

dass das Beschwerdeverfahren in Sachen Asyl derzeit noch nicht spruchreif sei und der Schriftenwechsel mit dem BFM erst ab ca. Mitte März 2008 stattfinden wird, weshalb mit einem umgehenden Entscheid auch bei beförderlicher Behandlung des Verfahrens nicht gerechnet werden könne.

Die insgesamt 18 Monate dauernde Auslieferungshaft erscheint angesichts der gesamten Umstände und unter Berücksichtigung insbesondere auch der Tatsache, dass die definitive Auslieferung des Beschwerdeführers angesichts des noch hängigen Asylverfahrens voraussichtlich auch in den kommenden zwei Monaten nicht stattfinden können wird, unverhältnismässig und nicht mehr gerechtfertigt. Der Beschwerdeführer ist daher aus der Auslieferungshaft zu entlassen.

## TPF 2008 61

15. Auszug aus dem Entscheid der II. Beschwerdekammer in Sachen A. gegen Bundesamt für Justiz vom 30. April 2008 (RR.2007.186)

*Auslieferung an die United Nations Interim Administration Mission in Kosovo (UNMIK); völkerrechtliche Staatsqualität (Dreielemententheorie).*

**Art. 1 Abs. 1 lit. a IRSG**

**Wenn man von der Bestrafung durch internationale Gerichtshöfe absieht, gilt die Staatsqualität als Grundlage für die Berechtigung, ein Rechtshilfeersuchen an einen anderen Staat zu richten (E. 1.1). Die Staatlichkeit setzt ein Staatsgebiet, ein Staatsvolk und eine Form von effektiver souveräner Staatsgewalt voraus (Dreielemententheorie). Die drei Elemente müssen dabei in Beziehung zueinander stehen, d.h. die Staatsgewalt muss über ein entsprechendes Gebiet mit entsprechender Bevölkerung ausgeübt werden (E. 1.2). Der Kosovo erfüllt alle Merkmale eines Staates gemäss der Dreielemententheorie (E. 1.4). Staatenachfolge: Frage des anwendbaren Rechts (E. 1.5).**

*Extradition à la Mission d'administration intérimaire des Nations Unies au Kosovo (MINUK); qualité d'état selon le droit international public (théorie des trois éléments).*

**Art. 1 al. 1 let. a EIMP**

Abstraction faite de la punition par les tribunaux internationaux, la qualité d'Etat constitue la base pour le droit de pouvoir adresser une requête d'entraide judiciaire à un autre Etat (consid. 1.1). La qualité d'Etat présuppose un territoire étatique, un peuple ainsi qu'une forme de pouvoir étatique effectif et souverain (théorie des trois éléments). Dans ce contexte, les trois éléments doivent avoir un rapport les uns avec les autres, à savoir que le pouvoir étatique doit être exercé sur un territoire avec une population correspondante (consid. 1.2). Le Kosovo présente toutes les caractéristiques selon la théorie des trois éléments (consid. 1.4). Succession d'Etats: Question du droit applicable (consid. 1.5).

*Estradizione all'United Nations Interim Administration Mission in Kosovo (UNMIK); qualità di Stato secondo il diritto internazionale (teoria dei tre elementi).*

**Art. 1 cpv. 1 lett. a AIMP**

Se si eccettua il perseguimento penale da parte di Corti internazionali, la cooperazione giudiziaria internazionale in materia penale presuppone domande di assistenza formulate da Stati (consid. 1.1). In base alla teoria dei tre elementi la qualità di Stato è data se vi è un territorio statale, un popolo, nonché una forma effettiva di potere sovrano. Detti elementi devono essere correlati fra di loro nel senso che il potere sovrano dello Stato deve esercitarsi sia sul territorio in questione che sui soggetti ad esso appartenenti (consid. 1.2). Il Kosovo adempie tutti i requisiti di uno Stato, conformemente alla teoria dei tre elementi (consid. 1.4). Successione di Stati: questione del diritto applicabile (consid. 1.5).

**Zusammenfassung des Sachverhalts:**

Das Amtsgericht Pejë/Pec (Kosovo) führt gegen A. ein Strafverfahren wegen Mordes gemäss § 147 i.V.m. § 23 des provisorischen kosovarischen Strafgesetzbuches (Provisional Criminal Code of Kosovo, "PCCK"). A. wird vorgeworfen, zusammen mit B. und weiteren Personen am 19. März 2004 im Dorf Z., Kosovo, die Gebrüder C. und D. mit automatischen Waffen erschossen zu haben. Die UNMIK ersuchte am 1. und 6. Februar 2006 gestützt auf den Haftbefehl des Repräsentanten des Generalsekretariates der UNO in Pristina vom 13. Januar 2006 wegen Doppelmordes provisorisch um Verhaftung von A. im Hinblick auf seine Auslieferung. Am 10. August 2007 konnte A. im Kanton Solothurn verhaftet werden. Nachdem er

sich einer vereinfachten Auslieferung widersetzte, erliess das Bundesamt für Justiz (nachfolgend "BJ") am 13. August 2007 den Auslieferungshafitbefehl und versetzte ihn in Auslieferungshaft. Am 23. August 2007 ersuchte die UNMIK das BJ über das schweizerische Verbindungsbüro in Pristina formell um Auslieferung von A. Mit Verfügung vom 5. November 2007 bewilligte das BJ die Auslieferung von A. an die UNMIK für die dem Auslieferungssuchen dieser Behörde zugrunde liegenden Straftaten. Gegen den Auslieferungsentscheid gelangt A. mit Beschwerde vom 10. Dezember 2007 an die II. Beschwerdekammer des Bundesstrafgerichts.

Am 17. Februar 2008 erfolgte die Unabhängigkeitserklärung des Kosovos von Serbien. Nachdem die Schweiz den Kosovo als selbständigen Staat anerkannt hatte, beschloss die II. Beschwerdekammer des Bundesstrafgerichts, im vorliegenden Fall einen zusätzlichen Schriftenwechsel in Bezug auf die Frage des anwendbaren Rechts durchzuführen.

Die II. Beschwerdekammer hat die Beschwerde abgewiesen.

#### **Aus den Erwägungen:**

##### **1.**

**1.1** Die internationale Rechtshilfe in Strafsachen wird nur zum Zwecke eines Strafverfahrens geleistet. Sie ist Bestandteil der zwischenstaatlichen Zusammenarbeit im strafrechtlichen Bereich. Das Strafrecht beruht grundsätzlich auf der Strafgewalt eines Staates (*ius puniendi*), und diese ist wiederum ein Teil der Staatsgewalt (vgl. HANS-HEINRICH JESCHECK/THOMAS WEIGEND, Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil, 5. Aufl., Berlin 1996, § 2 Ziff. I. 2, S. 11; JOSÉ HURTADO POZO, Droit pénal, Partie général, Genf/Zürich/Basel 2008, S. 3). Wenn man von der Bestrafung durch internationale Gerichtshöfe absieht, gilt die Staatsqualität als Grundlage für die Berechtigung, ein Rechtshilfeersuchen an einen anderen Staat zu richten (vgl. ROBERT ZIMMERMANN, La coopération judiciaire internationale en matière pénale, 2. Aufl., Bern/Bruxelles 2004, S. 1 ff.; PETER POPP, Grundzüge der internationalen Rechtshilfe in Strafsachen, Basel 2001, Rz. 91 und 97).

**1.2** Im internationalen Recht wird ein Staat nach der sogenannten Dreielemententheorie aufgrund von drei Kriterien definiert, die auf die allgemeine Staatslehre Georg Jellineks zurückgehen. Die Staatlichkeit setzt ein Staats-

gebiet, ein Staatsvolk und eine Form von effektiver souveräner Staatsgewalt voraus. Die drei Elemente müssen dabei in Beziehung zueinander stehen, d.h. die Staatsgewalt muss über ein entsprechendes Gebiet mit entsprechender Bevölkerung ausgeübt werden (vgl. hierzu ANDREAS R. ZIEGLER, Einführung in das Völkerrecht, Bern 2006, N. 409 ff.; JAMES CRAWFORD, *The Creation of States in International Law*, 2. Aufl., Oxford 2006, S. 37 ff.; WALTER KÄLIN/ASTRID EPINEY/MARTINA CARONI/JÖRG KÜNZLI, *Völkerrecht, Eine Einführung*, 2. Aufl., Bern 2006, S. 122 ff.; BGE 130 II 217 E. 5.2 und 5.3 m.w.H.). Die Staatsgewalt oder Regierung muss exklusiv und effektiv sein. Das bedeutet, dass nur eine oberste Regierungsgewalt bestehen darf, welche in der Folge die staatliche Souveränität in Anspruch nimmt und in der Lage ist, ihre Kompetenzen auszuüben und ihre internationalen Rechte und Pflichten tatsächlich wahrzunehmen. Es muss eine effektive Kontrolle des Staatsgebietes und der Bevölkerung vorliegen (vgl. ZIEGLER, a.a.O., N. 419 f.; KÄLIN/EPINEY/CARONI/KÜNZLI, a.a.O., S. 130 ff.).

**1.3** Der völkerrechtliche Status des Kosovos ist umstritten. Durch den Kosovokrieg 1999 verlor Serbien die faktische Kontrolle über das Gebiet des Kosovos (vgl. Atlas der Globalisierung, Berlin 2007, S. 174 f.). Nach Beendigung des Krieges blieb der Kosovo zwar formell Teil Serbiens, stand aber als "autonome" serbische Provinz unter dem Schutz und der Verwaltung der UNO (UNMIK) bzw. der OSZE (OMIK). Per Resolution 1244 vom 10. Juni 1999 ermächtigte der Sicherheitsrat der Vereinten Nationen den Generalsekretär, im Nachkriegs-Kosovo eine Interims-Zivilregierung zu etablieren (vgl. CRAWFORD, a.a.O., S. 557 ff.). Am 17. Februar 2008 löste sich der Kosovo von Serbien los und erklärte seine staatliche Unabhängigkeit. International ist diese Unabhängigkeit kontrovers. Eine Reihe von Staaten, darunter auch die Schweiz, erkennen den Kosovo zwischenzeitlich als souveränen Staat an, andere lehnen diese Anerkennung ab.

**1.4** Der Kosovo erfüllt alle Merkmale eines Staates gemäss der Dreielemententheorie: Das Territorium mit seiner Bevölkerung ist spätestens seit Beendigung des Krieges 1999 klar abgegrenzt und autonom. Der Kosovo steht zwar auch nach seiner Unabhängigkeitserklärung noch unter der Verwaltung der Vereinten Nationen (UNMIK), deren Aufgabe es ist, die Ordnung und Rechtsstaatlichkeit nach dem Krieg wieder herzustellen und zu sichern. Entsprechend ist die UN-Resolution 1244 auch nach der Unabhängigkeitserklärung des Kosovos weiterhin in Kraft und bildet die Grundlage für die internationale zivile und militärische Präsenz der UNMIK im Kosovo. Eine solche Involvierung anderer Staaten bzw. einer internationalen Organisation

führt heute aber nicht zur Aberkennung der Staatlichkeit des Kosovos (vgl. ZIEGLER, a.a.O., N. 423 und 424), zumal durch diese Übergangssituation die effektive Kontrolle der kosovarischen Regierung über Territorium und Staatsbevölkerung nicht beeinträchtigt wird. Eine souveräne Staatsgewalt ist in diesem Sinne vorhanden.

Die Anerkennung des Kosovos als souveräner Staat durch andere Staaten ist sodann nicht Voraussetzung für die rechtliche Existenz des Kosovos als Staat. Gemäss herrschender Lehre hat die Anerkennung nämlich nur deklaratorischen und nicht konstitutiven Charakter. Es handelt sich dabei in erster Linie um einen Akt, mit dem andere Staaten ihre Bereitschaft zur Aufnahme diplomatischer Beziehungen bekannt geben (vgl. ZIEGLER, a.a.O., N. 431 f.; KÄLIN/EPINEY/CARONI/KÜNZLI, a.a.O., S. 133; BGE 130 II 217 E. 5.3 m.w.H.). Ebenso wenig ist das Vorhandensein einer staatlichen Verfassung Voraussetzung für die rechtliche Existenz eines Staates (vgl. POPP, a.a.O., Rz. 92, m.w.H.). (...).

**1.5** Auslieferungsfragen sind in erster Linie aufgrund der massgebenden Staatsverträge zu entscheiden. Bis zur Unabhängigkeit des Kosovos wickelte die Schweiz den Auslieferungsverkehr nach Kosovo mit der UNMIK auf der Grundlage des Europäischen Auslieferungübereinkommens vom 13. Dezember 1957 (EAUe; SR 0.353.1) ab. Dies gestützt auf die Tatsache, dass der Kosovo bis anhin zwar autonom aber immer noch eine Provinz Serbiens war, das Vertragsstaat des Europäischen Auslieferungübereinkommens ist. Nach der Unabhängigkeitserklärung des Kosovos stellt sich nun aber die Frage, ob die völkerrechtlichen Verträge, welche Serbien mit anderen Staaten abgeschlossen hat, auch weiterhin für den Kosovo gelten. In einem Fall der Staatennachfolge wie jene des Kosovos wird nach der Praxis der Schweiz grundsätzlich vom völkerrechtlichen Prinzip der "tabula rasa" ausgegangen, was bedeutet, dass für die Fortgeltung eines Staatsvertrages, welcher zwischen dem ursprünglichen Staat und der Schweiz Geltung hatte, ein neues Abkommen mit dem Nachfolgestaat abgeschlossen werden muss (vgl. ZIEGLER, a.a.O., Rz. 518 ff., insb. Rz. 525; BGE 123 II 511 E. 5d; 105 Ib 286 E. 1c). Bis heute ist der Kosovo weder dem Europäischen Auslieferungübereinkommen beigetreten noch wurde ein bilateraler Staatsvertrag bezüglich Auslieferungsverfahren mit der Schweiz abgeschlossen. Mangels staatsvertraglicher Regelung gelangen daher vorliegend die Vorschriften des internen schweizerischen Rechtes zur Anwendung, d.h. diejenigen des Bundesgesetzes vom 20. März 1981 über internationale Rechtshilfe in Strafsachen (IRSG; SR 351.1) und die Verordnung vom

24. Februar 1982 über internationale Rechtshilfe in Strafsachen (IRSV; SR 351.11; vgl. BGE 123 II 134 E. 5c m.w.H.). (...)

## TPF 2008 66

16. Auszug aus dem Entscheid der Strafkammer in Sachen Bundesanwaltschaft gegen A. und Cons. vom 16. Mai 2008 (SK.2007.21)

*Inhalt der Anklageschrift. Behörde als Sachverständige.*

**Art. 91 ff., 126 Abs. 1 BStP**

**Beschreibt die Anklageschrift die Fakten des angeklagten Delikts unvollständig und wird sie auf richterliche Einladung hin nicht ergänzt, so ist freizusprechen (E. 1.4). Der Bericht einer Behörde ist kein Gutachten, auch wenn diese die Fakten in einem förmlichen Verfahren ermittelt (E. 1.5).**

*Contenu de l'acte d'accusation. Autorité en tant qu'expert.*

**Art. 91 ss, 126 al. 1 PPF**

**Lorsque l'acte d'accusation décrit les faits du délit en question de manière incomplète et lorsque ledit acte n'est pas complété malgré l'invitation y relative par le Tribunal, il sied de prononcer l'acquiescement (consid. 1.4). Le rapport d'une autorité ne constitue pas un rapport d'expertise, même si elle établit les faits dans le cadre d'une procédure formelle (consid. 1.5).**

*Contenuto dell'atto d'accusa. Autorità e funzione peritale.*

**Art. 91 e segg., 126 cpv. 1 PP**

**Se l'atto d'accusa descrive in modo incompleto i fatti del reato imputato e se non viene completato nonostante il pertinente invito del giudice, occorre pronunciare l'assoluzione (consid. 1.4). Il rapporto di un'autorità non è una perizia, anche se quest'ultima accerta i fatti in una procedura formale (consid. 1.5).**

**Zusammenfassung des Sachverhalts:**

Die Strafkammer sprach A. und Cons. mit Entscheid vom 16. Mai 2008 von den Vorwürfen der mehrfachen fahrlässigen Tötung und der mehrfachen