30. Auszug aus dem Entscheid der I. Beschwerdekammer in Sachen A. gegen Bundesanwaltschaft vom 10. August 2009 (BB.2009.18)

Verhältnismässigkeit; insbesondere bezüglich Amtshilfe und Rechtshilfe; Rechtshilfeverfahren und Asylverfahren (Anwendbarkeit von Art. 97 AsylG im Rechtshilfeverfahren).

Art. 5 Abs. 2 BV, Art. 97 AsylG, Art. 2 Abs. 2 lit. c, 6 DSGVO

Auch das Handeln der Strafverfolgungsbehörden ist an den Grundsatz der Verhältnismässigkeit gebunden (Art. 5 Abs. 2 BV). Das Verhältnismässigkeitsprinzip ist jedoch kein selbständiges verfassungsmässiges Recht, sondern ein allgemeiner Verfassungsgrundsatz, dessen Verletzung unter anderem im Zusammenhang mit einem spezifischen Grundrecht geltend gemacht werden kann (E. 4.1).

Für die zwischenstaatliche Zusammenarbeit in Strafsachen ist die Amtshilfe grundsätzlich kein taugliches, milderer Mittel, welches gleichermassen wie die Rechtshilfe geeignet ist, die Beweismittel für das Strafverfahren zu erheben (E. 4.2–4.4).

Nach der systematischen Auslegung von Art. 97 AsylG sind die Strafverfolgungsbehörden als Adressat dieser Bestimmung ausgeschlossen. Art. 97 AsylG ist datenschutzrechtlichen Charakters und somit nicht auf ein Straf- bzw. internationales Rechtshilfeverfahren anwendbar (E. 4.5).

Proportionnalité; en particulier concernant l'assistance administrative et l'entraide judiciaire; procédure d'entraide judiciaire et procédure d'asile (applicabilité de l'art. 97 LAsi dans la procédure d'entraide judiciaire).

Art. 5 al. 2 Cst., art. 97 LAsi, art. 2 al. 2 let. c, 6 LPD

L'activité des autorités de poursuite pénale est également soumise au principe de la proportionnalité (art. 5 al. 2 Cst.). Le principe de la proportionnalité n'est cependant pas un droit constitutionnel autonome, mais un principe constitutionnel général dont la violation peut notamment être invoquée dans le contexte d'un droit fondamental spécifique (consid. 4.1).

En matière de coopération internationale en matière pénale, l'assistance administrative ne constitue en principe pas un moyen approprié, moins incisif, qui, à l'instar de l'entraide judiciaire, serait propre à fournir les preuves pour la procédure pénale (consid. 4.2–4.4).

Selon l'interprétation systématique de l'art. 97 LAsi, les autorités de poursuite pénale sont exclues comme destinataires de cette disposition. L'art. 97 LAsi revêt un caractère de protection de données et n'est dès lors pas applicable à une procédure pénale, respectivement à une procédure d'entraide judiciaire internationale (consid. 4.5).

Proportionalità; in particolare in riferimento all'assistenza giudiziaria e amministrativa; procedura d'assistenza giudiziaria e procedura d'asilo (applicabilità dell'art. 97 LAsi nella procedura d'assistenza giudiziaria).

Art. 5 cpv. 2 Cost., art. 97 LAsi, art. 2 cpv. 2 lett. c, 6 LPD

Anche l'attività delle autorità preposte al perseguimento penale è legata al principio della proporzionalità (art. 5 cpv. 2 Cost.). Il principio della proporzionalità non è però un diritto costituzionale autonomo, bensì piuttosto un principio costituzionale generale la cui violazione può essere fatta valere tra l'altro in relazione ad un diritto fondamentale specifico (consid. 4.1).

Per la collaborazione internazionale in materia penale l'assistenza amministrativa non è in linea di principio un mezzo adatto come l'assistenza giudiziaria per acquisire mezzi di prova per il procedimento penale (consid. 4.2-4.4).

In base all'interpretazione sistematica dell'art. 97 LAsi le autorità preposte al perseguimento penale non rientrano tra i destinatari della presente disposizione. L'art. 97 LAsi disciplina la protezione dei dati e non è quindi applicabile ad una procedura penale risp. di assistenza giudiziaria internazionale (consid. 4.5).

Zusammenfassung des Sachverhalts:

Im gerichtspolizeilichen Ermittlungsverfahren gegen A. stellte sein Verteidiger anlässlich der Einvernahme vom 23. Januar 2009 unter Hinweis auf die Möglichkeit einer zusätzlichen Gefährdung den Antrag, es sei in Anbetracht des hängigen Asylgesuchs in der Schweiz von einer Kontaktaufnahme mit den türkischen Behörden abzusehen und es seien die notwendigen Abklärungen via Botschaft (in analoger Vorgehensweise wie beim Bundesamt für Migration) zu tätigen. Die Bundesanwaltschaft wies diesen Antrag mit Verfügung vom 16. Februar 2009 ab. Dagegen erhob A. am 17. Februar 2009 Beschwerde bei der I. Beschwerdekammer und beantragte unter anderem, die Verfügung der Bundesanwaltschaft sei aufzuheben und diese sei anzuweisen, auf eine Kontaktaufnahme mit den türkischen Behörden zu verzichten und stattdessen das Bundesamt für

Migration sowie die schweizerische Vertretung in der Türkei um Amtshilfe zu ersuchen.

Die I. Beschwerdekammer wies die Beschwerde ab, soweit darauf eingetreten wurde.

Aus den Erwägungen:

4.

4.1 In Anbetracht der Vorbringen des Beschwerdeführers stellt sich vorliegend die Frage, ob der Verzicht auf Amtshilfe zu Gunsten der Rechtshilfe auch dem Grundsatz der Verhältnismässigkeit genügt. Das gesamte Staatshandeln, damit auch das Handeln der Strafverfolgungsbehörden, ist an den Grundsatz der Verhältnismässigkeit gebunden (Art. 5 Abs. 2 BV). Dieser umfasst gemäss Lehre und Praxis drei Elemente, die kumulativ erfüllt sein müssen: Die staatliche Massnahme muss zur Verfolgung eines öffentlichen Interesses geeignet, dafür erforderlich und im engeren Sinn verhältnismässig sein (Abwägung von öffentlichem und betroffenem privatem Interesse) (EHRENZELLER, Die schweizerische Bundesverfassung, Kommentar, 2. Aufl., Zürich/St. Gallen 2008, Art. 5 BV N. 36-39; HÄFELIN/MÜLLER [Hrsg.], Allgemeines Verwaltungsrecht, 5. Aufl., Zürich/St. Gallen 2006, N. 581, 586-621; HÄFELIN/HALLER [Hrsg.], Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 7. Aufl., Zürich 2008, N. 320-323; BGE 126 I 112 E. 5b, 124 I 40 E. 3e; 117 Ia 472 E. 3g). Das Verhältnismässigkeitsprinzip ist jedoch kein selbständiges verfassungsmässiges Recht, sondern ein allgemeiner Verfassungsgrundsatz. Eine Verletzung der Verhältnismässigkeit kann unter anderem im Zusammenhang mit einem Grundrecht geltend gemacht werden (HÄFELIN/MÜLLER, a.a.O., N. 364, 583-585; TSCHANNEN/ZIMMERLI/KIENER, Allgemeines Verwaltungsrecht, Bern 2000, S. 112; BGE 123 I 1 E. 10, m.w.H.), wie vorliegend der persönlichen Freiheit (insbesondere unmenschliche Behandlungsmethoden, Folter) gemäss Art. 10 BV (ebenfalls Art. 3 EMRK und Art. 7 UNO-Pakt II).

4.2 Für die zwischenstaatliche Zusammenarbeit in Strafsachen ist im Sinne der vorgenannten gesetzlichen Grundlagen (EUeR, IRSG, IRSV) die *Rechtshilfe* vorgesehen. Diese ist also ein taugliches Mittel, um die gewünschten Beweise im Ausland zum Zwecke der inländischen Strafverfolgung bzw. der Wahrheitsfindung im Strafprozess einzuholen und liegt damit im öffentlichen Interesse.

4.3 Im geplanten Rechtshilfeersuchen soll die Türkei nicht nur um die Einholung von Informationen, sondern auch um die Edition von Unterlagen (Strafregisterauszug, Polizei- und Gerichtsakten, Bankunterlagen etc.) bis hin zu Abklärungen im Zusammenhang mit türkischen Rufnummern gebeten werden. Solche Massnahmen sprengen zweifellos den Rahmen der Amtshilfe, liegen in der Kompetenz der jeweiligen türkischen Strafverfolgungsbehörden und können nicht vom Bundesamt für Migration oder der schweizerischen Botschaft in der Türkei durchgeführt werden. Das Bundesamt für Migration, welches für das Asylverfahren zuständig ist (Art. 6a AsylG), kann im Rahmen zusätzlicher Abklärungen lediglich bei den schweizerischen Vertretungen Auskünfte einholen (Art. 41 Abs. 1 AsylG), und auch dies nur zum Zweck, die Flüchtlingseigenschaft, die Schutzbedürftigkeit und das Vorliegen von Asylausschlussgründen oder Gründen gegen die Wegweisung abzuklären (Art. 38-40 AsylG). Auch für das EDA bzw. die schweizerische Botschaft in der Türkei sind keine entsprechenden Kompetenzen, insbesondere keine Zwangsmassnahmekompetenzen, vorgesehen (vgl. Organisationsverordnung vom 29. März 2000 für das Eidgenössische Departement für auswärtige Angelegenheiten [OV-EDA, SR 172.211.1]). Die vorgeschlagene Amtshilfe erweist sich also nicht als taugliches, milderes Mittel, welches gleichermassen wie die Rechtshilfe geeignet ist, die genannten Beweismittel für das Strafverfahren zu erheben.

4.4 Im Hinblick auf das beabsichtigte Rechtshilfeersuchen ergibt sich schon dadurch keine individuell konkrete Gefahr des Beschwerdeführers, dass er sich in der Schweiz befindet und nicht im Staat, der ersucht werden soll. Seine Abwesenheit schützt ihn vor dem von ihm befürchteten Risiko von schweren Grundrechtsverletzungen. Die Rechtshilfe erweist sich als dem Beschwerdeführer zumutbar, d.h. als verhältnismässig im engeren Sinn, da das Ersuchen an die türkischen Behörden demnach zu keinerlei Beeinträchtigungen seiner persönlichen Freiheit führt, auch nicht deren unantastbaren Kerngehalts (vgl. EHRENZELLER, a.a.O., Art. 5 BV N. 40; HÄFELIN/HALLER, a.a.O., N. 324-326). Seine Vorbringen betreffend eine Gefährdung in der Türkei kann der Beschwerdeführer im Asylverfahren geltend machen.

Der Beschwerdeschrift ist zu entnehmen, dass das Rechtshilfeersuchen an die türkischen Behörden ebenfalls eine Gefährdung für Familienangehörige des Beschwerdeführers, welche „offenbar“ noch in der Türkei leben, bewirken würde. Geringfügige, ergänzende Angaben sind diesbezüglich

einzig einer Einvernahme des Beschwerdeführers zu entnehmen. Abgesehen davon, dass keine konkrete Gefährdung dargelegt wird, ist ohnehin keine gesetzliche Grundlage ersichtlich, nach welcher sich der Beschwerdeführer auf eine Drittgefährdung berufen könnte.

4.5 Im Übrigen ist auch die geltend gemachte Verletzung des Verhältnismässigkeitsprinzips durch die Berufung auf Art. 97 AsylG vorliegend unbehelflich. Das Asylgesetz regelt die Asylgewährung, die Rechtsstellung der Flüchtlinge, den vorübergehenden Schutz von Schutzbedürftigen und deren Rückkehr (Art. 1 AsylG). Art. 97 AsylG, welcher die Bekanntgabe von Personendaten an den Heimat- oder Herkunftsstaat regelt und sich an alle Behörden des Bundes und der Kantone richtet, die Personendaten von Asylsuchenden, anerkannten Flüchtlingen und Schutzbedürftigen bearbeiten (Botschaft vom 4. Dezember 1995 zur Totalrevision des Asylgesetzes sowie zur Änderung des Bundesgesetzes über Aufenthalt und Niederlassung der Ausländer, BBl 1996 II S. 100 zu Art. 92 Abs. 1, heute Art. 97; Art. 2 der Asylverordnung 3 vom 11. August 1999 über die Bearbeitung von Personendaten [Asylverordnung 3, AsylV 3; SR 142.314]), schliesst jedoch nach der systematischen Auslegung die Strafverfolgungsbehörden aus. Denn danach kann Art. 97 AsylG nur auf die in Art. 1 AsylG erwähnten Verfahren bzw. die mit *diesen* Verfahren betrauten Behörden in Bund und Kantonen anwendbar sein. Im Weiteren ist Art. 97 AsylG eine spezialgesetzliche Regelung, welche auf Art. 6 des Bundesgesetzes vom 19. Juni 1992 über den Datenschutz (DSG, SR 235.1) basiert und damit datenschutzrechtlichen Charakters ist (BBl 1996 II S. 100). Das Datenschutzgesetz findet jedoch gerade auf Strafverfahren nach BStP und auf internationale Rechtshilfeverfahren in Strafsachen keine Anwendung (Art. 2 Abs. 2 lit. c DSG; Botschaft vom 23. März 1988 zum Bundesgesetz über den Datenschutz [DSG], BBl 1988 II S. 443, 498, 508). Gleiches muss auch für die auf diesem Gesetz beruhende Regelung in Art. 97 AsylG gelten. Letztgenannte Bestimmung ist mit anderen Worten auf das laufende Strafverfahren bzw. das anstehende Rechtshilfeverfahren nicht anwendbar.