bankunterlagen nicht unter das *Anwaltsgeheimnis* fallen (vgl. Art. 264 Abs. 1 lit. c-d StPO), indem sie z.B. zu einem Beratungsdossier gehören. Auch wäre bei Sicherstellungen per *Hausdurchsuchung* in einer Anwaltskanzlei das eigene Beschwerdeinteresse der betroffenen Anwälte (per se) zu bejahen. Bei ihrer Kritik an unbefriedigenden *gesetzlichen* Regelungen (vgl. z.B. S. 15 f.) müssten sich der Bearbeiter und die kritische Lehre noch stärker bewusst werden, dass die Gerichte an das formelle Bundesrecht gebunden sind und eine Abweichung von klaren Gesetzeswortlauten nur de lege *ferenda* oder unter den restriktiven Voraussetzungen einer "Lückenfüllung" möglich ist.

6 So wird zutreffend dargelegt, dass die *rechtshilferechtliche* Eintretenspraxis (und Gesetzgebung) zur selbstständig (als Zwischenverfügung) angefochtenen *Beschlagnahme* bzw. Sperre von Vermögenswerten für die Betroffenen "strenger" ist als die *strafprozessuale* (S. 21). Differenziert fallen z.B. auch die Hinweise aus zu den rechtshilferechtlichen Folgen einer *Konstitution* des ersuchenden Staates (oder eines staatsnahen Unternehmens) als *Privatklägerschaft* im konnexen schweizerischen Strafverfahren (vgl. S. 27-29).

7 Etwa zur Frage der Zulässigkeit der selbstständigen bzw. akzessorischen Anfechtung von Entsiegelungsentscheiden (vgl. BSK BGG-FORSTER, Art. 84 N. 24a-24b, wo im Ergebnis die gleiche Meinung vertreten wird wie im [in FN 258 zitierten] BSK IStrR-GLUTZ, Art. 9 IRSG [ohne Nennung der Randnote]). Dabei übersieht der Bearbeiter u.a. (S. 34 f.), dass das "Amtsgeheimnis" im ersuchten Staat wenig Schutz bietet, wenn *zwischen* der selbstständigen Entsiegelung und der Anfechtung der Schlussverfügung die ausführende *Staatsanwaltschaft* (oder die Bundesanwaltschaft) Einsicht in geheimnisgeschützte Unterlagen nehmen kan (z.B. in Anwaltsakten; vgl. BSK BGG-FORSTER, Art. 84 N. 24b Fn. 52). Auch aus der Basler Kommentierung zum systematischen Verhältnis zwischen Art. 93 Abs. 2 (Zwischenentscheidung) und Art. 84 Abs. 1 BGG (Schlussverfügungen) wäre durchaus ein Forschungsertrag zu erzielen gewesen (vgl. BSK BGG, Art. 84 N. 24, 25-28).

gewisse Lehrmeinungen, sondern – nach Ansicht des Referenten grossteils zu Recht – auch gegen vereinzelte Urteile des Bundesstraf- und des Bundesgerichtes.⁸

Einen weiteren zentralen *Kernbereich* der Untersuchung bilden die in **Kapitel IV** behandelten Sachurteilsvoraussetzungen des "**besonders bedeutenden Falles**" (Art. 84 BGG) für die Beschwerde in RH-Sachen ans *BGer*. Auch hier fällt die Analyse detailreich und sehr verlässlich aus. Bei der Darstellung der *Entstehungsgeschichte* von Art. 84 BGG (S. 36 f.) fällt auf, dass die *Materialien* (i.e.S.) direkt zitiert werden, aber keine *Literatur* genannt wird,⁹ welche dem Bearbeiter als "Inspirationsquelle" gedient haben könnte. Entsprechende Hinweise fehlen (auf S. 50-52) auch zur Frage, welche Standardwerke bei der – erfreulich ertragreichen – Recherche der Urteils-Kasuistik zur "*Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung*" mitgeholfen haben.¹⁰

8 Etwa 1C_239/2014 (vgl. dazu S. 33). Allerdings überzeugen nicht alle kritischen Überlegungen restlos: Bei der Frage, ob die Edition von *Bankinformationen* unter Art. 84 Abs. 1 BGG falle (S. 36), wäre auf die einschlägige ständige Praxis hinzuweisen, welche die Frage klar *bejaht* (Art. 9 IRSG ist *keine* *lex specialis* zu den Sachurteilsvoraussetzungen der BGG-Beschwerde). Bei seiner These, die Nennung der "*Beschlagnahme*" als Anfechtungsgegenstand in Art. 84 Abs. 1 BGG erscheine überflüssig bzw. verwirrend (S. 35), übersieht der Bearbeiter, dass es z.B. auch Kontensperren gibt, welche im Zeitpunkt der Schlussverfügung noch *weiterdauern* und *akzessorisch* angefochten werden können.

9 Wie beispielsweise BSK BGG-FORSTER, Art. 84 N. 4-10.

10 Vgl. z.B. BSK BGG-FORSTER, Art. 84 N. 30 und 32a-32b. Kleinere *inhaltliche* Schwachstellen zeigen sich ansonsten nur bei akribischer Prüfung mit *strengen* Massstäben: Bei der Frage, ob auch die französischsprachigen Urteile (schon vor dem klärenden Leitentscheid BGE 145 IV 99) den *deutschen* und *italienischen* Wortlaut von Art. 84 Abs. 2 BGG berücksichtigten (S. 40 mit FN 309), interpretiert der Bearbeiter das französischsprachige Urteil 1C_96/2007 irrtümlich ("ne sauraient être assimilés à un défaut grave de la procédure étrangère"/"interprétée de manière restrictive"). Angesichts der (amtlich publizierten) *vorsichtigen* Auslieferungspraxis des Bundesgerichtes in den *Kurdenfällen* (vgl. dazu BSK/IStrR-FORSTER, Art. 3 IRSG N. 10-11) wäre die bloss auf das Urteil 1A.212/2000 gestützte Aussage zu *relativieren*, dass "allgemeine und systematische Verstösse" des ersuchenden Staates gegen Art. 6 EMRK noch kein RH-Hindernis begründeten, falls dieser "Mitglied des Europarates" sei (S. 46). Bei der Abgrenzung zwischen politischer *Verfolgung* (Art. 2 lit. b IRSG) und der Einrede des politischen *Deliktes* (S. 47 f.) wäre auf *Art. 3 IRSG* hinzuweisen gewesen. Dass Art. 109 BGG ausnahmslos die "*lex specialis*" im Verhältnis zu Art. 108 BGG darstelle, weshalb das BGer RH-Beschwerden bei nicht besonders bedeutenden Fällen "immer in einem Dreiergremium" handle (S. 54), ist zu stark verkürzt und trifft so nicht zu (vgl. BGE 133 IV 125 E. 1.2 S. 127 f.). Nicht sehr überzeugend fällt die (auf einen Teil der Doktrin gestützte) Kritik am Eintretensgrund einer besonderen "politischen Bedeutung" von Rechtshilfefällen aus, wenn argumentiert wird, nur RH-*Verweigerungen* könnten negative politische Reaktionen von Staaten auslösen und solche seien ja gar nicht anfechtbar (S. 57 f.): Der Fall *Adamov* (BGE 132 II 81) zeigt, dass diese Argumentation zu kurz greift (Fall von "konkurrierenden" Ersuchen in einem politisch sehr brisanten Fall). Der Bearbeiter scheint teilweise auch den Inhalt der *Dispositive* von Bundesgerichtsentscheiden zu verkennen, wenn er (sinngemäss) folgert, bei der Formulierung "die Beschwerde wird abgewiesen, soweit darauf eingetreten wird", bleibe "offen" bzw. "unklar", *ob* ein Eintreten vorliege (S. 58): Wenn das BGer die Beschwerde *abweist*, ist es (zumindest teilweise) darauf *eingetreten*; daran ändert der Umstand nichts, dass es in den Erwägungen gewisse Sachurteilsfragen offen lassen durfte. (Zutreffend wäre die Kritik, falls es Urteile gäbe, bei denen das BGer den bbFall in den Erwägungen klar verneint und trotzdem im Dispositiv von "Abweisung" spricht.)

Die Kritik des Bearbeiters an einer Einteilung von ersuchenden Staaten in *drei* (Qualitäts-) "*Kategorien*" (beim Erfordernis diplomatischer Garantien) oder an der "analogen" Anwendung von Art. 55 Abs. 2 IRSG auf die Einrede der politischen *Verfolgung* (S. 56 f.) überzeugt. Allerdings handelt es sich hier (was etwas deutlicher zu machen wäre) nicht um eine höchstrichterliche Rechtsprechung, sondern um die Praxis des *Bundesstrafgerichtes*, welche (bei Gelegenheit) durch das Bundesgericht zu überprüfen sein wird. Wertvoll sind auch kritische Hinweise zur *Kohärenz* der (kasuistischen) bundesgerichtlichen Rechtsprechung¹¹ und die Analyse der *Urteilsstatistik*¹² zu Art. 84 BGG.

Nach Ansicht des Referenten etwas fragwürdig (aber durchaus diskutabel) ist die resümierende These, der Aufwand für den bundesgerichtlichen Rechtsschutz im Annahmeverfahren rechtfertige sich insgesamt nicht, weil der *Erfolgsquote* der Beschwerden relativ klein sei.¹³ Gerade in *wichtigen* Fällen mit *internationalen* Bezügen "lohnt" sich Rechtsstaatlichkeit in einem demokratischen Land grundsätzlich auch dort, wo die Anwälte (nach eigener Einschätzung) für ihre Mandantschaft keine hohen Erfolgsquoten verbuchen können. Der Bearbeiter weist in seinem zusammenfassenden "Ausblick" (S. 60) denn auch zutreffend darauf hin, dass ein ausgebauter Rechtsweg im internationalen Vergleich "keine Selbstverständlichkeit" darstellt und eine *restriktive* höchstrichterliche Annahmepaxis nicht zuletzt deshalb geboten ist, um den bestehenden (wenn auch limitierten) *Zugang* zum Bundesgericht *de lege ferenda* nicht zu *gefährden*.¹⁴

Prof. Dr. Marc Forster/7. April 2020

11 Vgl. z.B. die Kritik an 1B_216/2007 (S. 40 f.). Unklar bleibt allerdings, inwieweit Verstöße gegen das "Willkürverbot nach Art. 9 BV" (pauschal) unter die schweren *Verfahrensmängel* subsumiert werden könnten (gemeint wohl: willkürliche Anwendung von wichtigen *prozessualen* Bestimmungen bzw. willkürliche Feststellung des entscheidenderheblichen *Sachverhalts*, s.a. S. 42). Nicht ganz deutlich sind auch die Befunde zur (Nicht-)Anwendbarkeit von Art. 6 EMRK (vgl. S. 41 oben bzw. 43 unten und S. 46): Hier wäre wohl zwischen *unmittelbar* anrufbaren RH-Hindernissen im *inländischen* Verfahren einerseits (Art. 6 EMRK nicht direkt anwendbar) und schweren Fehlern des *ausländischen* Verfahrens andererseits (Art. 84 Abs. 2 BGG und Art. 2 lit. a IRSG: Art. 6 EMRK zu berücksichtigen) als *indirektes* Verfahrens- bzw. RH-Hindernis zu differenzieren.

12 S. 58, s.a. Anhang, S. 61 f.

13 Vgl. S. 58 f.

14 Dass gewisse Anwälte und wissenschaftliche Autoren eine angeblich zu tiefe Erfolgsquote reklamieren, könnte sich insofern *kontraproduktiv* für den von ihnen angestrebten "besseren Rechtsschutz" auswirken.