

Die Bedeutung des US-amerikanischen Rechts bzw. der Rechtskultur des common law in der Praxis schweizerischer Gerichte – am Beispiel des Bundesgerichts



HEINZ AEMISEGGER,
Dr. iur., Bundesrichter,
Lausanne

Übernahme amerikanischer Rechtsfiguren teilweise *direkt aus dem amerikanischen Recht*, teilweise *indirekt durch die Rezeption von ausländischem oder internationalem Recht*, welches seinerseits von der amerikanischen Rechtskultur beeinflusst ist. Die grosse Wirtschaftskraft und die militärische Macht Amerikas begünstigen diesen Prozess. Verschiedene von den Vereinigten Staaten stark geprägte Erscheinungen wie *Globalisierung*, *Corporate Governance*² und *Terrorbekämpfung*³ haben sich auf Rechtsetzung und Rechtsprechung in Europa und damit auch in der Schweiz erheblich ausgewirkt. Besonders gross war in den letzten drei Jahrzehnten der Einfluss der Europäischen Menschenrechtskonvention⁴ auf Rechtspraxis und Rechtsalltag in der Schweiz⁵.

Inhaltsübersicht

1. Einleitung
2. Angloamerikanische Rechtskultur und schweizerische Rechtsprechung
 - a) Amerikanische und schweizerische Justizstruktur
 - b) Vorrang des Völkerrechts
 - c) Fairnessprinzip
 - aa) Amerikanisches und kontinentaleuropäisches Verständnis
 - bb) Das Öffentlichkeitsprinzip in der Schweiz
 - aaa) Öffentliche Gerichtsverhandlungen
 - bbb) Öffentlich zugängliche Gerichtsurteile
 - cc) Fairness im Verfahren
 - aaa) Richterfordernis
 - bbb) Unvoreingenommenheit des Richters (Doppelfunktion)
 - ccc) Haftprüfungsverfahren
 - ddd) Anspruch auf öffentliche Verhandlung
 - eee) Replikrecht
 - fff) Erschöpfung der innerstaatlichen Rechtsbehelfe als Zulässigkeitsvoraussetzung der Beschwerde an den EGMR
 - d) Englische Sprache
 - e) Strafprozess, Terrorismusbekämpfung
3. Insbesondere zur Internationalen Rechtshilfe in Strafsachen

1. Einleitung¹

Die angloamerikanische hat die kontinentaleuropäische Rechtskultur in den letzten Jahrzehnten in mannigfaltiger Weise nachhaltig beeinflusst. In der Schweiz erfolgte die

¹ Beitrag zum Seminar der Universitäten Zürich und St. Gallen vom April/Mai 2007 zum Thema «Amerikanische Rechtskultur aus der Sicht von schweizerischen und europäischen Gerichten», durchgeführt von den Dozenten Prof. JENS DROLSHAMMER, Universität St. Gallen, Prof. ANTON K. SCHNYDER, Universität Zürich und Prof. DR. HANS-UELI VOGT, Universität Zürich, Hauptveranstaltung IV, 31. Mai 2007. Die nachfolgenden Ausführungen geben ausschliesslich die persönliche Ansicht des Verfassers wieder.

² Bilanzskandale von Unternehmen wie Enron und Worldcom haben zum *Sarbanes-Oxley Act of 2002 (SOX, SarbOx* auch *SOA*) geführt, zu einem US-Gesetz zur verbindlichen Regelung der Unternehmensberichterstattung. Der Name stammt von Senator PAUL S. SARBANES (Demokrat) und vom Abgeordneten MICHAEL OXLEY (Republikaner). Ziel des Gesetzes ist es, das Vertrauen der Anleger in die Richtigkeit der veröffentlichten Finanzdaten von Unternehmen wiederherzustellen. Es gilt für inländische und ausländische Unternehmen, die an US-Börsen (z.B. der NASDAQ) kotiert sind, sowie für deren Tochterunternehmen (vgl. PETER HAY, *US-Amerikanisches Recht*, 3. A., München, Basel, Wien 2005, Rz. 616). In der Schweiz wurde ebenfalls im Jahre 2002 der *Swiss Code of Best Practice* (kurz *Swiss Code*) geschaffen. Er enthält Empfehlungen des Wirtschafts-Dachverbandes der Schweiz, Economiesuisse, an alle Aktiengesellschaften bezüglich Corporate Governance, welche an der Swiss Exchange notiert sind und die Einfluss haben auf die Kreditwürdigkeit eines Unternehmens.

³ Diese wurde von den USA weltweit stark intensiviert nach der Vernichtung der beiden Zwillingstürme von New York am 11.9.2001. So sieht der «U.S.A. Patriot Act of 2001» erweiterte Sicherheits- und Überwachungsmaßnahmen vor und relativiert insoweit den 4. Zusatzartikel der Verfassung (HAY [FN 2] Rz. 710 f.)

⁴ Konvention vom 4. November 1950 zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten, Europäische Menschenrechtskonvention, EMRK, SR 0.101.

⁵ HEINZ AEMISEGGER, Zur Umsetzung von Justizreform und Bundesgerichtsgesetz im Lichte der EMRK, in: STEPHAN BREITENMOSE/BERNHARD EHRENZELLER/MARCO SASSÖLI/WALTER STOFFEL/BEATRICE WAGNER PFEIFFER, *Menschenrechte*,

Die EMRK und namentlich ihre Anwendung durch den Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte in Strassburg (EGMR) weisen ihrerseits Züge auf, die auf *angloamerikanische Herkunft* schliessen lassen. Wie die nachfolgenden Darlegungen zeigen, kann die EMRK mit Blick auf die vergangenen drei Jahrzehnte gar als eine Art «Einfallstor» für angloamerikanische Rechtsgrundsätze in die schweizerische Rechtskultur bezeichnet werden.

In diesem Zusammenhang ist ferner auf die *internationalen Strafgerichte* in Den Haag hinzuweisen, d.h. auf den Ständigen Internationalen Strafgerichtshof (ICC) sowie die UNO-Tribunale für Jugoslawien (ICTY) und Ruanda (ICTR).⁶ Die Verfahrensregeln dieser Gerichte sind stark vom angloamerikanischen «common law» beherrscht. Die Verfahrensordnung des Jugoslawientribunals (ICTY) wird sogar als Kern eines sich herausbildenden weltumfassenden internationalen Strafverfahrensrechts bezeichnet.⁷ Durch diese Gerichtsordnungen strahlt das angloamerikanische Recht ebenfalls auf das innerstaatliche Recht der Schweiz, namentlich auf das Strafprozessrecht, aus, was sich insbesondere am Beispiel der künftigen Schweizerischen Strafprozessordnung zeigt.⁸

Das Bundesgericht befasst sich zudem regelmässig direkt mit *US-amerikanischem Recht* und trifft dabei häufig auf Berührungspunkte zwischen der US-amerikanischen und der schweizerischen Rechtskultur. Das zeigt sich deutlich, wenn man etwa die im Internet publizierten Urteile des Bundesgerichts auf diese Fragestellung hin durchsucht. Bei einer Ende März 2007 in Bezug auf die amtlich publizierten Urteile in der Rubrik «BGE ab 1954 (Leitentscheide)» mit den Stichworten «USA Schweiz» getätigten Suche ergaben sich bezogen auf den Zeitraum 1954–2007 153 exakte und 4099 partielle Treffer. Die gleiche Suche unter der Rubrik «Urteile ab 2000», ergab 165 exakte, einen sinngemässen und 5837 partielle Treffer. Die zweitgenannte Suche betrifft alle im Internet aufgeschalteten Urteile mit Einschluss der amtlich publizierten Entscheide. Die Datenbank «Urteile ab 2000» umfasst etwa drei Viertel der in den letzten sieben Jahre vom Bundesgericht gefällten Urteile⁹. Daraus ergibt sich, dass in

den vergangenen sieben Jahren gut 200 Urteile (oder rund 30 pro Jahr) mit engem Bezug zu den USA gefällt worden sind. Diese Bundesgerichtsurteile betreffen die *verschiedensten Rechtsgebiete*. Im Vordergrund stehen dabei folgende Rechtsbereiche:

- Internationale Rechtshilfe in Strafsachen
- Amtshilfe
- Sorgerecht für Kinder, Rückführung von Kindern
- Steuerrecht
- Handelsrecht
- Immaterialgüterrecht
- Bürgerrecht und Ausländerrecht
- Strafrecht.

Bevor im Folgenden auf einige *bundesgerichtliche Urteile* mit einem Bezug zu den USA näher eingegangen wird, sollen einige *Elemente der angloamerikanischen Rechtskultur* und insbesondere deren *Auswirkungen auf die Rechtsprechung in der Schweiz* erörtert werden. Dabei wird *prozessrechtlichen Problemen*, mit welchen der Richter täglich konfrontiert ist, ein besonders grosser Stellenwert eingeräumt. Da der Schwerpunkt meiner richterlichen Tätigkeit im öffentlichen Recht sowie im Strafprozessrecht liegt, konzentriere ich mich bei meinen Erörterungen auf diese Rechtsgebiete. Sodann wird kurz auf die Kontakte des Bundesgerichtes zu Höchstgerichten anderer Länder und zum amerikanischen Supreme Court eingegangen. Abschliessend werden ein paar *Schlussfolgerungen* aus den gemachten Überlegungen gezogen.

2. Angloamerikanische Rechtskultur und schweizerische Rechtsprechung

a) Amerikanische und schweizerische Justizstruktur

Bereits ein grober, oberflächlicher Vergleich der Justiz- und Prozessstrukturen der Schweiz und der Vereinigten Staaten von Amerika zeigt, dass diese viele *Gemeinsamkeiten* aufweisen: Beide Länder sind historisch gewachsene, *föderalistisch* organisierte *Bundesstaaten*. Dementsprechend ist ihre Justiz aufgebaut. In beiden Ländern bestehen bedeutende mehr-, meist *dreistufige Gerichtsorganisationen* auf der Ebene der Gliedstaaten und des Zentralstaates. Den einzelstaatlichen *District Courts* entsprechen in etwa die *kantonalen Bezirksgerichte*, und die einzelstaatlichen *Courts of Appeals* sind vergleichbar mit den kantonalen *Appellationsgerichten* mit dem hervorstechenden Unterschied, dass die Courts of Appeals ausschliesslich *Rechts-* und damit keine *Sachverhaltsfragen* prüfen. Als dritte Stufe kennen die Gliedstaaten in den USA einzelstaatliche Supreme Courts, während in der Schweiz einzelne Kantone auf dieser Ebene *Kassationsgerichte* mit beschränkten Rügemöglichkeiten kennen. Die

Demokratie und Rechtsstaat, Liber amicorum Luzius Wildhaber, Zürich/St. Gallen 2007, 3 ff.

⁶ Vgl. MARC FORSTER, Die Internationalisierung des Strafrechts und der Verteidigungsrechte, in: Recht und Internationalisierung, Festgabe der Juristischen Abteilung der Universität St. Gallen zum Juristentag 2000, 309 ff.

⁷ FORSTER (FN 6), S. 319.

⁸ BBl 2007 6977 ff. Botschaft vom 21. Dezember 2005 zur Vereinheitlichung des Strafprozessrechts, BBl 2006 1085 ff.; Vorentwurf zur Schweizerischen Strafprozessordnung, E-STPO, BBl 2006 1389 ff.; AB S 2006 982 ff., 995 ff., 1043; vgl. hinten Ziff. 2. e.

⁹ Ab 1. Januar 2007 werden sämtliche verfahrensabschliessenden Entscheide des Bundesgerichts im Internet aufgeschaltet (vgl. Art. 59 Abs. 1 des Reglements für das Bundesgericht vom 20. November 2006, BGerR, SR 173 110.131).

einzelstaatlichen Berufungsgerichte entscheiden in beiden Ländern in der Regel in Dreierbesetzung. In wichtigen Fällen sitzen fünf und zum Teil mehr Richter. Auf der Ebene des Bundesstaates gibt es in beiden Ländern *unterinstanzliche Bundesgerichte* (Courts of Appeals, erstinstanzliche Bundesgerichte) und ein *oberstes Gericht* (Supreme Court, Bundesgericht), dessen Zuständigkeit sich sowohl auf Bundes-, als auch auf einzelstaatliche Angelegenheiten erstreckt. In beiden Staaten besitzen die einzelstaatlichen Gerichte eine *generelle*, nicht nach Sachgebieten aufgegliederte *Zuständigkeit*. Das trifft auch für den Supreme Court und das Bundesgericht zu.¹⁰ Demgegenüber sind die erstinstanzlichen Bundesgerichte in der Schweiz nur für bestimmte Sachgebiete zuständig (Bundesstrafgericht, Bundesverwaltungsgericht). Das US-amerikanische Rechtssystem kennt im Unterschied zur Schweiz im Wesentlichen nur zwei Prozessarten, nämlich den *Straf-* und den *Zivilprozess*, wobei letzterem wie früher in der Schweiz (z.B. Enteignungsrecht) auch öffentlich-rechtliche Streitigkeiten zugeordnet sind. Der amerikanische Richter wirkt somit als Universalrichter, was grossenteils auch auf den schweizerischen Richter zutrifft. Hinsichtlich der Sachverhaltsermittlung verhält sich der amerikanische Richter passiv und überlässt das Feld weitgehend den Parteien, während der schweizerische Richter eine aktivere Rolle einnimmt.¹¹ Bekennt sich der Angeklagte im *Strafprozess* als nicht schuldig, so ist der *Geschworenenprozess* in den USA vorherrschend, während er in der Schweiz zur Ausnahme geworden ist.¹² Sowohl der Supreme Court als auch das Bundesgericht sind als höchste *Verfassungsgerichte* tätig, wobei das Bundesgericht (im Gegensatz zum Supreme Court) Bundeserlasse und Kantonsverfassungen keiner abstrakten Normenkontrolle unterziehen darf. Zudem sind Bundesgesetze und Völkerrecht für das Bundesgericht massgebend (Art. 190 BV¹³).

Dieser äusserst geraffte und unvollständige Kurzüberblick zeigt neben vielen Verschiedenheiten ein grosses Mass an *Gemeinsamkeiten* der beiden Länder im Bereich des Staatsaufbaus und namentlich der *Organisation der Justiz* auf. Es verwundert nicht, dass sich beiderorts viele Probleme auch in materieller Hinsicht in ähnlicher Weise stellen (Gewaltenteilung, Zuständigkeitsfragen, Gerichtszüge, Vorrang des Bundesrechts, Lückenfüllung in der Verfassungsrechtsprechung usw.) So bestimmt die Bundesverfassung in beiden Ländern die Bundesgesetzgebungskompetenz, behält den verbleibenden Teil den Einzelstaaten vor und statuiert den Vorrang¹⁴ des Bundesrechts.¹⁵ All das macht die *Rechtsverglei-*chung in besonderem Masse interessant.

b) Vorrang des Völkerrechts

Seit vielen Jahren misst das Bundesgericht den Grundrechten der EMRK Verfassungsrang¹⁶ zu. Neu wird das Völkerrecht bei den Beschwerdegründen in Art. 95 lit. b BGG als eigenständige Rechtsquelle ausdrücklich aufgeführt.

Völkerrechtliche Vorschriften mit «self-executing»-Charakter¹⁷ sind grundsätzlich unmittelbar anwendbar. Sie binden nicht nur den Gesetzgeber, sondern die Staatsorgane aller staatlichen Ebenen. Im Konfliktfall geht somit das Völkerrecht dem Landesrecht prinzipiell vor.¹⁸ Für EMRK-Grundrechte und Grundrechtsgarantien des Internationalen Pakts über die bürgerlichen und politischen Rechte¹⁹ gilt dies zudem auf Grund von Art. 35 Abs. 1 und 2 BV.²⁰ Die zwingenden Bestimmungen des Völkerrechts dürfen ferner selbst bei einer Total- oder Partialrevision der Bundesverfassung nicht verletzt werden.²¹ Bei der Lösung von Konflikten zwischen Völkerrecht und innerstaatlichem Recht hat das Bundesgericht allerdings Art. 190 BV zu beachten, wonach Bundesgesetze und Völkerrecht für das Bundesgericht und die anderen rechtsanwendenden Behörden massgebend sind. Zu dieser Vorschrift²² hat das Bundesgericht eine Rechtsprechung entwickelt, die dem grundsätzlichen Vorrang des Völkerrechts zunehmend mehr Gewicht einräumt.²³ Art. 190 BV enthält grundsätzlich «nur» ein *Anwendungsgebot* und *kein*

¹⁶ BGE 101 Ia 67; 102 Ia 379, 381 E. 2; 104 Ia 88, 91 f. E. 4; 105 Ia 127, 130 E. 3a; 122 III 401, 406 E. 2. WALTER Kälin, Das Verfahren der staatsrechtlichen Beschwerde, 2. A., Bern 1994, 48 mit Hinweisen. Gleiches gilt für die von der Schweiz ratifizierten Zusatzprotokolle, KÄLIN, 48 Anm. 64.

¹⁷ BGE 126 I 240; zum in der Schweiz geltenden Prinzip des Monismus vgl. BGE 125 II 417, 420 E. 4a mit Hinweisen; NICOLAS MICHEL, L'imprégnation du droit étatique par l'ordre juridique international, in: DANIEL THÜRER/JEAN-FRANÇOIS AUBERT/JÖRG PAUL MÜLLER (Hrsg.), Verfassungsrecht der Schweiz, Zürich 2001, § 4 N 12 und 15 f.; YVO HANGARTNER, in: BERNHARD EHRENZELLER/PHILIPPE MASTRONARDI/RAINER J. SCHWEIZER/KLAUS A. VALLENDER (Hrsg.), Die Schweizerische Bundesverfassung, Zürich 2002, Art. 5 N 40 ff.; JEAN-FRANÇOIS AUBERT/PASCAL MAHON, Petit commentaire de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999, Neuchâtel 2003, Art. 5 N 17 ff.; vgl. auch Art. 140 Abs. 1 lit. b, 141 Abs. 1 lit. d Ziff. 2 und Art. 191 BV (bzw. Art. 190 BV, BBl 2000 2990, AS 2002 3147 ff.).

¹⁸ Vgl. in diesem Zusammenhang Art. 5 Abs. 4 BV.

¹⁹ UNO-Pakt II, SR 0.103.2.

²⁰ Vgl. BGE 125 II 417, 425 E. 4d; BBl 2001 4320.

²¹ Vgl. Art. 5 Abs. 4, 193 Abs. 4 und 194 Abs. 2 BV sowie BBl 1996 I 1355.

²² Früher mit etwas anderer Formulierung in Art. 113 Abs. 3 aBV enthalten.

²³ BGE 111 V 201; 117 IV 124, 128 E. 4b; 118 Ib 277, 281 E. 3b; 122 II 234, 239 E. 4e; 125 II 417, 424 f. E. 4d; ANDREAS AUER/GIORGIO MALINVERNI/MICHEL HOTTELLIER, Droit constitutionnel suisse, Bern 2006, 2. A., Bd. II, N 1279-1281; AUBERT/MAHON (FN 17) Art. 5 N 20.

¹⁰ Vgl. zum Ganzen HAY, Rz. 106 ff. und 117 ff.

¹¹ HAY (FN 2) Rz. 97 ff.

¹² HAY (FN 2) Rz. 723 ff.

¹³ Fassung vom 12. März 2000 (Justizreform).

¹⁴ Supremacy Clause von Art. 6 Constitution; Art. 49 BV.

¹⁵ HAY (FN 2) Rz. 18; Art. 3 BV.

*Prüfungsverbot.*²⁴ Das Bundesgericht kann demzufolge die Übereinstimmung von inländischem Recht mit Völkerrecht in allen Fällen überprüfen und ist bestrebt, allfällige Konflikte durch eine völkerrechtskonforme Auslegung des Landesrechts zu vermeiden. In Bezug auf die Grundrechte der EMRK²⁵ entfällt bisweilen indessen selbst das Anwendungsgebot. Das zeigt besonders die Regelung der Revision in Art. 122 BGG.²⁶ Sind die Revisionsvoraussetzungen erfüllt, so *must* die EMRK-Regelung trotz einer allfälligen entgegenstehenden bundesrechtlichen Vorschrift angewendet werden, was den *Vorrangcharakter* jedenfalls der *EMRK-Grundrechtsgarantien* deutlich macht.²⁷

In den USA treten Staatsverträge nach der Zustimmung einer Zwei-Drittel-Mehrheit des Senats mit der Ratifizierung des Präsidenten in Kraft. Sie sind, soweit sie direkt anwendbare («self executing») Normen enthalten, wie in der Schweiz innerstaatlich direkt anwendbar. Eine Transformation durch einen Ausführungserlass ist nicht erforderlich.²⁸

c) Fairnessprinzip

aa) Amerikanisches und kontinentaleuropäisches Verständnis

In den USA spielte der Grundsatz der *Gerichtsöffentlichkeit* seit jeher eine äusserst wichtige Rolle. Für das Strafverfahren kommt ihm Verfassungsrang zu. Im 1791 angefügten 6. Zusatzartikel (6th Amendment) wird dem Angeklagten in allen Strafverfahren das Recht auf ein rasches und öffentliches Verfahren vor einem unabhängigen Gericht garantiert. Ähnliches gilt für das Verwaltungsverfahren.²⁹ In England, welches die amerikanischen Kolonien beeinflusste, waren Gerichtsverfahren seit «unvordenklicher Zeiten» öffentlich. Das trifft jedenfalls auf die common law courts zu.³⁰

Im amerikanischen Recht ist dieser Grundsatz Ausdruck des *Fairnessprinzips*. Während in Deutschland beim Kampf um Gerichtsöffentlichkeit vor allem die Sicherstellung der *Wahrheitsfindung* und die Unabhängigkeit der Justiz im Vordergrund standen, gehört die Gewaltenteilung in den USA seit 1788 zu den Grundprinzipien der Verfassung. Im amerikanischen Prozessrecht ist das Verfahrensziel der Wahrheitsfindung dem *fairen Verfahren* nachgeordnet.³¹ Während in der Schweiz der Grundsatz der materiellen Wahrheitsfindung nicht nur vom Gericht, sondern auch von den Untersuchungs- und Anklagebehörden zu befolgen ist, sammelt die Anklagebehörde im angloamerikanischen Strafprozess ausschliesslich belastendes Beweismaterial.³²

Diese *unterschiedlichen historischen Wurzeln* sowie das *unterschiedliche Verständnis* der Justiz in Amerika und in Kontinentaleuropa in Bezug auf das *Öffentlichkeitsprinzip*³³ und den Anspruch auf *Schutz persönlicher Daten* wirken noch heute nach. Sie kommen prominent zum Ausdruck in Urteilen des EGMR und von weiteren internationalen Gerichten sowie nationalen kontinentaleuropäischen Gerichten. Dies hat auch Auswirkungen auf die schweizerische Rechtsprechung. Das trifft namentlich zu für die Urteile des *EGMR*.

Ein Beispiel in Bezug auf unterschiedliche Auffassungen der Höchstgerichte hinsichtlich Transparenz und Öffentlichkeitsgrundsatz betrifft die Bekanntgabe von Namen der *Opfer von Sittlichkeitsdelikten*. Diese werden vom Schweizerischen Bundesgericht in der Regel sehr weitgehend anonymisiert. Nach Auffassung des amerikanischen Supreme Courts darf die wahrheitsgemässe Veröffentlichung des Namens eines Vergewaltigungsopfers, der aus öffentlich einsehbaren Gerichtsakten entnommen wurde, die im Zusammenhang mit einer Strafverfolgung angelegt worden waren, nicht mit Strafe belegt werden.³⁴ In der modernen Gesellschaft müsse sich der Bürger darauf verlassen können, dass ihn die Presse vollständig über öffentliche Angelegenheiten informiere und so die öffentliche Kontrolle der Rechtsprechung ermögliche.³⁵ In den USA werden aus generalpräventiven Gründen Listen mit Täternamen in für jedermann leicht zugänglichen Datenbanken gespeichert und zum Teil sogar veröffentlicht. In erster Linie betrifft dies Sexualstraftäter, deren Namen mit der Postleitzahl ihres Wohnorts, teilweise ergänzt durch ein Foto, gespeichert werden.³⁶

²⁴ BGE 129 II 249, 263 E. 5.4; 125 II 417. ULRICH HÄFELIN/WALTER HALLER, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 5. A., Zürich 2005 N 1180–1182; WALTER HALLER, Kommentar zur Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft, Bern 1995, Art. 113 aBV N 205 ff.

²⁵ Gleiches gilt für die Grundrechte des UNO-Pakt II (FN 19); vgl. BGE 125 II 425 und Botschaft vom 28. Februar 2001 zur Totalrevision der Bundesrechtspflege, BBl 2001 4320.

²⁶ Vgl. auch Art. 139a OG.

²⁷ Vgl. auch HELEN KELLER, Rezeption des Völkerrechts, Eine rechtsvergleichende Studie zur Praxis des U.S. Supreme Court, des Gerichtshofes der Europäischen Gemeinschaften und des Schweizerischen Bundesgerichts in ausgewählten Bereichen, Berlin 2003.

²⁸ HAY (FN 2) Rz. 18, Fn. 18.

²⁹ Vgl. Freedom of Information Act, 5 U.S.C. § 552; Government in the Sunshine Act, 5 U.S.C. § 552.

³⁰ JOACHIM SCHERER, Justiz und Massenmedien, Kontrollierende oder kontrollierte Medienöffentlichkeit, Max-Planck-Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht, 1979, www.zaoerv.de, 42.

³¹ SCHERER (FN 30), 45.

³² FORSTER (FN 6), 320 für das Verfahren vor dem Jugoslawientribunal (ICTY).

³³ Vgl. hinten, Ziff. 2 bb.

³⁴ SCHERER (FN 30), 74.

³⁵ SCHERER (FN 30), 74.

³⁶ HAY (FN 2) Rz. 697; in Kalifornien sind Namen, Adressen und Fotos von rund 63 000 Sexualstraftätern in einer Datenbank registriert (www.meganslaw.ca.gov), die über das Internet öffentlich zugänglich ist (Jacob Wetterling Registration Act, Megan's Law und Jessica's Law). Eine Resozialisierung der erfassten Täter wird dadurch praktisch verunmöglicht (vgl. NZZ vom 2. Mai 2007, 1 und 11).

Als weiteres Beispiel seien die Urteile betreffend *Caroline von Hannover* erwähnt, welche das deutsche Bundesverfassungsgericht³⁷ und hernach der EGMR³⁸ erlassen haben. Es ging um *Bilder*, welche «Paparazzi» im Zusammenhang mit dem *privaten Familienleben* der ältesten Tochter des Fürsten von Monaco veröffentlicht hatten. Caroline von Hannover hat sich gegen diese Veröffentlichungen gewehrt und bekam vom *Bundesverfassungsgericht teilweise Recht*, soweit es um Bilder ging, auf welchen die Beschwerdeführerin mit ihren Kindern zu sehen war. In Bezug auf die Mehrzahl der Bilder wies das Gericht die Beschwerde indessen ab mit der Begründung, Caroline von Hannover sei eine Person des öffentlichen Lebens. Eine Beschränkung der einwilligungsfreien Veröffentlichung auf Bilder, die Personen von zeitgeschichtlicher Bedeutung bei der Ausübung der Funktion zeigten, die sie in der Gesellschaft wahrnahmen, verlange das allgemeine Persönlichkeitsrecht nicht.³⁹ Mit dieser Beurteilung liegt das Bundesverfassungsgericht näher bei der Praxis des US-Supreme Court als bei derjenigen des EGMR. Dieser mass dem Persönlichkeitsschutz der Beschwerdeführerin mehr Gewicht zu als dem Öffentlichkeitsprinzip und erblickte in der Beurteilung des Falles durch das deutsche Gericht eine Verletzung von Art. 8 EMRK. Nach seiner Auffassung besteht *kein legitimes Interesse der Öffentlichkeit, über den Aufenthaltsort der Beschwerdeführerin und deren Verhalten im Privatleben informiert zu sein*.

Im angloamerikanischen Recht besteht ein Mittel, um aussergerichtliche Kommentare zu *hängigen Gerichtsfällen* zu verhindern, welche die Unabhängigkeit und Unbefangtheit des *Richters* beeinträchtigen könnten. Es besteht in der Bestrafung wegen Missachtung der Autorität des Gerichts («*contempt of court*»). Diese *Kontrollmöglichkeit der Massenmedien* durch die Justiz hat im Laufe der Zeit unter dem Einfluss der Rechtsprechung des Supreme Court stark an Bedeutung verloren, indem der Transparenz des Verfahrens für die kontrollierende Medienöffentlichkeit immer grösseres Gewicht beigemessen wurde.⁴⁰ Die angelsächsisch geprägte Verfahrensordnung des Jugoslawientribunals (ICTY) sieht dagegen für die Verletzung von Geheimhaltungsvorschriften, Zeugenbeeinflussung und andere Vergehen gegen die Autorität des Gerichtes Geldstrafe bis zu 200 000 holländischen Gulden oder Freiheitsstrafe bis zu sieben Jahren vor.⁴¹

bb) Das Öffentlichkeitsprinzip in der Schweiz

Die schweizerische Justiz ist unter Berücksichtigung der genannten Entwicklungen im amerikanischen Recht zu einem

eher *pragmatischen Lösungsansatz* gelangt: Zwischen den *gegenläufigen Interessen* von allgemeinem *Publikum* und den *Medien* einerseits und den *Prozessbeteiligten* andererseits wird im Rahmen einer *Interessenabwägung* ein Ausgleich gesucht. Dabei stösst das Öffentlichkeitsprinzip jedenfalls dort an Grenzen, wo Verfahrensbeteiligten und Dritten durch unzulässige und unverhältnismässige Beeinträchtigung der *Privatsphäre* Schaden zugefügt wird (Art. 13 BV, 8 und 10 EMRK und Art. 28 ff. ZGB) und wo die verfahrensrechtliche und in der Folge auch die materiellrechtliche Situation ungerechtfertigt beeinträchtigt wird. Führen etwa im Strafprozess *Medienberichte* zu unzulässigen Vorverurteilungen (Unschuldsumutung, Art. 32 Abs. 1 BV und Art. 6 Ziff. 2 EMRK), so ist dies mitunter bei der *Strafzumessung* strafmindernd zu berücksichtigen. Die Gerichte dürfen es jedoch nicht dabei bewenden lassen, sondern müssen Gefährdungen der Garantie der Unschuldsumutung aktiv bekämpfen. In diesem Sinne können sie den Medien gegenüber geeignete Massnahmen ergreifen (Ermahnungen zur Respektierung der Unschuldsumutung, Anonymisierung von Personen und Sachverhaltsdarstellungen, Sperrfrist für die Berichterstattung, ausnahmsweiser teilweiser Ausschluss von der Verhandlung usw.). Sie dürfen das Öffentlichkeitsprinzip von Art. 30 Abs. 3 BV dadurch jedoch nicht unterlaufen.⁴² Nach diesem Justizverfassungsgrundsatz sind Gerichtsverhandlung und Urteilsverkündung öffentlich, wobei das Gesetz Ausnahmen vorsehen kann.

In der Schweiz ist am 1. Juli 2006 das *Öffentlichkeitsgesetz* in Kraft getreten.⁴³ Es soll die Transparenz über Auftrag, Organisation und Tätigkeit der Verwaltung fördern und zu diesem Zweck den Zugang zu amtlichen Dokumenten gewährleisten (Art. 1 BGÖ). Es ist unter anderem auch vom *amerikanischen Recht beeinflusst*. So wird in der Botschaft zum BGÖ auf die Einführung des Öffentlichkeitsprinzips auf Bundesebene durch den Freedom of Information Act (FOIA) ausdrücklich Bezug genommen und darauf hingewiesen, dass auch fast alle Gliedstaaten der USA dieses Prinzip ein-

³⁷ Urteil vom 15. Dezember 1999, BVerfGE 101, 361 ff. = EuGRZ 2000, 71 ff.

³⁸ EGMR, Beschwerde-Nr. 59320/00, 24. Juni 2004 (EGMR NJW 2004, 2647 ff.).

³⁹ BVerfGE 101, 361 (392f.) = EuGRZ 2000, 71 (80).

⁴⁰ SCHERER (FN 30), 46 ff. und 57 ff.

⁴¹ FORSTER (FN 6), 327.

⁴² Zum Ganzen BGE 128 IV 97 E. 3b S. 104; 113 Ia 309; Urteil des Obergerichts des Kantons Schaffhausen vom 24.10.2003, ZBl 2005, 210 ff.; HEINZ AEMISEGGER in: PIERRE TSCHANNEN (Hrsg.), Neue Bundesrechtspflege, Berner Tage für die juristische Praxis, BTJP 2006, Bern 2007, 378 f.; URS SAXER, Vom Öffentlichkeitsprinzip zur Justizkommunikation – Rechtsstaatliche Determinanten einer verstärkten Öffentlichkeitsarbeit der Gerichte, ZSR 2006 I, 459 ff., 468 f., 473 ff.; FRANZ ZELLER, Medien und Hauptverhandlung, Menschenrechtliche Leitplanken, in: Justice-Justiz-Giustizia 2006, Rz. 20, 43 ff., 50, 53 ff., 68 ff.; AUER/MALINVERNI/HOTTELLIER (FN 23) Rz. 1290; HANS PETER WALTER, Gedanken zum Richteramt, ZBJV 1991, 611 ff., 630 f.; GEORG MÜLLER, Justiz, Politik und Medien, in: Mensch und Staat, Festschrift für Thomas Fleiner, Freiburg 2003, 545 ff., 555.

⁴³ Bundesgesetz vom 17. Dezember 2004 über das Öffentlichkeitsprinzip der Verwaltung, BGÖ, SR 152.3.

geführt hätten.⁴⁴ Das BGÖ gilt für die Bundesverwaltung und Private. Die Kantone erlassen für ihren Bereich eigene Regelungen. Nach Art. 3 BGÖ gilt dieses Gesetz nicht für den Zugang zu amtlichen Dokumenten der Justiz mit Ausnahme der Justizverwaltung.⁴⁵ Für den Bereich der *Rechtsprechung* hat der Bundesgesetzgeber gestützt auf Art. 30 Abs. 3 BV spezielle Regelungen aufgestellt. Zu erwähnen sind etwa die Art. 27, 28 und 59 BGG⁴⁶ sowie verschiedene Vorschriften des SGG⁴⁷, des VGG⁴⁸ und des BGA.^{49, 50} Auch in den Entwürfen zur Schweizerischen Straf-⁵¹ und Zivilprozessordnung⁵² sind wichtige Vorschriften zum Öffentlichkeitsprinzip vorgesehen.⁵³ All diese Bestimmungen sind ein Stück weit auch von amerikanischen Vorbildern beeinflusst.

Zu erwähnen sind in diesem Zusammenhang auch die Kommunikations- und Meinungsfreiheit (Art. 16 Abs. 1 und 2 BV), die Informationsfreiheit (Art. 16 Abs. 3 BV), die Medienfreiheit (Art. 17 BV), die Wissenschaftsfreiheit (Art. 20 BV) sowie die Kunstfreiheit (Art. 21 BV). In Bezug auf das internationale Recht ist auf die Art. 6 Ziff. 1 EMRK und Art. 14 UNO-Pakt II (FN 19) hinzuweisen.⁵⁴

aaa) Öffentliche Gerichtsverhandlungen

Gerichtsverhandlungen sind nach Art. 30 Abs. 3 BV öffentlich abzuhalten. Dieser Verfassungsgrundsatz ist von den parallelen Garantien der EMRK (Art. 6 Ziff. 1) und des Uno-Pakts II (Art. 14 Ziff. 1) beeinflusst und erweist sich teilweise als Nachvollzug dieser völkerrechtlichen Bestimmungen, welche ihrerseits stark vom angloamerikanischen Fairnessprinzip geprägt sind. Träger des Anspruchs auf öffentliche Gerichtsverhandlung sind neben den Verfahrensbeteiligten auch die Medien sowie das öffentliche Publikum schlechthin.⁵⁵ Sie tragen dazu bei, die Kontrolle der Justiz im demokratischen Rechtsstaat sicherzustellen.

bbb) Öffentlich zugängliche Gerichtsurteile

Sowohl im amerikanischen als auch im schweizerischen Recht spielen gesetztes Recht und Gerichtsurteile (Präjudizien) eine wichtige Rolle. Beide Länder kennen diesbezüglich ein «gemischtes System», wobei in den USA das Schwergewicht beim Fallrecht verbleibt.⁵⁶ Fundamentalere Grundsatz des Fallrechtssystems ist die Bindung der unteren an die Präjudizien der übergeordneten Gerichte. In der Schweiz ist die über den konkreten Einzelfall hinaus wirkende Bindung der unterinstanzlichen Gerichte durch oberinstanzliche Entscheide eine faktisch-informelle, indirekte: Unterinstanzliche Urteile werden von den übergeordneten Gerichten in der Regel korrigiert, soweit sie von den Präjudizien übergeordneter Instanzen abweichen. Wegen der grossen *Bedeutung der Präjudizien* kommt dem Öffentlichkeitsprinzip der Justiz in beiden Ländern eine wichtige Funktion zu.⁵⁷ Deshalb werden die meisten Urteile der amerikanischen Bundesgerichte, der einzelstaatlichen Supreme Courts sowie viele Erkenntnisse der einzelstaatlichen Berufungsgerichte in verschiedenen Entscheidungssammlungen veröffentlicht.⁵⁸ Wegen der grossen Masse werden jedoch rund 80 % der einzelstaatlichen Bundesgerichtsurteile zweiter Instanz nicht veröffentlicht, wobei neuerdings auch solche unveröffentlichte Urteile Präjudizwirkung haben.⁵⁹ *Das Bundesgericht veröffentlicht seit dem 1. Januar 2007 sämtliche verfahrensabschliessenden Entscheide im Internet.* Die Leitentscheide werden in der amtlichen Sammlung der «Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichts» publiziert, was ihre Qualität als Grundsatzpräjudizien markiert.⁶⁰ Dieses Vorgehen basiert namentlich auf Art. 30 Abs. 3 BV, Art. 6 Ziff. 1 EMRK, Art. 27 Abs. 1 und Art. 59 Abs. 3 BGG sowie Art. 59 BGerR.⁶¹ Das Fallrechtssystem des anglo-amerikanischen Rechts hat bei der Schaffung dieser Regelungen auf europäischer und schweizerischer Ebene einen grossen Einfluss ausgeübt. Wie in Amerika diskutiert man nun auch in der Schweiz über die präjudizielle Bedeutung der «nur» im Internet, nicht aber in der amtlichen Sammlung publizierten Bundesgerichtsentscheide.

⁴⁴ Botschaft zum BGÖ, BBl 2003 1963 ff. 1970.

⁴⁵ AEMISEGGER (FN 42), 410.

⁴⁶ Bundesgesetz vom 17. Juni 2005 über das Bundesgericht (Bundesgerichtsgesetz, BGG) AS 2006 1205; SR 173.110.

⁴⁷ Bundesgesetz vom 4. Oktober 2002 über das Bundesstrafgericht (Strafgerichtsgesetz, SGG), SR 173.71; vgl. Art. 25 SGG und 30 SGG i.V.m. Art. 24 und 178 BStP.

⁴⁸ Bundesgesetz vom 17. Juni 2005 über das Bundesverwaltungsgericht, Verwaltungsgerichtsgesetz, SR 173.32; vgl. die Art. 40 ff. VGG.

⁴⁹ Bundesgesetz vom 26. Juni 1998 über die Archivierung (Archivierungsgesetz, BGA), SR 152.1.

⁵⁰ AEMISEGGER (FN 42), 411 ff.

⁵¹ Schweizerische Strafprozessordnung, StPO, BBl 2007 6977 ff.; z.B. Art. 69, 335 ff., 412 f. StPO; Botschaft zur Vereinheitlichung des Strafprozessrechts, BBl 2006 1085 ff.

⁵² Botschaft zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO) BBl 2006 7221 ff.; vgl. Art. 52 E-ZPO.

⁵³ AEMISEGGER (FN 42), 414 ff.

⁵⁴ AEMISEGGER (FN 42), 379.

⁵⁵ BGE 124 IV 234 E. 3b; 121 I 30 E. 5d; 117 Ia 387; REINHOLD HOTZ, in: EHRENZELLER/MASTRONARDI/SCHWEIZER/VALLEN-

DER (FN 17), Art. 30 BV Rz. 21 ff.; AUER/MALINVERNI/HOTTE-
LIER (FN 23), Rz. 1288.

⁵⁶ HAY (FN 2), Rz. 17 ff.

⁵⁷ Für die Schweiz vgl. AEMISEGGER (FN 42), 378 f.

⁵⁸ HAY (FN 2), Rz. 26.

⁵⁹ HAY (FN 2), Rz. 20 FN 22.

⁶⁰ Gemäss Art. 59 BGerR (FN 9) werden «alle Entscheide der Amtlichen Sammlung» sowie «alle End- und Teilentscheide sowie die vom Abteilungspräsidenten bezeichneten Vor- und Zwischenentscheide» veröffentlicht, wobei das Abteilungspräsidium die geeigneten Massnahmen (in der Regel Anonymisierung) zum Persönlichkeitsschutz der Parteien trifft.

⁶¹ Vgl. zum Ganzen AEMISEGGER (FN 42), 402 ff.

cc) Fairness im Verfahren

Im Gegensatz zur angloamerikanischen Praxis, wo die *Mündlichkeit* das Verfahren beherrscht, ist in der Schweiz das schriftliche Verfahren, namentlich im öffentlichen Recht, die Regel und zwar auch dann, wenn *civil-rights* zu beurteilen sind. Sehr häufig wird auch etwa das *Haftprüfungsverfahren* schriftlich abgewickelt. Das führte und führt nicht selten zu Problemen hinsichtlich der Erfordernisse des fairen Verfahrens (Art. 5 Ziff. 4 und 6 Ziff. 1 EMRK, Art. 29 ff. BV).

aaa) Richtererfordernis

Mit Urteil vom 29. April 1988 hat der EGMR in einem gegen die Schweiz gerichteten Verfahren eine von einer Verwaltungsbehörde aufgrund eines Gemeindeglements ausgesprochene Busse von Fr. 200.– wegen Teilnahme an einer unbewilligten Demonstration als strafrechtliche Anklage im Sinne von Art. 6 EMRK gewertet.⁶² Das Bundesgericht hatte dagegen befunden, die letztinstanzliche Kontrollmöglichkeit von Entscheiden eines Gemeindeverwaltungsorgans durch ein Gericht mit beschränkter Kognition (Cour de cassation pénale du Tribunal cantonal vaudois) genüge den Anforderungen des (in Übereinstimmung mit einer ausdrücklichen Schweizer Erklärung ausgelegten) Art. 6 Ziff. 1 EMRK.⁶³ Mit diesem Strassburger Urteil i.S. *Belilos* wurde die erwähnte auslegende Erklärung der Schweiz zu Art. 6 Ziff. 1 EMRK⁶⁴ unwirksam. Dieses Vorgehen des EGMR erregte in der Schweiz grosses Aufsehen und führte im Parlament zu einem Postulat von Ständerat Daniöth vom 6. Juni 1988, welches sich beinahe zu einer eigentlichen «EMRK-Krise» entwickelt hätte. Daniöth forderte den Bundesrat auf, geeignete Massnahmen zu ergreifen, um die Souveränität der Schweiz und der Kantone gegenüber den europäischen Instanzen wiederherzustellen und gegebenenfalls die vorsorgliche Kündigung der Konvention in die Wege zu leiten. In der Debatte wurde vor «fremden Richtern» gewarnt und es kam die grosse Empfindsamkeit der Schweiz gegenüber den Urteilen aus Strassburg zum Ausdruck. Der Vorstoss wurde äusserst knapp mit 15 gegen 16 Stimmen mit dem Stichentscheid des Präsidenten abgelehnt.⁶⁵ Inzwischen sind die Auslegenden

Erklärungen und Vorbehalte der Schweiz zur EMRK alle formell aufgehoben worden.⁶⁶

bbb) Unvoreingenommenheit des Richters (Doppelfunktion)

Unter dem Einfluss des EGMR und damit auch des angloamerikanischen Rechtsdenkens hat das Bundesgericht verschiedentlich in Fällen, in denen ein kantonaler Richter entweder mit der Sache in unterschiedlichen Verfahren oder in vom anwendbaren Verfahrensrecht klar getrennten Verfahrensschnitten befasst war, eingegriffen und die Doppelfunktion für verfassungswidrig (Art. 30 Abs. 1, Art. 31 Abs. 3 und 4 BV) und konventionswidrig (Art. 5 Ziff. 3 und 4, Art. 6 Ziff. 1 EMRK) erklärt. So wurde etwa die Personalunion von Untersuchungs- und Sachrichter, von Anklagekammer- und Sachrichter sowie von Haftrichter und Anklagevertreter unterbunden. Das zwang zahlreiche Kantone dazu, ihr Prozessrecht zu ändern, was sie bisweilen als starke Einschränkung ihrer Autonomie empfanden und entsprechend kritisierten.⁶⁷

ccc) Haftprüfungsverfahren

Nach früherer Praxis wurde dem inhaftierten Beschuldigten im Haftprüfungsverfahren in ungenügender Weise Einsicht in Strafuntersuchungsakten gewährt, was aus heutiger Sicht als *unfair* erscheint und einer Verweigerung des *rechtlichen Gehörs* gleichkommt. Regelmässig wurden Vernehmlassungen von Untersuchungsrichtern dem Verhafteten nicht zur vorgängigen Stellungnahme unterbreitet. Häufig gaben die Untersuchungsrichter neben der offiziellen Vernehmlassung noch «geheime» Unterlagen an den Haftrichter weiter, auch wenn dies zur Sicherstellung des Untersuchungszwecks nicht absolut notwendig war. Heute wird dagegen auf die Durchführung eines *kontradiktorischen Verfahrens* bei der Haftprüfung grosses Gewicht gelegt. Der Inhaftierte hat bei der haftrichterlichen Überprüfung der Rechtmässigkeit der Verhaftung Anspruch auf eine mündliche Anhörung (Art. 31 Abs. 3 BV). Spätere Haftentlassungsgesuche werden in der Regel im schriftlichen Verfahren durchgeführt (Art. 31 Abs. 4 BV). Die Stellungnahmen der Untersuchungsbehörden sind dem Beschwerdeführer vor dem Haftprüfungsentscheid zur Vernehmlassung zu unterbreiten. Diese heutige Praxis ist in hohem Masse auf Art. 5 Ziff. 3 und 4 EMRK und die dazu entwickelte Rechtsprechung des EGMR und damit auf angloamerikanischen Einfluss zurückzuführen.⁶⁸

⁶² Urteil des EGMR vom 29. April 1988 Série A, vol. 132, i. S. *Schweiz c. Marlène Belilos*.

⁶³ BGE 108 Ia 313.

⁶⁴ AS 1974 2148; Botschaft des Bundesrates über die Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten vom 4. März 1974, BBl 1974 I 931.

⁶⁵ CLAUDIA WEISS, Die Schweiz und die Europäische Menschenrechtskonvention, Die Haltung des Parlaments 1969–1995, Basler Schriften zur europäischen Integration, Nr. 20, Europa-Institut der Universität Basel 1996, 30 ff.; JON A. FANZUN, Schweizerische Menschenrechtspolitik seit dem Zweiten Weltkrieg: Vom Sonder- zum Normalfall, Beiträge der ETH, Zentrum für Internationale Studien, Nr. 35, April 2002, 20 ff.; DERSELBE, Schweizerische Menschenrechtspolitik seit dem zweiten Weltkrieg – ein Überblick, Jusletter vom 7. Februar 2004, 11.

⁶⁶ Bundesbeschluss vom 8. März 2000 über den Rückzug der Vorbehalte und Auslegenden Erklärungen der Schweiz zu Art. 6 Ziff. 1 EMRK, AS 2002 1142.

⁶⁷ Vgl. BGE 131 I 113 E. 3.5, 117 ff. und 131 I 36 ff., wo die Rechtsprechung des Bundesgerichts und des EGMR zu diesen Fragen aufgearbeitet worden ist.

⁶⁸ Vgl. dazu NIKLAUS SCHMID, Strafprozessrecht, 4. A., Zürich 2004, Rz. 713; ROBERT HAUSER/ERHARD SCHWERI/KARL HARTMANN, Schweizerisches Strafprozessrecht, 6. A., Basel

ddd) Anspruch auf öffentliche Verhandlung

In Verfahren betreffend *civil-rights*, in welchen das Bundesgericht als einziger Richter tätig war, führte es bisweilen eine *öffentliche Verhandlung* durch, um den in Art. 6 Ziff. 1 EMRK verankerten Grundsätzen zu genügen. Gleich verfuhr es ab und zu, um Versäumnisse unterinstanzlicher Gerichte nachzuholen.⁶⁹

Zu den Zivilansprüchen gehören nach der Rechtsprechung des EGMR auch Ansprüche mit *öffentlich-rechtlichem Charakter* wie etwa nachbarrechtliche Abwehransprüche im Bau-, Planungs- und Umweltrecht.⁷⁰ Werden diese im schriftlichen Verfahren beurteilt, so ergeben sich immer wieder Probleme hinsichtlich der Einhaltung des fairen Verfahrens, welche bei einem mündlichen Verfahren, wie es im anglo-amerikanischen Rechtskreis vorherrscht, nicht bestehen.

eee) Replikrecht

Bis vor kurzem verneinte das Bundesgericht ein generelles *Replikrecht* (ausserhalb von Haftprüfungsverfahren) und beschränkte dieses auf Fälle, in denen *neue* und *erhebliche Gesichtspunkte* geltend gemacht wurden, zu denen die Beteiligten sich noch nicht hatten äussern können.⁷¹ Ungebetene Stellungnahmen wurden grundsätzlich aus dem Recht gewiesen. Nach der Rechtsprechung des EGMR umfasst das Recht auf ein faires Verfahren gemäss Art. 6 Ziff. 1 EMRK jedoch das Recht der Parteien, von jedem Aktenstück und jeder dem Gericht eingereichten Stellungnahme Kenntnis zu nehmen und sich dazu äussern zu können, sofern sie dies für erforderlich halten.⁷² Danach ist es unerheblich, ob eine Eingabe neue Tatsachen oder Argumente enthält und ob sie das Gericht tatsächlich zu beeinflussen vermag.⁷³ Wird dem Beschwerdeführer keine Möglichkeit eingeräumt, zu den Bemerkungen des Beschwerdegegners Stellung zu nehmen,

ist nach der Rechtsprechung des EGMR auch das Prinzip der Waffengleichheit verletzt, das Bestandteil des Rechts auf ein faires Gerichtsverfahren ist.⁷⁴ In BGE 133 I 100 weist das Bundesgericht darauf hin, bei der Totalrevision der Bundesverfassung seien die von der bundesgerichtlichen Rechtsprechung zu Art. 4 aBV konkretisierten Teilaspekte des Verbots der formellen Rechtsverweigerung in einem Verfassungsartikel, dem heutigen Art. 29 BV, zusammengefasst und darin auch die allgemeinen Verfahrensgarantien integriert worden, welche sich aus verschiedenen internationalen Übereinkommen ergäben. Dazu gehöre namentlich der in den Art. 6 EMRK und 14 UNO Pakt II (FN 19) verankerte Grundsatz des «fair trial» bzw. des «procès équitable» und die diesbezügliche Rechtsprechung.⁷⁵ Heute wendet das Bundesgericht die Grundsätze des «fair trial» gemäss Art. 6 Ziff. 1 EMRK und Art. 29 Abs. 1 BV als allgemeine Verfahrensgrundsätze und nicht nur in zivil- und strafrechtlichen Verfahren an. Es sei kein Grund ersichtlich, für die verbleibenden, nicht in den Schutzbereich von Art. 6 Ziff. 1 EMRK fallenden Gerichtsverfahren das rechtliche Gehör restriktiver zu fassen.⁷⁶

Zum fairen Verfahren gehört neben der *Garantie des rechtlichen Gehörs* auch das *Beschleunigungsgebot*. Zwischen diesen beiden Prinzipien besteht ein *Spannungsverhältnis*. Zur praktischen Umsetzung der Grundsätze des Replikrechts kann eine gerichtliche Behörde bei ihr eingehende Stellungnahmen den Verfahrensbeteiligten unter Anordnung eines zweiten Schriftenwechsels zukommen lassen, was vor Bundesgericht nur ausnahmsweise geschieht (Art. 102 Abs. 3 BGG). Solche Eingaben können ferner mit förmlicher Fristansetzung zur freigestellten Vernehmung weitergeleitet werden, was im Bereich des Haftrechts regelmässig erfolgt. Schliesslich können Eingaben den Parteien auch ohne ausdrücklichen Hinweis auf allfällige weitere Äusserungsmöglichkeiten zur (blosser) Kenntnisnahme übermittelt werden in der Meinung, diese könnten – soweit sie es für erforderlich halten – unaufgefordert nochmals Stellung nehmen. Geschieht dies nicht umgehend, wird Verzicht auf die Replik angenommen, wobei das Bundesgericht während einer angemessenen Zeit zuwartet, bevor es das Urteil fällt.⁷⁷ Dieses durch die Rechtsprechung des EGMR veranlasste Vorgehen hat gegenüber der bisherigen Praxis den Nachteil, dass das Verfahren sich mitunter stark in die Länge zieht. Um dies mildern zu helfen, sollten sich Vorinstanzen und Amtsstellen nur vernehmen lassen, wenn sie etwas Erhebliches mitzuteilen haben. Eine weitere Möglichkeit, das Verfahren beförderlich abzuschliessen, besteht darin, der im Prozess unterliegenden Partei das letzte Wort einzuräumen.

2005, 333 f. N 27; vgl. Urteil 1B_55/2007 vom 2.5.2007; Bericht zur Weisung des Obergerichts des Kantons Schaffhausen über die Rechtsstellung des Beschuldigten im Strafprozess vom 6. Dezember 1977. Bemerkenswert sind etwa die unterschiedlichen Formulierungen zum rechtlichen Gehör in BGE 101 Ia 17 f. und 114 Ia 84.

⁶⁹ AEMISEGGER (FN 42), 380 ff. und 385 ff.

⁷⁰ BGE 127 I 44 E. 2c S. 45 f.; 128 I 59 E. 2 a/bb S. 61; Haftrichter: Urteil 1B_55/2007 vom 2. Mai 2007.

⁷¹ BGE 111 Ia 2 E. 3 S. 3; 114 Ia 307 E. 4b S. 314; 119 V 317 E. 1 S. 323.

⁷² Urteil *Niederöst-Huber c. Schweiz* vom 18. Februar 1997, Rec. CourEDH 1997-I S. 101 ff. § 24, mit Hinweis auf die Urteile *Lobo Machado c. Portugal* und *Vermeulen c. Belgique* vom 20. Februar 1996, Rec. CourEDH 1996-I S. 206 § 31 und S. 234 § 33.

⁷³ BGE 133 I 100 E. 4 S. 101 ff.; 133 I 98 E. 2 S. 99; 132 I 42; Urteile des EGMR *Niederöst-Huber*, a.a.O., §§ 27 und 29; vgl. aus jüngster Zeit die Urteile *Ressegatti c. Schweiz* vom 13. Juli 2006 §§ 30–33 und *Spang c. Schweiz* vom 11. Oktober 2005 §§ 32 f., letzteres publ. in plädoyer 2005/6, 82.

⁷⁴ BGE 133 I 100 E. 4.3 S. 102 f.; 133 I 98; Urteil *Ressegatti* (FN 73), § 33.

⁷⁵ Botschaft des Bundesrats über eine neue Bundesverfassung vom 20. November 1996, BBl 1997 I 181 zu Art. 25 E-BV.

⁷⁶ BGE 100 I 100 E. 4.6 S. 104.

⁷⁷ BGE 100 I 98 E. 2.2 S. 99.

Die genannten Probleme treten praktisch nur auf, wenn die Sachverhaltsermittlung schriftlich erfolgt, was in der Schweiz namentlich im öffentlichen Recht und insbesondere im gerichtlichen Verfahren die Regel darstellt. Anders ist es, wenn der Sachverhalt – wie *im angloamerikanischen Recht* üblich – im Rahmen einer *mündlichen Verhandlung* erhoben wird. Vor diesem Hintergrund ist die angloamerikanisch geprägte Strassburger Rechtsprechung zum Replikrecht nachvollziehbar.

fff) Erschöpfung der innerstaatlichen Rechtsbehelfe als Zulässigkeitsvoraussetzung der Beschwerde an den EGMR

Gemäss Art. 35 Abs. 1 EMRK tritt der EGMR auf eine Individualbeschwerde erst nach Erschöpfung aller innerstaatlicher Rechtsbehelfe ein. Die relevanten EMRK-Rügen müssen im innerstaatlichen Verfahren in Beachtung des nationalen Prozessrechts vorgetragen worden sein. Tritt das Bundesgericht auf eine Beschwerde etwa wegen Nichtbeachtung der Rechtsmittelfrist (Art. 100 i.V.m Art. 44 ff. BGG) oder der Begründungspflicht (Art. 42 Abs. 2 BGG) nicht ein, so gilt der innerstaatliche Rechtsweg nicht als erschöpft. Bisweilen fügt das Bundesgericht in der Begründung seines *Nichteintretensentscheides* im Sinne eines *obiter dictum* ein materielles Begründungselement an, um sein Urteil für die Parteien plausibler zu machen. Dies nimmt der EGMR mitunter zum Anlass, sich insoweit (trotz des nationalen Nichteintretensentscheides) bezogen auf das *obiter dictum* materiell mit der Sache zu befassen.⁷⁸ Das ist für den nationalen Richter

⁷⁸ Vgl. MARK E. VILLIGER, Handbuch der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK), 2. A., Zürich 1999, 89, N 134 f. und N 138 mit Hinweisen. Vgl. auch das Urteil des EGMR Nr. 17073/04 vom 15. März 2007 betreffend das Urteil des Bundesgerichts 1P.688/2003 vom 5. Dezember 2003. In diesem Verfahren waren die Haftgründe unbestrittenermassen gegeben. Die Beschwerdeführerin machte einzig geltend, die Haftanordnung sei verspätet erfolgt, weshalb sie freigelassen werden müsse. Der Haftrichter hat vor Bundesgericht eingeräumt, die richterliche Haftprüfung sei zwar eindeutig zu spät erfolgt. Dies führe jedoch nicht zur sofortigen Haftentlassung, da die gesetzlichen Haftgründe gegeben seien. Die Beschwerdeführerin setzte sich in der staatsrechtlichen Beschwerde damit nicht auseinander, sondern behauptete lediglich, die Missachtung der Frist müsse zur sofortigen Haftentlassung führen. Das Bundesgericht hielt diese Begründung im Lichte von Art. 90 Abs. 1 lit. b OG für ungenügend, trat deshalb auf die Beschwerde nicht ein, fügte aber ausdrücklich bei, der angefochtene Haftentscheid sei offensichtlich verspätet. Im vorne erwähnten Urteil vom 15. März 2007 hielt der EGMR auch bei dieser Konstellation fest, die Schweiz habe Art. 5 Ziff. 3 EMRK verletzt. Nachdem offensichtlich klar war, dass die richterliche Überprüfung der Haftgründe für die Inhaftnahme im Sinne von Art. 31 Abs. 3 BV und Art. 5 Ziff. 3 EMRK verspätet erfolgt war, hätte das Bundesgericht in diesem Punkt die Beschwerde wohl materiell behandeln und gutheissen müssen. Damit wäre die Verurteilung der Schweiz durch den EGMR verhindert worden.

unbefriedigend. Er steht vor der Wahl, solche *obiter dicta* konsequent wegzulassen oder sich in Missachtung innerstaatlicher Formvorschriften mit einer Sache materiell auseinanderzusetzen, wenn er eine EMRK-Verletzung erkennt. Auch hier ist die Praxis des EGMR nur vor dem Hintergrund der angloamerikanischen Prozesskultur nachvollziehbar. In dieser versteht sich der Richter als unformalistischer, pragmatischer Löser materieller Probleme.⁷⁹

d) Englische Sprache

Die Verfahren vor Bundesgericht werden in einer der vier *Amtssprachen* (Deutsch, Französisch, Italienisch, Rumantsch Grischun) geführt (Art. 54 BGG). Das *Englische* zählt nicht dazu. Demgemäss sind auch die Rechtsschriften in einer Amtssprache zu verfassen (Art. 42 Abs. 1 BGG). Wo dies nötig ist, ordnet das Bundesgericht die Übersetzung fremdsprachiger Dokumente an (Art. 54 Abs. 4 BGG). Auf die Übersetzung fremdsprachiger *Urkunden* kann es nur mit dem Einverständnis der Parteien verzichten (Art. 54 Abs. 3 BGG).

Soweit das Bundesgericht Fälle behandelt, welche mit amerikanischen Verfahren zusammenhängen, kann die *englische Sprache* bisweilen eine wichtige Rolle spielen. Dies gilt in erster Linie für das richtige Verständnis des Sachverhalts (Beweismittel, Urkunden usw.), welcher dem bundesgerichtlichen Verfahren zu Grunde liegt. Nicht selten ist es auch wichtig, amerikanische Gesetzestexte, Richtlinien, Weisungen usw. zu verstehen. Hierzu genügt das Schulenglisch in der Regel nicht. Am Bundesgericht arbeiten indessen genügend Gerichtsmitglieder und Mitarbeitende des juristischen Mittelbaus, welche über die erforderlichen Englischkenntnisse verfügen. Deshalb wird die Übersetzung von Aktenstücken relativ selten angeordnet. Manchmal liegen aus dem Englischen übersetzte Versionen von verfahrensrelevanten Schriftstücken bereits bei den vorinstanzlichen Akten.

e) Strafprozess, Terrorismusbekämpfung⁸⁰

In den Vereinigten Staaten ist das Strafverfahrensrecht in den ersten 10 Zusatzartikeln (Amendments) zur Bundesverfassung geregelt, welche zahlreiche strafprozessrechtliche Garantien enthalten. Wichtig ist ferner die «*due process-clause*» des 14. Zusatzartikels, welcher sich an die Einzelstaaten richtet.⁸¹ Speziell erwähnt seien die «*Miranda-Rechte*», die namentlich die Informationspflicht über die Beschuldigtenrechte (Recht zur Aussageverweigerung, Recht auf unentgeltlichen Rechtsbeistand usw.) betreffen, welche der Supreme

⁷⁹ SCHERER (FN 30), 80.

⁸⁰ HAY (FN 2) Rz. 20 FN 22.

⁸¹ HAY (FN 2) Rz. 704.

Court aus den Garantien des 5. Zusatzartikels abgeleitet hat. Art. 1 § 9 Abs. 2 der US-Bundesverfassung stipuliert das Recht des *habeas corpus*, welches auf die *Magna Charta* zurückgeht. Danach kann ein Strafgefangener die gerichtliche Prüfung der Rechtmässigkeit des Freiheitsentzugs verlangen.⁸² Die bundesrechtlichen habeas-corpus Vorschriften wurden durch den *Private Litigation Reform Act* reformiert. Er trat als Teil des *Anti-Terrorism and Effective Death Penalty Act* im April 1996 in Kraft und führte zu Einschränkungen der habeas-corpus Rechte.⁸³ Im Nachgang zu den Terroranschlägen vom 11. September 2001 wurde der «*U.S.A. Patriot Act of 2001*» erlassen. Der Kongress verabschiedete die «*Joint Resolution for the Use of Military Force*» und der Präsident erliess eine Anordnung, welche die Errichtung von *Militärkommissionen* vorsieht und insoweit die Zuständigkeit der ordentlichen Bundesgerichte einschränkt.⁸⁴ Dadurch ist der Schutz des 4. Zusatzartikels der Bundesverfassung vor unangemessenen Durchsuchungen und Beschlagnahmungen stark eingeschränkt worden.⁸⁵

Der schweizerische Richter trifft bei der Anwendung des innerstaatlichen Rechts immer wieder auf strafprozessuale Probleme mit engem Bezug zu den eben erwähnten amerikanischen Regelungen. Es betrifft dies insbesondere das Beschleunigungsgebot⁸⁶, das Recht auf Verteidiger nach eigener Wahl («Anwalt der ersten Stunde»)⁸⁷, das Recht auf Beizug des Verteidigers bei der ersten Einvernahme, das Recht auf Akteneinsicht bei hängigem Verfahren,⁸⁸ «miranda warnings» und das Aussageverweigerungsrecht.⁸⁹ Im Folgenden werden drei besonders interessante Probleme etwas näher beleuchtet.

• **Miranda-Rechte:**

Zu erwähnen sind zunächst die habeas-corpus-Rechte und die *Miranda-Rechte*: Nach Art. 31 Abs. 2 BV hat jede Person, der die Freiheit entzogen wird, Anspruch darauf, unverzüglich und in einer ihr verständlichen Sprache über die *Gründe des Freiheitsentzugs* und über *ihre Rechte unterrichtet* zu werden. Sie muss die Möglichkeit erhalten, ihre Rechte geltend zu machen und namentlich

die nächsten *Angehörigen benachrichtigen* zu lassen. Überdies steht ihr das Recht auf *rasche richterliche Beurteilung der Haft* zu (Art. 31 Abs. 3 und 43 BV). Die Miranda-Rechte von Art. 31 Abs. 2 BV lehnen sich anders als die übrigen Verfahrensgarantien nicht an die EMRK und den UNO-Pakt II (FN 19) sowie die Rechtsprechung dazu und zu Art. 4 aBV an, sondern gehen auf frühere Vorentwürfe der Bundesverfassung zurück (Art. 21 f. VE 1977).⁹⁰ Bezüglich der *Aufklärungspflicht* ist nach Auffassung des Bundesgerichts von einer eigenständigen Garantie auszugehen. Soweit die festgenommene Person davor bewahrt werden soll, sich selber zu belasten, diene die Information über das Aussageverweigerungsrecht der Gewährleistung der Verteidigungsrechte. Aufgrund des formellrechtlichen Charakters dieser Verfahrensgarantie seien Aussagen, die in Unkenntnis des Schweigerechtes gemacht würden, grundsätzlich nicht verwertbar. In Abwägung der entgegenstehenden Interessen können Einvernahmen jedoch ausnahmsweise trotz unterlassener Unterrichtung über das Aussageverweigerungsrecht verwertet werden.⁹¹ Je schwerer die zu beurteilende Straftat ist, umso eher überwiege das öffentliche Interesse an der Wahrheitsfindung das private Interesse des Angeklagten daran, dass der fragliche Beweis unverwertet bleibe.⁹² Mit zu berücksichtigen sei dabei auch, ob das rechtswidrig erlangte Beweismittel an sich zulässig und auf gesetzmässigem Weg erreichbar gewesen wäre.⁹³ Diese Regelung und die dazu erarbeitete Praxis der Miranda-Rechte sind vom angloamerikanischen Rechtsdenken beeinflusst. Das zeigt etwa das pragmatische abwägende Vorgehen bei der Anwendung des Verwertungsverbots von Aussagen, in Fällen, in denen die Aufklärungspflicht verletzt worden ist. Zahlreiche Hinweise in bundesgerichtlichen Urteilen auf die «Miranda Warnings» bestätigen diesen Einfluss.⁹⁴

• **plea bargaining:**

Im Rahmen eines plea bargaining wird zwischen der Staatsanwaltschaft und dem Beschuldigten eine Art Vergleich geschlossen. Darin anerkennt der Beschuldigte seine Schuld (guilty-plea) und erhält dafür Zugeständnisse von der Anklagebehörde hinsichtlich der angeklagten Delikte, der Strafe, einer bedingten Entlassung usw.⁹⁵ Solche Absprachen, welche im amerikanischen Strafprozess häufig erfolgen, sind dem schweizerischen Strafprozess

⁸² HAY (FN 2) Rz. 71; FORSTER (FN 6), 325 f.

⁸³ HAY (FN 2) Rz. 737.

⁸⁴ So ist gegen Urteile der Militärkommissionen lediglich ein Rechtsbehelf an ein vom Verteidigungsminister ernanntes, aus drei Mitgliedern bestehendes «review panel» möglich, welches dem Präsidenten Empfehlungen abgeben kann. Der Supreme Court kann nicht anrufen werden (THOMAS LEUCHTENMÜLLER in NZZ Nr. 113 vom 18. Mai 2007, S. 7 mit Hinweis auf MARION WIESER, Land of the Free ...? Der «Kampf gegen den Terrorismus» als Herausforderung für die Bürgerrechte in den USA, Frankfurt am Main 2007).

⁸⁵ HAY (FN 2) Rz. 711.

⁸⁶ Vgl. Art. 5 StPO, BBl 2007 6978.

⁸⁷ Art. 129 StPO, BBl 2007 7014; vgl. NZZ vom 6. Dezember 2006, 17.

⁸⁸ Art. 101 StPO, BBl 2007 7006.

⁸⁹ FORSTER (FN 6), 323 ff.

⁹⁰ BGE 130 I 126 E. 2.3, 131.

⁹¹ BGE 130 I 126, E. 3.3, 133.

⁹² BGE 109 Ia 244 E. 2b, 246; 120 Ia 314 E. 2c, 320; HAUSER/SCHWERI/HARTMANN (FN 68), § 60 N 6.

⁹³ BGE 96 I 437 E. 3b, 440 f. 130 I 126 E. 3.2, 133.

⁹⁴ BGE 130 I 126; siehe zu dieser Praxis auch MARC FORSTER, Die Rechte des Inhaftierten, Neue Entwicklungen in der Gesetzgebung und Rechtsprechung, in: FRANZ RIKLIN (Hrsg.), Von der Verhaftung bis zum Vollzug, Grenzen der staatlichen Gewalt, Luzern 2004, 33 ff., 56–59.

⁹⁵ HAY (FN 2) Rz. 722.

mit seinen zwingenden Normen und der untergeordneten Bedeutung der Dispositionsmaxime auf den ersten Blick fremd. Dennoch gibt es auch in der Schweiz bedeutende Ansätze zu dieser Rechtsfigur. Zu erwähnen ist hier in erster Linie der Strafbefehl (auch Strafmandat genannt), welcher eine Art Angebot an den Beschuldigten darstellt, das Strafverfahren im vereinfachten Verfahren rasch und vor allem ohne öffentliche Verhandlung abzuschliessen. Nimmt der Beschuldigte das Angebot an und anerkennt er insoweit seine strafrechtlichen Verfehlungen, erwächst der Strafbefehl wie ein ordentliches Strafurteil in Rechtskraft. Erhebt er dagegen Einsprache, wird das ordentliche Strafverfahren durchgeführt. Viele Straftäter ziehen den Strafbefehl selbst dann einem ordentlichen Strafverfahren vor, wenn sie mit diesem innerlich nicht in allen Punkten einverstanden sind. Das ist nicht unproblematisch. Das Strafbefehlsverfahren war ursprünglich nur für untergeordnete strafrechtliche Verfehlungen gedacht. In letzter Zeit ist eine Tendenz zu erkennen, die Strafbefehlskompetenz erheblich (Freiheitsstrafen bis zu sechs Monaten) zu erhöhen. Auch abgesehen vom Strafbefehl kommen eigentliche Absprachen und Vergleiche im schweizerischen Strafprozess vor.⁹⁶ Die Kantone Basel-Landschaft, Zug und Tessin haben ein spezielles abgekürztes Verfahren geschaffen, welches sich an das angloamerikanische plea bargaining anlehnt.⁹⁷ Das Bundesgericht hat Absprachen zwischen referierendem Strafrichter und Angeklagtem unter stark eingeschränkten Voraussetzungen ebenfalls schon als rechtlich zulässig erachtet.⁹⁸

• **Terrorismus:**

Mit Urteil vom 26. Juli 1999⁹⁹ entschied das Bundesgericht, die Einziehung von Schriften der Kurdischen Arbeiterpartei PKK (Terrororganisation), die zur Durchsetzung ihrer Anliegen generell die Gewalt propagieren und auf in der Schweiz lebende Emigranten Druck erzeugen sollten, sei unter den gegebenen Umständen verhältnismässig. Es ging dabei davon aus, die Einziehung von Propagandamaterial aus Gründen der inneren und äusseren Sicherheit berühre zivilrechtliche Ansprüche und Verpflichtungen im Sinne von Art. 6 Ziff. 1 EMRK. Deshalb hat es direkt gestützt auf diese Norm des Völkerrechts und entgegen Art. 98 lit. a und Art. 100 Abs. 1 lit. a OG die Beurteilung durch einen Richter für notwendig erachtet und die *Ver-*

waltungsgerichtsbeschwerde ans Bundesgericht zulässig erklärt.¹⁰⁰

Am 15. Oktober 1999 beschloss der Sicherheitsrat gestützt auf Art. 41 der Charta der Vereinten Nationen mit der Resolution 1267 (1999) Sanktionen gegenüber den Taliban. Am 19. Dezember 2000 wurde das Sanktionenregime mit der Resolution 1333(2000) um Bin Laden und die Gruppierung «Al Qaïda» erweitert. Der Sicherheitsrat ersuchte das von ihm geschaffene Sanktionskomitee, eine Liste der Personen und Einrichtungen zu führen, die mit Usama Bin Laden und der Organisation «Al Qaïda» verbunden sind. Nach dem Beitritt der Schweiz zur UNO wurde das *Embargogesetz*¹⁰¹ erlassen, welches der Durchsetzung von UNO- und OSZE-Sanktionen mit Hilfe von Zwangsmassnahmen und als Grundlage für die Talibanverordnung des Bundesrates dient. Diese sieht die Sperrung von Geldern und wirtschaftlichen Ressourcen bestimmter natürlicher und juristischer Personen vor und verbietet diesen die Einreise in und die Durchreise durch die Schweiz. Verweigert die Bundesverwaltung einem Betroffenen die Streichung seines Namens aus der *Talibanverordnung*, so stellt sich die Frage, ob er die entsprechende Verfügung in analoger Anwendung der in BGE 125 II 417 enthaltenen Grundsätze beim Bundesgericht anfechten kann oder ob eine solche Verfügung hinsichtlich der Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten unter den Ausschlussbestand von Art. 83 lit. a BGG fällt (vgl. zur Publikation bestimmtes Urteil des Bundesgerichts 1A.45/2007 vom 14.11.2007). Nachdem die USA massgeblich an der Schaffung der UNO-Sanktionen beteiligt waren, zeigen sich auch in diesem Zusammenhang Berührungspunkte zur heutigen amerikanischen Rechtskultur.

3. Insbesondere zur Internationalen Rechtshilfe in Strafsachen

In Bezug auf diese Problematik beschränke ich mich auf einige wenige Punkte:

Die Zusammenarbeit der Schweiz mit den Vereinigten Staaten von Amerika auf dem Gebiet der internationalen Rechtshilfe in Strafsachen ist namentlich in *zwei Staatsverträgen* geregelt: Staatsvertrag zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und den Vereinigten Staaten von Amerika über gegenseitige Rechtshilfe in Strafsachen (mit Briefwechseln), vom 25. Mai 1973, *RVUS* (SR 0.351.933.6, in Kraft seit dem 23. Januar 1977); Auslieferungsvertrag zwischen der Schweiz und den Vereinigten Staaten von Amerika

⁹⁶ HAUSER/SCHWERI/HARTMANN (FN 68), § 49 N 3 ff. In den parlamentarischen Beratungen der E-StPO hat der Ständerat die Einführung eines plea bargaining im Bundesrecht zwar abgelehnt, hat aber für untergeordnete Delikte das Institut des Vergleichs zugelassen (AB S 2006 1039 ff.); vgl. Art. 316 StPO, BBI 2007 7073.

⁹⁷ HAUSER/SCHWERI/HARTMANN (FN 68), § 50 N 8.

⁹⁸ Urteil 6S.186/2003 vom 22. Januar 2004; vgl. auch MARC FORSTER, Grenzen der Zulässigkeit von Prozessvereinbarungen im Strafverfahren, ZBJV 2004, 288 ff.

⁹⁹ BGE 125 II 417.

¹⁰⁰ Zum Richtererfordernis vgl. im Übrigen vorne Ziff 2. cc/aaa.

¹⁰¹ Bundesgesetz vom 22. März 2002 über die Durchsetzung von internationalen Sanktionen, Embargogesetz, EmbG, SR 946.231.

vom 14. November 1990 (SR 0.353.933.6, AVUS, in Kraft seit dem 10. September 1997). Ergänzend dazu erliess die Schweiz das Bundesgesetz zum Staatsvertrag mit den Vereinigten Staaten von Amerika über gegenseitige Rechtshilfe in Strafsachen vom 3. Oktober 1975 (BG RVUS, SR 351.93). Subsidiär¹⁰² gelten in der Schweiz zusätzlich das Bundesgesetz über internationale Rechtshilfe in Strafsachen vom 20. März 1981, (Rechtshilfegesetz, IRSG, SR 351.1) sowie die Verordnung vom 24. Februar 1982 über die internationale Rechtshilfe in Strafsachen (Rechtshilfeverordnung, IRSV, SR 351.11).¹⁰³ Wie bereits erwähnt, hat der amerikanische Kongress im Nachgang zu den Terroranschlägen vom 11. September 2001 ein Antiterrorgesetz erlassen, das den Namen *US-Patriot Act* trägt.¹⁰⁴ Dieses enthält Bestimmungen zur Kommunikationsüberwachung, zu Geldwäscherei und Terrorismusfinanzierung usw., welche namentlich bei der rechtshilferechtlichen Zusammenarbeit mit der Schweiz zu Problemen führen können.¹⁰⁵

Im Weiteren füge ich zur Rechtshilfe in Strafsachen zwischen der Schweiz und den USA die folgenden vier Bemerkungen an:

- **Todesstrafe:**

In den USA kennen die meisten Staaten die Todesstrafe. Nur in 12 Staaten und im District of Columbia ist sie nicht mehr vorgesehen. Täter, die zur Tatzeit unter 18 Jahre alt waren und geistig Behinderte unterliegen ihr nach der Rechtsprechung des Supreme Court auf Grund des 8. Zusatzartikels zur Bundesverfassung (Verbot grausamer und ungewöhnlicher Bestrafungen) nicht.¹⁰⁶ In der Schweiz ist die *Todesstrafe verboten* (Art. 10 Abs. 1 Satz 2 BV¹⁰⁷). Auch darf niemand von der Schweiz in einen Staat ausgeschafft werden, in dem ihm eine grausame oder unmenschliche Behandlung oder Bestrafung droht (Art. 25 Abs. 3 BV). Die Schweiz lehnt die Auslieferung daher grundsätzlich ab, wenn der ersuchende Staat keine Gewähr bietet, dass der Verfolgte nicht zum Tode verurteilt oder dass eine bereits verhängte Todesstrafe nicht vollstreckt wird (Art. 37 Abs. 3 IRSG). Art. 6 RVUS bestimmt Folgendes: «Ist die Handlung, derentwegen um Auslieferung ersucht wird, nach dem Recht des ersuchenden Staates mit der Todesstrafe bedroht, und ist diese für solche Handlungen nach den Rechtsvorschriften des ersuchten Staates nicht vorgesehen, so kann die Auslieferung abgelehnt werden,

sofern nicht der ersuchende Staat eine vom ersuchten Staat als ausreichend erachtete *Zusicherung* abgibt, dass die Todesstrafe nicht vollstreckt wird.»¹⁰⁸

- **Rechtshilfe – Amtshilfe:**

Die Bestimmungen über die internationale Rechtshilfe in Strafsachen sind im Verhältnis zu denjenigen betreffend die internationale Amtshilfe restriktiver. Es besteht daher die Gefahr, dass die *Rechtshilfavorschriften* durch grosszügigere Gewährung von Amtshilfe *unterlaufen* werden. Deshalb hat das Bundesgericht in BGE 126 II 126 ff. entschieden, die von der US-Börsenaufsicht (SEC) der Eidgenössischen Bankenkommission im Rahmen der speziell geregelten börsengesetzlichen Amtshilfe erteilten Zusicherungen bezüglich Vertraulichkeit der von dieser in Amtshilfe erhaltenen Angaben und Unterlagen genügten den Anforderungen von Art. 38 Abs. 2 BEHG¹⁰⁹ nicht, weil die von der SEC verlangten Informationen jedermann über Internet weltweit zugänglich gemacht würden. Die Amtshilfe wurde daher zurzeit verweigert.

- **Mehrzahl von Rechtshilfeersuchen verschiedener Staaten:**

Besondere Probleme ergeben sich, wenn neben den USA ein anderes Land die Schweiz mit einem inhaltsgleichen Begehren um Rechtshilfe ersucht. So musste das Bundesgericht in der Auslieferungssache des ehemaligen russischen Antoministers Adamov im Rahmen einer *Interessenabwägung* entscheiden, ob dem russischen oder dem amerikanischen Ersuchen Priorität einzuräumen sei. Es entschied sich in diesem Fall zu Gunsten Russlands.¹¹⁰ Solche Situationen ergeben sich regelmässig, vor allem weil die USA ihre Justizzuständigkeit in grossem Umfang auch für Sachverhalte ausserhalb ihres Territoriums bejahen.

- **Parallele Strafverfahren:**

Benötigen die USA von der Schweiz Informationen, so können sie diese statt auf dem ordentlichen Rechtshilfegeweg mitunter auch dadurch erhalten, dass in der Schweiz

¹⁰² BGE 124 II 124 E. 1a.

¹⁰³ Zum Memorandum of Understanding von 1982 vgl. BGE 112 Ib 145 E. 2 sowie Art. 161 StGB.

¹⁰⁴ Vgl. vorne, Ziff. 2. e.

¹⁰⁵ LAURENT MOREILLON (Editeur), *Entraide internationale en matière pénale, commentaire*, Lausanne 2004, 441, Rz. 14.

¹⁰⁶ HAY (FN 2) Rz. 701 ff.

¹⁰⁷ Vgl. auch die Protokolle Nrn. 6 und 13 zur EMRK über die Abschaffung bzw. vollständige Abschaffung der Todesstrafe: SR 0.101.06, für die Schweiz in Kraft seit dem 1. November 1987; SR 0.101.093, für die Schweiz in Kraft seit dem 1. Juli 2003.

¹⁰⁸ Unveröffentlichtes Urteil des Bundesgerichts 1A.166/2004 vom 28. September 2004, E. 5.1. Zusicherungen werden vom Bundesgericht von um Rechtshilfe ersuchenden Staaten regelmässig verlangt. So hat es mit einem Urteil vom 23. Januar 2007 die Auslieferung eines PKK-Führungsmitglieds an die Türkei gutgeheissen, wobei es diese jedoch von folgender förmlichen *Garantieerklärung* abhängig gemacht hat: «Der schweizerischen Botschaft in Ankara wird das Recht zugesichert, Vertreter zu bezeichnen, die den Verfolgten nach dessen Auslieferung ohne Überwachungsmaßnahmen jederzeit besuchen können. Ebenso dürfen diese Vertreter sich jederzeit über den Verfahrensstand erkundigen sowie an sämtlichen Gerichtsverhandlungen teilnehmen. Der Verfolgte hat jederzeit das Recht, sich an diese Vertreter zu wenden.»

¹⁰⁹ Bundesgesetz vom 24. März 1995 über die Börsen und den Effektenhandel, Börsengesetz, BEHG, SR 954.1.

¹¹⁰ BGE 132 II 81.

ein Strafverfahren eröffnet und die USA ihrerseits um Rechtshilfe ersucht werden. Die im Rahmen des schweizerischen Rechtshilfesuchs verwendeten Informationen können für die USA unter Umständen hilfreich sein. Ein solches Vorgehen kann bisweilen auf eine Umgehung des schweizerischen Rechtshilferechts hinauslaufen. Das gilt nicht nur im Verhältnis Schweiz-USA, sondern auch in Bezug auf andere Staaten.

Depuis de nombreuses années, la culture juridique anglo-américaine revêt une importance considérable en Suisse tant dans le domaine de la législation que dans celui de l'application du droit. Les étroites relations que la Suisse entretient avec les USA, avant tout dans le secteur économique, la globalisation et l'interdépendance accrue de notre pays sur le plan international ont accentué cette situation de manière sensible au cours des dernières années. La CEDH ainsi que les accords sectoriels et bilatéraux avec l'UE y ont également contribué de manière substantielle. L'adaptation autonome à la législation européenne est devenue chose courante. L'ensemble de ces éléments a conduit la Suisse à reprendre durablement des figures et principes juridiques étrangers pour lesquels la culture juridique anglo-américaine constitue une source spécialement importante, rôle qu'elle continuera d'ailleurs de jouer à l'avenir. Ainsi que l'adoption des principes juridiques de la CEDH par la Suisse le montre de manière particulièrement sensible, de nombreuses citoyennes et de nombreux citoyens de notre pays ont eu des réactions de rejet à leur encontre; celles-ci se sont manifestées, entre autres, par une attitude d'opposition envers le droit étranger et les «juges étrangers». Au cours des prochaines années, le conflit d'intérêts existant entre les contraintes économiques, notamment, et la volonté d'indépendance ainsi que d'autonomie la plus grande continuera d'influer fortement sur l'évolution de la situation qui vient d'être décrite.

(trad. LT LAW-TANK, Fribourg)