Zeitschrift: Zeitschrift für schweizerisches Recht = Revue de droit suisse = Rivista di diritto svizzero = Revista da dretg svizzer : Halbband II. Referate und Mitteilungen des SJV

Herausgeber: Schweizerischer Juristenverein

Band: 100 (1981)

Artikel: Internationale Rechtshilfe : eine Standortbestimmung : Strafsachen und Verwaltungssachen

Autor: Capitani, Werner de

DOI: https://doi.org/10.5169/seals-896150

Nutzungsbedingungen

Die ETH-Bibliothek ist die Anbieterin der digitalisierten Zeitschriften auf E-Periodica. Sie besitzt keine Urheberrechte an den Zeitschriften und ist nicht verantwortlich für deren Inhalte. Die Rechte liegen in der Regel bei den Herausgebern beziehungsweise den externen Rechteinhabern. Das Veröffentlichen von Bildern in Print- und Online-Publikationen sowie auf Social Media-Kanälen oder Webseiten ist nur mit vorheriger Genehmigung der Rechteinhaber erlaubt. Mehr erfahren

Conditions d'utilisation

L'ETH Library est le fournisseur des revues numérisées. Elle ne détient aucun droit d'auteur sur les revues et n'est pas responsable de leur contenu. En règle générale, les droits sont détenus par les éditeurs ou les détenteurs de droits externes. La reproduction d'images dans des publications imprimées ou en ligne ainsi que sur des canaux de médias sociaux ou des sites web n'est autorisée qu'avec l'accord préalable des détenteurs des droits. En savoir plus

Terms of use

The ETH Library is the provider of the digitised journals. It does not own any copyrights to the journals and is not responsible for their content. The rights usually lie with the publishers or the external rights holders. Publishing images in print and online publications, as well as on social media channels or websites, is only permitted with the prior consent of the rights holders. Find out more

Download PDF: 24.08.2025

ETH-Bibliothek Zürich, E-Periodica, https://www.e-periodica.ch

Internationale Rechtshilfe
Eine Standortbestimmung

Strafsachen und Verwaltungssachen

Referat von Dr. WERNER DE CAPITANI
Rechtsanwalt
Rechtskonsulent der Schweizerischen Kreditanstalt

Inhaltsverzeichnis

Abkürzungen 371
Literatur 372
Vorwort 375

1. Teil: Die internationale Rechtshilfe in Strafsachen

1. Einleitung 377
   1.1. Begriffsbestimmungen 377
   1.2. Abgrenzung des Themas 377
   1.3. Die Rechtsnatur der internationalen Rechtshilfe 378
   1.4. Gesetzgebungskompetenz 379
   1.5. Rechtsquellen 380
      1.5.1. Staatsvertragsrecht 380
      1.5.2. Bundesgesetzgebung 380
      1.5.3. Kantonales Recht 381
      1.5.4. Die Praxis: Die Anwendung der Grundsätze des Auslieferungsrechts 381
      1.5.5. Analoge Anwendung der Grundsätze des Auslieferungsrechts? 382
      1.5.6. Gewohnheitsrechtliche Anwendung der Grundsätze des Auslieferungsrechts? 383
      1.5.7. Kollision von Normen, welche Rechtshilfe vorsehen 384
         1.5.7.1. Kollision von staatsvertraglichen Normen 384
         1.5.7.2. Kollision zwischen staatsvertraglichen und gesetzlichen Bestimmungen 384
         1.5.7.3. Kollision von kantonalen mit landesrechtlichen Bestimmungen 387
   1.6. Pflicht zur Rechtshilfeleistung und freiwillige Rechtshilfe 388
      1.6.1. Pflicht auf Grund eines Staatsvertrags 388
      1.6.2. Freiwillige Rechtshilfe 388
      1.6.3. Freiwillige Rechtshilfe über die vertragliche Verpflichtung hinaus? 388
   1.7. Drei terminologische Präzisierungen 390
      1.7.1. Die «strafbare Handlung» 390
      1.7.2. Die «Justizbehörde» 390
      1.7.3. Die «Auskunft» 391

2. Grundsätze der Rechtshilfe 391
   2.1. Beidseitige Strafbarkeit 391

2.1.1. Definitionen 391
2.1.2. Der Grundsatz in EÜR, USV und IRSG 392
2.1.3. Die Beschränkung der Rechtshilfe auf gemeinrechtliche Delikte 393
2.1.4. Der Ausschluß der Rechtshilfe bei Sonderdelikten im allgemeinen 394
2.1.5. Der Ausschluß der Rechtshilfe bei Fiskaldelikten 396
2.1.5.1. Die Steuerdelikte 397
2.1.5.2. Die Delikte währungs-, handels- und wirtschaftspolitischer Natur 400
2.1.6. Der Ausschluß der Rechtshilfe bei politischen Delikten ... 401
2.1.7. Der Ausschluß der Rechtshilfe bei militärischen Delikten .. 402
2.1.8. Weitere Ausschlußtatbestände? 403
2.2. Spezialität 403
2.2.1. Definition 403
2.2.2. Spezialität nach EÜR, USV und IRSG 404
2.2.3. Formelle Anforderungen 405
2.2.4. Inhalt 406
2.2.5. Das Problem der Konkurrenz 407
2.2.6. Verletzung des Vorbehaltes 408
2.2.7. Der Stellenwert der Spezialität 410
2.3. Ne bis in idem 411
2.4. Der ordre public 412
2.4.1. Der Vorbehalt des ordre public in EÜR, USV und IRSG .. 412
2.4.2. Zum ordre public des internationalen öffentlichen Rechts .. 412
2.4.3. Inhalt 413
2.4.4. Ergebnis 414
2.5. Das Verhältnismäßigkeitsprinzip 415
2.5.1. Definition 415
2.5.2 Das Verhältnismäßigkeitsprinzip in EÜR, USV und IRSG . 416
2.6. Die Verjährung 417
2.7. Das Gegenrecht 418
2.8. Die Unvereinbarkeit des Verfahrens mit den Anforderungen der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK) 419

3. Verfahrensfragen 419
3.1. Überblick 419
3.2. Das anwendbare Verfahrensrecht 420
3.2.1. Strafprozeßrecht oder Verwaltungsverfahrensrecht? 420
3.2.2. Analoge Anwendung des Strafprozeßrechts als Rechtshilfeverfahrensrecht 421
3.2.3. Die Anwendung ausländischen Verfahrensrechts 423
3.3. Zuständigkeitsregeln 424
3.3.1. Der Adressat von Rechtshilfegesuchen 424
3.3.2. Die Prüfung des Rechtshilfebegehrens 424
3.3.3. Der Vollzug des Gesuches 425
3.3.4. Die Weiterleitung des Vollzugsergebnisses 426
3.3.5. Verfahren in mehreren Kantonen 427
3.4. Die Prüfung der formellen Voraussetzungen 427
3.4.1. Vier Anforderungen 427
3.4.2. Die vier Anforderungen im einzelnen 428

3.4.2.1. Bezeichnung der ersuchenden Behörde 428
3.4.2.2. Gegenstand und Grund des Ersuchens 428
3.4.2.3. Identifikation des Täters 428
3.4.2.4. Bezeichnung der strafbaren Tat und kurze Darstellung des Sachverhaltes 429
3.4.3. Weitere Voraussetzungen (Kasuistik) 431
3.4.4. Die Folgen der Nichterfüllung der Voraussetzungen 432
3.4.5. Fishing expeditions 432
3.5. Form und Inhalt der Verfügungen 433
3.5.1. Die Form der Verfügungen 434
3.5.2. Der Inhalt der Verfügungen 434
3.5.2.1. Die schriftliche Auskunft 434
3.5.2.2. Die Herausgabe von Belegen 436
3.5.2.3. Die Kontensperre 436
3.5.2.4. Zur Zeugeneinvernahme (Hinweise) 438
3.6. Anwesenheit von ausländischen Behördevertretern und Vornahme von Amtshandlungen durch solche 439
3.6.1. Ausgangslage 439
3.6.2. Anwesenheit von ausländischen Behördevertretern 439
3.6.3. Vornahme von Amtshandlungen durch ausländische Behördevertreter 440
3.6.4. Die Anwesenheit ausländischer Behördevertreter nach EÜR, USV und IRSG 443
3.6.5. Ein Umgehungstatbestand 444
3.7. Die Rechte der Parteien 444
3.7.1. Der Parteibegriff im Rechtshilfeverfahren 444
3.7.2. Der Anspruch auf rechtliches Gehör 445
3.7.2.1. Das Recht auf Anwesenheit (Parteiöffentlichkeit) 446
3.7.2.2. Das Recht auf Akteneinsicht 447
3.7.3. Der Anspruch auf einen Rechtsbeistand 448
3.8. Der Schutz der Geheimsphäre 448
3.8.1. Die Geheimsphäre als Bestandteil der persönlichen Freiheit 448
3.8.2. Der strafrechtliche Schutz der Geheimsphäre 449
3.8.3. Schranken des Berufsgeheimnisses 450
3.8.4. Schranken der Aussagepflicht 451
3.8.4.1. Der Vorbehalt der Verhältnismäßigkeit 451
3.8.4.2. Die Bedeutung von Art. 273 StGB 451
3.8.4.3. Die Interessenabwägung 453
3.8.5. Die Geheimsphäre in USV und IRSG 454
3.8.5.1. Die wesentlichen Landesinteressen 455
3.8.5.2. Die Verhältnismäßigkeit 456
3.8.6. Der Geheimbereich des Beschuldigten 457
3.8.7. Der Geheimbereich von Personen, die am ausländischen Verfahren nicht beteiligt sind 458
3.8.7.1. Der Kreis der erfaßten nicht beteiligten Personen . 458
3.8.7.2. Der Geschädigte 458
3.8.7.3. Die nicht beteiligten Dritten 459
3.8.8. Die Beratende Kommission 463
3.8.9. Wertung 463
3.9. Die Rechtsmittel des Bundesrechts 464
3.9.1. Überblick 465
3.9.1.1. Rechtsmittel bei Rechtshilfeersuchen nach EÜR . 465

3.9.1.2. Rechtsmittel bei Rechtshilfeersuchen nach USV und IRSG ... 466
3.9.1.3. Ergebnis ... 466
3.9.2. Zur staatsrechtlichen Beschwerde (EÜR) ... 467
3.9.3. Zur Verwaltungsbeschwerde (EÜR, USV, IRSG) ... 469
3.9.4. Zur Aufsichtsbeschwerde oder Anzeige (EÜR) ... 470
3.9.5. Zur Einsprache (USV und IRSG) ... 470
3.9.6. Zur Verwaltungsgerichtsbeschwerde (USV und IRSG) ... 472
3.9.7. Zur Anrufung der Beratenden Kommission (USV und IRSG) ... 473
3.9.8. Exkurs: Wie verhält sich eine Bank, die über eine Kundenbeziehung Auskunft erteilen soll? ... 475
3.9.8.1. Die Benachrichtigung des Kunden ... 475
3.9.8.2. Die Einlegung von Rechtsmitteln ... 475
3.10. Kritische Bemerkungen ... 477

2. Teil: Die internationale Rechtshilfe in Verwaltungssachen

4.1. Einleitung ... 481
4.2. Hinweise in EÜR, USV und IRSG ... 481
4.3. Kasuistik ... 482
4.3.1. Der Antidumping-Kodex des Allgemeinen Zoll- und Handelsabkommens (GATT) ... 482
4.3.2. Die Plant Inspection ... 483
4.3.3. Die Zusammenarbeit der Bankenaufsichtsbehörden ... 484
4.3.4. Rechtshilfe an die amerikanische Securities and Exchange Commission ... 486
4.3.5. Zustellung von Dokumenten auftrags der amerikanischen Commodity Futures Trading Commission ... 487
4.3.6. Der Fall Lockheed ... 488
4.4. Bemerkungen ... 488
4.4.1. Gemeinsamkeiten ... 488
4.4.2. Zulässigkeit der Rechtshilfe ... 488
4.4.3. Grundsätze der Rechtshilfe? ... 489
4.4.4. Verfahrensregeln? ... 489
4.4.5. Zur Zustellung von Dokumenten im Auftrag ausländischer Verwaltungsbehörden im besonderen ... 491
4.4.6. Bedürfnis nach einer Kodifikation? ... 491

Abkürzungen

Außer den vom Bundesgericht verwendeten Abkürzungen (BGE 104 Ia V) werden folgende benützt:

BAP	Bundesamt für Polizeiwesen
BAZ	Bezirksanwaltschaft Zürich
CFTC	Commodity Futures Trading Commission
DBA	Doppelbesteuerungsabkommen
EAuslÜ	Europäisches Auslieferungsübereinkommen vom 13.12.1957 (SR 0.353.1)
EBK	Eidg. Bankenkommission
EDI	Eidg. Departement des Innern
EFZD	Eidg. Finanz- und Zolldepartement (seit 19.9.1978 Eidg. Finanzdepartement)
EJPD	Eidg. Justiz- und Polizeidepartement
EPD	Eidg. Politisches Departement (seit 19.9.1978 Eidg. Departement für auswärtige Angelegenheiten)
EÜR	Europäisches Übereinkommen über die Rechtshilfe in Strafsachen vom 20.4.1959 (SR 0.351.1) mit Zusatzabkommen mit Deutschland vom 13.11.1969 (SR 0.351.913.61) und Zusatzabkommen mit Österreich vom 13.6.1972 (SR 0.351.916.32)
IRSG	Entwurf zum Bundesgesetz über internationale Rechtshilfe in Strafsachen vom 8.3.1976, BBl 1976 II, S.491
SEC	Securities and Exchange Commission
SKA	Schweizerische Kreditanstalt
StAZ	Staatsanwaltschaft des Kantons Zürich
USG	Bundesgesetz zum USV vom 3.10.1975 (SR 351.93)
USV	Staatsvertrag mit den Vereinigten Staaten von Amerika über gegenseitige Rechtshilfe in Strafsachen vom 25.5.1973/23.1.1977 (AS 1977, S.97, SR 0.351.933.6)

Diese Abkürzungen werden auch in Zitaten verwendet.

Literatur

AUBERT, MAURICE. Le secret des banques et l'entraide judiciaire, ZStR 1971, S. 113 (zit. AUBERT, ZStR 1971).

– Berufsgeheimnis des Bankiers, SJK 69/69a, 1970 (zit. AUBERT, SJK 69).

– Der Schutz des Bank-, Fabrikations- und Geschäftsgeheimnisses und der Staatsvertrag zwischen den Vereinigten Staaten von Amerika und der Schweiz über gegenseitige Rechtshilfe in Strafsachen, SJK 67, 1977 (zit. AUBERT, SJK 67).

AUBERT, MAURICE/KERNEN, JEAN-PHILIPPE/SCHÖNLE, HERBERT. Das schweizerische Bankgeheimnis, Bern 1978.

BOTSCHAFT über die Genehmigung von sechs Übereinkommen des Europarates, vom 1. März 1966, BBl 1966 I, S. 457.

BOTSCHAFT betreffend die Revision des Bankengesetzes, vom 13. Mai 1970, BBl 1970 I, S. 1144.

BOTSCHAFT betreffend den Staatsvertrag mit den Vereinigten Staaten von Amerika über gegenseitige Rechtshilfe in Strafsachen, vom 28. August 1974, BBl 1974 II, S. 580.

BOTSCHAFT zu einem Bundesgesetz zum Staatsvertrag mit den USA über gegenseitige Rechtshilfe in Strafsachen, vom 28. August 1974, BBl 1974 II, S. 631.

BOTSCHAFT zu einem Bundesgesetz über internationale Rechtshilfe in Strafsachen, vom 8. März 1976, BBl 1976 II, S. 444.

BUNDESAMT FÜR POLIZEIWESEN. Die internationale Rechtshilfe in Strafsachen, Bern 1979 (zit. BAP).

BURKHARD, WALTER. Die wesentlichen gesetzlichen und staatsvertraglichen Grundlagen für die zwischenstaatlichen Beziehungen auf dem Gebiet des Straf- und des Strafprozeßrechts, ZStR 1976, S. 294 (zit. BURKHARD, ZStR 1976).

– Die Europäischen Übereinkommen über Auslieferung und Rechtshilfe in Strafsachen, Kriminalistik 1969, S. 151 (zit. BURKHARD, Kriminalistik).

FLEINER, THOMAS. Grundzüge des Allgemeinen und des Schweizerischen Verwaltungsrechts, 2. Aufl., Zürich 1980.

FLEINER, FRITZ/GIACOMETTI, ZACCARIA. Schweizerisches Bundesstaatsrecht, Zürich 1949.

FREYMOND, PIERRE. Questions de droit bancaire international, Recueil des Cours de l'Académie de Droit international de La Haye, RCADI 1970 III, S. 197.

GRISEL, ANDRÉ. Droit administratif suisse, Neuchâtel 1970.

GULDENER, MAX. Schweizerisches Zivilprozeßrecht, 3. Aufl., Zürich 1979.

GYGI, FRITZ. Bundesverwaltungsrechtspflege, Bern 1979.

HAUSER, ROBERT. Das Europäische Abkommen über die Rechtshilfe in Strafsachen vom 20. April 1959, ZStR 1967, S. 225 (zit. HAUSER, ZStR 1967).

– Das Bankgeheimnis im internationalen Rechtshilfeverkehr in Strafsachen, ZStR 1971, S. 144 (zit. HAUSER, ZStR 1971).

– Das Bankgeheimnis im Zivil- und Strafprozeß sowie in der internationalen Rechtshilfe in Strafsachen, in: Das schweizerische Bankgeheimnis, Bankwirtschaftliche Forschungen, Bd. 10, Bern 1972, S. 25 (zit. HAUSER, Bankgeheimnis).
– Kurzlehrbuch des schweizerischen Strafprozeßrechts, Basel 1978 (zit. HAUSER, Strafprozeßrecht).
HAUSER, WILLI/HAUSER, ROBERT. Erläuterungen zum Gerichtsverfassungsgesetz des Kantons Zürich, Zürich 1978 (zit. HAUSER/HAUSER).
HÖHN, ERNST. Das Bankgeheimnis im Steuerstrafrecht mit Berücksichtigung der internationalen Amtshilfe in Steuersachen, in: Das schweizerische Bankgeheimnis, Bankwirtschaftliche Forschungen, Bd. 10, Bern 1972, S. 37.
IMBODEN, MAX/RHINOW, RENÉ. Schweizerische Verwaltungsrechtsprechung, 5. Aufl., Basel 1976.
KLAUSER, PETER. Das schweizerische Bankgeheimnis und seine internationale Tragweite, Wirtschaft und Recht 1977, S. 1.
KNAPP, BLAISE. Précis de droit administratif, Basel 1980.
KNECHT, HEINZ. Erfahrungen bei der Untersuchung von Wirtschaftsdelikten, ZStR 1969, S. 366.
KUMMER, MAX. Grundriß des Zivilprozeßrechts, 3. Aufl., Bern 1978.
LÜSCHER, MARTIN. Das schweizerische Bankgeheimnis in strafrechtlicher Sicht, Diss. Zürich 1972.
MAIER, URS. Die interkantonale Rechtshilfe im Beweisverfahren des Zivilprozesses mit Verweisungen auf Gegebenheiten im internationalen Bereich, Diss. Zürich 1971.
MARKEES, CURT. Auslieferung und internationale Rechtshilfe in Strafsachen, Kriminalistik 1959, S. 131 (zit. MARKEES, Kriminalistik).
– Die Vornahme von Prozeßhandlungen auf schweizerischem Gebiet zuhanden eines ausländischen Verfahrens im Lichte des Art. 271 StGB, SJZ 1969, S. 33 (zit. MARKEES, SJZ 1969).
– Die Herausgabe von Gegenständen im internationalen Strafrechtshilfeverkehr, Festschrift Grützner, Hamburg 1970, S. 92 (zit. MARKEES, Herausgabe).
– Aktuelle Fragen aus dem Gebiete der internationalen Rechtshilfe, ZStR 1973, S. 230 (zit. MARKEES, ZStR 1973).
– Der Geheimnisschutz im Rechtshilfeverfahren in Strafsachen, ZStR 1976, S. 179 (zit. MARKEES, ZStR 1976).
– Die Rechtshilfe in Strafsachen im Verkehr mit den USA nach dem Vertrag vom 25. 5. 1973 und dem Bundesgesetz vom 3. 10. 1975, ZStR 1978, S. 113 (zit. MARKEES, ZStR 1978).
MARTI, HANS. Die staatsrechtliche Beschwerde, 4. Aufl., Basel 1979.
MEYER, BERNHARD F. Swiss Banking Secrecy and Its Legal Implications in the United States, New England Law Review, Vol. 14, No. 1, 1978, S. 18.
MÜLLER, BERNHARD. Die Internationalisierung der Banken als aufsichtsrechtliches Problem, SAG 1979, S. 1.
NOBEL, PETER. Praxis zum öffentlichen und privaten Bankenrecht der Schweiz, Bern 1979.
NOLL, PETER. Geheimnisschutz und Zeugnispflicht, Festgabe Max Gerwig, Basel 1964, S. 135 (zit. NOLL, Geheimnisschutz).
– Rechtfertigungsgründe im Gesetz und in der Rechtsprechung, ZStR 1964, S. 160 (zit. NOLL, ZStR 1964).
– Technische Methoden zur Überwachung verdächtiger Personen im Strafverfahren, ZStR 1975, S. 45 (zit. NOLL, ZStR 1975).
– Strafprozeßrecht, Zürich 1977 (zit. NOLL, Strafprozeßrecht).

SALADIN, PETER. Das Verwaltungsverfahrensrecht des Bundes, Basel 1979.
SCHMID, NIKLAUS. Banken zwischen Legalität und Kriminalität, Heidelberg 1980.
SCHÖNENBERGER, WILHELM/JÄGGI, PETER. Zürcher Kommentar zum OR, Teilband V 1a, Zürich 1973.
SCHULTZ, HANS. Schweizerisches Auslieferungsrecht, Basel 1953 (nicht zitiert).
- Gesetzgebung und Rechtsprechung der Schweiz im internationalen Strafrecht der Jahre
  - 1942 bis 1963, in: Schweiz. Jahrbuch für internationales Recht, Bd. 1963, (XX), S. 189,
  - 1964 bis 1966, Bd. 1966, (XXIII), S. 161,
  - 1967 bis 1970, Bd. 1970, (XXVI), S. 233,
  - 1971 bis 1973, Bd. 1973, (XXIX), S. 407,
  - 1974 bis 1978, Bd. 1978, (XXXIV), S. 289

  (zit. SCHULTZ, Jahrbuch).
- Neue Probleme des internationalen Strafrechts und Auslieferungsrechtes, SJZ 1964, S. 81 (zit. SCHULTZ, SJZ).
- Das Bankgeheimnis und der schweizerisch-amerikanische Vertrag über Rechtshilfe in Strafsachen, Bankverein-Heft Nr. 11, 1976 (zit. SCHULTZ, SBV).
- Einführung in den Allgemeinen Teil des Strafrechts, 3. Aufl., Bern 1977 (zit. SCHULTZ, Strafrecht).

SCHÜRMANN, LEO. Wirtschaftsverwaltungsrecht, Bern 1978.
SCHWAGER, PIUS. Das schweizerische Bankgeheimnis, Diss. Freiburg 1973.
SCHWARZENBACH, HANS RUDOLF. Grundriß des allgemeinen Verwaltungsrechts, 8. Aufl., Bern 1980.
STRATENWERTH, GÜNTER. Schweizerisches Strafrecht, Besonderer Teil, Bern 1978.
STRÄULI, HANS/MESSMER, GEORG. Kommentar zur Zürcher ZPO, Zürich 1976.
TERCIER, PIERRE. Die Herausgabe im Ausland belegener Dokumente in der amerikanischen Rechtsprechung, RabelsZ 36, 1972, H. 2, S. 341.
VISCHER, FRANK. Internationales Privatrecht, in: Schweizerisches Privatrecht, Bd. I, Basel 1969.
WALDER, HANS ULRICH. Der neue Zürcher Zivilprozeß, 2. Aufl., Zürich 1979.
WICKI, ANDRÉ ALOYS. Der «Staatsvertrag zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und den Vereinigten Staaten von Amerika über gegenseitige Rechtshilfe in Strafsachen» aus der Sicht eines Bankjuristen, SJZ 1974, S. 341.
ZIMMERLI, ULRICH. Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit im öffentlichen Recht, ZSR 1978 II, S. 1.
ZUPPINGER, FRITZ. Steuerhinterziehung – Steuerumgehung – Steuerflucht, NZZ 110 vom 13. Mai 1980, S. 35.

Im Laufe dieses Jahres soll erscheinen:
KELLER, GOTTLIEB ANDREA. Das schweizerische Vorverfahren zum Rechtshilfeabkommen in Strafsachen zwischen den Vereinigten Staaten von Amerika und der Schweiz, Diss. Basel.

Vorwort

Daß internationale Rechtshilfe eine unentbehrliche und begrüßenswerte Einrichtung ist, steht außer Frage. In allen Bereichen des Rechts mehren sich die grenzüberschreitenden Tatbestände, die eine Zusammenarbeit zwischen den Staaten erforderlich machen.

Das vorliegende Referat befaßt sich vor allem mit der Rechtshilfe in Strafsachen und eher kursorisch mit der Rechtshilfe in Verwaltungssachen. Unberücksichtigt bleibt die Rechtshilfe in Zivilverfahren.

Wenn man die Rechtshilfe befürwortet, bedeutet das nicht, daß man auch ohne weiteres die Ausgestaltung bejaht, die sie in der Praxis erfahren hat. «Die internationale Rechtshilfe in Strafsachen ist an sich ein mit verwickelten und nicht einfach zu lösenden Rechtsfragen reichlich gespicktes Gebiet», stellte der Altmeister des Requisitorialrechts, CURT MARKEES, im Jahre 1970 fest[1]. Das gilt auch heute noch, nachdem in der Schweiz das EÜR seit 14, der USV seit 4 Jahren in Kraft ist und nachdem der sehr umfassende Entwurf zum IRSG seit 5 Jahren vorliegt. Gerade bei der Strafrechtshilfe glauben wir ein Überborden der Hilfsbereitschaft feststellen zu müssen, das sich in der Rechtsanwendung durch die Vollzugsbehörden, aber auch in der Rechtsprechung äußert. Das Aufzeigen dieser Umstände verleiht diesem Bericht über weite Strecken einen kritischeren Anstrich, als uns eigentlich lieb ist. Doch soll damit einzig der Zweck verfolgt werden, gewisse Entwicklungen in Frage zu stellen, keinesfalls aber, die Rechtshilfe als solche anzuzweifeln.

Die Bedeutung der Rechtshilfe können wir anhand einiger Zahlen ungefähr abstecken. MARKEES vermutete 1973, daß nach der Ratifikation des EÜR durch Deutschland (die anfangs 1977 erfolgte) mehr als 90% des gesamten Rechtshilfeverkehrs in Strafsachen nach dem EÜR abgewickelt würden[2]. Diese Schät-

[1] MARKEES, ZStR 1970, S. 92.
[2] MARKEES, ZStR 1973, S. 231.

zung erfolgte, als der Entwurf zum USV schon beinahe fertiggestellt war. In Kraft trat der USV am 23. Januar 1977; bis April 1979 stellten die USA 59 Rechtshilfegesuche, die mehrheitlich Vermögensdelikte betrafen und in 80% aller Fälle Erhebungen in den Kantonen Zürich und Genf erforderlich machten[3]. Wider alle Erwartungen ist bis heute kein amerikanisches Ersuchen eingetroffen, dem ein Tatbestand des organisierten Verbrechens zugrunde lag. Die Staatsanwaltschaft Zürich, sicherlich eine mit Rechtshilfesachen besonders stark beschäftigte Behörde, hatte sich im Jahre 1979 mit 536 Gesuchen zu befassen; davon hatte ein nicht geringer Teil Erhebungen bei Banken zur Folge[4].

In der Tat hat sich der Bankjurist in ständig steigendem Maße mit Rechtshilfegesuchen abzugeben. Im überwiegenden Teil der Fälle kann dem Gesuch ohne weiteres stattgegeben werden; doch kommt es immer wieder vor, daß ein Fall besondere Aufmerksamkeit erheischt, sei es, daß von seiten des betroffenen Kunden Einwände erhoben werden, sei es, daß die Bank selbst Ungereimtheiten, in aller Regel Verfahrensfehler, feststellt. Es war deshalb ursprünglich die Absicht des Verfassers, ein Verfahren gleichsam durchzuspielen und Probleme der einzelnen Stadien zu diskutieren. Bei der Bearbeitung ergab sich aber, daß ein systematischeres Vorgehen notwendig ist. Deshalb werden wir nach einem einleitenden ersten Abschnitt zuerst die Grundsätze der Rechtshilfe entwickeln und uns erst anschließend den Verfahrensfragen zuwenden.

[3] SCHMID, S. 214.
[4] SCHMID, S. 212f.

1. Teil

Die internationale Rechtshilfe in Strafsachen

1. Einleitung

1.1. Begriffsbestimmungen

Internationale Rechtshilfe in Strafsachen besteht darin, daß der ersuchte Staat im Interesse eines im ersuchenden Staat hängigen Strafverfahrens prozessuale Handlungen vornimmt[5].

Zur internationalen Rechtshilfe in Strafsachen zählen traditionellerweise das Auslieferungsrecht und die kleine oder akzessorische Rechtshilfe[6]. Das IRSG bezieht auch die stellvertretende Strafverfolgung und die Vollstreckung ausländischer Urteile ein. EÜR und USV dagegen befassen sich lediglich mit der kleinen Rechtshilfe.

Zu letzterer gehören namentlich die Zustellung von Schriftstücken, die Beweiserhebung, die Herausgabe von Dokumenten, die Durchsuchung von Personen und Räumen, die Beschlagnahme und ähnliches[7].

1.2. Abgrenzung des Themas

Wir werden uns ausschließlich Fragen der *kleinen Rechtshilfe* zuwenden. Nach dem Überblick über die Grundlagen der Rechtshilfe wird das Hauptgewicht auf Problemen des Beweiserhebungsverfahrens liegen.

[5] VEB 1957, S.13 E.1; AUBERT, ZStR 1971, S.127f., AUBERT/KERNEN/SCHÖNLE, S.284, BAP, S.2, HAUSER, ZStR 1971, S.150, KLAUSER, S.32, MAIER, S.8, 15, SCHULTZ, SBV, S.17.

[6] BAP, S.2, N.1, SCHULTZ, SBV, S.17.

[7] BBl 1966 I, S.474; vgl. Art.1 Abs.4 USV, Art.3 Abs.1 und Art.7 Abs.1 EÜR; BAP, S.2, N.1, SCHULTZ, SBV, S.17.

Nur streifen werden wir die Sonderregeln des USV über das organisierte Verbrechen[8]. Denn wir möchten in erster Linie Gemeinsamkeiten und Grundzüge der kleinen Rechtshilfe darstellen; die Bestimmungen über das organized crime sind aber völlig atypisch. Wie die Botschaft des Bundesrates selbst hervorhebt, enthalten sie eine verstärkte Rechtshilfe mit Prinzipien, «die von den sonst strikt zu respektierenden Verfahrensregeln abweichen und über die Grundsätze des ‹normalen› Rechtshilfeverfahrens hinausgehen»[9].

Die Auslieferung klammern wir deshalb aus, weil sie ganz andere Sachverhalte betrifft als die kleine Rechtshilfe; diese erheischen eine gesonderte Betrachtung, die den Rahmen dieser Arbeit sprengen würde. Es kann auf das Standardwerk von SCHULTZ verwiesen werden; außerdem liegt eine reiche Rechtssprechung vor. Jedoch werden wir häufig auf das Auslieferungsrecht hinweisen, weil sich die ganze kleine Rechtshilfe an den Grundsätzen orientiert, die im Auslieferungsrecht ausgebildet wurden.

Die stellvertretende Strafverfolgung und die Vollstreckung ausländischer Strafurteile beschlagen Gebiete, die mit der traditionellen Rechtshilfe wenig gemeinsam haben. Ihre Betrachtung unterbleibt einerseits wiederum aus Platzgründen, andererseits, weil der Verfasser nichts davon versteht.

Zusammenfassend: Wenn im folgenden von Rechtshilfe die Rede ist, ist immer die kleine Rechtshilfe gemeint.

Eine letzte Einschränkung: Es werden nur Probleme behandelt, die mit Rechtshilfeersuchen zusammenhängen, welche an die Schweiz gelangen, nicht aber solche, bei denen die Schweiz als ersuchender Staat auftritt.

1.3. Die Rechtsnatur der internationalen Rechtshilfe

Nach einhelliger Meinung ist das zwischenstaatliche Rechtshilfeverfahren ein Verwaltungsverfahren im Rahmen der völkerrechtlichen Beziehungen der Schweiz[10].

[8] Art. 6–8 USV.

[9] BBl 1974 II, S. 585. Zum organisierten Verbrechen vgl. AUBERT/KERNEN/SCHÖNLE, S. 338ff., AUBERT, SJK 67, S. 22ff., MARKEES, ZStR 1978, S. 121ff., SCHULTZ, SBV, S. 42ff., WICKI, S. 346ff.

[10] VEB 1957, S. 13f. E. 1a, VPB 1976, S. 94 E. 2a, BGE 99 Ia 82 E. 1, 105 Ib 213 E. 2a, BBl 1976 II, S. 448; vgl. statt vieler AUBERT/KERNEN/SCHÖNLE, S. 284f., HAUSER, ZStR 1971, S. 150, MARKEES, ZStR 1976, S. 187, SCHULTZ, SBV, S. 17, 22.

Um ein Strafverfahren handelt es sich deshalb nicht[11], weil der Zweck des Strafprozesses darin besteht, den Beschuldigten im eigenen Lande zur Verantwortung zu ziehen[12]: Die Untersuchung muß zu einer Anklage oder Einstellung des Verfahrens führen[13], der Prozeß zu einer Verurteilung oder einem Freispruch[14]. Im Rechtshilfeverfahren übt die ersuchte Behörde keine Befugnisse und Handlungen aus, die einem schweizerischen Strafverfahren dienen.

Vielmehr wird sie auf Anstoß und im Interesse eines ausländischen Staates tätig. Diese Tätigkeit ist der Verwaltung zuzurechnen, dies im Sinne der Definition GIACOMETTIS, wonach diejenigen Rechtssätze Verwaltungsrecht darstellen, «die durch das Gemeinwesen überall dort anzuwenden sind, wo es sich nicht um die Beurteilung von Rechtsstreitigkeiten oder von Strafsachen handelt»[15].

Allerdings ist die Nähe dieser Verwaltungstätigkeit zum Strafprozeß unübersehbar[16]. Dieser Umstand wird uns auf Schritt und Tritt begleiten.

1.4. Gesetzgebungskompetenz

Nach Art. 102 Ziff. 8 BV wahrt der Bundesrat die Interessen der Schweiz nach außen. Der Abschluß von Staatsverträgen ist Sache des Bundes, Art. 8 BV. Die Regelung des Rechtshilfeverfahrens wie auch die Gewährung von Rechtshilfe im Einzelfall sind völkerrechtliche Angelegenheiten und liegen deshalb in der Zuständigkeit des Bundes[17].

Der Bund hat jedoch diese Kompetenz bis heute nur ganz beschränkt wahrgenommen[18], sie aber im übrigen weitgehend[19]

[11] VEB 1957, S. 14 oben, BGE 99 Ia 90 E. 5b, BBl 1976 II, S. 448; MARKEES, ZStR 1973, S. 232, 1976, S. 187.
[12] HAUSER, Strafprozeßrecht, S. 4.
[13] Vgl. Art. 30 Abs. 1 ZH StPO.
[14] Vgl. Art. 182 Abs. 1 ZH StPO.
[15] ZACCARIA GIACOMETTI, Allgemeine Lehren des rechtsstaatlichen Verwaltungsrechts, Zürich 1960, S. 81.
[16] So BGE 99 Ia 90 E. 5b; die Botschaft zum IRSG spricht von «verwaltungsrechtlichen Sachen etwas eigener Prägung», BBl 1976 II, S. 457.
[17] VEB 1957, S. 16 E. 3a, BGE 105 Ib 213f. E. 2b, BBl 1974 II, S. 647, 1976 II, S. 488; HAUSER, ZStR 1971, S. 105f., SCHULTZ, SBV, S. 18.
[18] Vgl. hinten 1.5.2.
[19] Eine beschränkte Kontrolle hat sich das BAP immer vorbehalten, hinten Anm. 314; vgl. VEB 1957, S. 17 E. 3a.

den Kantonen überlassen, ohne daß eine eigentliche Delegation erfolgt wäre[20]. Wo die Kantone von dieser Befugnis Gebrauch gemacht haben, gilt das kantonale Recht, soweit ihm nicht Staatsvertragsrecht vorgeht[21]. Überdies müssen die Kantone allgemein die Grundsätze beachten, von denen die Schweiz die Leistung von Rechtshilfe abhängig macht[22].

Sobald das IRSG in Kraft getreten sein wird, werden die kantonalen Kompetenzen zur Gänze erlöschen, weil das IRSG eine umfassende Regelung der Materie bringt und keine Delegation an die Kantone vorsieht. (Ausnahme: die in Art. 12 Abs. 2 IRSG vorgesehene Bestimmung von Zuständigkeit, Organisation und Amtsführung der ausführenden Behörden[23].)

1.5. Rechtsquellen

1.5.1. Staatsvertragsrecht

Von der ihm zustehenden Kompetenz zur Regelung der kleinen Rechtshilfe hat der Bund in den Auslieferungsabkommen[24] (allerdings im allgemeinen nur in rudimentärer Form[25]) und vor allem im EÜR und im USV Gebrauch gemacht.

1.5.2. Bundesgesetzgebung

Dagegen fehlt es bis heute an einer Regelung auf der Stufe eines Bundesgesetzes. Im Zeitpunkt der Niederschrift dieser Arbeit steckt das IRSG noch immer im Differenzbereinigungsverfahren. Als dornenvoll erwies sich der Versuch, feststellen zu wollen, welche Bestimmungen bereinigt sind. Indessen wurden die Grundsätze der Rechtshilfe, die der Entwurf vom 8. März

[20] VEB 1957, S. 16ff. E. 3a und b, BGE 105 Ib 213f. E. 2b; HAUSER/HAUSER, S. 447, SCHULTZ, SBV, S. 18.

[21] BAP, S. 4, N. 2b.

[22] Pra 1980 Nr. 239, S. 621 E. 2b.

[23] Art. 3 Abs. 1 USG nachgebildet; BBl 1976 II, S. 479.

[24] Die Auslieferungsverträge sind in SR 0.353.9 publiziert; vgl. auch SJK, 755. Daneben enthalten die verschiedensten Staatsverträge Rechtshilfebestimmungen, aber offenbar nur solche, welche die Auslieferung, die stellvertretende Strafverfolgung und die Urteilsvollstreckung betreffen. Zusammenstellung von SCHULTZ im Schweiz. Jahrbuch für internationales Recht, Bände 1963 (XX), 1966 (XXIII), 1970 (XXVI), 1973 (XXIX) und 1978 (XXXIV). Vgl. auch BAP, S. 3, und MARKEES, ZStR 1973, S. 270.

[25] BBl 1966 I, S. 473; BURKHARD, Kriminalistik, S. 151, 153, SCHULTZ, SJZ 1964, S. 87.

1976 nennt, in den Beratungen nicht in Frage gestellt. Aus diesem Grund und im Interesse besserer Lesbarkeit werden wir deshalb im folgenden vom Entwurf und der Botschaft dazu ausgehen und die von den Räten bisher vorgeschlagenen Änderungen nur am Rande berücksichtigen.

1.5.3. Kantonales Recht

Verschiedene Kantone haben in ihr Prozeßrecht Bestimmungen aufgenommen, die eine allgemeine Rechtshilfepflicht vorsehen[26]. Sie werden in dieser Arbeit nicht behandelt.

1.5.4. Die Praxis: Die Anwendung der Grundsätze des Auslieferungsrechts

Es ist üblich, daß sich Staaten auch ohne vertragliche Verpflichtung freiwillig Rechtshilfe leisten[27]. Dabei befolgt die Schweiz die Grundsätze, welche das Auslieferungsrecht gebildet hat[28], wobei präzisiert wird, daß an die Rechtshilfeleistung nicht strengere Anforderungen gestellt werden können als an die Auslieferung, weil diese tiefer in die Interessen der Betroffenen eingreift[29].

Unklar ist, wieso diese Grundsätze gelten sollen. Einige Autoren sprechen von analoger Anwendung des Auslieferungsrechts[30], andere berufen sich auf eine Praxis im Sinne eines Gewohnheitsrechtes[31]. Im Verwaltungsrecht sind aber die analoge Anwendung von Normen anderer Gesetze und die Berufung auf

[26] Vgl. die Aufzählungen in BAP, S.4, HAUSER, ZStR 1971, S.151 Anm.20 und 21, S.155f., und SCHULTZ, SBV, S.23.

[27] BGE 103 Ia 212 E.7, Pra 1980 Nr.239, S.621 E.2b, BBl 1976 II, S.447; AUBERT, SJK 67, S.3, AUBERT/KERNEN/SCHÖNLE, S.285, FREYMOND, S.59, HAUSER, ZStR 1971, S.157f., MARKEES, ZStR 1973, S.232.

[28] BBl 1966 I, S.473, 1976 II, S.447; AUBERT, SJK 67, S.3, FREYMOND, S.59, HAUSER, ZStR 1971, S.152, HAUSER/HAUSER, S.452f., LÜSCHER, S.64, MARKEES, Kriminalistik, S.214, ZStR 1973, S.232, SCHULTZ, SBV, S.20; vgl. auch (im Hinblick auf die eher knappen Bestimmungen des EÜR) BGE 104 Ia 58 E.5b.

[29] BGE 101 Ia 611, 103 Ia 629 E.4, 104 Ia 55f. E.4b, Pra 1980 Nr.145, S.391 E.4b, nicht publ. BGE vom 30.3.1979 i.S. X gegen EJPD, S.13f. E.5b, BBl 1966 I, S.480.

[30] AUBERT, SJK 67, S.3, BURKHARD, ZStR 1976, S.298f., MARKEES, Kriminalistik, S.151.

[31] BBl 1966 I, S.473, 1976 II, S.447; MARKEES, ZStR 1973, S.232, SCHULTZ, SBV, S.20.

Gewohnheitsrecht nicht ohne weiteres zulässig. Wie verhält es sich damit?

1.5.5. Analoge Anwendung der Grundsätze des Auslieferungsrechts?

Nach dem Legalitätsprinzip darf die Verwaltung[32] nur auf Grund einer gesetzlichen Ermächtigung tätig werden. Das gilt vor allem für Eingriffe in Freiheitsrechte[33]. Zu den Quellen des Verwaltungsrechts zählen auch Staatsverträge[34]. Deren Bestimmungen sind direkt anwendbar, wenn sie inhaltlich hinreichend bestimmt und klar sind, um als Grundlage eines Entscheides im Einzelfall dienen zu können; die nötige Bestimmtheit fehlt einer Norm, die eine Materie nur in den Umrissen regelt[35]. Das aber ist, wie erwähnt[36], bei den Rechtshilfebestimmungen der Auslieferungsverträge der Fall. Auch mit extensiver Auslegung[37] dieser Normen gelangt man nicht zu den Grundsätzen, die das Auslieferungsrecht beherrschen.

Deshalb müssen wir davon ausgehen, daß die Voraussetzungen der freiwilligen Rechtshilfeleistung nicht oder nicht genügend geregelt sind, daß also eine echte Gesetzeslücke[38] vorliegt. Darf sie durch analoge Anwendung des Auslieferungsrechtes geschlossen werden?

Die Literatur verhält sich zu dieser Frage im Hinblick auf den Grundsatz der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung äußerst zurückhaltend. MEIER-HAYOZ stellt fest: «Ohne ausdrückliche gesetzliche Grundlage ist es dem Richter oder den Verwaltungsbeamten verboten, praeter legem (auch nicht per analogiam) Pflichten des Rechtsunterworfenen zu statuieren»[39]. In gleichem Sinn äußern sich FLEINER[40] und grundsätzlich auch GRISEL[41].

[32] Im Sinne von Eingriffsverwaltung, nicht Leistungsverwaltung. Vgl. dazu BGE 103 Ia 376f. E.3b; FLEINER, S.28, GRISEL, S.165, KNAPP, S.19f., N.82f., SCHWARZENBACH, S.31.

[33] BGE 84 I 93 E.3, 103 Ia 376f. E.3b, 104 Ia 444 E.4a; FLEINER, S.68ff., GRISEL, S.164, KNAPP, S.61ff., SCHWARZENBACH, S.78ff., MARKEES, ZStR 1973, S.233.

[34] FLEINER, S.78, GRISEL, S.35, KNAPP, S.42, SCHWARZENBACH, S.39.

[35] BGE 98 Ib 387 E.2a, 100 Ib 230 E.3; GRISEL, S.35, KNAPP, S.42, N.166.

[36] Vorne 1.5.1.

[37] Dazu BGE 101 V 169 E.2b; FLEINER, S.91, GRISEL, S.53ff., KNAPP, S.57ff., SCHWARZENBACH, S.50ff.

[38] BGE 103 Ia 29, 97 I 355; FLEINER, S.101f., GRISEL, S.53 oben, 164f., auch 37ff., KNAPP, S.63, N.269, SCHWARZENBACH, S.55ff.

[39] Berner Komm., N.56 zu ZGB 1.

[40] FLEINER, S.102. [41] GRISEL, S.164f.

Das Bundesgericht hat sich bisher zu keiner eindeutigen Stellungnahme durchgerungen. Immerhin scheint es, daß es die analoge Rechtsanwendung mindestens dort ablehnt, wo Eingriffe in die persönliche Freiheit drohen[42].

Gerade das aber ist bei der freiwilligen Rechtshilfe *nicht* der Fall. Denn es entspricht einem anerkannten Grundsatz, daß bei freiwilliger Rechtshilfeleistung Zwangsmaßnahmen nicht zulässig sind[43]. Das grundsätzliche Problem ist deshalb von geringer praktischer Bedeutung.

1.5.6. Gewohnheitsrechtliche Anwendung der Grundsätze des Auslieferungsrechts?

Gewohnheitsrecht ist eine Rechtsquelle des öffentlichen Rechts[44]. Indessen stellt das Bundesgericht sehr strenge Anforderungen an die Bildung von Gewohnheitsrecht und läßt erkennen, daß es grundsätzlich abgeneigt ist, sie anzunehmen[45].

Nach BGE 96 V 51 kann Gewohnheitsrecht nur entstehen
- durch einheitliche, lange Übung,
- wenn diese Übung von der Rechtsüberzeugung der Behörden und der Normadressaten getragen wird[46],
- wenn eine Lücke des geschriebenen Rechts vorliegt[47], und
- wenn ein unabweisliches Bedürfnis besteht, diese Lücke zu füllen[47].

Die Grundsätze des Auslieferungsrechts gehen auf das letzte Jahrhundert zurück[48] und wurden deshalb auf die kleine Rechtshilfe angewendet, weil diese offensichtlich lückenhaft geregelt war und zum Schutze der Betroffenen das Bedürfnis bestand, diese bewährten Prinzipien allgemein anzuwenden. Man wäre geneigt, trotz der erwähnten Zurückhaltung des Bundesgerichtes in diesem Fall die Bildung von Gewohnheitsrecht anzunehmen.

[42] BGE 98 Ia 40f. E.3a; GRISEL läßt die Analogie «dans des situations exceptionnelles» zu (S.164f. mit Beispielen), KNAPP in dem Umfang, als ein öffentliches Interesse es erfordert (S.57, N.245).

[43] AUBERT, SJK 67, S.4, AUBERT/KERNEN/SCHÖNLE, S.285f., HAUSER, ZStR 1971, S.155, HAUSER/HAUSER, S.446, MARKEES, ZStR 1973, S.233.

[44] BGE 94 I 308, 104 Ia 313 E.4a, 105 Ia 5 E.2a, 84 E.5b; FLEINER, S.80f., GRISEL, S.36ff., IMBODEN/RHINOW, S.41ff., vorab 44, KNAPP, S.54ff., SCHWARZENBACH, S.41f.

[45] BGE 89 I 270, 103 Ia 379 E.4c, 105 Ia 84 E.5b; KNAPP, S.56, N.237, SCHWARZENBACH, S.42.

[46] Dazu im besonderen BGE 102 Ib 300 E.3f., 103 Ia 379f. E.4c.

[47] Dazu BGE 104 Ia 313 E.4a.

[48] BBl 1976 II, S.447; SCHULTZ, SBV, S.20. Das AuslG datiert vom 22.Januar 1892. Auch die meisten Auslieferungsverträge sind in Ehren ergraut.

Indessen kommt auch dieser Frage heute eher theoretische Bedeutung zu. Denn wenn einmal das IRSG erlassen sein wird, sind die Grundsätze der Rechtshilfe gesetzlich geregelt, so daß es weitgehend müßig sein wird, sich über Fragen der Analogie und des Gewohnheitsrechts den Kopf zu zerbrechen.

1.5.7. Kollision von Normen, welche Rechtshilfe vorsehen

Das Nebeneinander von Bestimmungen verschiedener multi- und bilateraler Staatsverträge, zu denen sich bald das IRSG gesellen wird, macht das Auftreten von Widersprüchen wahrscheinlich.

1.5.7.1. Kollision von staatsvertraglichen Normen

Soweit das EÜR eine Materie regelt, beansprucht es anderen staatsvertraglichen Vereinbarungen gegenüber den Vorrang[49]. Das bedeutet in erster Linie, daß Rechtshilfebestimmungen in Auslieferungsverträgen mit Signatarstaaten des EÜR außer Kraft gesetzt werden[50].

Art. 38 Abs. 1 USV versucht mit einer weitgefaßten Umschreibung zu erreichen, daß die Verfahrensvorschriften des USV allgemein dann für andere schweizerisch/amerikanische Vereinbarungen gelten sollen, wenn sie einfacher sind[51].

Kollisionstatbestände, bei denen verschiedene staatsvertragliche Normen für sich den Vorrang erheischen, scheinen im Bereich der Rechtshilfe also nicht vorzukommen.

1.5.7.2. Kollision zwischen staatsvertraglichen und gesetzlichen Bestimmungen

Die Frage, ob eine jüngere Gesetzesnorm eine dazu in Widerspruch stehende ältere staatsvertragliche Bestimmung aufheben kann, läßt sich überraschenderweise nicht eindeutig beantworten[52]. Zwar liegt eine Reihe von höchstrichterlichen Entschei-

[49] Art. 26 Abs. 1 EÜR. Wir gehen davon aus, daß dies in Art. 26 Abs. 1 EÜR positiv und in Art. 26 Abs. 2 EÜR negativ ausgedrückt ist.
[50] HAUSER, ZStR 1967, S. 228.
[51] Vgl. BBl 1974 II, S. 586f.
[52] IMBODEN/RHINOW, S. 83.

dungen vor, in welchen der Vorrang des Staatsvertrages bejaht[53] und die gesetzliche Bestimmung nur dann als anwendbar erklärt wird, «si la loi peut être appliquée concurremment avec le traité ... ou pour en combler une lacune, à condition qu'elle ne conduise pas à une solution contraire»[54]. Daneben steht aber immer noch ein Entscheid aus dem Jahre 1973 im Raum, nach welchem eine Vermutung besteht, der Gesetzgeber halte sich an Staatsvertragsrecht, es sei denn, er nehme eine Kollision bewußt in Kauf[55].

Die Frage nach dem Verhältnis zwischen Gesetzesbestimmung und Staatsvertragsnorm wird sich auch beim IRSG stellen, und sogar in sehr prononcierter Form. So lassen etwa die von der Schweiz abgeschlossenen Doppelbesteuerungsabkommen (soweit sie überhaupt einen Informationsaustausch vorsehen) nur die Weitergabe von Auskünften zu, welche der Fiskus im gewöhnlichen Steuerverfahren routinemäßig erhebt. Insbesondere ist die Offenbarung von Berufsgeheimnissen ausgeschlossen[56]. Anders das IRSG: es sieht die Möglichkeit der Rechtshilfeleistung für den Tatbestand des Abgabebetruges vor, bei dessen Verfolgung die Geheimhaltungspflichten grundsätzlich aufgehoben werden[57]. Kann nun ein Staat, mit dem vertraglich abgemacht ist, daß er für die Verfolgung von Fiskaldelikten von der Schweiz keine Auskunft erhält, auf dem Umweg über Art. 3 Abs. 3 IRSG diese Auskünfte doch erlangen?

Nach dem Wortlaut von Art. 1 Abs. 1 IRSG wäre das zu verneinen; danach gilt das IRSG nur, «soweit internationale Ver-

[53] BGE 93 II 197 E. 4, 100 Ia 410 E. 1b, 102 Ia 319 E. 1, 103 Ia 619 E. 3a, 626 E. 1a.

[54] BGE 95 I 465, 102 Ia 319 E. 1, 103 Ia 620 E. 3b, 627 E. 1a.

[55] BGE 99 Ib 43 E. 3. In E. 4 wird diese Kollision im Falle der Lex Furgler bejaht; sie soll staatsvertraglichen Zugeständnissen vorgehen, welche den Grundstückserwerb durch Ausländer voraussetzungslos ermöglichen. Gleich schon BGE 94 I 678f. E. 6a. Das Bundesgericht geht offenbar davon aus, daß die entstehende Völkerrechtswidrigkeit ein Problem der Rechtssetzung ist, nicht der Rechtssprechung. Kritik bei IMBODEN/RHINOW, S. 83, und FLEINER, S. 80, der ganz generell den Vorrang des Staatsvertragsrechts verlangt; wenn sich die Kollision durch Interpretation nicht ausräumen läßt, müsse der Staatsvertrag vorgehen. Nicht übersehen werden sollte bei BGE 99 Ib 43 der patriotisch gefärbte Tatbestand.

[56] Vgl. AUBERT/KERNEN/SCHÖNLE, S. 349ff., HÖHN, S. 51. Zur besonderen Auskunftspflicht nach Art. XVI Abs. 1 DBA-USA vgl. AUBERT/KERNEN/SCHÖNLE, S. 355ff., HÖHN, S. 53ff.

[57] Art. 3 Abs. 3 IRSG in der Fassung, die aus den parlamentarischen Beratungen hervorging; vgl. dazu hinten 2.1.5.1.

einbarungen nichts anderes bestimmen». Damit ist der Vorrang der Staatsverträge etabliert. Dieser müßte sich in zwei Richtungen auswirken:

Einmal in der Richtung, daß eine staatsvertraglich vorgesehene Rechtshilfeleistung nicht unter Hinweis auf das IRSG (oder auf den schweizerischen ordre public) verweigert werden darf[58]; sodann in der Richtung, daß eine Rechtshilfeleistung nicht über den vertraglich verabredeten Rahmen hinaus verlangt und erbracht werden darf.

Diese zweite Folge müßte unseres Erachtens ebenso zwingend eintreten wie die erste. Denn auch für Staatsverträge gilt der Grundsatz *pacta sunt servanda.* Die Auslegung von Staatsverträgen hat nach dem übereinstimmenden Willen der Parteien zu erfolgen, wobei Gegenstand und Zweck des Vertrages zu berücksichtigen sind[59]. Wenn es, wie das bei den DBAs zutrifft, die Meinung der Vertragsparteien war, daß bei Abgabebetrug keine Rechtshilfe geleistet wird, so ist diese Meinung bindend.

Danach ist es unseres Erachtens zweifelsfrei, daß der Staatsvertrag den Vorrang hat und daß für die Anwendung des IRSG daneben kein Raum bleibt.

Allerdings ist zu befürchten, daß in der Praxis nicht diese rechtsstaatlich überzeugende Lösung, sondern die etwas opportunistisch anmutende zweite Variante obenausschwingt. Dem Sinn und Geist des IRSG entspricht die Annahme, der Gesetzgeber habe die Kollision mit dem Staatsvertragsrecht im Sinne einer weitergehenden Rechtshilfe in Kauf genommen. Einen deutlichen Fingerzeig dafür, daß sich auch das Bundesgericht gegenwärtig zur Parole der Rechtshilfe um jeden Preis bekennt, gibt ein allerdings geradezu abenteuerlich anmutender Entscheid von 1977[60].

[58] BGE 100 Ia 416 E. 4d, 101 Ia 540 E. 7a. Was hier zur Kollision staatsvertraglicher Bestimmungen gesagt ist, gilt a fortiori auch, wenn Staatsvertrag und Gesetz in Widerspruch stehen.

[59] BGE 101 Ia 538 E. 5b.

[60] BGE 103 Ia 206. Diesem Entscheid lag unter anderem der Sachverhalt zugrunde, daß deutsche Behörden ein Rechtshilfegesuch einreichten, das den Anforderungen des EÜR nicht voll entsprach. Dennoch gewährte die schweizerische Behörde die Rechtshilfe. Das war nach Ansicht des Bundesgerichtes (S. 212f. E. 7) nicht ohne weiteres rechtswidrig; der Staatsvertrag gibt der Schweiz nur das Recht, die Hilfeleistung allenfalls zu verweigern; aber es steht ihr frei, über die vertragliche Verpflichtung hinaus freiwillig (im vorliegenden Fall gestützt auf Art. 116 ZH GVG) weitergehende Rechtshilfe zu gewähren. Kleine Geschenke erhalten die Freundschaft. Vgl. dazu im einzelnen hinten 1.6.3.

Wenn die Befürchtung zutrifft, so kommt dem IRSG die Funktion zu, die Grenzen abzustecken, innerhalb welcher die Schweiz zukünftig – sei es auf Grund einer vertraglichen Pflicht, sei es freiwillig – Rechtshilfe zu leisten bereit ist. Damit wäre der Sinn des Zwischensatzes in Art. 1 Abs. 1 IRSG darauf reduziert, daß bereits bestehende internationale Abkommen dem IRSG dann vorgehen, wenn sie weniger streng sind als das IRSG, und daß das letztere zum Zuge kommt, wo es sich als großzügiger erweist als der Staatsvertrag.

Offen bleibt dann allerdings die Frage, was für einen Sinn es hat, Staatsverträge auszuhandeln, wenn man sie nachher selbst von innen her überrollt[61].

1.5.7.3. Kollision von kantonalen mit landesrechtlichen Bestimmungen

Bei dieser Gegenüberstellung können die Staatsverträge zum Landesrecht gezählt werden[62]. Wie wir bereits gesehen haben[63], besteht eine kantonale Gesetzgebungskompetenz nur, wenn und soweit das Bundesrecht die Materie nicht regelt. Daher geht im Falle der Kollision das Bundesrecht vor, und es bleibt kein Raum für die Anwendung kantonalen Rechts. Bundesrecht bricht kantonales Recht[64]. Das Bundesgericht hat allerdings, unseres Erachtens zu Unrecht, angenommen, daß kantonale Rechtshilfebestimmungen neben dem EÜR Bestand haben können[65].

[61] Kritik im gleichen Sinne übt ZUPPINGER, S. 35 Spalte 3.

[62] Vgl. vorne 1.5.5.

[63] Vgl. vorne 1.4.

[64] Das verkennt z.B. die Staatsanwaltschaft Zürich in einem Entscheid vom 17.10.1980 i.S. X gegen BA Bülach, wenn sie feststellt (S. 3 E. 3):
«In Rechtshilfefällen kann der Kanton Zürich gestützt auf Art. 115 Abs. 1 GVG unabhängig von vertraglichen Verpflichtungen und deren Wortlaut Beistand leisten»,
wobei unter «unabhängig» «abweichend von» gemeint war. (Diese Auffassung stand übrigens auch in Widerspruch zum klaren Wortlaut von Art. 118 GVG, wonach zwischenstaatliche Vereinbarungen vorgehen). Wie unhaltbar die Ansicht der Staatsanwaltschaft ist, ergibt sich aus der einfachen Überlegung, daß sie zur Folge hätte, daß das EÜR auf dem Gebiete des Kantons Zürich nicht verbindlich wäre.

[65] Tatbestand vgl. Anm. 60; Diskussion unten 1.6.3.

1.6. Pflicht zur Rechtshilfeleistung und freiwillige Rechtshilfe

1.6.1. Pflicht auf Grund eines Staatsvertrags

Soweit staatsvertragliche Bindungen bestehen, ist die Schweiz zur Rechtshilfe verpflichtet, sobald die im Vertrag vorgesehenen Voraussetzungen erfüllt sind[66]. Unvereinbarkeit der Rechtshilfemaßnahme mit innerstaatlichen Gesetzen ist kein Grund, sie zu verweigern[67]; nur die Vorbehalte sind zu beachten, die sich aus dem Vertrag selbst ergeben.

1.6.2. Freiwillige Rechtshilfe

Wo keine staatsvertragliche Verpflichtung besteht, hilft die Schweiz in der Regel freiwillig[68]. Dabei müssen zwingend die Vorbehalte beobachtet werden, die bei der vertraglichen Rechtshilfe gelten[69]; dies entspricht einem Gebot der Rechtsgleichheit[70]. Das IRSG, das die freiwillige Rechtshilfe kodifiziert[71], übernimmt diese Haltung. Auch dem EÜR[72] und dem USV[73] liegt sie zugrunde. Somit gelten die Vorbehalte für den ganzen Bereich der kleinen Rechtshilfe.

1.6.3. Freiwillige Rechtshilfe über die vertragliche Verpflichtung hinaus?

Das Bundesgericht hat die Möglichkeit der freiwilligen Rechtshilfe neben der staatsvertraglich vereinbarten Verpflich-

[66] BGE 99 Ia 87ff. E.5a, 104 Ia 51 E.2, nicht publ. BGE vom 7.12.1979 i.S. X gegen Kanton TI, S.10 E.2b; SCHULTZ, SBV, S.19; vgl. Art.1 Abs.1 EÜR, Art.1 Abs.1 USV.

[67] BGE 99 Ia 88f. E.5a; a.A. HAUSER, ZStR 1967, S.227; vgl. Art.38 Abs.3 USV.

[68] Hinweise vgl. Anm.27.

[69] BGE 99 Ia 547ff., 100 Ia 416 E.4d, 103 Ia 209, Pra 1980 Nr.239, S.621 E.2b.

[70] BGE 103 Ia 212 E.7. Wenn man diesen Gedanken weiterspinnt, überzeugt es nicht, wenn das Bundesgericht sagt, es bedeute für den Betroffenen keinen Rechtsnachteil, wenn die Schweiz darauf verzichte, den Vorbehalt der Spezialität geltend zu machen (nicht publ. BGE vom 22.3.1978 i.S. X gegen Kanton ZH, S.12 E.5b). Auch das würde eine Rechtsungleichheit nach sich ziehen. Weitere Kritik an diesem Entscheid vgl. 1.6.3.; Tatbestand in Anm.60.

[71] BBl 1976 II, S.445.

[72] BBl 1966 I, S.473.

[73] BBl 1974 II, S.583.

tung bejaht[74]. Dadurch werde die Rechtsstellung des Betroffenen nicht verletzt, solange die freiwillige Rechtshilfe nicht für eine Tat gewährt werde, für welche die Schweiz die Rechtshilfe ausschließt[75,76]. Über die grundsätzliche Frage hinaus, wozu denn Staatverträge gut sind, wenn man sich selbst nicht daran hält, stellen sich folgende Bedenken gegen diese Auffassung:

Als Rechtsquellen des Verwaltungsrechts kommt den Staatsverträgen unmittelbar und automatisch Gesetzeswirkung zu[77]. Ihre Bestimmungen sind für jedermann, nach Art. 113 Abs. 3 BV auch für das Bundesgericht bindend[78]. Wo ein Gesetz (oder im Falle des USV ein Staatsvertrag mit unmittelbar anwendbaren Normen) eine Materie abschließend regelt, ist kein Raum für Lückenfüllung und auch kein Raum für die Anwendung abweichender kantonaler Vorschriften, welche die freiwillige Rechtshilfe vorsehen[79].

Wie gefährlich die Annahme ist, freiwillige Rechtshilfe könne neben und über die staatsvertragliche Rechtshilfe hinaus bestehen, zeigt sich, wenn man diesen Gedanken zu Ende denkt. Denn die Annahme bedeutet, daß der einzelne Staat wahlweise sein innerstaatliches Recht oder den Staatsvertrag anwenden kann. Diese Wahl stünde ihm aber auch dann zu, wenn er ein Rechtshilfegesuch stellen will. In der Tat sprechen Art. 1 Abs. 1 EÜR und Art. 1 Abs. 1 USV nur von der Pflicht der Vertragsstaaten, sich gemäß den Bestimmungen des Vertrags Rechtshilfe zu leisten; nicht ausdrücklich gesagt, aber selbstverständlich impliziert ist, daß Auskünfte dann auch ausschließlich nach den Bestimmungen des Vertrages eingeholt werden müssen. Das war ja einer der Hauptgründe für den Abschluß des USV: «Der Vertrag umschreibt den Umfang, die Voraussetzungen und die Grenzen dessen, was der eine und der andere Staat im konkreten Einzelfall voneinander fordern oder erwarten können»[80].

Aus diesen Erwägungen und infolge des bereits genannten Grundsatzes Bundesrecht bricht kantonales Recht[81] gelangen

[74] BGE 103 Ia 206; vgl. vorne Anm. 60.
[75] BGE 103 Ia 212f. E. 7.
[76] Zum Fall selbst: Die zu Unrecht vorgenommene Hausdurchsuchung verletzte die Rechte der Betroffenen klarerweise. Denn eine Hausdurchsuchung ist eine Zwangsmaßnahme, die einer ausdrücklichen gesetzlichen Grundlage bedarf (vorne 1.5.5.); diese fehlt bei der freiwilligen Rechtshilfe.
[77] FLEINER/GIACOMETTI, S. 829.
[78] FLEINER/GIACOMETTI, S. 931ff.
[79] Vorne 1.5.7.3.
[80] BGE 103 Ia 212 E. 7.
[81] Vorne 1.5.7.3.

wir zum Schluß, daß freiwillige Rechtshilfe nicht zulässig ist, wo eine staatsvertragliche Vereinbarung vorliegt.

1.7. Drei terminologische Präzisierungen

1.7.1. Die «strafbare Handlung»

Im Rechtshilferecht verstehen wir unter «strafbarer Handlung» mehr als ein Verbrechen, Vergehen oder eine Übertretung im Sinne von Art. 9 und Art. 101 StGB. Das EÜR spricht in Art. 1 Abs. 1 ganz generell von strafbaren Handlungen, zu deren Vertretung die Justizbehörden des ersuchenden Staates zuständig sind. Nach der Botschaft ist «dies in weitestem Sinne auszulegen»; auch Übertretungen und Ordnungswidrigkeiten gehören dazu, «soweit der Beschuldigte im Einzelfall von der Möglichkeit Gebrauch gemacht hat, den Richter anzurufen»[82].

Der USV sieht in Art. 1 Abs. 3 die Möglichkeit vor, daß die Ausdehnung der Rechtshilfe auf ergänzende Verwaltungsverfahren verabredet wird[83].

Art. 59 Abs. 3 lit. b IRSG bezeichnet Verwaltungsmaßnahmen gegen einen Straftäter als Verfahren in strafrechtlichen Angelegenheiten. Die Botschaft erläutert, daß es sich um Verfahren handeln muß, die mit dem Strafverfahren in enger Beziehung stehen oder Folge einer strafrechtlichen Verurteilung sind[84].

1.7.2. Die «Justizbehörde»

Nach Art. 1 EÜR wird Rechtshilfe geleistet für Verfahren, die von den Justizbehörden des ersuchenden Staates abgewickelt werden. Auch der Ausdruck Justizbehörde ist in weitem Sinne zu verstehen; neben den Strafgerichten erfaßt er auch alle mit der Durchführung der Strafverfolgung betrauten Behörden, also insbesondere auch die Untersuchungsrichter[85]. Art. 24 EÜR sieht vor, daß jeder Staat eine Liste der von ihm selbst als Justizbehörden betrachteten Behörden hinterlegt.

Art. 28 Abs. 2 USV überbindet die Verantwortung dafür, daß Rechtshilfeersuchen von einer mit der Untersuchung oder Ver-

[82] BBl 1966 I, S. 474; vgl. HAUSER, ZStR 1967, S. 229.
[83] Was bisher nicht geschehen ist. Vgl. SCHULTZ, SBV, S. 31.
[84] BBl 1976 II, S. 482f., mit Hinweis auf die entsprechende Regelung in den Zusatzverträgen zum EÜR mit Deutschland und Österreich.
[85] BBl 1966 I, S. 474; vgl. auch BAP, S. 7, N. 4a.

folgung von strafbaren Handlungen beauftragten Behörde ausgehen, dem ersuchenden Staat selbst.

1.7.3. Die «Auskunft»

Wir verwenden diesen Begriff untechnisch als Sammelbegriff. Er kann, je nach der Situation, eine Zeugenaussage, eine schriftliche Auskunft oder eine ausgelieferte Urkunde bedeuten. Er wird im Gesetz nicht in diesem Sinne verwendet.

2. Grundsätze der Rechtshilfe

Im folgenden werden wir die Grundsätze beleuchten, die das Rechtshilferecht beherrschen. Dabei beschränken wir uns trotz ihrer Verwurzelung im Auslieferungsrecht auf die Rechtssprechung und Literatur zur kleinen Rechtshilfe.

Die Anwendung dieser Grundsätze hat in einigen Fällen zur Folge, daß die Rechtshilfe generell abgelehnt werden *muß,* in anderen, daß sie verweigert werden *kann.* Diese Unterscheidung wird hinten unter 2.1.4. behandelt.

Wie bereits erwähnt, gelten die Grundsätze allgemein für jede Form der Rechtshilfe, ob sie nun gestützt auf eine staatsvertragliche Verpflichtung, auf eine kantonale Bestimmung oder im Rahmen der freiwilligen Rechtshilfe erfolgt[86]. Das wird auch nach der Einführung des IRSG so bleiben.

2.1. Beidseitige Strafbarkeit

2.1.1. Definitionen

Nach dem *Grundsatz der beidseitigen Strafbarkeit* wird Rechtshilfe nur geleistet, wenn die verfolgte Tat im ersuchenden wie auch im ersuchten Staat als gemeinrechtliches Delikt strafbar ist[87].

In dieser kategorischen Form gilt der Grundsatz im modernen Rechtshilferecht allerdings nicht mehr[88]. Sein Anwendungsbe-

[86] Vorne 1.5.; vgl. Pra 1980 Nr. 239, S. 621 E. 2b.

[87] VEB 1957, S. 22ff. E. 5b) bb) und dd), BBl 1966 I, S. 473; KLAUSER, S. 35; vgl. Art. 3 AuslG.

[88] BBl 1966 I, S. 478ff.; AUBERT/KERNEN/SCHÖNLE, S. 299f., 312, HAUSER, ZStR 1967, S. 229.

reich ist beschränkt auf Fälle, wo der Vollzug des Rechtshilfeersuchens die Anwendung von Zwangsmaßnahmen erfordert[89]. Anderseits kann er grundsätzlich unbeachtet bleiben, wo keine Eingriffe in Freiheitsrechte erforderlich sind[90].

Unter *Zwangsmaßnahmen* verstehen wir beispielsweise

- die Vorladung von Zeugen mit Androhung von Sanktionen im Falle des Nichterscheinens und die Vorführung widerspenstiger Zeugen[91],
- die Erzwingung einer Auskunft[92],
- die Beschlagnahme und Einziehung von Gegenständen[93].

2.1.2. Der Grundsatz in EÜR, USV und IRSG

Der Grundsatz der beidseitigen Strafbarkeit ist im EÜR, USV und IRSG übernommen, aber nicht einheitlich ausgestaltet worden.

Das EÜR selbst verzichtete überhaupt darauf, ihn als Voraussetzung der Rechtshilfe zu nennen. Hauptsächlich aus der Überlegung heraus, es sei mit der öffentlichen Ordnung kaum vereinbar, wenn für Handlungen Rechtshilfe geleistet würde, die nach dem eigenen Recht gar nicht strafbar sind[94], brachte die Schweiz einen entsprechenden Vorbehalt zu Art. 5 Abs. 1 lit. a EÜR an[95]: Die Anwendung irgendeiner Zwangsmaßnahme ist nur zulässig, wenn ein beidseits strafbarer Tatbestand vorliegt.

Die gleiche Lösung ist in Art. 60 IRSG verwirklicht[96].

Etwas verwirrend ist die Regelung des USV. Ihm ist eine Liste beigefügt mit «Straftaten, für welche Zwangsmaßnahmen angewendet werden können»[97]. Indessen erscheinen darunter auch

[89] VEB 1957, S. 26 E. 5b) dd), nicht publ. BGE vom 31.8.1978 i.S. X gegen Kanton SG, S. 6f. E. 4, vom 11.9.1979 i.S. X gegen Kanton SO, S. 6 E. 2, und vom 27.2.1980 i.S. X gegen BAP, S. 6 E. 3a; ferner Pra 1980 Nr. 145, S. 392 E. 5.

[90] BBl 1966 I, S. 478f.; HAUSER, ZStR 1967, S. 230, KLAUSER, S. 35, SCHULTZ, SBV, S. 20; vgl. aber hinten 2.1.3.

[91] BBl 1966 I, S. 478, 483; SCHULTZ, SBV, S. 33.

[92] BBl 1966 I, S. 483; HAUSER, ZStR 1967, S. 229, SCHULTZ, SBV, S. 33.

[93] BBl 1966 I, S. 478, 483; HAUSER, ZStR 1967, S. 229.

[94] BBl 1966 I, S. 478f.

[95] Der Vorbehalt geht über den von Art. 5 EÜR gesetzten unlogischen Rahmen (Beschränkung auf Durchsuchung oder Beschlagnahme von Gegenständen) hinaus. Das war aber nach Art. 23 Abs. 1 EÜR zulässig. Vgl. BGE 99 Ia 88 E. 5a.

[96] BBl 1976 II, S. 453 (Verweis auf BBl 1966 I, S. 478).

[97] SR 0.351.933.6, S. 23ff.

Taten, die nach schweizerischem Recht nicht strafbar sind[98]. Für sie entfällt nach Art. 4 Abs. 2 lit. a USV die Möglichkeit, Zwang anzuwenden. Zwangsmittel sind nur zulässig,

- wenn die Tat auf der Liste figuriert
  und
- wenn sie auch nach schweizerischer Auffassung strafbar ist[99,100].

Zu beachten ist, daß die Liste nicht unbedingt abschließend ist; Art. 4 Abs. 3 USV enthält einen generellen Vorbehalt für Taten, die dereinst von beiden Vertragsstaaten als strafwürdig empfunden werden können[101]. Eine weitergehende Bedeutung kommt Art. 4 Abs. 3 USV nicht zu[101].

Nach Art. 4 Abs. 4 USV ist die Befugnis der Zentralstelle, die ein Rechtshilfegesuch entgegennimmt, auf die Prüfung der Frage beschränkt, ob ein Straftatbestand gemäß Liste vorliegt und ob dieser nach schweizerischem Recht strafbar ist[102].

2.1.3. Die Beschränkung der Rechtshilfe auf gemeinrechtliche Delikte

Was verstehen wir unter einem gemeinrechtlichen Delikt?

Die Strafrechtstheorie unterscheidet gemeine Delikte, die von jedermann begangen werden können, von Sonderdelikten, die als Täter Personen mit bestimmten Eigenschaften voraussetzen[103].

Die Rechtshilfepraxis ist dieser Unterscheidung nicht gefolgt. Hier galten als gemeine Delikte die, welche im StGB geregelt sind, und als Sonderdelikte jene, mit denen sich die Nebengesetzgebung beschäftigt[104], wobei die Unterscheidung nach innerstaatlichen Kriterien erfolgt[105].

[98] BBl 1974 II, S. 587.

[99] BBl 1974 II, S. 587; AUBERT, SJK 67, S. 13f., AUBERT/KERNEN/SCHÖNLE, S. 322f., MARKEES, ZStR 1973, S. 258, SCHULTZ, SBV, S. 33, WICKI, S. 343.

[100] Ausnahmen vom Erfordernis der Strafbarkeit nach schweizerischem Recht:
1. Liste Nr. 26, Zuwiderhandlungen gegen die Vorschriften über gewerbsmäßige Wetten, Lotterien und Glücksspiele
2. Organisiertes Verbrechen, Art. 7 Abs. 1 USV.
Vgl. BBl 1974 II, S. 586; AUBERT, SJK 67, S. 14, AUBERT/KERNEN/SCHÖNLE, S. 323, 342f., SCHULTZ, SBV, S. 33, WICKI, S. 343.

[101] AUBERT, SJK 67, S. 14, AUBERT/KERNEN/SCHÖNLE, S. 323, WICKI, S. 343.

[102] Pra 1980 Nr. 145, S. 392 E. 5, nicht publ. BGE vom 30. 3. 1979 i. S. X gegen BAP, S. 10 E. 4a.

[103] SCHULTZ, Strafrecht, Bd. 1, S. 125.

[104] Beispielsweise stellt das Bundesgericht ständig das Steuerstrafrecht als Son-

Auch diese Grenzziehung wird neuerdings verwischt. Eine leider immer größere Zahl von Rechtshilfebegehren hat Tatbestände zum Gegenstand, die im Betäubungsmittelgesetz[106] enthalten sind; ferner gestattete das BAP die Rechtshilfeleistung für den Sachverhalt von Art. 13 lit. e UWG, den es unter Ziff. 19 und 22 der Liste zum USV subsumierte[107].

Das an sich unklare Qualifikationsmerkmal des gemeinrechtlichen Delikts ist also wenig aussagekräftig. Sein wesentlicher Inhalt besteht darin, daß bei fiskalischen, politischen und militärischen Delikten keine Rechtshilfe gewährt wird[108], ein Grundsatz, der einer international beachteten, jahrzehntealten Übung entspricht, und der auch im EÜR, USV und IRSG befolgt wird[109].

2.1.4. Der Ausschluß der Rechtshilfe bei Sonderdelikten im allgemeinen

Es ist zwar etwas ungenau, bloß von Ausschluß der Rechtshilfe zu sprechen. Denn einzelne Bestimmungen sehen nach ihrem Wortlaut nicht ein Verbot vor, sondern bloß die Möglichkeit, die Rechtshilfe zu verweigern. Es ergibt sich vorläufig das folgende Bild:

Für militärische Straftaten wird die Rechtshilfe generell ausgeschlossen[110].

derrecht dem gemeinen Strafrecht gegenüber: BGE 101 IV 57 E. 1b, 103 IV 39 E. 4, 104 IV 130 E. 2. Zur Literatur vgl. BAP, S. 10, N. 6a, AUBERT, ZStR 1971, S. 129, FREYMOND, S. 60 (Zitat BOURQUIN), KLAUSER, S. 35f., LÜSCHER, S. 64, MARKEES, Kriminalistik, S. 214. Vgl. auch den Handkommentar GERMANN zum StGB, 9. Aufl., Zürich 1972, S. 487, Bemerkung zu Art. 335 Ziff. 2 StGB.

[105] BGE 95 IV 469 E. 7, 101 Ia 604 E. 6; vgl. Art. 4 Abs. 4 USV; dazu AUBERT/KERNEN/SCHÖNLE, S. 323.

[106] SR 812.121.

[107] Vgl. Pra 1980 Nr. 145, S. 389.

[108] VEB 1957, S. 22f. E. 5b) bb); BAP, S. 10f., N. 6a, FREYMOND, S. 59f., HAUSER, ZStR 1971, S. 152, 156, KLAUSER, S. 36, LÜSCHER, S. 64, SCHÜRMANN, S. 242, SCHULTZ, SBV, S. 20.

[109] Art. 1 Abs. 2 EÜR, Art. 2 (BBl 1966 I, S. 474f.); AUBERT/KERNEN/SCHÖNLE, S. 310, HAUSER, ZStR 1967, S. 231f.
Art. 2 Abs. 1 lit. c (1), (2), (5) USV (BBl 1974 II, S. 583); AUBERT/KERNEN/SCHÖNLE, S. 318ff., AUBERT, SJK 67, S. 11.
Art. 3 Abs. 1 und 3 IRSG (BBl 1976 II, S. 453ff.); AUBERT/KERNEN/SCHÖNLE, S. 294ff.

[110] Art. 1 Abs. 2 EÜR, Art. 2 Abs. 1 lit. c (2) und (3) USV, Art. 3 Abs. 1 IRSG; vgl. im einzelnen hinten 2.1.7.

Bei politischen[111] und fiskalischen[112] Delikten sehen USV und IRSG ebenfalls ein Verbot der Hilfeleistung vor. Anders das EÜR: Nach Art. 2 lit. a *kann* die Rechtshilfe verweigert werden. Welche Bedeutung hat dieses «kann»?

Auszugehen ist von der bereits erwähnten festen Praxis, wonach in Anlehnung an das Auslieferungsrecht[113] in fiskalischen, politischen und militärischen Angelegenheiten Rechtshilfe nicht gewährt wird[114]. Ferner verweisen wir auf die Entscheidungen des Bundesgerichts, in denen bestätigt wird, daß bei Rechtshilfegesuchen nach EÜR für fiskalische Vergehen keine Rechtshilfe erfolgt[115].

Es hat sich denn auch in Rechtssprechung und Literatur die Ansicht herauskristallisiert, die Bedeutung des «kann» in Art. 2 lit. a EÜR erschöpfe sich darin, daß auch in fiskalischen und politischen Belangen Rechtshilfe geleistet werden könne, aber nur dann, wenn sie *zur Entlastung* des Beschuldigten diene[116]. Diesen Gedanken nimmt das IRSG in Art. 59 Abs. 5 auf.

Deshalb überrascht es, daß das Bundesgericht in einem unveröffentlichten Entscheid vom 22. März 1978 diese Praxis wieder in Frage gestellt hat. Nachdem es festgehalten hat, es entspreche der schweizerischen Praxis, zur Verfolgung ausländischer Fiskaldelikte allgemein keine Rechtshilfe zu leisten, führt es aus:

> «Macht die Schweiz von dieser vorbehaltenen Möglichkeit [nämlich: zu verlangen, daß Auskünfte nicht für die Verfolgung eines Fiskaldeliktes verwendet werden] keinen Gebrauch, so dürfte der Betroffene kaum geltend machen können, er sei dadurch in einer gesetzlich oder staatsvertraglich geschützten Rechtsstellung tangiert»[117].

Was ist dazu zu sagen? Zunächst erinnern wir an unsere Ausführungen zur analogen Anwendung der auslieferungsrecht-

[111] Art. 2 lit. a EÜR, Art. 2 Abs. 1 lit. c (1) USV mit den Ausnahmen gemäß Art. 2 Abs. 2 USV (organized crime); Art. 2 lit. b IRSG in Verbindung mit Art. 3 Abs. 1 IRSG und der Ausnahme nach Art. 3 Abs. 2 IRSG (Genocid); vgl. im einzelnen hinten 2.1.6.

[112] Art. 2 lit. a EÜR, Art. 2 Abs. 1 lit. c USV mit den Ausnahmen gemäß Art. 2 Abs. 2 USV (organized crime); Art. 3 Abs. 3 IRSG. Nach der Beratung im Nationalrat vom 1. Dezember 1980 sieht diese Bestimmung nun definitiv eine Rechtshilfepflicht bei Abgabebetrug vor. Vgl. im einzelnen hinten 2.1.5.

[113] Art. 10 und Art. 11 AuslG, Art. 3–5 EAuslÜ.

[114] Vorne 2.1.3. mit Anm. 106.

[115] BGE 98 Ia 89 E. 5a, Pra 1977 Nr. 166, S. 408 E. 5, BGE 104 Ia 53 E. 4a.

[116] VPB 1976, S. 96 E. 4, BBl 1966 I, S. 475; AUBERT, ZStR 1971, S. 129, AUBERT/KERNEN/SCHÖNLE, S. 310, BURKHARD, ZStR 1976, S. 299, HAUSER, ZStR 1967, S. 232, ZStR 1971, S. 152, MARKEES, Kriminalistik, S. 214.

[117] Nicht publ. BGE vom 22. 3. 1978 i. S. X gegen Kanton ZH, S. 12 E. 5b.

lichen Grundsätze[118] und zum Gewohnheitsrecht[119]. Es wäre ernsthafter Prüfung wert, ob sich die Praxis, daß Rechtshilfe in Fiskalsachen nur zur Entlastung des Beschuldigten gewährt wird, nicht zu einem Grundsatz des Gewohnheitsrechts verdichtet hat[120].

Unseres Erachtens spricht alles dafür. Ausschlaggebend dürfte aber sein, daß es völlig unverständlich wäre, wenn zum EÜR eine Praxis herangebildet würde, welche der im USV und IRSG vorgeschriebenen Regelung widerspricht.

Wir gehen daher davon aus, daß bei fiskalischen, politischen und militärischen Delikten die Rechtshilfe ausgeschlossen ist. Was das genau bedeutet, wird im folgenden für die drei Kategorien gesondert untersucht.

2.1.5. Der Ausschluß der Rechtshilfe bei Fiskaldelikten

Wie bereits erwähnt, hat die Schweiz seit jeher die Rechtshilfe in fiskalischen Sachen abgelehnt[121] und diesen Grundsatz auch in das EÜR, den USV und das IRSG eingebaut[122]. Festgehalten zu werden verdient, daß diese Restriktion nicht einer schweizerischen Verbohrtheit entspringt; wie die Botschaft zur Revision des Bankengesetzes von 1970 mit Recht festhält, zeigt die Tatsache, daß das EÜR die Verweigerung der Rechtshilfe in Fiskalsachen vorsieht, «daß die schweizerische Auffassung in Europa

[118] Vorne 1.5.5.

[119] Vorne 1.5.6.

[120] Die Zulässigkeit einer Praxisänderung wäre auch nach dem Grundsatz von Treu und Glauben, der auch im Verfassungs- und Verwaltungsrecht gilt, und nach dem Gebot der Rechtssicherheit (BV 4) zu prüfen. Eine Praxisänderung ist mit Treu und Glauben nur vereinbar, wenn ernsthafte sachliche Gründe dafür sprechen und wenn die neue Praxis sofort und allgemein anwendbar ist. Im übrigen darf der Bürger erwarten, daß sich die Behörde an eine einmal eingeschlagene Praxis hält. Allerdings räumt das Bundesgericht einen Vertrauensschutz nur im Einzelfall ein, wenn die Behörde dem Betroffenen eine Zusicherung oder dergl. abgegeben hat. BGE 99 Ib 101 E.4, 102 Ib 46f., 67 E.2a, 103 Ib 201f. E.4, 104 Ib 162 E.4, 237 E.4, 303 E.5b. KATHARINA SAMELI, Treu und Glauben im öffentlichen Recht, ZSR 1977 II, S.289, FLEINER, S.130, N.16/48 und 16/50, GRISEL, S.187f., KNAPP, S.55, N.231, SCHWARZENBACH, S.99f.

[121] VEB 1957, S.22f. E.5b) bb), VPB 1976, S.96 E.4, BGE 74 IV 104, 90 IV 53 E.2, 104 Ia 53 E.4a, BBl 1966 I, S.475, 1970 I, S.1163, 1974 II, S.583, 1976 II, S.447, 453f.; aus der Literatur AUBERT/KERNEN/SCHÖNLE, S.294f., BURKHARD, ZStR 1976, S.299, HAUSER, ZStR 1967, S.232, ZStR 1971, S.152, 156, KLAUSER, S.36ff., MARKEES, Kriminalistik, S.214, ZStR 1976, S.187f., SCHULTZ, SBV, S.20f.; vgl. Art.11 AuslG, Art.5 EAuslÜ.

[122] Vorne 2.1.4.; vgl. auch die kantonale Gesetzgebung, z.B. Art. 116 ZH GVG.

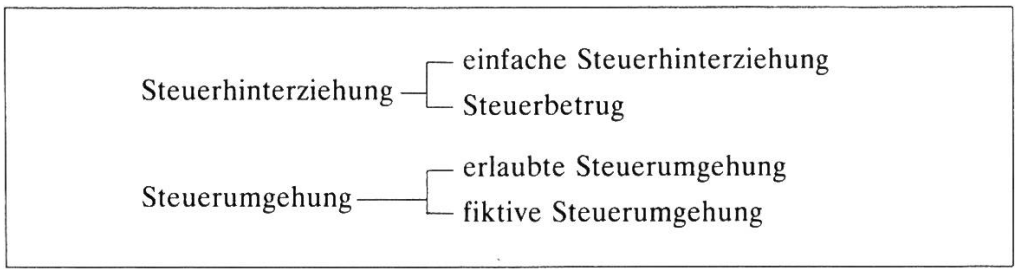
auch heute noch die herrschende ist»[123].

Aus einer auf Seiten der USA bestehenden besonderen Situation heraus[124] mußte der Grundsatz im USV teilweise aufgegeben werden. Die Botschaft betont aber, es handle sich um eine Ausnahme, die nicht als ein Schritt in Richtung der Preisgabe des Grundsatzes der Nichtleistung von Rechtshilfe in Steuersachen bewertet werden darf[125].

In der Rechtshilfeliteratur hat sich die Trilogie «fiskalische, militärische und politische Delikte» eingebürgert. Dabei wird der Ausdruck «fiskalische Delikte» ordentlich strapaziert. Wir unterscheiden in der Folge zwischen Steuerdelikten und Delikten währungs- und handelspolitischer Natur.

2.1.5.1. Die Steuerdelikte[126]

Im Gebiet der Steuerdelikte herrscht im innerschweizerischen wie im internationalen Bereich eine große terminologische Unsicherheit[127]. Für die Zwecke dieser Arbeit unterscheiden wir folgendes:



Wir können es uns ersparen, der Vielfalt der Steuern in Bund und Kantonen und der ihnen zugehörigen Steuerstrafverfahren nachzuspüren. Im Hinblick auf die Frage der allfälligen Rechtshilfe in Fiskalsachen genügt es, die Grundzüge festzuhalten.

[123] BBl 1970 I, S. 1163. Handfestere Begründungen fehlen nicht. Die Botschaft zum USV sagt mit der Kürze, welche sie ohnehin auszeichnet, der Ausschluß entspreche einem Grundprinzip unseres Rechts (BBl 1974 II, S. 583); beim IRSG heißt es, der Ausschluß entspreche (noch) der Einstellung der schweizerischen Öffentlichkeit. Falsch ist die Behauptung des Bundesgerichtes in BGE 104 Ia 53 E. 4a, wonach ein Zusammenhang mit dem Bankgeheimnis bestehe.

[124] Der Kampf gegen das organisierte Verbrechen kann oft nur auf dem (Um-)weg über die Verfolgung von Fiskaldelikten geführt werden. AUBERT/KERNEN/SCHÖNLE, S. 344, AUBERT, SJK 67, S. 25, MARKEES, ZStR 1978, S. 127f., SCHULTZ, SBV, S. 47, WICKI, S. 346f.

[125] BBl 1974 II, S. 586.

[126] Dazu im einzelnen AUBERT/KERNEN/SCHÖNLE, S. 137ff.

[127] AUBERT/KERNEN/SCHÖNLE, S. 295, ZUPPINGER, S. 35 Spalte 1.

Die *einfache Steuerhinterziehung* wird in der Schweiz im allgemeinen als Delikt behandelt, das im Steuerstrafverfahren verfolgt wird. Steuerhinterziehung bedeutet ungenügende Versteuerung auf Grund inhaltlich unwahrer Angaben oder Verletzung von Verfahrenspflichten[128]. Im Steuerstrafverfahren als Verwaltungsverfahren sind die Möglichkeiten zur Ausübung von Zwang verhältnismäßig beschränkt; im besonderen wird das Bankgeheimnis gewahrt. Dem Strafverfahren wegen Steuerhinterziehung fehlt der gemeinrechtliche Charakter. Es wird vom Ausschluß der Rechtshilfe erfaßt.

Beim *Steuerbetrug* als qualifizierter Steuerhinterziehung führt der Steuerpflichtige den Fiskus unter Verwendung von Täuschungsmitteln, in der Regel von falschen Urkunden, hinters Licht[129].

Das Bundesgericht hat stets den Standpunkt eingenommen, daß nur ein Täuschungsmittel, das *ausschließlich* für das Steuerverfahren bestimmt war, die Anwendung von Normen des StGB ausschließe; dabei ist bei Verwendung einer falschen Urkunde deren objektive Bestimmung entscheidend, nicht das Motiv des Täters[130]. Das Bundesgericht hat außerdem klar gemacht, daß es den Begriff der Urkunde weit zu fassen gewillt ist[131]. Es kann daher fast als Regel bezeichnet werden, daß der Steuerbetrug auch das gemeinrechtliche Delikt der Urkundenfälschung erfüllt. Wo dieser Sachverhalt in einem ausländischen Steuerverfahren vorliegt, wird deshalb für die Verfolgung der Urkundenfälschung Rechtshilfe gewährt[132,133].

Doch mehr als das. Das Bundesgericht hat in seinem umstrittenen Entscheid vom 23. Dezember 1970 zu Recht festgestellt,

[128] HÖHN, S. 46, ZUPPINGER, S. 35 Spalte 1.

[129] AUBERT/KERNEN/SCHÖNLE, S. 147, HÖHN, S. 46, KLAUSER, S. 6, LÜSCHER, S. 32, ZUPPINGER, S. 35 Spalte 1.

[130] BGE 103 IV 39 E. 4, 106 IV 39 E. 1. Die Urkundenqualität i. S. von Art. 251 StGB wurde bejaht in BGE 84 IV 167 (Vertrag über Grundstückkauf), 91 IV 191 f. (kaufmännische Buchhaltung), 101 IV 57 E. 1 b (Bestandteile der Buchhaltung), 103 IV 39 E. 4 (private Buchhaltung), 106 IV 39 E. 1 (Urkunde, die zu Steuerzwecken gefälscht wurde, aber auch zu anderen Zwecken verwendbar war); verneint in den wohl überholten Entscheiden 81 IV 167 (Lohnausweis), 92 IV 45 ff. E. 2 (Urkunde, die nur zum Zwecke der Steuerhinterziehung angefertigt wurde). AUBERT/KERNEN/SCHÖNLE, S. 148, AUBERT, ZStR 1971, S. 119.

[131] BGE 103 IV 39 f. E. 4.

[132] Hinsichtlich der Verfolgung des Steuerdeliktes vgl. unten 2.2.

[133] Die bundesgerichtliche Rechtssprechung zur Falschbeurkundung entbehrt der Einheitlichkeit. Die im Kontext dargestellte Tendenz scheint sich aber durchzusetzen. Vgl. die Kritik bei STRATENWERTH, Bd. 2, S. 186 ff.

daß die Kantone den Steuerbetrug einem gemeinrechtlichen Delikt gleichstellen und im ordentlichen Strafverfahren verfolgen können[134]. In verschiedenen Kantonen ist das denn auch geschehen, so in Zürich, Genf und Basel[135]. Wo dieser Sachverhalt vorliegt, besteht auch eine Auskunftspflicht im Rechtshilfeverfahren. Es entspricht daher einer konsequenten Entwicklung, wenn das IRSG nun generell eine Auskunftspflicht bei Steuerbetrug vorsieht[136].

Immerhin sei auf die Qualifikationsprobleme hingewiesen, die sich im internationalen Bereich stellen. Eine einheitliche Umschreibung des Tatbestandes der Steuerhinterziehung hat sich bisher nicht erreichen lassen[137].

Bei der *Steuerumgehung* haben wir es nicht mit einem Straftatbestand zu tun, sondern mit einem wirtschaftlichen Sachverhalt. Die Steuerumgehung ist an sich erlaubt; einem Steuerpflichtigen kann nicht verwehrt sein, sein Steuersubstrat ganz oder teilweise in eine günstigere Steuerhoheit zu verlagern[138]. Diese Verlagerung muß indessen effektiv sein. Bei einer bloß fiktiven Verlagerung erfolgt die Besteuerung nach der sogenannten wirtschaftlichen Betrachtungsweise[139]. Auch diesem Vorgang fehlt der strafrechtliche Charakter.

Die Ablehnung der Rechtshilfe für Fiskaldelikte stößt immer wieder auf Kritik[140]. Die Kritik ist in der Regel etwas undifferenziert. Sie übersieht zwei wesentliche Punkte:

- Rechtshilfe im Steuerveranlagungs- und -hinterziehungsverfahren würde bedeuten, daß der ausländische Fiskus mehr Auskünfte erhält, als der inländische Fiskus erheben kann[141].
- Die angestrebte Milderung des Rechtshilfeausschlusses beim

[134] BGE 96 I 749.

[135] Art. 192 ZH StG, Art. 34 GE StG, Art. 34 BS StG. Die StPO dieser Kantone sehen kein Zeugnisverweigerungsrecht der Banken vor. AUBERT/KERNEN/SCHÖNLE, S. 146ff., HÖHN, S. 49, insbes. Anm. 31–35, LÜSCHER, S. 32f., SCHWAGER, S. 117f.

[136] Art. 3 Abs. 3 IRSG in der vom Nationalrat übernommenen Fassung des Ständerates. Glücklicherweise ist darin der unnötige Hinweis auf die Urkundendelikte (die, soweit sie einen Straftatbestand des StGB erfüllen, ohnehin die Rechtshilfeleistung zulassen) aufgegeben worden.

[137] ZUPPINGER, S. 35 Spalte 1; vgl. AUBERT, ZStR 1971, S. 136, KLAUSER, S. 36.

[138] ZUPPINGER, S. 35 Spalte 1 und 2.

[139] BGE 99 Ib 375 E. 3a, 102 Ib 155 E. 3b; ZUPPINGER, S. 35 Spalte 1, S. 36 Spalte 4.

[140] Vgl. die Hinweise in BBl 1976 II, S. 453f.; ferner KLAUSER, S. 53f.

[141] AUBERT/KERNEN/SCHÖNLE, S. 295, KLAUSER, S. 53, ZUPPINGER, S. 35 Spalte 2.

Steuerbetrug[142] ist faktisch bereits weitgehend verwirklicht.

Der Ausschluß der Rechtshilfe bei Steuerdelikten gilt grundsätzlich für den USV; doch ist eine Ausnahme vorgesehen für die Bekämpfung des organisierten Verbrechens[143].

Eine (allerdings noch umstrittene) Ausnahme sieht auch Art. 3 Abs. 3 IRSG vor: Rechtshilfe kann erteilt werden, «wenn die Ablehnung wesentliche Interessen der Schweiz erheblich beeinträchtigen kann». Was das im einzelnen bedeuten soll, ist nicht zu ermitteln; die Botschaft gibt keinen relevanten Aufschluß[144]. Einzelne Autoren befürchten, wohl zu Recht, diese Bestimmung würde eine Einladung an das Ausland darstellen, Druck auf die Schweiz auszuüben[145]. Es ist zu hoffen, daß sie gestrichen wird.

2.1.5.2. Die Delikte währungs-, handels- und wirtschaftspolitischer Natur

Wenn früher mit einigem Recht gesagt werden konnte, bei dieser Deliktsgruppe fehle es an der Voraussetzung der beidseitigen Strafbarkeit[146], so müssen wir heute feststellen, daß das nicht mehr zutrifft. Seit die monetären Notmaßnahmen der Siebzigerjahre ins ordentliche Recht übergeführt wurden[147], hat die Schweiz ein eigentliches Devisenrecht[148], das auch mit Strafbestimmungen versehen ist[149].

Das Bundesgericht hat den (nicht unwidersprochen gebliebenen[150]) Standpunkt eingenommen, die Beachtung ausländischer Devisenvorschriften verstoße gegen den ordre public[151]. In

[142] AUBERT/KERNEN/SCHÖNLE, S. 294, KLAUSER, S. 53f., SCHMID, S. 86, SCHULTZ, SBV, S. 21.

[143] Art. 2 Abs. 2 USV in Verbindung mit Art. 7 Abs. 2 USV; dazu AUBERT/KERNEN/SCHÖNLE, S. 342ff., AUBERT, SJK 67, S. 22ff., MARKEES, ZStR 1978, S. 121ff., SCHULTZ, SBV, S. 46ff., WICKI, S. 346f.

[144] BBl 1976 II, S. 454.

[145] AUBERT/KERNEN/SCHÖNLE, S. 295, 309, ZUPPINGER, S. 35 Spalte 3.

[146] MARKEES, Kriminalistik, S. 214, HAUSER, ZStR 1971, S. 152, SCHWAGER, S. 137.

[147] BG über die Schweizerische Nationalbank, vom 23. 12. 1953 (SR 951.11), Art. 14ff.

[148] Gleich KLAUSER, S. 38ff.

[149] Art. 65 lit. a Nationalbank-Gesetz, vgl. Anm. 147 oben.

[150] Kritik bei KLAUSER, S. 38f., NOBEL, S. 468, VISCHER, S. 536f. Die Kritik VISCHERS bezieht sich allerdings ausgesprochen auf die zivilrechtliche Seite des Problems und ist für die zwischenstaatliche Rechtshilfe kaum von Bedeutung.

[151] BGE 60 II 311 E. 5a, 64 II 98 E. 5, 105 E. 9, 65 I 51, 334, 95 II 114f. E. 3c; gl. M. AUBERT, ZStR 1971, S. 131, AUBERT/KERNEN/SCHÖNLE, S. 310, FREYMOND, S. 61.

Übereinstimmung damit wird in der Botschaft zum EÜR ausgeführt, der Vorbehalt der öffentlichen Ordnung in Art. 2 lit. b erfasse auch Devisenstrafsachen[152].

Eine überzeugendere Argumentation liefert die Botschaft zum IRSG. In Art. 3 Abs. 3 IRSG wird die Rechtshilfe ausgeschlossen bei Verletzung von währungs-, handels- oder wirtschaftspolitischen Maßnahmen[153]. Denn «mit der Durchführung von Strafverfahren wegen Verstößen gegen solche Vorschriften kämpft der verfolgende Staat nicht so sehr gegen die Kriminalität als vielmehr dagegen, daß seine Politik durchkreuzt wird»[154]. Es fehlt diesen Delikten also, wie MARKEES schon 1959 festgestellt hat, jeder gemeinrechtlich kriminelle Charakter[155]. Das führt zum Ausschluß der Rechtshilfe.

In diesem Zusammenhang kann beigefügt werden, daß die von KLAUSER[156] in recht bunten Farben gemalten Zustände im internationalen Devisenverkehr durch den Abschluß der Sorgfaltspflichtvereinbarung unter Kontrolle gebracht worden sind[157].

Zum USV ist zu präzisieren, daß die Lage dieselbe ist wie bei den Steuerdelikten: Nach Art. 2 Abs. 1 lit. c (5) USV grundsätzlich Ausschluß der Rechtshilfe, aber nach Art. 2 Abs. 2 USV Ausnahme für das organisierte Verbrechen[158].

2.1.6. Der Ausschluß der Rechtshilfe bei politischen Delikten

Hier schlagen die Wellen weniger hoch als bei den fiskalischen Delikten. Es besteht Einmütigkeit darüber, daß keine Rechtshilfe gewährt wird; zur Begründung wird fast nur angeführt, das

[152] BBl 1966 I, S. 475 f.; vgl. BURKHARD, ZStR 1976, S. 299, HAUSER, ZStR 1967, S. 233.

[153] Dieser Tatbestand scheint in den Räten beibehalten zu werden. Zum 2. Satz von Art. 3 Abs. 3 IRSG vgl. vorne 2.1.5.1. am Ende.

[154] BBl 1976 II, S. 455; gl. M. AUBERT/KERNEN/SCHÖNLE, S. 297, LÜSCHER, S. 64; a. A. KLAUSER, S. 39, der in Anm. 223a dem Bundesrat mangelnde Einsicht in das internationale Währungsgeschehen vorwirft, vgl. auch S. 54 und 56. Seine auf einer globalen Schau beruhende Ansicht wird aber erschüttert, wenn man so diesseitsbezogene Entscheide wie etwa den des obersten Gerichtshofes in Wien vom 6. 4. 1976 (publ. in SJZ 1978, S. 241 ff.) zur Kenntnis nehmen muß.

[155] MARKEES, Kriminalistik, S. 214.

[156] KLAUSER, S. 40.

[157] Vereinbarung über die Sorgfaltspflicht bei der Entgegennahme von Geldern und die Handhabung des Bankgeheimnisses vom 1. 7./9. 12. 1977; vgl. NOBEL, S. 62 ff.

[158] Vorne 2.1.5.1. am Ende.

sei schon immer so gewesen[159]. Einzig FREYMOND zitiert ein offenbar altes Zitat, das auf die Wandelbarkeit der Auffassungen je nach den Umständen hinweist[160]. Selbstverständlich fußt auch diese Praxis auf dem Auslieferungsrecht[161].

Ob ein politisches Delikt vorliegt, beurteilt sich nach schweizerischer Auffassung[162]. Der Begriff umfaßt nicht nur rein politische Delikte, d.h. Straftaten, die gegen die politische und gesellschaftliche Ordnung eines Staates gerichtet sind, sondern auch relativ politische Delikte. Diese erfüllen an sich den Tatbestand eines gemeinrechtlichen Delikts; aber wegen der Umstände, unter denen sie begangen wurden, vor allem wegen der Motive des Täters, kommt ihnen ein überwiegend politischer Charakter zu[163].

Art. 3 Abs. 2 IRSG bringt eine wünschenswerte Klarstellung: Das Genocid verdient keine Privilegierung[164].

2.1.7. Der Ausschluß der Rechtshilfe bei militärischen Delikten

Nach Art. 8 StGB unterstehen die militärischen Delikte dem militärischen Sonderstrafrecht. Auch hier besteht unter Hinweis auf die vom Auslieferungsrecht[165] übernommene Praxis kein Zweifel, daß keine gemeinrechtlichen Delikte vorliegen und deshalb die Rechtshilfe ausgeschlossen ist[166].

Immerhin bestehen gewisse Unterschiede. Art. 1 Abs. 2 EÜR schließt *rein* militärische Straftaten aus[167], Art. 2 Abs. 1 lit. c (2) und (3) USV meint wohl dasselbe. Art. 3 Abs. 1 IRSG bringt eine Ausweitung auf militärdienstähnliche Dienstleistungspflichten; es wird den neueren Entwicklungen in diesem Gebiet (Zivilschutz und ähnliches) in sinnvoller Weise Rechnung getragen[168, 169].

[159] VEB 1957, S. 22f. E. 5b) bb), BBl 1966 I, S. 475, 1974 II, S. 583; MARKEES, Kriminalistik, S. 214, HAUSER, ZStR 1971, S. 152.
[160] FREYMOND, S. 260, auch zitiert bei AUBERT/KERNEN/SCHÖNLE, S. 297.
[161] Art. 10 AuslG, Art. 3 EAuslÜ; vgl. allgemein die Zürcher Diss. von PETER FELCHLIN, Das politische Delikt, Zürich 1979.
[162] BGE 95 IV 469 E. 7, 101 Ia 604 E. 6, BBl 1966 I, S. 475.
[163] BGE 101 Ia 64 E. 5, 425f. E. 6b, 539f. E. 7a, 605f. E. 7.
[164] AUBERT/KERNEN/SCHÖNLE, S. 296.
[165] Art. 11 AuslG, Art. 4 EAuslÜ.
[166] VEB 1957, S. 22f. E. 5b) bb), BBl 1966 I, S. 474, 1974 II, S. 583, 1976 II, S. 452f. (Hinweis auf BBl 1966 I, S. 474); HAUSER, ZStR 1967, S. 231, 1971, S. 152, MARKEES, Kriminalistik, S. 214, SCHULTZ, SBV, S. 20.
[167] So die Botschaft in BBl 1966 I, S. 474.
[168] BBl 1976 II, S. 479.

2.1.8. Weitere Ausschlußtatbestände?

Die Botschaften zum EÜR und zum IRSG diskutieren die Frage, ob weitere Tatbestände, die zur Verweigerung der Rechtshilfe führen, zu erwähnen seien. In einigen Auslieferungsverträgen wurden Pressedelikte von der Rechtshilfe ausgenommen. Zu Recht läßt das EÜR diese Ausnahme fallen, da der einzige sachlich berechtigte Ablehnungsgrund in Äußerungen politischer Natur zu sehen ist, die unter die politischen Tatbestände subsumiert werden können[170]. Auch die Beschränkungen der Ein-, Aus- und Durchfuhr von Waren verdienten keinen Ausnahmetatbestand. Denn entweder handelt es sich dabei um protektionistische Maßnahmen, deren Verletzung ohnehin keinen Anspruch auf Rechtshilfe vermittelt[171]; oder es liegen sog. Bannbruchsachen vor (zum Beispiel Rauschgifttransport), wo die Rechtshilfe erwünscht und auf Grund besonderer Staatsverträge vereinbart ist[172].

Beim IRSG wurde die Erwähnung des Kartell- und Antitrustrechts abgelehnt. Dem ersten fehle es an Strafbestimmungen; das andere habe zudem wirtschaftspolitischen Charakter, so daß nach Art. 3 Abs. 3 IRSG die Rechtshilfe ohnehin nicht geleistet werde[173]. Daß dann in Art. 2 Abs. 1 lit. c (4) USV die Kartell- und Antitrustgesetze doch ausdrücklich genannt sind, hat seinen Grund wohl in der kasuistischen Gesetzgebungsmethode der angelsächsischen Länder. Im übrigen kann uns dieser ausdrückliche Ausschluß der Kartell- und Antitrusttatbestände nur willkommen sein, wenn man sich die Tendenz der USA vergegenwärtigt, den territorialen Anwendungsbereich ihres Antitrustrechtes über die Landesgrenzen hinaus auszudehnen[174].

Das Vorliegen weiterer Ausschlußtatbestände kann daher verneint werden.

2.2. Spezialität

2.2.1. Definition

Spezialität bedeutet, daß die von der Schweiz erhobenen Auskünfte im ersuchenden Staat ausschließlich für die Abklärung

[169] Zum Begriff des militärischen Delikts BGE 77 I 61 E. 1, 87 I 138 E. 2.
[170] BBl 1966 I, S. 476.
[171] Vorne 2.1.5.2.
[172] BBl 1966 I, S. 477.
[173] BBl 1976 II, S. 455; AUBERT/KERNEN/SCHÖNLE, S. 297f.
[174] Dazu TERCIER, S. 341.

und Beurteilung jener strafbaren Handlungen verwendet werden dürfen, für welche Rechtshilfe bewilligt wurde[175]. Oder umgekehrt gesagt: die Auskünfte dürfen nicht verwendet werden, um jemanden für andere strafbare Handlungen zu verfolgen als für jene, für welche Rechtshilfe geleistet wurde.

Der Grundsatz der Spezialität hängt eng mit dem Prinzip der beidseitigen Strafbarkeit zusammen. Die Spezialität bedeutet denn in der Praxis auch in erster Linie, daß Auskünfte nicht zur Verfolgung fiskalischer Taten verwendet werden dürfen[176].

2.2.2. Spezialität nach EÜR, USV und IRSG

Anderen Staaten ist dieser Grundsatz unbekannt[177]; in der Schweiz jedoch gilt er als selbstverständliche Voraussetzung der Rechtshilfe[178]. Dementsprechend hat die Schweiz einen Vorbehalt zum EÜR gemacht und die Spezialität in den USV und in das IRSG eingebaut. Die einzelnen Bestimmungen weichen inhaltlich voneinander ab.

Der Vorbehalt zu Art. 2 lit. b EÜR[179] erwähnt lediglich ein *Recht* der Schweiz, in besonderen Fällen die Spezialität vorzubehalten. Diese vorsichtige Formulierung paßt schlecht zum Text der begleitenden Botschaft, in welchem ein Verzicht auf den Grundsatz der Spezialität vorbehaltlos ausgeschlossen wird[180]. Nach der schweizerischen Rechtsauffassung, wie sie sich aus Rechtssprechung und Literatur ergibt, muß aber angenommen werden, daß die Beachtung der Spezialität ausnahmslos verlangt und vorausgesetzt wird.

Art. 5 Abs. 1 USV formuliert das Prinzip klar und eindeutig. Ausnahmen sind in Abs. 2 vorgesehen. Eine Verwässerung enthält Abs. 1 lit. b, wie aus dem den USV begleitenden Briefwech-

[175] BBl 1976 II, S. 447f.; AUBERT, ZStR 1971, S. 129, AUBERT/KERNEN/SCHÖNLE, S. 306f., 311, FREYMOND, S. 61f., HAUSER, ZStR 1971, S. 153, KLAUSER, S. 40, LÜSCHER, S. 64, MARKEES, ZStR 1973, S. 245, SCHULTZ, SBV, S. 21; vgl. Art. 7, Art. 11 Abs. 2 AuslG, Art. 14 EAuslÜ.

[176] AUBERT/KERNEN/SCHÖNLE, S. 306f., SCHULTZ, SBV, S. 21.

[177] BBl 1974 II, S. 583; MARKEES, ZStR 1973, S. 245, SCHULTZ, SBV, S. 21.

[178] Nach Ansicht des Bundesrates gilt die Spezialität selbst dann als Vertragsinhalt, wenn sie nicht ausdrücklich vereinbart wurde, VEB 1957, S. 30 E. 6d. BGE 104 Ia 58 E. 5b spricht von einer «staatsvertraglichen, allgemein anerkannten Regel», was in dieser allgemeinen Form kaum zutrifft, vgl. Anm. 177 oben.

[179] AUBERT/KERNEN/SCHÖNLE, S. 311.

[180] BBl 1966 I, S. 482.

sel hervorgeht[181]: Nach lit. B des zweiten Briefes vom 25. Mai 1973[182] dürfen auf Grund von Hinweisen, die sich aus den gelieferten Auskünften ergeben, weitere Ermittlungen in einem Strafverfahren vorgenommen werden, sofern die Rechtshilfe nicht geradezu ausgeschlossen ist[183]. Im Vergleich zum EÜR bedeutet das eine Relativierung des Spezialitätsvorbehaltes.

Das IRSG berücksichtigt die Erfahrungen, «die zu den im Rechtshilfevertrag mit den USA erforderlich gewordenen Präzisierungen geführt haben»[184]. Art. 64 IRSG verbietet die spezialitätswidrige Verwendung von Auskünften, räumt aber dem BAP die Befugnis ein, Ausnahmen zu bewilligen. Über die Umstände, die eine Ausnahme rechtfertigen, ist nichts gesagt. Aufgrund des erwähnten Zitates aus der Botschaft kann man annehmen, daß sich das BAP an die Umschreibung in Art. 5 Abs. 2 USV halten soll.

2.2.3. Formelle Anforderungen

In formeller Hinsicht ist festzustellen, daß es nicht nötig ist, eine Erklärung der ersuchenden Behörde einzuholen, sie werde sich an die Spezialität halten[185]; zwar erfolgt eine solche Erklärung manchmal freiwillig[186], doch reicht es aus schweizerischer Sicht, wenn die Rechtshilfe leistende Behörde bei der Auskunftserteilung den Vorbehalt anbringt[187]. Gemäß BAP wird der Vorbehalt in der Praxis immer dann gemacht, wenn vom Bankgeheimnis erfaßte Auskünfte erteilt werden[188]. Beizufügen ist, daß nicht allein das BAP für die Beobachtung dieser Einschränkung verantwortlich ist; bei jenen Staaten, mit denen die Schweiz staatsvertraglich den unmittelbaren Geschäftsverkehr zwischen Justizbehörden vereinbart hat, entfällt die Kontrolle des BAP, und die Pflicht, den Vorbehalt anzubringen, liegt bei der kantonalen Behörde[189].

[181] Nach BBl 1974 II, S. 587, ist der Briefwechsel Bestandteil des Vertrags, bindet aber ein Gericht bei der Auslegung nicht.
[182] SR 0.351.933.6, S. 29.
[183] Ausschlußgründe: Art. 2 Abs. 1 lit. c USV; vgl. AUBERT, SJK 67, S. 15, WICKI, S. 344.
[184] BBl 1976 II, S. 465.
[185] BGE 104 Ia 57ff. E. 5b.
[186] z. B. BGE 95 I 441, 98 Ia 227.
[187] BGE 104 Ia 59 E. 5b. Bei Rechtshilfegesuchen der USA entfällt die Notwendigkeit, den Spezialitätsvorbehalt in jedem einzelnen Fall anzubringen, auf Grund von Art. 5 USV. BAP, S. 12, N. 6b.
[188] BAP, S. 12, N. 6b.
[189] Vgl. MARKEES, ZStR 1973, S. 248.

2.2.4. Inhalt

Inhaltlich bedeutet der Spezialitätsvorbehalt ein Beweisverwertungsverbot[190]. In welchem Umfang besteht dieses? Nach dem Vorbehalt zu Art. 2 lit. b EÜR dürfen Auskünfte «ausschließlich für die Aufklärung und Beurteilung derjenigen strafbaren Handlungen verwendet werden ... , für die die Rechtshilfe bewilligt wird». Diese Formulierung ist hart, aber eindeutig; und es ist nicht recht verständlich, was das Bundesgericht damit meint, wenn es andeutet, es lasse sich nicht ausschließen, daß Auskünfte auch in einem ausländischen Steuerstrafverfahren zu größerer Klarheit verhelfen können, «ohne daß die in der Schweiz erhobenen Beweismittel als solche beigezogen werden»[191]. Entgegen dem Wortlaut des EÜR-Vorbehaltes rückt das Bundesgericht damit in die Richtung ab, die der USV und das IRSG einschlagen. Zwar tönt Art. 5 Abs. 1 USV ähnlich apodiktisch; Abs. 2 läßt aber im weitesten Maß die Verwendung der Auskünfte in anderen Verfahren zu, sofern es sich um die Verfolgung von Delikten handelt, die ebenfalls Anspruch auf Rechtshilfe gegeben hätten[192]. MARKEES[193] ist darin beizupflichten, daß diese Lösung dem Sinn und Zweck der Rechtshilfe entspricht. Dieselbe Regelung nimmt denn auch das IRSG in Art. 64 Abs. 1 auf. Ein leises Unbehagen verbleibt dennoch im Hinblick auf die relativ große Unkontrollierbarkeit der Verwendung von Auskünften im ausländischen Staat, die damit herbeigeführt wird.

Vertragskonforme Verwendung von Auskünften setzt allerdings stillschweigend voraus, daß die ersuchende Behörde die Kontrolle über die gelieferten Auskünfte behält. Das ist aber nicht immer der Fall; in einzelnen Ländern ist das Verfahren geradezu hemmungslos öffentlich. Daher ist zu bedauern, daß der Bundesrat die Ansicht, dieser Umstand gestatte die Auferlegung zusätzlicher Bedingungen[194], rundweg abgelehnt hat mit der Begründung, auch in der Schweiz sei das Gerichtsverfahren öffentlich[195].

[190] Nicht publ. Entscheid des Bundesrates vom 3.9.1980 i.S. X gegen EJPD, S. 12 E. 3c; BAP, S. 12, N. 6b.

[191] BGE 103 Ia 214 E. 7 am Ende.

[192] AUBERT/KERNEN/SCHÖNLE, S. 324, SCHULTZ, SBV, S. 33f.

[193] MARKEES, ZStR 1973, S. 246f.

[194] Zur Möglichkeit, Rechtshilfe unter zusätzlichen Bedingungen zu gewähren, vgl. EÜR-Vorbehalt zu Art. 2 lit. b sowie die in BGE 104 Ia 52 zitierte Bemerkung zum Zusatzvertrag mit Deutschland (SR 0.351.913.61, S. 8); Art. 3 Abs. 2 USV in Verbindung mit Art. 4 lit. b und Art. 20 Abs. 3 USG; dazu AUBERT/KERNEN/SCHÖNLE, S. 321f.; Art. 63 Abs. 2 Satz 2 IRSG.

[195] Entscheid des Bundesrates vom 3.9.1980 i.S. X gegen EJPD, S. 11f. E. 3c.

Der Bundesrat verkennt zweierlei. Er übersieht zunächst den Unterschied zwischen Öffentlichkeit des Verfahrens[196] und Öffentlichkeit der Akten[197]: Zutritt zum Gerichtssaal verschafft kein Akteneinsichtsrecht. Sodann wird vernachlässigt, daß im Hinblick auf das unbeschränkte Akteneinsichtsrecht der Öffentlichkeit, das sich in den USA herangebildet hat[198], der USV ausdrückliche Sonderbestimmungen enthält (die allerdings angesichts der Rechtslage in den USA etwas zwielichtig ausgefallen sind)[199]. Unsere Behörden müssen es sich deshalb nochmals überlegen, ob nicht ganz allgemein unter dem Gesichtspunkt der Spezialität weitergehende Verwendungsbeschränkungen mindestens von Auskünften, die von Geheimnisträgern geliefert wurden, verlangt werden dürften und müßten.

Nach dem Wortlaut des Vorbehaltes zu Art. 2 lit. b EÜR, von Art. 5 USV und von Art. 64 IRSG ist zu schließen, daß der Spezialitätsvorbehalt nicht nur im Verfahren gilt, für das die Auskunft eingeholt wurde, sondern auch in einem (hängigen oder noch nicht hängigen) Verfahren gegen Drittpersonen.

2.2.5. Das Problem der Konkurrenz

Häufig dürften Fälle auftreten, in welchen ein gemeinrechtliches Delikt mit einem Sachverhalt, für den keine Rechtshilfe geleistet wird, eng verbunden ist[200]; bei letzteren wird es sich in der Regel um Fiskaldelikte handeln. Das Bundesgericht hat

Für das Verwaltungsverfahren stimmt diese Behauptung übrigens keineswegs, im Gegenteil, das Verfahren ist weitgehend nicht-öffentlich, GYGI, S. 54. Die Nähe dieses besonderen Verwaltungsverfahrens zum Strafprozeß legt aber die Beachtung der Bestimmungen der StPO nahe, vgl. 3.2. hinten.

[196] Vgl. z. B. Art. 135 ZH GVG: Gerichtsverhandlungen sind in der Regel öffentlich.

[197] Vgl. z. B. Art. 172 ZH GVG: Drittpersonen sind in der Regel nicht berechtigt, in Akten Einsicht zu nehmen. So auch Art. 34, Art. 164 ZH StPO; BGE 98 Ia 11 E. 4; GULDENER, S. 178, 310 Anm. 21, HAUSER, Strafprozeßrecht, S. 137, HAUSER/HAUSER, S. 607f., N. 1, und S. 612ff., N. 3 zu Art. 186a GVG; STRÄULI/MESSMER, S. 291, N. 8 vor § 183.

[198] Und zwar als Resultat des aus dem 6. Amendment zur amerikanischen Verfassung sich ergebenden Anspruchs auf einen öffentlichen Prozeß (public trial), der so ausgelegt wird, daß Zeugenaussagen öffentlich zugänglich sind, die sich auf den Beschuldigten beziehen, wie auch als Resultat des Freedom of Information Act (5 U.S.C. sec. 552). Vgl. WICKY, S. 345.

[199] Art. 15 USV; Briefwechsel SR 0.351.933.6, S. 33; AUBERT, SJK 67, S. 19, AUBERT/KERNEN/SCHÖNLE, S. 331ff., SCHULTZ, SBV, S. 40f.

[200] Vgl. Art. 11 Abs. 2 AuslG.

kürzlich seine Praxis zu dieser Frage bestätigt[201]: Bei Konnexität zwischen gemeinrechtlichem und Fiskaldelikt wird bei Real- und Idealkonkurrenz die Rechtshilfe «bewilligt unter der Bedingung, daß das Fiskaldelikt weder bestraft noch als Strafschärfungsgrund berücksichtigt werden darf»[202]. Ausgeschlossen ist die Rechtshilfe nur bei unechter Gesetzeskonkurrenz[203], d.h. wenn der Tatbestand des gemeinrechtlichen Deliktes den des anderen nach allen Richtungen umfaßt[204].

Dieser Auffassung tragen Art. 2 Abs. 4 USV[205] und Art. 63 Abs. 2 IRSG[206] Rechnung. Beiden Formulierungen kann nicht nachgesagt werden, sie seien leichtverständlich[207].

Art. 63 Abs. 2 IRSG wird ergänzt durch Art. 3 IRSG. Darin sind die Fälle der Konkurrenz mit fiskalischen und politischen Delikten vorweggenommen: Rechtshilfe wird verweigert bei Taten, die ausschließlich oder überwiegend politischen Charakter haben, und bei Taten, die ausschließlich fiskalische oder wirtschaftspolitische Maßnahmen verletzen[208].

2.2.6. Verletzung des Vorbehaltes

Die Folgen der Verletzung des Spezialitätsvorbehaltes durch den ersuchenden Staat sind verschieden geregelt. Ausgangspunkt ist, daß Rechtshilfe nur bewilligt wird, «soweit genügende Gewähr für die Beachtung dieser Beschränkung durch den ersuchenden Staat besteht»[209]; aber – wie das Bundesgericht mit vorsichtiger Kühnheit festhält – «im Verkehr zwischen den demokratischen Staaten des westeuropäischen Kulturkreises sind ... Verletzungen dieser ... Regel kaum je anzutreffen»[210]. In diesem Sinne hat das Bundesgericht Persilscheine an Deutschland[211] und Italien[212] ausgestellt; es bestehe kein Anlaß zur An-

[201] BGE 104 Ia 54f. E. 4a.
[202] BGE 104 Ia 54f. E. 4a, bestätigt im nicht publ. BGE vom 7.12.1979 i.S. X gegen Kanton TI, S. 7 E. 2a.
[203] Zum Ausdruck vgl. SCHULTZ, Strafrecht, Bd. 1, S. 127f.
[204] BGE 104 Ia 55 E. 4a; MARKEES, ZStR 1973, S. 245, 1976, S. 187, SCHULTZ, SBV, S. 20.
[205] SCHULTZ, SBV, S. 31.
[206] Die unrichtige systematische Stellung ist in den Vorberatungen berichtigt worden. Neu ist Art. 63 Abs. 2 als Art. 4a Abs. 2 eingereiht.
[207] Zur Formulierung von Art. 2 Abs. 4 USV vgl. MARKEES, ZStR 1978, S. 115.
[208] BBl 1976 II, S. 483.
[209] VEB 1957, S. 30 E. 6d.
[210] BGE 104 Ia 58 E. 5b. Was heißt «kaum je»?
[211] BGE 104 Ia 56 E. 5, nicht veröffentlichte BGE vom 22.3.1978 i.S. X gegen

nahme, der ausländische Staat werde die Spezialität mißachten.

Mit dem USV haben wir den westeuropäischen Kulturkreis verlassen und prompt eine Einbuße in Kauf genommen. Unerfreulicherweise ist in einem Brief vom 25. Mai 1973[213] festgehalten, die Abrede der Spezialität habe «lediglich den Sinn einer Vereinbarung zwischen Regierungen»[214]. Tatsächlich schließt Art. 37 Abs. 1 USV jede rechtliche Vorkehr gegen die spezialitätswidrige Verwendung einer Auskunft durch die USA aus. Als «Rechtsbehelf» steht einzig die Möglichkeit offen, sich beim BAP zu beschweren, das seinerseits die USA um Aufschluß, aber nicht um Rechenschaft ersuchen kann[215]. Auch den USA hat das Bundesgericht Wohlverhalten attestiert, wobei es sich auf die bisherigen guten Erfahrungen des BAP beruft[216].

Das IRSG vermittelt keinen Anspruch auf Rechtshilfe; das ist in Art. 1 Abs. 3 ausdrücklich gesagt. Wie soll sich nun das BAP verhalten, wenn ein Rechtshilfegesuch, das allen Anforderungen des IRSG entspricht, an die Schweiz gelangt von einem Staat, mit dem wir keinen traditionellen Rechtshilfeverkehr unterhalten? Was soll das BAP insbesondere tun, wenn der Beschuldigte behauptet, die Rechtshilfe werde in Tat und Wahrheit für ein Verfahren beansprucht, in dem die Schweiz keine Rechtshilfe gewährt? Im Bereich der freiwilligen Rechtshilfe wurde diese Entscheidung denjenigen Stellen zugeschoben, welche um Auskunft angegangen wurden; die mit dem Rechtshilfevollzug betraute kantonale Behörde begnügte sich damit, im Interesse der internationalen Verbrechensbekämpfung um freiwillige Auskunft zu bitten. Mit der Einführung des IRSG wird dieser hochdelikate Endscheid nun der Bundesverwaltung überbunden. Sie ist nicht zu beneiden.

Sollte im Rahmen des Rechtshilfeverfahrens der Beweis erbracht werden, daß der ersuchende Staat die Auskünfte zu vertragswidrigen Zwecken verwenden wird, so muß die Rechtshilfeleistung unterbleiben[217].

Kanton ZH, S. 12 E. 5c, vom 12. 7. 1978 i. S. X gegen Schweiz. Bundesanwaltschaft und EJPD, S. 7f. E. 2c, vom 11. 9. 1979 i. S. X gegen Kanton SO, S. 8f. E. 5.

[212] Nicht publ. BGE vom 7. 12. 1979 i. S. X gegen Kanton TI, S. 16 E. 4a.

[213] BBl 1974 II, S. 621.

[214] Vgl. SCHULTZ, SBV, S. 34.

[215] Art. 37 Abs. 3, Art. 39 USV.

[216] Pra 1980 Nr. 145, S. 389f. E. 2b.

[217] AUBERT/KERNEN/SCHÖNLE, S. 307. In Pra 1980 Nr. 145, S. 389 E. 2b, wirft das Bundesgericht diese Frage auf, läßt sie aber offen.

Auch wenn eine unzulässige Verwendung von Auskünften durch die ausländische Behörde im Nachhinein festgestellt wird, liegt eine Vertragsverletzung vor. AUBERT/KERNEN/SCHÖNLE halten dafür, daß in diesem Falle die Rechtshilfe künftighin ohne weiteres verweigert werde[218]. MARKEES als gewiegter Praktiker erachtet es «nicht ohne weiteres als zweckmäßig ... , eine Auflage mit der Androhung zu verbinden, daß im Falle ihrer Nichtbeachtung in Zukunft keine Rechtshilfe mehr geleistet würde»[219]. In der Tat sollte eine einmalige Entgleisung nicht Anlaß bieten, um das unentbehrliche Mittel der zwischenstaatlichen Rechtshilfe lahmzulegen. Andererseits ist ebenso klar, daß ein Staat kein Vertrauen verdienen würde, der Auflagen systematisch überginge.

Bedrückend ist bei alledem immer der Gedanke an den Betroffenen, an denjenigen, gegen den die gelieferten Auskünfte zu Unrecht verwendet wurden. In der Regel werden ihm im ausländischen Verfahren wenig taugliche Rechtsmittel gegen diesen Rechtsbruch zur Verfügung stehen[220]. Etwas kryptisch verweist ihn das Bundesgericht auf die Mittel des Landesrechts und des Völkerrechts[221].

Endlich ist darauf hinzuweisen, daß eine Verletzung der Spezialität in der Praxis kaum nachgewiesen werden kann. Soweit wir sehen, hat das BAP auf entsprechende Parteibehauptungen hin sich jeweils im betreffenden Ausland über die Umstände erkundigt; weitere Möglichkeiten stehen ihm wohl nicht zur Verfügung. Daß die ausländische Behörde eine Verletzung zugeben würde, darf allerdings kaum erwartet werden[222].

2.2.7. Der Stellenwert der Spezialität

Diese praktische Einschränkung ändert nichts daran, daß der

[218] AUBERT/KERNEN/SCHÖNLE, S. 307. In diesem Sinne auch das Bundesgericht in BGE 104 Ia 58f. E. 5b, Pra 1980 Nr. 145, S. 389f. E. 2b. Der letztgenannte Entscheid betrifft einen Fall unter dem USV und nimmt an, die missbräuchliche Beanspruchung von Rechtshilfe könnte einen Grund für die Kündigung des Vertrags bilden.

[219] ZStR 1973, S. 248.

[220] Nicht publ. BGE vom 12. 7. 1978 i. S. X gegen Bundesanwaltschaft und EJPD, S. 8 E. 2c.

[221] Vgl. die Lage nach USV!

[222] Optimistischer HAUSER, ZStR 1971, S. 153, und KLAUSER, S. 41, welche eine Kontrollmöglichkeit sehen, indem die Schweiz die Zusendung des Urteils verlangt. Eine Kontrolle der mißbräuchlichen Verwendung in einem anderen Verfahren ist damit nicht gewährleistet.

Spezialität aus schweizerischer Sicht ein hoher Stellenwert eingeräumt werden muß. Ihr Sinn liegt darin, «daß der ersuchte Staat weder direkt noch indirekt gezwungen sein soll, seine Machtmittel zugunsten eines fremden Strafverfahrens einzusetzen, wenn er selbst wegen der Handlungen, die Gegenstand des fremden Verfahrens sind, überhaupt kein Strafverfahren durchführen könnte»[223]. International gesehen läßt sich keine Tendenz zur Lockerung von Beschränkungen des freien Zahlungsverkehrs und anderer wirtschafts- und handelspolitischer Restriktionen wahrnehmen; auch aus dieser Sicht entspricht die Spezialität einem Bedürfnis[224].

2.3. Ne bis in idem

Der Ausschluß der doppelten Verfolgung und Bestrafung ein und derselben Straftat scheint eine Selbstverständlichkeit zu sein. Unter Berufung auf die Praxis der meisten europäischen Staaten[225] sieht daher das IRSG in Art. 4 zwingend den Ausschluß der Rechtshilfe vor.

Daher ist es verwunderlich, daß in EÜR und USV andere Lösungen vorgesehen sind. Im EÜR fehlt eine Bestimmung überhaupt, nach der Botschaft eine schwer verständliche Lücke, die durch einen Vorbehalt zu Art. 2 lit. a EÜR zu schließen war[226, 227]. Dieser räumt aber der Schweiz nur die Möglichkeit ein, die Rechtshilfe zu verweigern. Nach welchen Kriterien dabei vorgegangen werden soll, ist offen[228].

Die gleiche Lage finden wir in Art. 3 Abs. 1 lit. b USV vor[229]. Art. 20 Abs. 2 USG präzisiert, daß eine «im wesentlichen entsprechende Straftat» dann vorliegt, wenn sie gegen die Verletzung des gleichen Rechtsgutes gerichtet ist. Nicht unbedenklich

[223] Markees, ZStR 1973, S. 246f.
[224] BBl 1976 II, S. 447f.
[225] BBl 1976 II, S. 447, 479; Aubert/Kernen/Schönle, S. 298.
[226] BBl 1966 I, S. 481; vgl. Hauser, ZStR 1967, S. 230. Die Zusatzverträge mit Deutschland (Art. XII Abs. 6) und mit Österreich (Art. XIII [5]) bringen Verdeutlichungen.
[227] Allzu verwunderlich ist die Lücke nicht; sie besteht auch in unserem materiellen Strafrecht, dem nach BGE 86 IV 52 und 93 II 502 der Grundsatz angehört.
[228] Jedenfalls dürfte das «kann» kaum die früher (2.1.4.) festgestellte Bedeutung haben, Rechtshilfe werde nur zur Entlastung des Angeschuldigten geleistet.
[229] BBl 1974 II, S. 643; Aubert, SJK 67, S. 12, Aubert/Kernen/Schönle, S. 321, Schultz, SBV, S. 21, 32.

ist, daß das Prinzip für Mitglieder einer organisierten Verbrechergruppe überhaupt nicht gilt.

2.4. Der ordre public

2.4.1. Der Vorbehalt des ordre public in EÜR, USV und IRSG

Art. 2 lit. b EÜR läßt die Verweigerung der Rechtshilfe zu, wenn eine Beeinträchtigung der Souveränität, der Sicherheit, der öffentlichen Ordnung (ordre public)[230] oder anderer wesentlicher Landesinteressen zu befürchten ist.

Der USV vermeidet den Ausdruck «ordre public». Nach Art. 3 Abs. 1 lit. a kann die Rechtshilfe verweigert werden, wenn die Souveränität, die Sicherheit oder ähnliche wesentliche Interessen beeinträchtigt werden können.

Gleich verfährt Art. 1 Abs. 2 IRSG. Von «ordre public» wird nicht gesprochen, weil es unzweckmäßig sei, diesen unbestimmten Rechtsbegriff des IPR im öffentlichen Recht zu übernehmen[231].

2.4.2. Zum ordre public des internationalen öffentlichen Rechts

Der grundlegende Entscheid des Bundesrates von 1957[232] unterscheidet in bemerkenswerter Weise zwischen dem ordre public des IPR und dem ordre public des internationalen öffentlichen Rechts. Die Unterscheidung ist aber heute überholt.

Nach dem Entscheid von 1957 erfaßt der ordre public des internationalen öffentlichen Rechtes die Einrichtungen, die «ohne Änderung, Zerstörung oder Erschütterung»[233] der Grundlagen des Staates überhaupt (und dazu zählen die wirtschaftlichen, sozialen und politischen Grundlagen) nicht geändert werden können. Kürzlich hat das Bundesgericht noch einen internationalen ordre public im Sinne von zwingenden Regeln des Völkerrechts erwähnt, ohne sich aber näher dazu zu äußern[234].

[230] Zur Bedeutung des ordre public-Vorbehaltes im EÜR vgl. BGE 99 Ia 88f. E. 5.

[231] BBl 1976 II, S. 478; AUBERT/KERNEN/SCHÖNLE, S. 291.

[232] VEB 1957, S. 27ff. E. 6 und 38ff. E. 7, unter Berufung auf die Botschaft von 1898 zur Haager Übereinkunft betreffend Zivilprozeßrecht von 1896.

[233] VEB 1957, S. 40 E. 7c.

[234] BGE 101 Ia 541 E. 7b; vgl. auch die kommentarlose Erwähnung bei SCHULTZ, SBV, S. 19 und 31.

Es ist aber anzunehmen, daß diese Inhalte des ordre public des internationalen öffentlichen Rechts heute dem ordre public zugehören[235]. «Ordre public» ohne Zusatz: Jedenfalls ist es nicht mehr angängig, von einem ordre public des IPR zu sprechen; denn das Bundesgericht überprüft nicht nur Normen des ausländischen Privatrechts, sondern das ganze ausländische Recht einschließlich des öffentlichen Rechts auf seine Verträglichkeit mit unserem ordre public[236].

Ob daneben noch ein eigener öffentlichrechtlicher ordre public im Sinne einer völkerrechtlichen Schranke besteht, braucht hier nicht erörtert zu werden.

2.4.3. Inhalt

Der Vorbehalt des ordre public ist als eine gewohnheitsrechtliche Regel[237] Bestandteil des materiellen Rechtes. Nach der heutigen Rechtssprechung greift dieser Vorbehalt immer dann ein, wenn die Anwendung des ausländischen Rechts das einheimische Rechtsgefühl in unerträglicher Weise verletzen würde, weil grundlegende Vorschriften der schweizerischen Rechtsordnung mißachtet werden[238]. Der Ausnahmecharakter des Vorbehalts verlangt Zurückhaltung in der Anwendung; das Rechtsgefühl muß kraß verletzt werden[239]. Entscheidend ist, ob die Beachtung einer ausländischen Rechtsnorm im konkreten Fall zu einer krassen unhaltbaren Verletzung des Rechtsgefühls führt: es wird nicht die ausländische Norm abstrakt auf ihre ordre public-Widrigkeit hin geprüft, sondern der sich auf die Norm stützende Entscheid[240]. In Staatsverträgen gilt der Vorbehalt nicht ipso iure; er muß ausdrücklich vorgesehen sein[241].

[235] Auch das Bundesgericht sieht nicht, inwiefern der ordre public des internationalen öffentlichen Rechts eine über den internen ordre public hinausgehende Bedeutung haben sollte, BGE 102 Ia 583 E.9.

[236] Allgemein: BGE 102 Ia 581 E.7d; SCHÖNENBERGER/JÄGGI, Allg. Einleitung, N.134, 136, VISCHER, S.536.
Verfahrensrechtliche Bestimmungen: BGE 101 Ia 526 E.4a, 102 Ia 313 E.5.
Devisenrechtliche Bestimmungen: BGE 95 II 114f. E.3c; SCHÖNENBERGER/JÄGGI, Allg. Einleitung, N.33.

[237] SCHÖNENBERGER/JÄGGI, Allg. Einleitung, N.111.

[238] BGE 101 Ia 526 E.4a, 102 Ia 313 E.5, 581 E.7d. Kritisch zu dieser Formulierung SCHÖNENBERGER/JÄGGI, Allg. Einleitung, N.112.

[239] BGE 98 Ia 533 E.3b, 100 Ia 414f. E.4c, 101 Ia 526 E.4; SCHÖNENBERGER/JÄGGI, Allg. Einleitung, N.114, VISCHER, S.533.

[240] BGE 103 Ib 73 E.3b.

[241] BGE 100 Ia 414f. E.4c, 101 Ia 540 E.7a.

Wenn die Anwendung ausländischen Rechts eine erhebliche Beeinträchtigung der Souveränität oder der Sicherheit unseres Landes bewirken würde, so wäre das eine Folge, die sich mit unserem Rechtsempfinden in keiner Weise verträgt. Souveränität und Sicherheit lassen sich mühelos der öffentlichen Ordnung zurechnen. Allerdings können wir uns nicht vorstellen, wie eine Rechtshilfehandlung zu einer Beeinträchtigung der Souveränität führen kann, wenn sie im Rahmen einer staatsvertraglichen Verpflichtung und nach den Normen des innerstaatlichen Rechts abgewickelt wird.

Auch die «wesentlichen Interessen» sind Bestandteil der öffentlichen Ordnung. Das Bundesgericht hat bereits 1938[242] den Anwendungsbereich des ordre public-Vorbehaltes in der Richtung ausgedehnt, daß er auch «ein Mittel des schweizerischen Richters zum Schutz einheimischer Interessen im Wirtschaftskampf darstellen» kann[243]. In diesem Sinne müssen wir die Erwähnung der wesentlichen Landesinteressen in EÜR, USV und IRSG verstehen. Denn nach den Materialien läßt sich lediglich feststellen, daß wirtschaftliche Interessen *auch* zu den wesentlichen Interessen zählen können[244]. Was für Interessen sonst noch wesentlich sind, darüber findet sich nicht der geringste Hinweis. Pas d'argent, pas de Suisses.

2.4.4. Ergebnis

Zusammenfassend stellen wir fest, daß das EÜR den Vorbehalt des ordre public ohne Einschränkung enthält, während er in USV und IRSG in ziemlich zusammengestauchter Form erscheint. Allerdings ist der Umfang der «wesentlichen Interessen» in keiner Weise abgesteckt und wohl auch kaum abzustecken.

[242] BGE 64 II 98.

[243] VISCHER, S. 534.

[244] Zu Art. 2 lit. b EÜR: BBl 1966 I, S. 475; AUBERT/KERNEN/SCHÖNLE, S. 310, HAUSER, ZStR 1967, S. 232f.
Zu Art. 3 Abs. 1 lit. a USV: BBl 1974 II, S. 642f. Diese Bestimmung muß im Zusammenhang mit Art. 20 Abs. 1 USG und mit dem Briefwechsel (SR 0.351.933.6, S. 27) gelesen werden, wo der besondere Fall der Verletzung wesentlicher wirtschaftlicher Interessen durch die Preisgabe von Geheimnissen im Vordergrund steht. AUBERT, SJK 67, S. 11, AUBERT/KERNEN/SCHÖNLE, S. 318ff., SCHULTZ, SBV, S. 31f., 39, WICKI, S. 345.
Zu Art. 1 Abs. 2 IRSG: BBl 1976 II, S. 479. Art. 1 Abs. 2 IRSG erfährt durch Art. 7 Abs. 3 IRSG (der mit Art. 20 Abs. 1 USG übereinstimmt) die gleiche Präzisierung hinsichtlich der Offenbarung von Geheimnissen. AUBERT/KERNEN/SCHÖNLE, S. 291f.

Die Botschaft zum IRSG läßt durchblicken, daß dieser Begriff im weitesten Sinn zu interpretieren ist[245]. Damit ist der unbestimmte Rechtsbegriff des IPR durch eine ebenso unbestimmte Generalklausel des öffentlichen Rechts ersetzt.

2.5. Das Verhältnismäßigkeitsprinzip

2.5.1. Definition

Das Verhältnismäßigkeitsprinzip ist ein ungeschriebener Verfassungssatz[246], der im Bereich des öffentlichen Rechts allgemein gültig ist[247]. Er setzt sich aus drei Elementen zusammen: Um verhältnismäßig zu sein, muß eine Verwaltungsmaßnahme im Hinblick auf den Zweck, den sie erreichen soll, tauglich, notwendig und unumgänglich sein[248].

Im Bereich der Rechtshilfe von Interesse sind die Eingriffe der Verwaltung in die Rechtsstellung des Einzelnen, vor allem, wenn durch die Anordnung von Zwangsmaßnahmen die persönliche Freiheit tangiert wird. Bei solchen Maßnahmen muß das Verhältnismäßigkeitsprinzip beachtet werden[249]. Im einzelnen bedeutet das:

Tauglich ist ein Verwaltungsakt dann, wenn er geeignet ist, das angestrebte Ziel zu verwirklichen[250].

Notwendig ist eine Verwaltungsmaßnahme, wenn ein ausreichendes öffentliches Interesse dafür besteht, daß sie ergriffen wird. Das öffentliche Interesse muß schwerer wiegen als allfällige private Interessen, die ihm entgegenstehen[251, 252].

[245] BBl 1976 II, S.478; vgl. auch BBl 1974 II, S.642f.

[246] Pra 1977 Nr.200, S.492 E.4 (= BGE 102 Ia 522), BGE 101 Ia 176 E.3, 96 I 242; FLEINER, S.35f., GRISEL, S.40, IMBODEN/RHINOW, S.340, ZIMMERLI, S.19f.; a.A. KNAPP, S.60, N.254.

[247] BGE 94 I 397 E.3, 102 Ib 67 E.2a, 104 Ib 303 E.5b.

[248] Das Bundesgericht gebraucht zwei Formulierungen; vgl. Pra 1977 Nr.200, S.490f. E.4. (Neuerdings kritisch zur im Text genannten Formel BGE 104 Ib 426 E.6c; aber kritisch vorab hinsichtlich der Überprüfung bundesrätlicher Verordnungen im Bereich des Wirtschaftsverwaltungsrechts). Vgl. FLEINER, S.129f., KNAPP, S.72, N.312, SCHWARZENBACH, S.96ff., ZIMMERLI, S.12ff.

[249] BGE 104 Ia 486f. E.4b, FLEINER, S.284, SCHWARZENBACH, S.182, ZIMMERLI, S.60f.

[250] BGE 103 Ia 211 E.6, Pra 1977 Nr.200, S.492 E.4. (Die Frage nach der Zweckeignung entspricht der einfacheren Formulierung des Bundesgerichts). GRISEL, S.184, IMBODEN/RHINOW, S.341f., KNAPP, S.72, N.312, SCHWARZENBACH, S.89, ZIMMERLI, S.13.

Unumgänglich ist der Verwaltungseingriff, wenn unter den tauglichen und notwendigen Mitteln kein schonenderes zur Verfügung steht, also wenn nicht ein geringerer Eingriff auch zum Ziel führt[253]. «Unumgänglich» soll dabei nicht bedeuten, daß die Verwaltungsmaßnahme überhaupt nicht durchführbar wäre, sondern nur, daß sie nicht zweckmäßig oder nur mit unverhältnismäßigem Aufwand durchführbar wäre[254].

2.5.2. Das Verhältnismäßigkeitsprinzip in EÜR, USV und IRSG

Das EÜR nennt den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit nicht ausdrücklich. Aber indem es in Art. 3 Abs. 1 für die Vornahme von Untersuchungshandlungen generell auf die Rechtsvorschriften des ersuchten Landes verweist, wird der Grundsatz automatisch anwendbar.

Ähnlich verhält es sich im USV. Auch hier finden wir in Art. 9 Abs. 1 den allgemeinen Hinweis auf die «üblichen Vorschriften» des ersuchten Landes, zu denen der Bundesgesetzgeber auch den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz gezählt haben muß. Denn nur auf ihn[255] lassen sich Art. 11 Abs. 1 lit. a und Art. 16 Abs. 2 USG abstützen. Nach diesen Bestimmungen kann beanstandet werden, eine Rechtshilfehandlung verursache Umtriebe, die durch die Bedeutung der Tat nicht gerechtfertigt seien, oder sie verursache unzumutbare Umtriebe oder einen nicht wieder gutzumachenden Nachteil. Es kann mit anderen Worten geltend gemacht werden, es bestehe kein ausreichendes öffentliches Interesse für die Vornahme der Rechtshilfehandlung; es fehle ihm die Erheblichkeit.

Auch das IRSG enthält Bestimmungen, in denen das Verhältnismäßigkeitsprinzip konkretisiert wird. Art. 3 Abs. 4 IRSG formuliert, was im USV eigentlich fehlt, nämlich daß die Durchführung eines unverhältnismäßigen Rechtshilfeverfahrens abgelehnt werden kann. Dementsprechend läßt Art. 59 Abs. 1 IRSG

[251] Pra 1977 Nr. 200, S. 491 E. 4; FLEINER, S. 129f., GRISEL, S. 184, IMBODEN/RHINOW, S. 344, KNAPP, S. 72, N. 312, ZIMMERLI, S. 16f. ZIMMERLI bezeichnet die Voraussetzung des ausreichenden öffentlichen Interesses als Verhältnismäßigkeitsprinzip im engeren Sinn.

[252] Zur Interessenabwägung eingehend hinten 3.8.4.3.

[253] KNAPP, S. 72, N. 312, IMBODEN/RHINOW, S. 340, SCHWARZENBACH, S. 89, ZIMMERLI, S. 14.

[254] BGE 90 I 331 E. 3.

[255] Vor allem angesichts von Art. 38 Abs. 3 USV, wo das Vertragsrecht höhergestellt wird als abweichende innerstaatliche Vorschriften.

Rechtshilfe nur soweit zu, als es für das ausländische Verfahren erforderlich erscheint. In Art. 61 Abs. 1 und 2 IRSG wird für den sensiblen Bereich der Geheimsphäre von nicht am Strafverfahren beteiligten Dritten stipuliert, daß die Rechtshilfemaßnahmen notwendig und unumgänglich sein müssen[256]. Mit dieser Frage werden wir uns noch einläßlich beschäftigen[257].

Es ist nichts gegen die Aufnahme solcher Bestimmungen in Gesetze und Staatsverträge einzuwenden. Die Tatsache, daß das geschieht, ändert aber nichts daran, daß die Rüge der Unverhältnismäßigkeit auch ohne eine solche zusätzliche Grundlage gegeben ist. Ein wichtiger Anwendungsbereich ist der unverhältnismäßige Ermessensentscheid, d.h. der Ermessensmißbrauch[258].

2.6. Die Verjährung

Nach den Grundsätzen des Auslieferungsrechtes ist die Verjährung ein Grund zum Ausschluß der Auslieferung[259].

Das EÜR behandelt die Frage der Verjährung nicht. Lediglich in den (allerdings erst einige Jahre nach dem Beitritt der Schweiz zum EÜR abgeschlossenen) Zusatzverträgen mit Österreich und Deutschland ist die Verjährung im Zusammenhang mit dem Sondertatbestand der Anzeige an den Partnerstaat zum Zwecke der Strafverfolgung geregelt[260], nicht aber für die Rechtshilfe. In qualifizierten Fällen, wo die Rechtshilfe für die Verfolgung eines verjährten Delikts als stoßend empfunden würde, bleibt die Berufung auf den ordre public vorbehalten.

Diese Möglichkeit fehlt im USV, der über die Verjährung ebenfalls nichts aussagt. Wenn man die vom Bundesgericht im Auslieferungsrecht aufgestellte Regel, daß «les dispositions de la loi ne s'appliquent que sur les points qui n'ont pas été réglés expressément ou tacitement par le Traité»[261], verallgemeinern darf, hätte das zur Folge, daß die Verjährungsvorschriften des StGB[262] zu berücksichtigen sind. Ob das aber dem übereinstim-

[256] BBl 1976 II, S. 465.
[257] Hinten 3.8.
[258] BGE 103 Ib 130 E. 4, 104 Ib 113 E. 3.
[259] Art. 6 AuslG, Art. 10 EAuslÜ.
[260] Zusatzvertrag mit Österreich Art. XIII (5) lit. a, Zusatzvertrag mit Deutschland Art. XII Abs. 6 lit. c.
[261] BGE 102 Ia 319 E. 1.
[262] Die wir mit SCHULTZ dem materiellen Strafrecht zuordnen, SCHULTZ, Strafrecht, Bd. 1, S. 229.

menden Parteiwillen entspricht, der für die Auslegung der Staatsverträge und insbesondere für die Frage, ob eine echte oder unechte Lücke vorliegt, entscheidend ist[263], können wir nicht beurteilen.

Das IRSG schließt die Rechtshilfe nach Eintritt der Verfolgungs- oder Vollstreckungsverjährung aus, soweit Zwangsmaßnahmen erforderlich sind (Art. 4 lit. c IRSG). Die Botschaft beschäftigt sich eingehend mit der speziellen Problematik der Verjährung von Verbrechen gegen die Menschheit, kommt aber zum Schluß, daß die Gründe, die gegen die Aufhebung der Verjährung sprechen, überwiegen[264]. Für die Berechnung der Verjährungsfristen gilt schweizerisches Recht.

2.7. Das Gegenrecht

Das EÜR und der USV als Staatsverträge beruhen auf der selbstverständlichen Voraussetzung der Reziprozität[265].

Im Bereich der freiwilligen Rechtshilfe steht es im Ermessen der ersuchten Behörde, ob sie ihre Unterstützung vom Gegenrecht abhängig machen will[266]. Nach AUBERT[267] wird in der Praxis eine entsprechende Zusicherung in der Regel verlangt.

Art. 6 Abs. 1 IRSG ließ die Gegenrechtsvoraussetzung grundsätzlich fallen[268]. Offenbar ist sie in den parlamentarischen Vorbereitungen wieder eingeführt worden, was an sich zum rechtshilfefreudigen Charakter des Entwurfes schlecht paßt. Die Kehrtwendung war auch nicht nötig; denn die im Entwurf vorgesehene Regelung räumte dem BAP einen ausreichenden Ermessensspielraum ein, vor allem, wenn man Art. 1 Abs. 3 IRSG mitberücksichtigt, wonach das IRSG keinen Anspruch auf Rechtshilfe einräumt.

Indessen dürfte die Bedeutung dieser Frage eher im politischen als im rechtlichen Bereich liegen.

[263] BGE 101 Ia 538 E. 5b, 103 Ia 626 E. 2a.
[264] BBl 1976 II, S. 449ff.
[265] SCHULTZ, SBV, S. 19; vgl. Art. 2 Abs. 3 EAuslÜ.
[266] SCHULTZ, SBV, S. 20.
[267] AUBERT, ZStR 1971, S. 128f.; gleich AUBERT/KERNEN/SCHÖNLE, S. 285.
[268] AUBERT/KERNEN/SCHÖNLE, S. 299.

2.8. Die Unvereinbarkeit des Verfahrens mit den Anforderungen der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK)

Ziel der EMRK ist die internationale Verankerung der Grundrechte des Menschen[269]. Der Ingreß erwähnt die «Grundfreiheiten, welche die Grundlage der Gerechtigkeit und des Friedens in der Welt bilden».

Der Hinweis auf die EMRK erfolgt nur im IRSG und wird als neuer Ausschlußgrund vorgestellt[270]. Da die Staaten, die dem EÜR beigetreten sind, auch die EMRK ratifiziert haben, stellt sich nur im Zusammenhang mit dem USV die Frage der Anwendbarkeit. Das Bundesgericht hat den Konventionsrechten verfassungsrechtlichen Inhalt zuerkannt[271]. Der Grundsatz der Verfassungsmäßigkeit der Verwaltung ist absolut[272], die Konventionsrechte sind daher ohne Ausnahme zu beachten. Art. 38 Abs. 3 USV steht dem nicht entgegen.

Der Vorbehalt gilt deshalb allgemein.

3. Verfahrensfragen

3.1. Überblick

Der ersuchende Staat richtet sein Rechtshilfegesuch entweder auf diplomatischem Weg an das BAP oder, wo der direkte Verkehr zwischen den Strafvollzugsbehörden staatsvertraglich vereinbart ist[273], an die zuständige kantonale Instanz. Offensichtlich unzulässige Gesuche werden zurückgewiesen, die anderen werden von den Kantonen abgewickelt. Dabei kommt das Strafprozeßrecht des vollziehenden Kantons zur Anwendung. Den Betroffenen stehen Rechtsmittel zur Verfügung[274].

[269] DIETRICH SCHINDLER, Die Bedeutung der EMRK für die Schweiz, ZSR 1975 I, S. 357ff., insb. 363.

[270] BBl 1976 II, S. 478.

[271] BGE 101 Ia 69 E. 2c.

[272] FLEINER, S. 77, N. 12/39, FLEINER/GIACOMETTI, S. 32f.

[273] Der unmittelbare Geschäftsverkehr ist vereinbart mit der BRD, Österreich und (modifiziert) mit Italien. Praktisch spielt er auch mit dem Fürstentum Liechtenstein. Für die übrigen Mitgliedstaaten des EÜR ist der Verkehr zwischen den Justizministerien vorgesehen; das gleiche gilt nach USV. Sonst ist der diplomatische Weg einzuschlagen. BAP, S. 5. Nach BBl 1976 II, S. 465, spielt sich etwa die Hälfte des gesamten Rechtshilfeverkehrs unmittelbar zwischen den Strafverfolgungsbehörden ab. Das Verhältnis hat sich vermutlich nach Inkrafttreten des USV etwas verschoben.

[274] Zum Ablauf vgl. VEB 1976, S. 93f. E. 1; BAP, S. 4ff., N. 3.

In allen Stadien des innerschweizerischen Verfahrens ergeben sich problematische und zum Teil ungewohnte Situationen. Einigen davon schenken wir im folgenden unser Augenmerk. Dabei versuchen wir, unsere eigenen praktischen Erfahrungen zu verwerten, um andere Praktiker auf die Fußangeln und Fallgruben aufmerksam zu machen, welche das Rechtshilfeverfahren bergen kann.

Diese Methode wird einige Folgen zeitigen. Die Darstellung wird oft einen ziemlich unkohärenten, kasuistischen Anstrich erhalten. Die Beispiele stammen aus unserem Erfahrungsbereich, also aus der Bankpraxis. Nicht zuletzt wird auch die Sprache an Kühle verlieren und an Schärfe gewinnen.

Beim Vollzug spielt das kantonale Verfahrensrecht eine bedeutsame Rolle. Die Vielzahl der Prozeßordnungen in unserem kleinen Land und der enge Horizont des Verfassers ließen es als angezeigt erscheinen, sich auf die Berücksichtigung des zürcherischen Strafprozeßrechts zu beschränken.

Auch der USV (vor allem das Ausführungsgesetz dazu) und das IRSG enthalten viele Verfahrensvorschriften. Diese gehen dem kantonalen Verfahrensrecht vor[275]. Dagegen fehlen im EÜR prozessuale Bestimmungen weitgehend; als multilateraler Staatsvertrag beschränkt sich das EÜR auf die Festlegung der Grundlagen der Rechtshilfe. Das bedeutet nicht, daß Rechtshilfegesuche nach EÜR weniger Verfahrensprobleme bieten.

3.2. Das anwendbare Verfahrensrecht

3.2.1. Strafprozeßrecht oder Verwaltungsverfahrensrecht?

Da das Rechtshilfeverfahren ein Verwaltungsverfahren ist, läge die Annahme nahe, daß die Verwaltungsverfahrensgesetzgebung Anwendung findet. Das trifft aber nicht zu. Die Genfer Behörden, welche ein Rechtshilfegesuch nach ihrem Code de procédure administrative abwickelten, wies das Bundesgericht unmißverständlich zurecht[276]. Zwar sei der Vollzug der internationalen Rechtshilfe den Kantonen überlassen, und diesen stehe es frei, besondere Verfahrensvorschriften aufzustellen[277]. «Mais le canton de Genève ne l'a pas fait et la Chambre d'accusation ne peut se fonder sur aucune disposition légale pour affirmer que ce

[275] Vorne 1.5.7.3.
[276] BGE 98 Ia 231f. E.4.
[277] Wie das gemäß SCHULTZ, SBV, S.23, im Kanton Bern der Fall ist. Auch Art.117 ZH GVG zählt einige Verfahrensvorschriften auf.

sont les dispositions du code de procédure administrative qui s'appliquent en premier chef, alors que ce code régit des matières toutes différentes». Zwar fehlt es auch an einer gesetzlichen Grundlage, welche die Strafprozeßordnung als anwendbar erklären würde; das Bundesgericht ruft lediglich die handfesten pragmatischen Gründe an, die dafür sprechen, dem Strafprozeßrecht den Vorzug zu geben. Tatsächlich handelt es sich ja um die Vornahme von Untersuchungshandlungen im Interesse einer ausländischen Strafuntersuchung, und da ist es entschieden sinnvoll, die strafprozeßualen Bestimmungen einzusetzen[278].

3.2.2. Analoge Anwendung des Strafprozeßrechts als Rechtshilfeverfahrensrecht

Immerhin, die Strafprozeßordnung kommt nicht als solche, sondern ersatzweise für das fehlende Verfahrensrecht der Rechtshilfe zum Zuge[279]. Das bedeutet zunächst, daß verfahrensrechtliche Vorschriften von Staatsverträgen und Rechtshilfegesetzen dem kantonalen Prozeßrecht vorgehen[280]. Eine weitere Folge ist, daß das Strafprozeßrecht nur soweit anwendbar ist, als das mit der Aufgabe und den Anforderungen des Rechtshilfeverfahrens vereinbar ist[281]. Zweifellos bedeutet dies – im Rahmen des Zulässigen[282] – den Einsatz von Zwangsmitteln[282a]. Andererseits kann sich auch ergeben, daß das Recht des ersuchten Staates einer Partei weniger Rechte einräumt als das des ersuchenden Staates; dann drängt es sich auf, das für die Partei günstigere Recht beizuziehen[283]. Worin im einzelnen die Abstriche

[278] So schon VEB 1957, S. 14 E. 1b.

[279] BGE 98 Ia 232 E. 4a, 105 Ib 213 E. 2b, 219f. E. 5c, nicht publ. BGE vom 22.3.1978 i.S. X gegen Kanton ZH, S. 13f. E. 7; Entscheid des Bundesrates vom 3.9.1980 i.S. X gegen EJPD, S. 7 E. 2b, BBl 1966 I, S. 482f.; MARKEES, ZStR 1973, S. 239, 1976, S. 183, SCHULTZ, SBV, S. 22f.

[280] Vorne 1.5.7.3.; ausdrücklich Art. 7 Abs. 3 USG.

[281] BGE 98 Ia 232 E. 4, 99 Ia 90 E. 5b, 105 Ib 213 E. 2b. Obergericht Zürich, SJZ 1978, S. 143 E. 4; AUBERT/KERNEN/SCHÖNLE, S. 285, MARKEES, ZStR 1973, S. 240.
Abweichend BGE 105 Ib 219f. E. 5c: Hier wird erklärt, wenn für den Vollzug einer Beschlagnahmung die StPO maßgebend sei, «ce code doit alors être appliqué entièrement», d.h. unter Einschluß der Rechtsmittelbestimmungen. Es handelt sich also wohl nur um eine unpräzise Formulierung, die an der im Kontext genannten Regel nichts ändert.

[282] Vorne 1.5.5. am Ende.

[282a] VEB 1957, S. 22 E. 5a; HAUSER, ZStR 1971, S. 156.

[283] MARKEES, ZStR 1973, S. 238.

und Ergänzungen des Strafprozeßrechtes bestehen, läßt sich anhand der bisherigen Praxis nicht feststellen[284]; als Leitgedanke schält sich heraus, daß das Verfahren es erlauben muß, die staatsvertraglichen Verpflichtungen einzuhalten[285]. Das bedeutet, daß das Strafprozeßrecht dort ausgeschaltet wird, wo es dieses Ziel vereiteln würde[286], und daß es dort ergänzt werden kann, wo es sich als unzulänglich erweist. Dies natürlich unter dem ausdrücklichen Vorbehalt, daß die Grundsätze der Rechtshilfe beachtet werden.

Die Unsicherheit, wann das Prozeßrecht anwendbar ist und wann nicht, versetzt die Betroffenen in eine ungemütliche Lage. Die Praxis zeigt nämlich, daß die eintretenden Änderungen zum Teil beträchtlich und recht folgenschwer sind[287]. Die Ehrlichkeit gebietet uns zu gestehen, daß sie auch die Erledigung der Gesuche erleichtern. Es gebricht uns an einem tauglichen Kriterium, um zu bestimmen, wann eine Abweichung oder Ergänzung zulässig sein soll. Die im Interesse der Rechtssicherheit an sich wünschbare Forderung, das dürfe nur geschehen, wenn der von der Prozeßordnung vorgezeichnete Weg nicht gangbar ist, würde oft zu unpraktischen Lösungen führen.

Die Lückenfüllung erfolgt auch im öffentlichen Recht nach Art. 1 ZGB[288]. Dabei können andere Normen analog angewendet werden, etwa solche aus dem Verwaltungsverfahren, aber sie müssen stets mit dem Wesen des Strafprozeßes vereinbar sein[289, 290]. Gerade das VwVG von 1968 scheint uns als Vehikel zur Lückenfüllung sehr geeignet[291].

Den vorstehenden Überlegungen tragen EÜR und USV im großen ganzen Rechnung. Art. 3 Abs. 1 EÜR bestimmt zwar etwas vage, daß der ersuchte Staat das Rechtshilfeersuchen «in der in seinen Rechtsvorschriften vorgesehenen Form erledigen» soll; dezidiert, aber unpräzis die Botschaft: Damit werde die analoge Anwendung der Strafprozeßordnungen angeordnet[292]. Besser ist

[284] Und wird vermutlich auch nie über eine Kasuistik zu den einzelnen Prozeßgesetzen hinausgedeihen.
[285] BGE 99 Ia 90 E. 5b. Obergericht Zürich, SJZ 1978, S. 144 E. 4; MARKEES, ZStR 1973, S. 238, 1976, S. 188.
[286] BGE 99 Ia 90f. E. 5b.
[287] Vgl. hinten 3.5.
[288] BGE 98 Ia 232f. E. 4b; MEIER-HAYOZ, Zürcher Komm., N. 75 zu ZGB 1.
[289] BGE 98 Ia 233 E. 4b.
[290] Zu den Vorbehalten gegenüber der analogen Rechtsanwendung vorne 1.5.5.
[291] Eine Zusammenstellung kantonaler Verwaltungsrechtspflegeerlasse gibt PETER SALADIN, ZSR 1975 II, S. 350f.
[292] BBl 1966 I, S. 482f.

die Formulierung von Art. 9 Abs. 1 USV: Es gelten die innerstaatlichen Vorschriften, die für die Verfolgung einer Straftat anzuwenden sind[293]. Klare und nützliche Unterscheidungen trifft Art. 9 IRSG[294]. Zunächst wird vorbehalten, daß Verfahrensrecht nur anwendbar ist, soweit es mit den Anforderungen der Rechtshilfe vereinbar ist; sodann wird präzisiert, daß für die Bundesverwaltungsbehörden, die mit dem eigentlichen Vollzug eines Rechtshilfegesuches nicht befaßt sind, das VwVG gilt, für die ausführenden kantonalen Behörden dagegen das Strafprozeßrecht. Diese Zuordnung des anwendbaren innerstaatlichen Rechts nimmt auch Art. 7 USG vor.

Das IRSG stellt über weite Strecken eine Kodifizierung der bisher geltenden Regeln der Rechtshilfe dar[295]. Das gilt auch für das Verfahrensrecht. Wir gehen deshalb davon aus, daß schon heute die in Art. 9 IRSG vorgesehene Lösung für die freiwillige Rechtshilfe sowie für Ersuchen nach EÜR und (abweichende Vorschriften vorbehalten) nach USV Gültigkeit hat.

3.2.3. Die Anwendung ausländischen Verfahrensrechts

Verschiedene Bestimmungen des USV, vor allem Art. 9 Abs. 2 und Art. 12[296], sowie Art. 62 IRSG[297] sehen vor, daß ausnahmsweise ausländisches Verfahrensrecht angewendet werden kann. Die Voraussetzungen dafür sind, daß der ausländische Staat es verlangt, daß das fremde Recht nicht mit dem schweizerischen unvereinbar ist, und nach Art. 62 Abs. 2 IRSG zusätzlich, daß die Beteiligten[298] keine wesentlichen Nachteile zu befürchten haben. Zwangsmaßnahmen des ausländischen Rechts sind immer ausgeschlossen (Art. 60 Abs. 1 IRSG, Art. 9 Abs. 2 USV)[299].

Es wird erwartet, daß das ausländische Verfahrensrecht nur in seltenen Fällen zum Zuge kommt[300].

[293] BBl 1974 II, S. 583; vgl. Art. 7 Abs. 2 USG und Art. 40 Abs. 1 lit. e USV.
[294] BBl 1976 II, S. 456f.
[295] AUBERT/KERNEN/SCHÖNLE, S. 287.
[296] BBl 1974 II, S. 583f., 644. Einzelheiten sind geregelt in Art. 21ff. USG; AUBERT, SJK 67, S. 15f., AUBERT/KERNEN/SCHÖNLE, S. 326f., WICKI, S. 346.
[297] BBl 1976 II, S. 483; AUBERT/KERNEN/SCHÖNLE, S. 304ff.
[298] Zum Ausdruck «Beteiligter» vgl. hinten 3.7.1.
[299] AUBERT/KERNEN/SCHÖNLE, S. 306, HAUSER, ZStR 1967, S. 227, MARKEES, ZStR 1973, S. 241, SCHULTZ, SBV, S. 35.
[300] BBl 1974 II, S. 644; AUBERT/KERNEN/SCHÖNLE, S. 327; ähnlich WICKI, S. 346 Spalte 1.

3.3. Zuständigkeitsregeln

3.3.1. Der Adressat von Rechtshilfegesuchen

Nach Art. 28 Abs. 1 USV und Art. 23 Abs. 2 und Art. 74 Abs. 1 IRSG sind Rechtshilfeersuchen an das BAP zu richten. Bei Art. 74 IRSG ist allerdings der Vorbehalt staatsvertraglicher Vereinbarungen (Art. 1 Abs. 1 IRSG) zu bedenken: Wo direkte Zustellung zwischen Justizbehörden verabredet ist, bleibt es dabei.

3.3.2. Die Prüfung des Rechtshilfebegehrens

Seit jeher[301] hat das BAP[302] Rechtshilfebegehren, die an den Bund gerichtet waren, einer summarischen Prüfung hinsichtlich der Formerfordernisse unterzogen und offensichtlich unzulässige Gesuche abgewiesen, die anderen zum Vollzug an die Kantone geleitet[303]. Diese Praxis ist nun in Art. 31 USV und Art. 75 Abs. 1 IRSG gesetzlich verankert worden. Statt der Abweisung ist auch die Zurückweisung eines Gesuches zur Verbesserung oder Ergänzung möglich[304].

Der zuständige kantonale Richter hat – abgesehen von der Prüfung seiner eigenen örtlichen Zuständigkeit – das Gesuch hinsichtlich seiner formellen Vollständigkeit und seiner materiellen Zulässigkeit, d.h. seiner Vereinbarkeit mit den Grundsätzen, einläßlich zu durchleuchten[305]. Die Übermittlung eines Gesuchs vom BAP an den Kanton bedeutet noch keinesfalls, daß es zulässig ist[306].

Die summarische Prüfung durch das BAP entfällt im Verkehr

[301] VEB 1957, S. 17 E. 3a.

[302] Zuständig ist das BAP heute gemäß VO des Bundesrates vom 9.5.1979 über die Aufgaben der Departemente, Gruppen und Ämter (SR 172.010.15), Art. 7 Ziff. 3 lit. b, der an die Stelle eines BRB von 1914 getreten ist (BS 1, S. 289). Vgl. Erklärung zu Art. 11 Abs. 3, Art. 13 Abs. 1 und Art. 15 Abs. 1 und 3, Ziff. 1 lit. b EÜR, Art. 28 Abs. 1 USV, Art. 75 IRSG; AUBERT/KERNEN/SCHÖNLE, S. 289.

[303] Art. 31 Abs. 2 USV, Art. 75 Abs. 1 IRSG; VEB 1957, S. 17 E. 3a, S. 19 E. 3d, VPB 1976, S. 93f. E. 1, BGE 98 Ia 230 E. 3b, BBl 1976 II, S. 479; AUBERT, ZStR 1971, S. 128, BAP, S. 6, N. 3b, HAUSER/HAUSER, S. 447, MARKEES, Kriminalistik, S. 131, SCHULTZ, SBV, S. 18.

[304] Ausdrücklich Art. 24 Abs. 6 IRSG, sinngemäß Art. 31 Abs. 1 USV.

[305] Art. 12 Abs. 1 USG, Art. 76 Abs. 1 IRSG; BBl 1976 II, S. 485, VEB 1957, S. 19 E. 3c, VPB 1976, S. 94 E. 1, nicht publ. BGE vom 7.12.1979 i.S. X gegen Kanton TI, S. 8 E. 2a.

[306] VEB 1957, S. 19f. E. 3d; BAP, S. 6, N. 3b.

mit den Staaten, mit denen der direkte Verkehr zwischen Justizbehörden vereinbart ist[307]; der Kanton entscheidet über die Zulässigkeit der Rechtshilfe direkt[308].

Eine etwas stärkere Stellung kommt dem BAP nach dem USV zu. Zwar bleibt auch hier seine Tätigkeit auf reine Verwaltungssachen beschränkt, und der Vollzug des Begehrens ist Sache der Kantone[309]. Doch sind dem BAP im innerstaatlichen Bereich und vor allem im Rahmen der Sonderregeln zur Bekämpfung des organisierten Verbrechens viele zusätzliche Einzelkompetenzen eingeräumt[310]. Auch nimmt das BAP im Rechtsmittelverfahren zusätzliche Funktionen wahr[311]. Die übliche Aufteilung der Zuständigkeiten zwischen Bund und Kantonen bleibt aber gewahrt.

3.3.3. Der Vollzug des Gesuches

Der Vollzug der Rechtshilfe ist allein Sache der Kantone; hier hat das BAP keinerlei Kompetenz[312]. Indessen übt es nach Art. 12 Abs. 1 IRSG (der Art. 3 Abs. 1 USG nachgebildet ist[313]) außerdem die Aufsicht über die Kantone aus. Diese äußert sich offenbar darin, daß das BAP zu Grundsatzfragen Stellung bezieht und Weisungen an die Kantone erläßt[314].

Der Vollzug spielt sich nach den Vorschriften der kantonalen Strafprozeßordnung ab[315]. Die Erfahrung zeigt, daß man es in

[307] Vorne Anm. 273.

[308] Nicht publ. Entscheid des Bundesrates vom 3.9.1980 i.S.X gegen EJPD, S.9 E.2d.

[309] BBl 1974 II, S.632ff.; Art.10 USG: formelle Prüfung durch BAP; Art.12 USG: materielle Prüfung und Vollzug durch den Kanton.

[310] Vgl. etwa Art.5 und Art.8 USG.

[311] Vgl. Art.11 USG.

[312] Art.3 Abs.1 USG, Art.12 IRSG; VEB 1957, S.17 E.3a, VPB 1976, S.94 E.1, nicht publ. Entscheid des Bundesrates vom 3.9.1980 i.S.X gegen EJPD, S.8 E.2c, S.9 E.2d; AUBERT, ZStR 1971, S.128, BAP, S.6, N.3b, HAUSER/HAUSER, S.447, 457, SCHULTZ, SBV, S.18, 22.

[313] BBl 1976 II, S.479f.

[314] BAP, S.6, N.3b, erwähnt, das BAP habe seit jeher Entscheidungen in Einzelfällen oder über Grundsatzfragen getroffen und allgemeine Weisungen an die Kantone erlassen. Demnach müßte man also sowohl an individuell-konkrete wie an generell-abstrakte Verwaltungsakte denken. Worauf letztere gestützt würden, ist für uns nicht ersichtlich. Indessen fehlen uns Beispiele für beide Kategorien. Vgl. auch den Bundesrat in seinem nicht publ. Entscheid vom 3.9.1980 i.S.X gegen EJPD, der bestätigt, das BAP müsse «im Interesse der Koordination der Rechtshilfehandlungen beim Vollzug eines Ersuchens in verschiedenen Kantonen gewisse Anordnungen treffen können» (S.8 E.2c).

[315] Im einzelnen vorne 3.2.

der Praxis mit der Wahrung der Formen etwas weniger genau nimmt[316].

Sehr häufig tritt der Fall ein, daß der Untersuchungsrichter eine Verfügung erläßt, deren Vollstreckung er der Polizei überläßt. Dagegen ist nicht viel einzuwenden, da in der Regel schriftliche Auskünfte erteilt werden[317]. Etwas kritischer ist die Lage, wenn Dossiers in Anwesenheit von ausländischen Beamten gesichtet werden[318].

In gewisser Hinsicht sanktioniert wird diese Praxis durch Art. 78 IRSG. Danach können im Bereich der kleinen Rechtshilfe die obersten Polizeistellen direkt miteinander verkehren[319].

3.3.4. Die Weiterleitung des Vollzugsergebnisses

Wir werden wieder mit der Spaltung der Zuständigkeit konfrontiert: Beim direkten Verkehr zwischen Justizbehörden wird das Vollzugsergebnis direkt und nicht über das BAP an die ersuchende Behörde geleitet[320]. Zuvor hat sich die schweizerische Behörde zu vergewissern, daß damit keiner der Grundsätze verletzt und daß keine Auskunft weitergeleitet wird, die dem geschützten Geheimbereich einer Person angehört[321].

Traditionellerweise hatte das BAP auch «allfällige Anstände mit den ausländischen Behörden zu regeln»[322], darunter vor allem Fragen betreffend die Einhaltung der Spezialität[323]. Diese Tradition ist nun gesetzlich verankert worden: Die spezialitätswidrige Verwendung von Auskünften ist ausgeschlossen[324], und das BAP oder allenfalls der Kanton hat die Aufgabe, das zu überwachen[325].

Eine wesentliche Verbesserung der Rechtslage für die Betrof-

[316] Dazu hinten 3.5.1.
[317] Zurückhaltender AUBERT, ZStR 1971, S. 125.
[318] Dazu hinten 3.6.
[319] BBl 1976 II, S. 485. Der Inhalt der Verfahrensordnung, die der Bundesrat nach Art. 78 Abs. 2 IRSG erlassen soll, ist noch nicht bekannt.
[320] Art. 32 USV, Art. 13 USG, Art. 80 IRSG; nicht publ. Entscheid des Bundesrates vom 3. 9. 1980 i. S. X gegen EJPD, S. 9 E. 2d.
[321] Dazu hinten 3.8.
[322] Nicht publ. Entscheid des Bundesrates vom 3. 9. 1980 i. S. X gegen EJPD, S. 8 E. 2c; gleich VEB 1957, S. 17 E. 3a, VPB 1976, S. 94 E. 1; HAUSER, ZStR 1976, S. 241 Anm. 39.
[323] Entscheid des Bundesrates, vgl. Anm. 322 oben.
[324] Vorne 2.2.
[325] Art. 5 Abs. 1 USV in Verbindung mit Art. 13 USG; Art. 80 und 76 IRSG.

fenen besteht darin, daß die Weiterleitung der Vollzugsakten auf Grund einer beschwerdefähigen Verfügung erfolgen muß[326].

3.3.5. Verfahren in mehreren Kantonen

Art. 3 Abs. 2 USG und Art. 77 IRSG sehen vor, daß einem Kanton die Verfahrensleitung übertragen werden kann, wenn Erhebungen in anderen Kantonen erforderlich sind. Davon verspricht man sich eine Vereinfachung des Verfahrens, die allerdings ganz im administrativen Bereich zu suchen ist[327]. Mehr darf in der Tat nicht erwartet werden; insbesondere bedeutet die Übertragung der Verfahrensleitung nicht, daß dann für alle Erhebungen das Strafprozeßrecht des beauftragten Kantons zur Anwendung kommt. Das ist nach Art. 355 Abs. 2 StGB ausgeschlossen, auf den die beiden zitierten Bestimmungen ausdrücklich verweisen.

3.4. Die Prüfung der formellen Voraussetzungen

3.4.1. Vier Anforderungen

Das Rechtshilfegesuch muß schriftlich gestellt und begründet werden[328]. Es muß nach EÜR, USV und IRSG folgende Angaben enthalten:

1. Bezeichnung der ersuchenden Behörde[329],
2. Gegenstand und Grund des Ersuchens[330],
3. Möglichst genaue Identifikation der Person, gegen die sich das Strafverfahren richtet[331],
4. Bezeichnung der strafbaren Tat und kurze Darstellung des Sachverhalts[332].

Mit diesen Anforderungen halten sich die drei Kodifikationen

[326] Art. 13 Abs. 4 USG, Art. 80 Abs. 4 IRSG; vgl. BBl 1976 II, S. 466.
[327] BBl 1974 II, S. 636, 1976 II, S. 485.
[328] Ausdrücklich nur in Art. 24 Abs. 1 IRSG.
[329] Art. 14 Abs. 1 lit. a EÜR; vgl. Art. 24 EÜR, Art. 29 Abs. 1 USV Ingress, Art. 24 Abs. 2 lit. a IRSG.
[330] Art. 14 Abs. 1 lit. b EÜR, Art. 29 Abs. 1 lit. a und b USV, Art. 24 Abs. 2 lit. b IRSG.
[331] Art. 14 Abs. 1 lit. c EÜR, Art. 29 Abs. 1 lit. c USV (anders formuliert, aber inhaltlich entsprechend), Art. 24 Abs. 2 lit. d IRSG.
[332] Art. 14 Abs. 2 EÜR, Art. 29 Abs. 1 lit. a USV (sinngemäß; vgl. Art. 10 USG), Art. 24 Abs. 2 lit. c und Abs. 3 lit. a IRSG.

an die im Auslieferungsrecht und in der früheren Rechtshilfe praxis üblichen Regeln[333].

3.4.2. Die vier Anforderungen im einzelnen

3.4.2.1. Bezeichnung der ersuchenden Behörde

Ersuchende Behörde ist die Behörde, welche mit der Erledigung des ausländischen Verfahrens befaßt ist, also die Justizbehörde[334], und nicht etwa die das Ersuchen übermittelnde Behörde.

Wir begnügen uns mit dem Hinweis, daß in Staaten des angelsächsischen Rechtsraumes die ersuchende Behörde nicht unbedingt ein Untersuchungsrichter ist[335], was eine weitherzige Auslegung von Art. 1 EÜR erfordern wird, wenn ein solcher Staat dem Abkommen beitreten will. Die Formulierung von Art. 24 Abs. 2 lit. a IRSG bietet hingegen den erforderlichen Spielraum.

Diese Anforderung bedeutet nicht, daß die Zuständigkeit der ersuchenden Behörde zu überprüfen ist[336].

3.4.2.2. Gegenstand und Grund des Ersuchens

Gegenstand des Ersuchens sind die prozessualen Maßnahmen, welche der ersuchende Staat verlangt. Sie sind selbstverständliche Voraussetzung dafür, daß der ersuchte Staat tätig werden kann.

Außerdem wird die Angabe des Grundes[337] für die Erforderlichkeit der gewünschten Auskünfte verlangt. Diese Anforderung bedeutet eine Erheblichkeitskontrolle durch den ersuchten Staat[338]. Wenn der angegebene Grund die verlangte Maßnahme offensichtlich nicht rechtfertigt, oder wenn die verlangte Maßnahme als unverhältnismäßig erscheint[339], ist eine Voraussetzung der Rechtshilfe nicht erfüllt.

3.4.2.3. Identifikation des Täters

Eine Untersuchung kann geführt werden gegen einen bekannten Täter oder gegen Unbekannt. Denn es ist nicht einzusehen,

[333] BBl 1966 I, S. 487, 1976 II, S. 459.
[334] Vgl. vorne 1.7.2.
[335] BAP, S. 7f., N. 4a.
[336] HAUSER/HAUSER, S. 457, N. 6.
[337] Nach USV: des Hauptgrundes.
[338] a. A. HAUSER/HAUSER, S. 457, N. 6.
[339] Vorne 2.5.

«warum nur zur Überführung bereits bekannter Täter Rechtshilfe geleistet werden sollte, nicht aber zur Aufklärung einer strafbaren Handlung überhaupt»[340]. Zulässig ist mit anderen Worten auch Rechtshilfe zu Fahndungszwecken[341].

3.4.2.4. Bezeichnung der strafbaren Tat und kurze Darstellung des Sachverhaltes

Der wegweisende Entscheid des Bundesrates von 1957 hat der Praxis ein Ende bereitet, daß man sich mit der Angabe einer technischen Tatbestandsbezeichnung zufriedengab, und zur Voraussetzung gemacht, daß eine Schilderung des Sachverhalts geliefert werde, aus der alle objektiven Merkmale eines Straftatbestandes nach schweizerischem Recht hervorgehen[342].

Das bedeutet, daß der Bezeichnung der strafbaren Tat geringere Bedeutung zukommt: Eine falsche Bezeichnung schadet nicht. Wesentlich ist, daß der umschriebene Sachverhalt den Tatbestand eines Delikts erfüllt, für das Rechtshilfe geleistet wird[343].

An die Darstellung des Sachverhaltes werden keine übertrieben strengen Anforderungen geknüpft: Es reicht, wenn konkret gesagt wird, «wer wann was begangen haben soll»[344]. Der ersuchten Behörde muß vor allem möglich sein zu erkennen, «daß es sich um kein politisches oder fiskalisches Delikt handelt, daß das Gesuch nicht die Souveränität, die Sicherheit, die öffentliche Ordnung oder andere wesentliche Interessen des Landes beeinträchtigt, und daß die dem Rechtshilfegesuch zugrunde liegende Tat sowohl nach dem Recht des ersuchenden Staates als auch nach dem des ersuchten Staates strafbar ist»[345].

Bedenken erweckt dabei die Praxis unseres obersten Gerich-

[340] VEB 1957, S. 22 E. 5b) aa); vgl. nicht publ. BGE vom 12.7.1978 i.S.X gegen Schweiz. Bundesanwaltschaft und EJPD, S. 7 E. 2c:
«Die Auslieferung von Beweismaterial kann nicht vom Vorliegen einer Anklageschrift abhängig gemacht werden; das Ermittlungsverfahren dient ja gerade der Abklärung der Frage, ob Anklage zu erheben ist.»

[341] Zur Abgrenzung von der Beweisausforschung hinten 3.4.5.

[342] VEB 1957, S. 24ff. E. 5b) dd).

[343] BGE 101 Ia 410 E. 4, 595 E. 5a, 103 Ia 210f. E. 5.

[344] Nicht publ. BGE vom 31.8.1978 i.S.X gegen Kanton SG, S. 7 E. 4; BAP, S. 8, N. 4e.

[345] Nicht publ. BGE vom 31.8.1978 i.S.X gegen Kanton SG, S. 6 E. 2. In gleichem Sinn BGE 103 Ia 210f. E. 5, nicht publ. BGE vom 11.9.1979 i.S.X gegen Kanton SO, S. 5 E. 3a, und vom 7.12.1979 i.S.X gegen Kanton TI, S. 7 E. 2a. Nach dem letztgenannten Entscheid dient die Sachverhaltsdarstellung «anche per salvaguardare i diritti di difesa degli interessati» (S. 10 E. 2b).

tes, daß «die Anforderungen an die Angaben weniger streng [sind], wenn das Gesuch vor einer ordentlichen und vertieften Untersuchung des Straffalles gestellt wird»[346]. Das ist geradezu eine Aufforderung ans Ausland, mit Rechtshilfegesuchen in einem verfrühten Stadium des Verfahrens vorzuprellen, und steht in eklatantem Widerspruch zum Verhältnismäßigkeitsprinzip[347].

Die Bedenken wachsen angesichts der (an sich richtigen) Ansicht des Bundesgerichtes, daß die ersuchte Behörde an den im Rechtshilfeersuchen geschilderten Tatbestand grundsätzlich gebunden ist, daß sie auf Vorbringen des Einsprechers zum Tatbestand nicht eingehen darf und daß sie lediglich offensichtliche Fehler, Lücken und Widersprüche berücksichtigen soll[348]. Je geringer die Anforderungen an die Sachverhaltsdarstellung sind, desto geringer ist die Möglichkeit, Fehler, Lücken und Widersprüche zu erkennen. Die Praxis des Bundesgerichts widerspricht dem Rechtsschutzinteresse des Betroffenen.

Tatsächlich wird dieses dem Interesse an einem reibungslosen, speditiven Vollzug der Rechtshilfehandlungen hintangestellt. Daß aber die häufig behauptete Dringlichkeit[349] oft nur ein Vorwand ist, ergibt sich etwa aus BGE 103 Ia 206: Das deutsche Rechtshilfegesuch wurde am 12. Oktober 1976 gestellt, der Vollzug erfolgte am 7./8. Dezember 1976. Die Zeit hätte ausgereicht, um das ungenügende Rechtshilfeersuchen durch die deutschen Behörden verbessern zu lassen.

[346] BGE 103 Ia 211 E. 5 am Ende, gleich BGE 101 Ia 64 E. 3 und 421 E. 2, Pra 1980 Nr. 145, S. 391 E. 4a, nicht publ. BGE vom 11. 9. 1979 i. S. X gegen Kanton SO, S. 5 E. 3a.

[347] Verfehlt ist deshalb die Argumentation im nicht publ. BGE vom 11. 9. 1979 i. S. X gegen Kanton SO, es sei nicht zu beanstanden, daß die innerstaatlichen Untersuchungsmöglichkeiten nicht zuvor erschöpft worden seien, weil das EÜR nicht bestimme, daß die Rechtshilfe subsidiärer Natur sei (S. 6 E. 3c).

[348] BGE 101 Ia 611 E. 2, 103 Ia 629, Pra 1980 Nr. 145, S. 389 E. 2a, 391 E. 4b und 392 E. 5b; nicht publ. BGE vom 30. 3. 1979 i. S. X gegen BAP, S. 13 E. 5b, vom 11. 9. 1979 i. S. X gegen Kanton SO, S. 5f. E. 3b, vom 27. 2. 1980 i. S. X gegen BAP, S. 5 E. 2a.

[349] BGE 103 Ia 213 E. 7: «Denn in dringenden Fällen muß sehr rasch gehandelt werden können». Der vom Bundesgericht zur Unterstützung seiner These angerufene Art. 15 EÜR sieht keineswegs vor, daß man es in dringenden Fällen mit den Voraussetzungen weniger genau nehmen wolle, sondern lediglich, daß der direkte Verkehr zwischen den Strafverfolgungsbehörden zulässig ist.

3.4.3. Weitere Voraussetzungen (Kasuistik)

3.4.3.1.

Nach Art. 14 Abs. 1 lit. d EÜR soll der Zustellungsempfänger bezeichnet werden. Da nicht anzunehmen ist, daß damit die zuständige Instanz im ersuchten Staat gemeint ist, hat diese Bestimmung vermutlich den gleichen Sinn wie Art. 29 Abs. 2 lit. a USV und Art. 73 lit. a IRSG: Auch Zeugen und andere durch das Ersuchen betroffene Personen sollen nach Möglichkeit identifiziert werden. Eine technische Bestimmung, deren Nichtbeachtung ohne Folgen bleibt.

3.4.3.2.

Daß im innerstaatlichen Verfahren des ersuchenden Staates ein Formfehler begangen wurde (nämlich, daß eine gültige Vorladung unterblieb), kann die Erteilung der Rechtshilfe nicht verhindern. Denn dadurch wurde der Rechtshilfevertrag nicht verletzt[350].

3.4.3.3.

Art. 8 Abs. 2 USV räumt der Schweiz das Recht ein, die Beurteilung der USA, ob ein Fall des organisierten Verbrechens vorliegt, zu überprüfen. Aus diesem Sondertatbestand kann nicht allgemein abgeleitet werden, die Schweiz könne die ihr unwahrscheinlich scheinende Beurteilung eines Tatbestandes durch die USA überprüfen[351].

3.4.3.4.

Welche Haltung wäre einzunehmen, wenn ein Staat auf Grund einer fiktiven Sachverhaltsdarstellung Rechtshilfe verlangt? Das Bundesgericht hatte einen ähnlichen Einwand zu behandeln[352]. Es fand, der USV sehe keinen Einsprachegrund der mißbräuchlichen Anrufung des Staatsvertrages vor. Aber ein solches Verhalten könnte ein Grund zur Kündigung des Vertrages und möglicherweise auch zur Verweigerung der Rechtshilfe im konkreten Fall sein. Letzteres dürfte nach der Rechtssprechung, wonach die Behörde offensichtliche Fehler im geschilderten Tatbestand berücksichtigen soll[353], dogmatisch kein Problem bilden.

[350] Pra 1980 Nr. 145, S. 390 E. 2c.
[351] Pra 1980 Nr. 145, S. 391f. E. 4c; MARKEES, ZStR 1978, S. 133.
[352] Pra 1980 Nr. 145, S. 389f. E. 2b.
[353] Zitate vgl. Anm 348 vorne.

3.4.4. Die Folgen der Nichterfüllung der Voraussetzungen

Ein Begehren rundweg abzulehnen, widerspricht dem Gedanken der Rechtshilfe. So sehen Art. 3 Abs. 2 und Art. 4 Abs. 5 USV vor, daß Rechtshilfe allenfalls unter Auflagen oder ohne Einsatz von Zwangsmitteln geleistet werden soll. Ähnlich Art. 24 Abs. 6 IRSG (Ergänzung eines mangelhaften Ersuchens) und Art. 75 Abs. 2 IRSG (Leistung von Rechtshilfe unter Auflagen)[354].

Immerhin wäre u. E. ein Ersuchen abzuweisen, das nicht von einer Justizbehörde ausgeht. Dies ist ein Mangel, der sich nicht heilen läßt[355].

Zur Frage der Nichterfüllung der Voraussetzungen hatte das Bundesgericht in zwei Fällen Stellung zu nehmen. Im ersten Fall wies es eine Beschwerde gegen den bereits erfolgten Vollzug eines unzulänglichen Begehrens ab; es genüge, wenn die Auskünfte zurückbehalten würden bis zur Vervollständigung des Begehrens[356]. Im zweiten Fall waren die prozessualen Maßnahmen erst bewilligt, aber noch nicht vollzogen. Das Bundesgericht hob die bewilligende Verfügung des Untersuchungsrichters auf[357]. Die Differenzierung überzeugt angesichts der Verschiedenartigkeit der Tatbestände.

3.4.5. Fishing expeditions

3.4.5.1.

Zu den fishing expeditions gehören die Beweisaufnahmen aufs Geratewohl, die Beweisausforschung. «Es dürfen keine strafprozessualen Untersuchungshandlungen zur Auffindung von Belastungsmaterial zwecks Begründung eines Verdachts durchgeführt werden ohne vorhergehende konkrete Anhaltspunkte nach Ge-

[354] Gemäß BGE 103 Ia 216 E. 9b muß das Bundesgericht bei der Aufhebung von Untersuchungsmaßnahmen wegen Verfahrensfehlern Zurückhaltung üben, wenn anderweitig sichergestellt ist, daß die Rechte der Betroffenen gewahrt sind.

[355] Ein solcher Fall ist zur Zeit in der Schweiz hängig. In Italien ist offenbar vorgesehen, daß für Verfahren gegen bestimmte Amtsträger ein Verfassungsgericht ad hoc zusammengestellt wird, das sich nach Aburteilung des Falles auflöst. Dieser Spezialgerichtshof fehlt in der Liste der von Italien bezeichneten Justizbehörden (SR 0.351.1, S. 16). Dennoch erklärten sich bisher die schweizerischen Amtsstellen zur Rechtshilfe bereit.

[356] BGE 103 Ia 212 E. 7.

[357] Nicht publ. BGE vom 7. 12. 1979 i. S. X gegen Kanton TI, S. 12f. E. 3b.

genstand und Person»[358]. Wesentlich sind die Wörter «zwecks Begründung eines Verdachts»; hier liegt der Unterschied zum Fall, wo der Täter nicht eindeutig identifiziert oder wo der Sachverhalt nicht abschließend geschildert ist.

Es ist nicht zu verkennen, daß die ersuchte Behörde kaum je in der Lage ist festzustellen, ob eine Beweisausforschung versucht wird; dazu mangelt ihr die Sachverhaltskenntnis. Ein Grund, um Rechtshilfebegehren restriktiv auszuführen.

3.4.5.2.

Es gibt aber auch erheiternde fishing expeditions. Das FBI wollte gewisse Fragen abklären lassen «in order to determine if [a bank officer] and/or the bank have any information which would make worthwile the submission of a formal request pursuant to the U.S.-Swiss Treaty»[359]. Erschütternderweise beauftragte das BAP die Kantonspolizei Zürich, einen Bankbeamten «kurz darüber zu befragen, ob ihm vorliegend etwas bekannt ist und wenn ja, was er gestützt auf die vorgelegten Unterlagen aussagen kann». Die Kantonspolizei mußte unverrichteter Dinge abziehen.

3.5. Form und Inhalt der Verfügungen

Nach BGE 101 Ia 74 ist die Verwaltungsverfügung «ein individueller, an den einzelnen gerichteter Hoheitsakt, durch den eine konkrete verwaltungsrechtliche Rechtsbeziehung rechtsgestaltend oder feststellend in verbindlicher und erzwingbarer Weise geregelt wird».

Da das Rechtshilfeverfahren bekanntlich ein Verwaltungsverfahren «etwas eigener Prägung»[360] ist, bedarf diese Definition einiger kleiner Retouchen. Bei den im folgenden betrachteten Verfügungen handelt es sich nach der Terminologie des Strafprozeßrechts um prozeßleitende Entscheide[361]. Wir beschränken uns auf das kantonale Verfahren; die Verfügungen des BAP, die dem Recht des VwVG unterstehen[362], werden nicht untersucht.

[358] BGE 103 Ia 211f. E.6; vgl. Art.153, 144 ZH StPO.
[359] Schreiben der US Botschaft in Bern an das BAP vom 10.7.1980 (Verfahrensnummer B 42366).
[360] BBl 1976 II, S.457; vgl. vorne 1.3.
[361] HAUSER, Strafprozeßrecht, S.113.
[362] Art.7 Abs.1 USG.

3.5.1. Die Form der Verfügungen

Aus praktischen Gründen hat es sich im kantonalen Bereich schon öfters als zweckmäßig erwiesen, Verfügungen etwa «An die Banken des Kantons Zürich» zu richten, das vor allem dann, wenn nicht klar war, bei welcher Bank der zu ermittelnde Sachverhalt stattgefunden hatte. Dieses Verfahren findet im Gesetz keine Stütze[363], ist aber sinnvoll und rationell. Unseres Wissens hat bisher noch keine Bank diese Form beanstandet.

Nicht ungewöhnlich ist, daß Verfügungen in Briefform gekleidet sind[364]. Ja manchmal bedarf es sogar der Interpretation durch den Adressaten, um herauszufinden, ob er nun eine verbindliche und erzwingbare Anordnung erhalten hat oder lediglich eine freundliche Einladung[365]. Hier wäre auf Kosten der Höflichkeit vermehrte Präzision wünschbar, damit dem Empfänger der verbindliche Charakter der Anordnung und damit deren Anfechtbarkeit klar ersichtlich sind[366]. Umgekehrt sollten unverbindlich gemeinte Einladungen nicht als Verfügung bezeichnet werden[367].

Die Zustellung der Verfügungen erfolgt manchmal per Post; meist werden sie aber vom mit dem Vollzug beauftragten Polizisten überbracht.

3.5.2. Der Inhalt der Verfügungen

3.5.2.1. Die schriftliche Auskunft

Banken werden in aller Regel aufgefordert zur Auskunftser-

[363] Art. 174, 187 ZH GVG; vgl. SCHMID, S. 87.

[364] Beispiel im nicht publ. BGE vom 22.3.1978 i.S. X gegen Kanton ZH.

[365] Beispiel einer Formulierung in einem Rundschreiben an die Banken des Kantons Zürich vom 18.9.1973:
«Dem Rechtshilfebegehren... wird entsprochen. Ihre Direktion wird gebeten feststellen zu lassen, ob X zu Ihrer Bank Beziehungen unterhält oder unterhalten hat... Im positiven Falle ersuchen wir Sie um Auskunftserteilung an den Sachbearbeiter. Sollten allfällige Vermögenswerte vorhanden sein, so bitten wir um Blockierung derselben.»

[366] Vgl. die saubere Regelung in Art. 34f. VwVG.

[367] Eine unklare Lage bestand beim in Anm. 364 erwähnten Fall. In einem Schreiben der BAZ (vom Bundesgericht als Verfügung bezeichnet) hieß es:
«Dem vorerwähnten Rechtshilfeersuchen... ist... in Anwendung von Art. 112ff. GVG und der StPO zu entsprechen durch
– Auskunftserteilung und
– Edition der einschlägigen... Belege.»
Nach der Interpretation des Bundesgerichtes (S. 14 E. 8, S. 15 E. 9a) handelt es sich dabei nur um die Aufforderung zu Auskunfterteilung im Rahmen einer formlosen Befragung, um eine Aufforderung zu freiwilliger Mitwirkung.

teilung und Aktenedition. Dabei wird eine schriftliche Auskunft erwartet.

Soweit wir es überblicken, hat sich das Institut der schriftlichen Auskunft im Bundesprozeßrecht[368] und im kantonalen Zivilprozeß[369], nicht aber im Strafprozeß eingebürgert. Das steht seiner Anwendung im Rechtshilfeverfahren nicht im Wege; wir haben es mit einer (allerdings nicht unumgänglichen) Ergänzung des Strafprozeßrechtes zu tun[370].

Inhaltlich handelt es sich bei der Auskunftserteilung nicht um eine Zeugnisablegung, aber um ein der Zeugenaussage verwandtes Institut[371]. Die Zürcher ZPO und die BZP ordnen sie jedenfalls im Abschnitt über das Zeugnis[372]. STRÄULI/MESSMER[373] sehen ihren Sinn darin, daß sie unter Umständen eine Vorladung als Zeuge erspart, daß aber der Dritte nicht verpflichtet werden kann, schriftlich Auskunft zu geben. In der Praxis unterbleibt der Hinweis auf allfällige Straffolgen einer falschen Auskunft[374].

Schwierig ist es, den Beweiswert der schriftlichen Auskunft zu ermitteln. Das Bundesgericht begegnet ihr mit einiger Skepsis; es scheint anzudeuten, daß man sich nur in Fragen minderer Bedeutung mit einer schriftlichen Auskunft begnügen dürfe[375]. Positiver äußert sich die Literatur: Über die Beweistauglichkeit entscheidet der Richter, wobei er die Unbefangenheit der Aus-

[368] Art. 49 BZP, Art. 12 lit. c und Art. 19 VwVG (Verweis auf Art. 49 BZP), Art. 40 VStrR, Art. 40 OG (Verweis auf BZP). Keine Bestimmung im BStP. Nach GYGI, S. 203, werden im Verwaltungsprozeß häufig schriftliche Auskünfte eingeholt.

[369] GULDENER zählt 12 kantonale Zivilprozeßordnungen auf, S. 346 Anm. 34, darunter Art. 168 ZH ZPO.

[370] Vorne 3.2.2.

[371] KUMMER, S. 125; ähnlich GYGI, S. 203. Ungenau GULDENER, S. 346, und HANS-ULRICH WALDER, Der neue Zürcher Zivilprozeß, 2. Aufl., Zürich 1979, S. 328, die einfach von einer schriftlichen Ablegung des Zeugnisses reden. HAUSER, Strafprozeßrecht, S. 182, stuft die Auskunftsperson als Person ein, die nicht Zeuge und noch nicht Beschuldigter ist. Also eine andere Ausgangslage als die uns interessierende.

[372] Anders – besser – das VStrR, das in Art. 39 die Einvernahme des Beschuldigten, in Art. 40 die Auskünfte Dritter und in Art. 41 die Zeugeneinvernahme vorsieht. Auffällig immerhin, daß nach Art. 40 der um Auskunft angegangene Dritte auf sein Zeugnisverweigerungsrecht aufmerksam zu machen ist.

[373] STRÄULI/MESSMER, S. 276, N. 4. Interessantes Detail: eine falsche schriftliche Auskunft ist nicht nach Art. 307 StGB strafbar, aber allenfalls nach Art. 251 StGB (Falschbeurkundung).

[374] Art. 164 ZH ZPO, Art. 141 ZH StPO.

[375] BGE 99 Ib 109f. E. 4.

kunftsperson, die Glaubwürdigkeit der Auskunft und deren prozessuale Bedeutung abwägt[376].

Die praktische Bedeutsamkeit der schriftlichen Auskunft soll aber nicht überschätzt werden; denn das Hauptinteresse der ersuchenden Behörde liegt zweifellos vorwiegend auf den Kontoauszügen und Belegen, deren Edition verlangt wird.

3.5.2.2. Die Herausgabe von Belegen

Diesen Fall regelt die Zürcher StPO in § 103, der im Kapitel «Beschlagnahme von Beweisstücken» untergebracht ist. Danach muß der Dritte vorerst zur Ablieferung der Unterlagen aufgefordert werden; nur wenn er nicht gehorcht, darf zu einer Hausdurchsuchung geschritten werden[377]. Die Hausdurchsuchung hat also subsidiären Charakter[378].

Daß herauszugebende Kontoauszüge in der Regel zuerst noch angefertigt werden müssen, weil sie im Datenverarbeitungssystem gespeichert sind, ist nach den neuen Buchführungsvorschriften des OR[379] zulässig und ändert an der Edierbarkeit nichts.

Spezielle Aufmerksamkeit widmen der Herausgabe der USV und das IRSG. Der USV sieht ein besonders feierliches Verfahren vor, das amerikanischen Vorstellungen gerecht wird[380]. Nach Art. 71 IRSG werden nach schweizerischem Recht beschlagnahmte Gegenstände der ersuchenden Behörde nur zur Verfügung gestellt, «soweit sie für deren Entscheid von Bedeutung sein können». Also eine Einschränkung unter dem Gesichtswinkel der Erheblichkeit, die als Ausfluß des Verhältnismäßigkeitsprinzips zu werten ist. Allzu große Bedeutung würden wir der Einschränkung allerdings nicht beimessen.

3.5.2.3. Die Kontensperre

Auch die sehr häufig angeordnete Sperre der Vermögenswerte ist ein Fall der Beschlagnahme; sie fällt unter § 83 der Zürcher StPO. Entgegen § 83 wird regelmäßig eine Globalsperre statt der

[376] STRÄULI/MESSMER, S. 277, N. 8, KUMMER, S. 125.

[377] Dazu detailliert KNECHT, S. 359f.

[378] In diesem Sinne hat die Zürcher Staatsanwaltschaft die Durchsuchung der Geschäftsräume einer Bank als unverhältnismäßig abgelehnt, nachdem die Kooperationsbereitschaft der Bank unzweifelhaft war. Verfügung der StAZ vom 16.6.1980 i.S.X gegen BAZ, S. 5.

[379] Art. 962/63 OR in der Fassung vom 19.12.1975, in Kraft seit 1.7.1976.

[380] Vgl. Art. 18–20 USV, Art. 28f. USG.
Dazu SCHULTZ, SBV, S. 37f.

vorgeschriebenen Sperre im gebotenen Umfang angeordnet. Außerdem beläßt die Behörde die Vermögenswerte im Gewahrsam der Bank; nach § 85 müssten sie in amtliche Verwahrung genommen werden[381]. Auch der in § 85 StPO vorgeschriebenen Androhung, daß der Verwahrer das Risiko der Doppelzahlung läuft, begegnet man nur ausnahmsweise.

Diese Kontensperren stehen indessen (noch) auf tönernen Füßen. Bei der Beschlagnahme ist zu unterscheiden zwischen der Beschlagnahme zu Beweiszwecken und der Beschlagnahme zur Schadensdeckung. Die Beweisbeschlagnahme ist als Mittel der Untersuchungsführung zulässig[382]. Die Konfiskation zur Schadensdeckung ist jedoch ein zivilrechtliches Institut, das mit der Rechtshilfe in Strafsachen direkt nichts zu tun hat. Das Bundesgericht hat bisher zu diesem Umstand nicht klar Stellung bezogen. In zwei Entscheiden aus den Jahren 1973 und 1979[383] hat es das Problem diskutiert, aber die Antwort offengelassen; im jüngeren Entscheid macht es allerdings deutliche Vorbehalte: Man hätte es mit der Vollstreckung eines ausländischen Urteils in der Schweiz zu tun, ohne daß die Voraussetzungen dafür unbedingt erfüllt seien, was unter Umständen mit der Souveränität und dem ordre public unvereinbar sein könnte[384]. Neuerdings hat das Bundesgericht im Hinblick auf das EÜR entschieden, daß dieses die Sicherungsbeschlagnahme weder zulasse noch ausschließe, sodaß mangels einer Regelung im Staatsvertrag das kantonale Recht zum Zug komme[385].

[381] Dieses Verfahren findet eine Parallele im Betreibungsrecht. Nach Art. 98 SchKG müßten bei Pfändung und Arrest Inhaberpapiere, nach Art. 223 SchKG im Konkurs Wertpapiere vom Betreibungsamt in Gewahrsam genommen werden. Viele Betreibungsämter belassen aber aus naheliegenden praktischen Gründen Depots bei der Bank, bei der sie geführt werden.

[382] Art. 3 EÜR, Art. 18 USV, Art. 71 IRSG gehen stillschweigend davon aus.

[383] BGE 99 Ia 91 E. 6, 105 Ib 216ff. E. 5a. Auch der Bundesrat ließ die Frage unentschieden, VPB 1976, S. 95f. E. 3b.

[384] BGE 105 Ib 218 E. 5a. Gleich HAUSER, ZStR 1967, S. 235. Allerdings fragt sich, ob die konfiskatorische Beschlagnahme einfach mit der Vollstreckung eines Urteils gleichzusetzen ist. Beschlagnahme bedeutet Blockierung von Vermögen, aber nicht schon Freigabe. Auch bei der konfiskatorischen Beschlagnahme müßte die Freigabe an den Geschädigten von der Vorlegung eines vollstreckbaren zivilrechtlichen Urteils abhängig gemacht werden. Folgt man dieser Auffassung, so vermindern sich die Bedenken gegen die Einziehungsbeschlagnahme.

[385] Pra 1980 Nr. 239, S. 621f. E. 3; a. A. SCHULTZ, Jahrbuch 1978 (XXXIV), S. 332. Der Entscheid weist darauf hin, daß nach den Zusatzverträgen mit Deutschland (Art. II Abs. 3) und mit Österreich (Art. II [3]) die Konfiskation zur Schadensdeckung verabredet wurde. Vgl. dazu allgemein MARKEES, ZStR 1973, S. 241ff.

Die Möglichkeit der Sachauslieferung an den ausländischen Geschädigten ist in Art. 71 Abs. 2 und 3 IRSG in liberaler Weise realisiert[386].

3.5.2.4. Zur Zeugeneinvernahme (Hinweise)

Im Ausland ist es vielfach üblich, daß Zeugenaussagen beeidigt werden müssen. Wo das kantonale Recht den Eid nicht kennt, kann ein Zeuge im Rechtshilfeverfahren nicht gezwungen werden, ihn abzulegen. Die freiwillige Eidesleistung ist zulässig, auch wenn das Prozeßrecht die Möglichkeit dazu nicht vorsieht[387].

Unvertraute Bestimmungen enthält der USV. Im ordentlichen schweizerischen Strafverfahren ist das Kreuzverhör unbekannt[388]; im amerikanischen Verfahren, das gerade auch hinsichtlich der Zeugeneinvernahme von völlig anderen Voraussetzungen ausgeht[389], ist es die übliche Form der Einvernahme. Dem sucht der USV entgegenzukommen, indem er in Art. 9 Abs. 2 die Anwendung amerikanischer Verfahrensvorschriften zuläßt, allerdings nur «soweit solche nicht mit dem Recht des ersuchten Staats unvereinbar sind»[390]. Wenn auch WICKIS Formulierung[391], dies komme praktisch einem Ausschluß des Kreuzverhörs gleich, etwas weit geht, so ist doch unter Berücksichtigung der Kautelen in Art. 21/22 USG in Verbindung mit den

[386] Unklar ist die Bedeutung von Art. 8 USG und Art. 15 IRSG: Vorläufige Maßnahmen können zur Erhaltung des bestehenden Zustandes, zur Wahrung bedrohter rechtlicher Interessen oder zur Sicherung gefährdeter Beweise getroffen werden. Zu den bedrohten rechtlichen Interessen ließen sich auch zivilrechtliche Ansprüche zählen.

[387] Art. 3 Abs. 2 EÜR; HAUSER, ZStR 1967, S. 233f., HAUSER/HAUSER, S. 458; Art. 12 Abs. 1 USV in Verbindung mit Art. 25 Abs. 1 und 2 USG, Briefwechsel vom 23. 12. 1975 (SR 0.351.933.6, S. 39); SCHULTZ, SBV, S. 38; Art. 62 Abs. 2 IRSG.

[388] Nach HAUSER, Strafprozeßrecht, S. 208, ist es nur noch in den Sonderverfahrensvorschriften für das Zürcher Geschworenengericht und die Tessiner Assisen bekannt; a. A. BBl 1974 II, S. 584 (ohne Belege).

[389] Dazu MARKEES, SJZ 1969, S. 33f. Zur Darstellung aus amerikanischer Sicht außer dem von MARKEES zitierten Artikel von HARRY LEROY JONES (Yale L.J. 515, 1953) neuerdings auch ROBERT J. AUGUSTINE, Obtaining International Judicial Assistance ... in: Ga. J. Int'l. & Comp. L. 101, 1980, vorab S. 107ff.

[390] Vgl. auch das Fragerecht anwesender Parteien und Behördevertreter nach Art. 12 Abs. 4 USV, das ebenfalls unter dem Vorbehalt der prozessualen Zulässigkeit steht.

[391] WICKI, S. 346 Spalte 1.

Kommentaren der Botschaften[392] zu bestätigen, daß diese Form der Einvernahme eine für besondere Fälle vorbehaltene Ausnahme bildet.

Fremd muten auch die Bestimmungen über den Zeugenbeweis zur Beglaubigung von Schriftstücken an[393]. In der Praxis hat sich eingespielt, daß statt des persönlichen Erscheinens eine Bestätigung auf einem von den amerikanischen Behörden gelieferten Formular[394] abgegeben wird.

Art. 62 Abs. 2 IRSG räumt in allgemeiner Form die Möglichkeit ein, besonderen Solennitätsanforderungen des ausländischen Rechts zu entsprechen.

3.6. Anwesenheit von ausländischen Behördevertretern und Vornahme von Amtshandlungen durch solche

3.6.1. Ausgangslage

Die europäische Vorstellung von der Souveränität läßt es nicht zu, daß Amtshandlungen auf dem eigenen Staatsgebiet durch einen Vertreter einer ausländischen Behörde durchgeführt werden[395]. Die Vornahme solcher Handlungen ohne Bewilligung stellt eine Verletzung von Art. 271 StGB und, wenn dabei Geschäfts- und Fabrikationsgeheimnisse ausgekundschaftet werden, von Art. 273 StGB dar.

In einem Gutachten vom 8. Oktober 1975 hat das EPD seinen Standpunkt zu diesem Fragenkreis bekanntgegeben[396]. Dabei unterscheidet es die bloße Anwesenheit von ausländischen Behördevertretern bei Vollzugshandlungen von der Vornahme von Vollzugshandlungen durch die ausländischen Amtsträger selbst.

3.6.2. Anwesenheit von ausländischen Behördevertretern[396a]

Nach dem Gutachten gibt die passive Präsenz ausländischer

[392] BBl 1974 II, S. 644 (zu Art. 22 und 23); 1974 II, S. 584, 588.

[393] Art. 20 USV, Art. 29 USG, Briefwechsel vom 25. Mai 1973 (SR 0.351.933.6, S. 36), BBl 1974 II, S. 645 (zu Art. 30); SCHULTZ, SBV, S. 37, WICKI, S. 346 Spalte 1.

[394] Das leider amerikanischen Vorstellungen entspricht, nicht aber schweizerischen Gegebenheiten, und deshalb überarbeitet werden müßte.

[395] MARKEES, Kriminalistik, S. 214, SJZ 1969, S. 33, ZStR 1973, S. 236; vgl. Art. 4 EÜR, Art. 62 Abs. 1 lit. a IRSG.

[396] Publ. im Schweiz. Jahrbuch für internationales Recht 1977 (XXXIII), S. 205 ff.

[396a] Vgl. BAP, S. 13, N. 6c.

Funktionäre beim Vollzug von Rechtshilfegesuchen zu keinen Beanstandungen Anlaß, wenigstens soweit die Rechtshilfe nicht schlechthin ausgeschlossen ist[397]. Eine Auffaßung, die in einem Elfenbeinturm gewachsen ist. Ein ausländischer Polizeibeamter, der einer Zeugeneinvernahme oder Aktendurchsuchung mit offenen Augen und Ohren beigewohnt hat, vergisst seine Wahrnehmungen nicht, sobald er die Grenze überschritten hat; und nur in Ländern, die es mit dem indirekten Zeugnis (hearsay evidence) ganz streng halten, taugt er nicht als Zeuge. Wenn seine Anwesenheit so unbedenklich wäre, so wäre auch die Einschränkung («wenigstens soweit die Rechtshilfe nicht ausgeschlossen ist») überflüßig[398]. Im übrigen ist daran zu erinnern, daß das Untersuchungsverfahren geheim ist[399].

3.6.3. Vornahme von Amtshandlungen durch ausländische Behördevertreter[399a]

In der Regel hat es denn auch die Bewandtnis, daß die ausländischen Beamten in irgendeiner Weise ins Verfahren eingreifen, sei es, daß sie bei der Sichtung von Akten mithelfen, sei es, daß sie dem schweizerischen Vollzugsbeamten bei einer Zeugeneinvernahme assistieren. Es ist ja offensichtlich, daß der Erfahrungsvorsprung dessen, der mit einem Fall von Grund auf vertraut ist, genutzt werden will; der schweizerische Untersuchungsrichter ist oft nicht in der Lage, auf Grund der Kenntnis der Rechtshilfeunterlagen die wirklich relevanten Untersuchungshandlungen anzuordnen.

Dafür und für weitergehende Amtshandlungen wie Einvernahmen durch den ausländischen Beamten selbst bedarf es einer Bewilligung[400]. Wer erteilt die Bewilligung, und unter welchen Voraussetzungen?

[397] Gutachten (vgl. Anm. 396), S. 207.

[398] Daß die definitive Weiterleitung des Vollzugsergebnisses unter dem Spezialitätsvorbehalt erfolgt, kann die geäußerten Bedenken nicht schmälern. Die Spezialität gilt nur für die von der Schweiz zur Verfügung gestellten Auskünfte. Diese Überlegung wird auch in BBl 1976 II, S. 448, gemacht; der Spezialitätsgrundsatz bewirkt den Schutz der Geheimsphäre nur «in einem gewissen Grade».

[399] Art. 34 ZH StPO; HAUSER, Strafprozeßrecht, S. 126f. Vgl. BBl 1966 II, S. 483, wo allerdings aus der Prämisse Strafprozeß als Rechtshilfeverfahrensrecht geradezu schlitzohrige Schlüsse gezogen werden, denen man keinesfalls zustimmen darf. Vgl. die Bedenken bei AUBERT/KERNEN/SCHÖNLE, S. 305.

[399a] Vgl. BAP, S. 13f., N. 6c.

[400] Wir vernachlässigen hier die besondere Problematik, daß nur Art. 271 StGB,

Die Ausübung von Amtshandlungen für das Ausland berührt die schweizerischen Hoheitsrechte und fällt in den Bereich der auswärtigen Angelegenheiten. Daher kann für die Erteilung der Bewilligung nur eine Bundesinstanz zuständig sein[401]. Ein Bundesratsbeschluß[402] überträgt die Kompetenz an die einzelnen Departemente und an die Bundeskanzlei. Vor der Bewilligungserteilung muß die Stellungnahme des EJPD eingeholt werden, das seinerseits unter Umständen das Departement für auswärtige Angelegenheiten konsultiert. Art. 3 Abs. 2 des BRB bestimmt zudem, daß vor der Eröffnung des Entscheides an den Gesuchsteller noch die Bundesanwaltschaft informiert werden muß. Also alles in allem ein recht aufwendiges Verfahren.

Dies bestätigt das bereits erwähnte Gutachten des EPD. Danach wird jeder Fall einzeln geprüft. «La pratique des autorités fédérales à cet égard est très restrictive»[403].

Von dieser Zurückhaltung ist freilich nicht viel zu verspüren. Es ist absolute Routine geworden, daß ein ausländischer Funktionär den Untersuchungshandlungen beiwohnt und bald einmal aktiv eingreift, wobei der Auskunftsperson verborgen bleibt, ob das geschilderte Bewilligungsverfahren eingehalten wurde. Dieses wird aber vom Bundesgericht ohnehin den lästigen formalen Erschwerungen zugerechnet, die den Elan der internationalen polizeilichen Zusammenarbeit unnötig bremsen; das geht aus zwei neueren Entscheidungen hervor. Im wiederholt zitierten Urteil BGE 103 Ia 206 wurde Stillschweigen des BAP als Zustimmung dazu gewertet, daß deutsche Kriminalbeamte gewissen Untersuchungshandlungen beiwohnen durften[404]. Auch daß dann diese Beamten das Ruder ergriffen und in Abwesenheit des

nicht aber Art. 273 StGB (Wirtschaftsspionage) die Erteilung einer Bewilligung vorsieht.

[401] BAP, S. 14, N. 6c, Markees, SJZ 1969, S. 35, N. 6. Die Bewilligung wird nicht entbehrlich, wenn die Auskunftsperson freiwillig zur Auskunfterteilung bereit ist. Diesen berechtigten Standpunkt hat das BAP am 12. 12. 1980 auch dann beibehalten, als eine Schweizer Bank darum bat, einem Vertreter der SEC die Teilnahme an Verhandlungen in der Schweiz zu erlauben, was für die Bank gewisse rechtliche Erleichterungen gebracht hätte. Das BAP verwies auf die Möglichkeit, ein solches Gesuch nach dem USV zu stellen (Verfahrensnummer beim BAP: B 43747). Gleich Paul Logoz, Commentaire du Code pénal suisse, partie spéciale II, Neuchâtel 1956, S. 611, N. 3a) dd).

[402] BRB vom 7. 7. 1971 über die Ermächtigung der Departemente und der Bundeskanzlei zum selbständigen Entscheid über Bewilligungen nach Art. 271 Ziff. 1 StGB (SR 172.012); vgl. BGE 103 Ia 214f. E. 9a (ungenaues Zitat).

[403] Gutachten EPD (vgl. Anm. 396 oben), S. 207.

[404] BGE 103 Ia 215 E. 9a.

Zürcher Untersuchungsrichters Akten sichteten und dabei, wie das Bundesgericht selbst erwähnt, Gelegenheit hatten, Notizen zu machen, wird zwar beanstandet, bleibt aber ohne Sanktion: Das Bundesgericht müsse bei der Aufhebung von Maßnahmen wegen Verfahrensverstößen Zurückhaltung üben[405].

Ein ähnlicher Sachverhalt lag einem nicht veröffentlichten Entscheid vom 7. Dezember 1979 zugrunde: Ein unzuständiger Untersuchungsrichter nahm in nicht bewilligter Anwesenheit ausländischer Beamten Untersuchungshandlungen vor. Wiederum erklärt das Bundesgericht, diese Erhebungen seien nicht notwendigerweise rechtswidrig, im wesentlichen mit dem Argument, eine Wiederholung der Rechtshilfeakte unter korrekten Voraussetzungen würde ja doch dasselbe Ergebnis zeitigen und wäre daher ein unnützer Formalismus[406].

Derartige opportunistische Entscheide sind kaum geeignet, den Sinn der kantonalen Vollzugsbehörden für die Beobachtung der formellen Voraussetzungen zu schärfen. So überrascht es nicht, daß in einem deutschen Requisitorial vom 8.2.1980 die Zürcher Staatsanwaltschaft[407] bereits am 11.2.1980 die Bewilligung zur Anwesenheit deutscher Beamten gab[408], worauf die Kantonspolizei am 14.2.1980 mit einer Verfügung der BAZ anrückte, welche Auskunfterteilung und Aktenedition anordnete[409]. Die Verfügung (in Briefform) setzte eine Rekursfrist von 3 Tagen an[410], wofür sich der Bezirksanwalt höflich entschuldigte: Die deutschen Beamten waren eben schon in Zürich eingetroffen[411, 412].

[405] BGE 103 Ia 212 E.7, 215f. E.9a.

[406] Nicht publ. BGE vom 7.12.1979 i.S. X gegen Kanton TI, S.14f. E.4a.

[407] Verfahrensnummer der StAZ: Req. Nr.10/80.

[408] Der Verdacht liegt nahe, daß das BAP lediglich durch Zustellung dieser Bewilligung informiert, aber nicht im voraus begrüßt wurde.

[409] Verfahrensnummer der BAZ: 139/1980 Req.

[410] Nach Art.404 ZH StPO beträgt die Rekursfrist normalerweise 10 Tage.

[411] Nebenbei sei erwähnt, daß die SKA Rekurs einlegte, weil das Rechtshilfeersuchen Auskünfte verlangte, die in keinem ersichtlichen Zusammenhang mit der Tätigkeit des Beschuldigten lagen. Dem Rekurs wurde aufschiebende Wirkung erteilt, und er wurde im wesentlichen gutgeheißen.

[412] Wir glauben übrigens festgestellt zu haben, daß die Schweiz nicht nur bei den deutschen Justizbehörden als attraktives Reiseland gilt. Vgl. z.B. das Req. Nr.81/80 der BA Bülach: Hier tauchte unangemeldet ein südamerikanischer Richter auf, unter dem linken Arm ein Rechtshilfegesuch, am rechten seine Frau.

3.6.4. Die Anwesenheit ausländischer Behördevertreter nach EÜR, USV und IRSG

In allen drei Kodifikationen wird nur die Anwesenheit von Vertretern des ersuchenden Staates geregelt, nicht aber die Vornahme selbständiger Untersuchungshandlungen durch diesen. Das ist richtig; denn die Vornahme von Amtshandlungen für einen fremden Staat ist nicht nur ein prozessuales Thema, sondern darüber hinaus ein Problem des Staatsschutzes, das in Art. 271 StGB geregelt ist. Außerdem kommen Amtshandlungen für das Ausland auch außerhalb der Rechtshilfe vor.

Art. 4 EÜR macht die Anwesenheit lakonisch von der Bewilligung des ersuchten Staates abhängig. In den Zusatzverträgen mit Deutschland und Österreich wird eine Pflicht des ersuchten Staates stipuliert, die Anwesenheit zu gestatten[413].

Wiederum eine recht umständliche Normierung beschert uns Art. 12 Abs. 3 USV in Verbindung mit Art. 26 USG[414]. Mit der Botschaft darf man annehmen, daß die Anwesenheit amerikanischer Vertreter die Ausnahme bildet[415,416].

Art. 62 Abs. 1 lit. a IRSG macht das Recht der Prozeßbeteiligten[417] auf Anwesenheit bloß davon abhängig, daß die Anwesenheit auch nach dem ausländischen Verfahrensrecht zulässig ist. Das bedeutet automatische Zulassung des ausländischen Untersuchungsrichters[418].

Im Umfang dieser prozessualen Bestimmungen wird abweichendes kantonales Verfahrensrecht aufgehoben; insbesondere das Prinzip, daß das Untersuchungsverfahren geheim ist[419], erfährt eine Einschränkung.

[413] Zusatzvertrag Deutschland Art. III, Zusatzvertrag Österreich Art. III Abs. 1; hier ist auch das Recht, Ergänzungsfragen zu stellen, vorgesehen.

[414] BBl 1974 II, S. 644f. (zu Art. 27); AUBERT/KERNEN/SCHÖNLE, S. 329ff., AUBERT, SJK 67, S. 18, SCHULTZ, SBV, S. 41, WICKI, S. 345f.

[415] BBl 1974 II, S. 583f., 644; AUBERT/KERNEN/SCHÖNLE, S. 330. Auch der ständige Vertreter des FBI in Bern hat sich unseren Wahrnehmungen nach bisher im Hintergrund gehalten.

[416] Nach Art. 11 Abs. 1 lit. c und Art. 26 Abs. 1 USG muß das BAP die Bewilligung über die Anwesenheit eines amerikanischen Vertreters in die Form einer beschwerdefähigen Zwischenverfügung kleiden. AUBERT/KERNEN/SCHÖNLE, S. 331.

[417] Zum Ausdruck «Prozeßbeteiligte» nachstehend 3.7.1.

[418] Vgl. hiezu AUBERT/KERNEN/SCHÖNLE, S. 305f.

[419] Vorne 3.6.2.

3.6.5. Ein Umgehungstatbestand

Einen Hinweis verdient der kürzlich festgestellte Versuch eines ausländischen Untersuchungsbeamten, auf Grund einer dem Verfolgten abgenommenen Vollmacht direkt bei der Bank Auskünfte zu erheben. Diesem Begehren wurde nicht stattgegeben, und zwar aus folgenden Überlegungen: Die Vorlegung einer privaten Vollmacht ändert nichts am amtlichen Charakter der Erhebungen, so daß der Tatbestand von Art. 271 Ziff. 1 StGB erfüllt ist; insbesondere kann die Vollmacht nicht als Bewilligung betrachtet werden[420]. Wo staatsvertragliche Rechtshilfevereinbarungen bestehen, sind die Vertragsparteien nicht nur berechtigt, sondern verpflichtet, sich an den Rechtshilfeweg zu halten[421]. Und schließlich: Es ist nicht abwegig anzunehmen, daß die Vollmacht nicht aus freien Stücken erteilt wurde und deshalb ungültig war.

3.7. Die Rechte der Parteien

3.7.1. Der Parteibegriff im Rechtshilfeverfahren

Die Vielfalt der Terminologie ist verwirrend. Das EÜR spricht von «beteiligten» Personen[422]. Der USV erwähnt Beschuldigte, Angeklagte[423] und Personen[424] schlechthin, das USG dazu noch «berührte» Personen[425] und in ihrer Geheimsphäre Betroffene[426]. Das IRSG verwendet die Ausdrücke «Prozeßbeteiligte»[427] und «berührte» Personen[428], ohne von der in Art. 7 vorgesehenen Möglichkeit der Definition dieser Begriffe Gebrauch zu machen.

Den Schlüssel zum Verständnis liefert das USG, das die Terminologie von Art. 6 VwVG (in Verbindung mit Art. 48 lit. a VwVG[429]) übernimmt. Danach sind Parteien alle Personen, de-

[420] Vgl. vorne Anm. 401.
[421] Vorne 1.6.3.
[422] Art. 4 EÜR; vgl. die Zusatzverträge mit Deutschland (Art. III: Prozeßbeteiligte) und mit Österreich (Art. III Abs. 1: am Strafverfahren beteiligte Behörden und sonstige Beteiligte).
[423] z. B. Art. 12 Abs. 2 USV.
[424] z. B. Art. 10 Abs. 1, 2 und 4, Art. 12 Abs. 1, 4 und 5 USV.
[425] Art. 9 Abs. 1, Art. 16 Abs. 1 USG.
[426] Art. 6 USG.
[427] Art. 62 und Art. 79 IRSG.
[428] Art. 20 Abs. 1 IRSG.
[429] Art. 103 lit. a OG stimmt wörtlich mit Art. 48 lit. a VwVG überein.

ren Rechte und Pflichten von einer Verfügung berührt werden. Neben den in- und ausländischen Untersuchungsbehörden und dem Beschuldigten sind das am Verfahren nicht direkt beteiligte, aber von einer Verfügung betroffene Dritte[430]. Aber auch damit ist keine volle Klarheit gewonnen: Wie weit reicht der Kreis der betroffenen Dritten? Das BAP scheint nur direkt Betroffene einbeziehen zu wollen, also etwa den Bankkunden, über den die Bank Auskunft geben soll[431]. Wie verhält es sich aber mit noch weiter entfernten Dritten, also etwa solchen, auf die erst aus diesen Bankauskünften geschlossen werden kann? Auch sie müssen als Betroffene betrachtet und in die Lage versetzt werden, die Schutzmaßnahmen zu beanspruchen, die das Gesetz den Dritten zur Verfügung stellt[432]; denn je unwahrscheinlicher eine Verwicklung in die verfolgte Straftat ist, umso größer ist der Anspruch auf Wahrung der Geheimsphäre[433].

3.7.2. Der Anspruch auf rechtliches Gehör

Die Natur des Anspruchs auf rechtliches Gehör ist nicht ganz klar. GRISEL[434] möchte ihn zu den nicht geschriebenen Verfassungssätzen zählen; wenn man seinen Inhalt auf den Kerngehalt der Garantie eines fairen Verfahrens reduziert, kann man dem beistimmen. In diesem Sinne spricht auch das Bundesgericht von einem aus Art. 4 BV fließenden Minimalanspruch, der dort zum Zuge kommt, wo das kantonale Verfahrensrecht ungenügend ist[435]. Primär anwendbar ist aber letzteres.

Die früher vorgenommene Unterscheidung, daß das rechtliche Gehör in Zivil- und Strafsachen ganz allgemein und bedingungslos gelte[436], während es im Verwaltungsverfahren Einschränkungen erleide[437], scheint das Bundesgericht neuestens mit überzeugenden Gründen fallen zu lassen[438]. Als allgemeines Kriterium gilt, daß in jedem Verfahren das rechtliche Gehör gewährleistet sein muß, «wo die Gefahr besteht, daß jemand durch einen staatlichen Hoheitsakt beschwert werden könnte», wobei also von der

[430] Zum Parteibegriff im Verwaltungsverfahren allgemein GYGI, S. 126ff.
[431] Schreiben BAP an SKA vom 11.11.1980 im Verfahren B 36990. Vgl. auch BAP, S. 15 unten, N. 6e, MARKEES, ZStR 1978, S. 139, SCHULTZ, SBV, S. 49.
[432] z.B. Art. 28 USG, Art. 79 Abs. 2 IRSG.
[433] Dazu hinten 3.8.
[434] GRISEL, S. 179.
[435] BGE 101 Ia 174 E. 1, 105 Ia 195 E. 2a.
[436] BGE 101 Ia 296 E. 1d.
[437] Aufgeführt in BGE 105 Ia 195f. E. 2b; FLEINER, S. 204ff., GRISEL, S. 179f., KNAPP, S. 85f., N. 378ff., SCHWARZENBACH, S. 99f.

konkreten Interessenlage des Einzelfalles ausgegangen wird[438]. Der Anspruch ist formeller Natur: Wenn die Voraussetzungen erfüllt sind, gilt er unabhängig davon, ob die ergangene Verfügung sachlich haltbar ist oder nicht[439]. Immerhin gilt er nicht absolut: Der Berechtigte kann darauf verzichten, ihn wahrzunehmen[440]. Außerdem kann das rechtliche Gehör zurückgestellt (aber nicht aufgehoben) werden, wenn das (höher zu wertende) Interesse an der ungestörten Abwicklung des Verfahrens das erheischt[441].

Rechtliches Gehör beanspruchen kann in erster Linie der Beschuldigte, daneben aber jeder, der durch eine Verfügung beschwert ist[442].

Von den vielfältigen Erscheinungsformen des rechtlichen Gehörs stehen für uns das Recht auf Anwesenheit und das Recht auf Akteneinsicht im Vordergrund.

3.7.2.1. Das Recht auf Anwesenheit (Parteiöffentlichkeit)

Das Strafprozeßrecht kennt im allgemeinen den Anspruch des Beschuldigten, den Untersuchungshandlungen beizuwohnen[443]. Im Rechtshilferecht erleidet das Prinzip eine Einschränkung, die auf der Überlegung beruht, daß der ausländische Beschuldigte im Rechtshilfeverfahren keine bessere Stellung einnehmen soll als im ausländischen Strafverfahren. Deshalb sehen Art. 12 Abs. 2 USV und (die Regelung des USV übernehmend[444]) Art. 62 Abs. 1 lit. a IRSG vor, daß eine Partei den Untersuchungshandlungen beiwohnen kann, wenn es der ersuchende Staat verlangt. Dabei hat es eher die Meinung, daß dieses Verlangen nur erfolgt, wenn es im ausländischen Verfahrensrecht vorgesehen ist[445].

[438] BGE 105 Ia 197f. E. 2b.
[439] BGE 105 Ia 198 E. 4b.
[440] BGE 101 Ia 313 E. 2b, 104 Ia 315 E. 4.
[441] BGE 101 Ia 17f. E. 3; HAUSER, Strafprozeßrecht, S. 194; vgl. Art. 14 Abs. 2, Art. 17 ZH StPO; Art. 27 VwVG; BGE 98 Ia 233f. E. 5 weist bei Kollusionsgefahr auf Grund der Aktenkenntnis auf die Möglichkeit der Präventivhaft nach kantonalem Strafprozeßrecht hin. Andere Sanktionen sieht Art. 8 Abs. 2 USG vor.
[442] BGE 97 I 775 E. 3, 101 Ia 170 E. 1, 296 E. 1d, 105 Ia 197 E. 2b) cc); HAUSER, Strafprozeßrecht, S. 135ff.; vgl. Art. 14f. ZH StPO.
[443] BGE 104 Ia 315 E. 4; HAUSER, Strafprozeßrecht, S. 136; Art. 14f. ZH StPO; vgl. für das Verwaltungsverfahren GYGI, S. 53f.
[444] BBl 1976 II, S. 483.
[445] BBl 1976 II, S. 483; für das (vom Wortlaut her nicht klare) EÜR bejaht BBl 1966 I, S. 483, die gleiche Haltung.

3.7.2.2. Das Recht auf Akteneinsicht

Die Ausgangslage nach den Kodifikationen ist dieselbe wie beim Recht auf Anwesenheit: Das ausländische Verfahrensrecht ist maßgebend.

Das kann indessen nur für die ausländischen Beteiligten gelten[446], nicht aber für inländische. Sie unterstehen dem ausländischen Verfahren nicht und können auch nicht gezwungen werden, sich ihm zu unterziehen[447]. Diesem Umstand wird hinsichtlich der Akteneinsicht in Art. 9 Abs. 1 USG und Art. 76 Abs. 3 IRSG[448] Rechnung getragen: Danach hat, wer durch eine Rechtshilfehandlung berührt ist, Anspruch auf Akteneinsicht, soweit dies zur Wahrung seiner Interessen notwendig ist[449]. Schwer vereinbar damit ist der in beiden Normen enthaltene Hinweis auf Art. 27 VwVG: Nach dieser Bestimmung darf die Akteneinsicht nur verweigert werden, wenn Geheimhaltungsgründe bestehen.

Betroffen werden durch Rechtshilfehandlungen der Geschädigte, der Zeuge und der am Verfahren nicht beteiligte Dritte, über dessen Geheimsphäre ein Zeuge Auskunft erteilen soll[450].

Beim Geschädigten[451] gilt das Akteneinsichtsrecht auch dann, wenn es sich um einen fremden Staat handelt, wobei in Kauf zu nehmen ist, daß daraus für den Beschuldigten strafrechtliche Nachteile entstehen[452]. Eine gewisse Korrektur dieser Folge sehen Art. 15 USG und Art. 64 Abs. 2 IRSG vor: Die Verwendung von Informationen, die dem ausländischen Staat als Geschädigtem zugänglich sind, die er aber rechtshilfeweise nicht erhielte[453], wird untersagt. Auf einem anderen Blatt steht freilich die Frage der Durchsetzbarkeit dieser Beschränkung.

Was das Akteneinsichtsrecht des Zeugen betrifft, so hat die Praxis ergeben, daß heute in der Regel keine Probleme mehr bestehen. Das BAP und die Mehrzahl der Untersuchungsrichter

[446] Dazu Art. 9 Abs. 2 USG, Art. 76 Abs. 3 Satz 3 IRSG; SCHULTZ, SBV, S. 50.

[447] Vgl. Art. 8 und Art. 10 EÜR, Art. 23, Art. 25 USV und Art. 31 USG, Art. 66 IRSG.

[448] Die restriktive Regelung des Akteneinsichtsrechts nach Art. 62 Abs. 1 lit. a IRSG kann nur für die ausländischen Parteien gelten.

[449] Den Vorbehalt des erforderlichen Interesses hat die Rechtsprechung entwikkelt, vgl. BGE 95 I 445 E. 3b; SCHULTZ, SBV, S. 49.

[450] SCHULTZ, SBV, S. 49.

[451] Art. 10 Abs. 3 ZH StPO; BGE 98 Ib 169 E. 1; HAUSER, Strafprozeßrecht, S. 137.

[452] BGE 95 I 445 E. 2b.

[453] BBl 1974 II, S. 640.

versehen die Banken bei der Zustellung des Rechtshilfebegehrens gleich mit den erforderlichen Unterlagen.

Mit der Stellung des in seinem Geheimbereich berührten Dritten befassen wir uns hinten (3.8.).

3.7.3. Der Anspruch auf einen Rechtsbeistand

Durch die Hinweise auf das innerstaatliche Verfahrensrecht ist an sich gewährleistet, daß der Verfolgte einen Rechtsbeistand zuziehen kann[454]. Der USV und das IRSG doppeln nach[455]. In qualifizierten Fällen sieht der USV sogar vor, daß eine amtliche Kontrollperson im Interesse der Verfahrensbeteiligten gewisse Rechtshilfehandlungen überwacht[456].

3.8. Der Schutz der Geheimsphäre

3.8.1. Die Geheimsphäre als Bestandteil der persönlichen Freiheit

Das Grundrecht der persönlichen Freiheit umfaßt «alle elementaren Erscheinungen, die nicht durch andere Grundrechte der Bundesverfassung gewährleistet sind»[457]. Zu diesen Erscheinungen zählt der Schutz der Persönlichkeit nach Art. 27 und Art. 28 ZGB, der seinerseits den Schutz der Geheimsphäre umfaßt[458]. Insbesondere kann das Bankgeheimnis «als Ausfluß der zivilrechtlichen Regeln über den Persönlichkeitsschutz aufgefaßt werden»[459]. Jedoch spricht ihm die neueste Rechtssprechung des Bundesgerichtes den Rang eines verfassungsmäßigen Rechtes ab, «vielmehr handelt es sich nur um eine gesetzliche Norm, die

[454] Art. 11 ff. ZH StPO; HAUSER, Strafprozeßrecht, S. 85 ff.

[455] Art. 18 Abs. 5, Art. 12 Abs. 2 und 5, Art. 40 Abs. 9 USV, Art. 18 IRSG; SCHULTZ, SBV, S. 37 f.

[456] Art. 20 Abs. 2 USV für den Zeugenbeweis zur Beglaubigung von Schriftstükken; Art. 22 USG für das Kreuzverhör im Sinne von Art. 9 Abs. 2 USV.

[457] BGE 104 Ia 39 E. 5a, 486 E. 4.

[458] BGE 98 Ia 514, Pra 1977 Nr. 200, S. 490 E. 3b (= BGE 102 Ia 521), BBl 1976 II, S. 464; AUBERT/KERNEN/SCHÖNLE, S. 301, PETER FORSTMOSER, Datenbank und Persönlichkeitsschutz, SJZ 1974, S. 226 f., NOLL, ZStR 1975, S. 60, SCHWAGER, S. 5, ZIMMERLI, S. 60.

[459] BGE 95 I 447 E. 2b, 102 Ia 521 E. 3b; gleich: BBl 1970 I, S. 1161, AUBERT/KERNEN/SCHÖNLE, S. 29 f., AUBERT, SJK 69, S. 1, ZStR 1971, S. 114, HAUSER, ZStR 1971, S. 145, KLAUSER, S. 2 f., NOBEL, S. 201, SCHMID, S. 86, SCHULTZ, SBV, S. 7.

gegebenenfalls gegenüber staatsvertraglichen Verpflichtungen der Schweiz zurückzutreten hat»[460]. Bei dieser Diskrepanz brauchen wir uns nicht aufzuhalten, da Eingriffe auch in Grundrechte zulässig sind, sofern sie auf einer gesetzlichen Grundlage beruhen, im öffentlichen Interesse liegen, verhältnismäßig sind und nicht zu einer Entleerung des Grundrechts führen[461]. Ob also die Geheimsphäre als verfassungsmäßiges Recht oder vom Gesetz eingeräumtes Recht betrachtet wird: Absolut geschützt ist sie in keinem Fall.

3.8.2. Der strafrechtliche Schutz der Geheimsphäre

In einigen Bereichen ist die Geheimsphäre mit einem strafrechtlichen Schutz ausgestattet. Das ist zunächst der Fall bei den Fabrikations- und Geschäftsgeheimnissen (Art. 162 StGB), also bei Geheimnissen des Geheimnisherrn selbst[462]. Sodann gilt es für die Berufsgeheimnisse im Sinne von Art. 321 StGB und Art. 47 BankG; hier geht es um Geheimnisse, die der Geheimnisherr einem Dritten anvertraut hat[463]. Schließlich bedroht Art. 273 StGB den Verrat von Fabrikations- und Geschäftsgeheimnissen ans Ausland mit Strafe[464]. Trotz der Verwendung gleicher Ausdrücke wie Art. 162 StGB decken sich die Tatbestände von Art. 273 und Art. 162 StGB nicht[465]; der Wirtschaftsspionageartikel geht weiter und erfaßt «irgendwelche Tatsachen des Wirtschaftslebens, an deren Geheimhaltung gegenüber dem Ausland vom schweizerischen Standpunkt ein schutzwürdiges Interesse besteht»[466]. Das können auch Berufsgeheimnisse sein.

Was ein Geheimnis ist, läßt sich schwer allgemein formulieren[467]. Im Bereich von Art. 273 StGB wird eine Tatsache als

[460] BGE 104 Ia 53 E. 4a, bestätigt in Pra 1980 Nr. 145, S. 393 E. 6, und nicht publ. BGE vom 27. 2. 1980 i. S. X gegen BAP, S. 7 E. 3b.

[461] BGE 102 Ia 283 E. 2a, 304 E. 1a, 296 E. 4b, 104 Ia 299 E. 2; ZIMMERLI, S. 60; vgl. BBl 1976 II, S. 464.

[462] BGE 80 IV 27 E. 2; STRATENWERTH, Bd. I, S. 136ff.

[463] BGE 75 IV 73, 101 Ia 11 E. 5c; STRATENWERTH, Bd. I, S. 138ff. Zur (nicht in Frage gestellten) Qualifikation des Bankgeheimnisses als Berufsgeheimnis vgl. VEB 1957, S. 32 E. 6f) aa), BGE 96 I 737 E. 8, BBl 1970 I, S. 1161; AUBERT/KERNEN/SCHÖNLE, S. 75ff., LÜSCHER, S. 6, SCHWAGER, S. 53ff.

[464] MARKEES, ZStR 1978, S. 119; STRATENWERTH, Bd. II, S. 251ff.

[465] BGE 101 IV 204 E. 5.

[466] BGE 101 IV 99 E. 4a; gleich 74 IV 103, 209 E. 2, 98 IV 210 E. 1a; MARKEES, ZStR 1976, S. 190, SCHWAGER, S. 25, STRATENWERTH, Bd. II, S. 252 (kritisch).

[467] STRATENWERTH, Bd. I, S. 136, zählt drei Merkmale auf: 1. relative Unbekanntheit der Tatsachen, 2. berechtigtes Geheimhaltungsinteresse des Geheimnisherrn, 3. Geheimhaltungswille des Geheimnisherrn.

geheim angesehen, «solange sie dem vom Gesetz genannten fremden Destinatär nicht bekannt oder zugänglich geworden ist»[468]. Das Berufsgeheimnis kann, allgemeiner und nicht primär auf einen möglichen Empfänger der Information ausgerichtet, umschrieben werden als das Recht des Kunden (des Geheimnisherrn) auf Verschwiegenheit des Geheimnisträgers (Arzt, Rechtsanwalt, Bankier usw.) über alle Tatsachen, die er ihm im Zusammenhang mit ihrer Geschäftsbeziehung anvertraut hat oder welche der Geheimnisträger in diesem Zusammenhang wahrnimmt[469].

3.8.3. Schranken des Berufsgeheimnisses

Nur das Verbot der Wirtschaftsspionage gilt allgemein und vorbehaltlos. Die Berufsgeheimnisse dagegen unterliegen verschiedenen Einschränkungen; sie sind auch verzichtbar.

Für uns von Interesse ist die gesetzlich vorgesehene Schranke des Berufs-, in erster Linie des Bankgeheimnisses, die im Vorbehalt der Zeugnispflicht nach kantonalem Verfahrensrecht besteht (Art. 321 Ziff. 3 StGB, Art. 47 Abs. 4 BankG)[470,471].

Nun ist unbestritten, daß, verallgemeinernd gesagt, das Bankgeheimnis (im Gegensatz zu den anderen Berufsgeheimnissen) im kantonalen Strafprozeß aufgehoben ist[472]. Fest steht anderseits auch, daß im Verwaltungsverfahren das Bankgeheimnis gewahrt bleibt (Art. 16 VwVG)[473]. Angesichts der Natur des Rechtshilfeverfahrens besteht aber kein Zweifel, daß hier wieder die strafprozessuale Komponente obenausschwingt: also Auskunftspflicht des Bankiers.

[468] BGE 104 IV 177 E. 1b. Zum Fabrikationsgeheimnis nach Art. 162 StGB vgl. BGE 80 IV 27.

[469] Formulierung in starker Anlehnung an AUBERT/KERNEN/SCHÖNLE, S. 75f.

[470] Wenn von Zeugnispflicht oder Zeugnisverweigerungsrecht die Rede ist, so ist damit allgemein die Pflicht zur Auskunfterteilung oder das Recht, Auskunft zu verweigern, gemeint (Auskunft im Sinne unserer Definition, vorne 1.7.3.); BGE 102 IV 214 E. 4b.

[471] Wo die Strafprozeßordnung ein Zeugnisverweigerungsrecht einräumt, kann es auch im Rechtshilfeverfahren angerufen werden. Art. 10 Abs. 1 USV, Art. 6a IRSG in der überarbeiteten Fassung der Räte; SCHULTZ, SBV, S. 35.

[472] BGE 95 I 444, 104 IV 129 E. 2b; AUBERT/KERNEN/SCHÖNLE, S. 95ff., MARKEES, ZStR 1978, S. 117f.

[473] BBl 1970 I, S. 1162; AUBERT/KERNEN/SCHÖNLE, S. 108f., GRISEL, S. 473, SCHWAGER, S. 97.

3.8.4. Schranken der Aussagepflicht

Dennoch wäre es undifferenziert, vorbehaltlos eine allgemeine Auskunftspflicht des Bankiers anzunehmen.

3.8.4.1. Der Vorbehalt der Verhältnismäßigkeit

Gerade bei Auskünften aus dem Geheimbereich ist an das Verhältnismäßigkeitsprinzip zu erinnern[474]: Eine Geheimnispreisgabe ist nur zulässig, wenn die Auskünfte für die Wahrheitsfindung unerläßlich sind[475] und wenn ihre Beschaffung auf keinem anderen Weg als dem der Rechtshilfe möglich ist[476].

Das Verhältnismäßigkeitsprinzip bildet ein Korrelat zur im Zivilprozeß üblichen Erheblichkeitskontrolle[477], die im Strafverfahren gerne der Untersuchungsmaxime zum Opfer fällt.

3.8.4.2. Die Bedeutung von Art. 273 StGB

Nach dem Wortlaut von Art. 273 StGB wäre anzunehmen, daß die Weitergabe eines Geheimnisses an das Ausland rundweg verboten sei. Diese Folgerung ist aber für den Bereich der Rechtshilfe im Rahmen internationaler Verpflichtungen stets abgelehnt, und die Erteilung von Auskunft wie auch deren Weiterleitung durch die Behörden an den ersuchenden Staat ist im Sinne von Art. 32 StGB als erlaubt bezeichnet worden[478]. Neuerdings enthalten Art. 14 USG[479] wie auch Art. 61 Abs. 4 IRSG[480] einen ausdrücklichen Hinweis auf Art. 32 StGB.

[474] AUBERT/KERNEN/SCHÖNLE, S. 302, MARKEES, ZStR 1978, S. 119, SCHULTZ, SBV, S. 22.

[475] VEB 1957, S. 37 E. 6f) cc), Obergericht Zürich, SJZ 1978, S. 143 E. 2d, BBl 1976 II, S. 448, 464; MARKEES, ZStR 1978, S. 119, NOLL, ZStR 1975, S. 60, SCHULTZ, SBV, S. 22.

[476] VEB 1957, S. 37f. E. 6f) cc), Obergericht Zürich, SJZ 1978, S. 143 E. 2d; AUBERT, SJK 69, S. 28, AUBERT/KERNEN/SCHÖNLE, S. 302, HAUSER, ZStR 1971, S. 157, SCHULTZ, SBV, S. 22; vgl. Art. 10 Abs. 2 lit. c USV (BBl 1974 II, S. 584, 642), Art. 61 Abs. 2 IRSG (BBl 1976 II, S. 448, 464); a. A. nicht publ. BGE vom 11. 9. 1979 i. S. X gegen Kanton SO, S. 6 E. 3c (Fall unter EÜR).

[477] Art. 133 ZH ZPO; GULDENER, S. 418, STRÄULI/MESSMER, N. 2 zu §133, N. 3 zu § 140.

[478] VEB 1957, S. 31f. E. 6e, S. 38 E. 6f) cc), nicht publ. BGE vom 12. 7. 1978 i. S. X gegen Schweiz. Bundesanwaltschaft und EJPD, S. 8 E. 3.

[479] BBl 1974 II, S. 584, 640; AUBERT/KERNEN/SCHÖNLE, S. 329, SCHULTZ, SBV, S. 42; vgl. Briefwechsel vom 25. 5. 1973 (SR 0.351.933.6, S. 28).

[480] Der Hinweis im IRSG scheint allerdings den parlamentarischen Beratungen zum Opfer gefallen zu sein.

Sollte das Bundesgericht bei seiner Auffassung beharren, daß neben der vertraglichen Rechtshilfepflicht eine freiwillige Rechtshilfeleistung möglich und zulässig sei[481], so würde sich die Frage der Rechtswidrigkeit einer Geheimnispreisgabe auch nach der Einführung des IRSG noch stellen. In der Vergangenheit waren die Banken nur zögernd zur freiwilligen Hilfeleistung bereit[482], wobei neben rechtlichen Überlegungen oft wohl auch faktische Zwänge[483] eine Rolle spielten. Als Gründe zur Rechtfertigung der freiwilligen Auskunft lassen sich aufzählen

- die stereotype Aufforderung der Untersuchungsbehörden, im Interesse der internationalen Verbrechensbekämpfung zu kooperieren[484];
- das Präjudiz in VEB 1957, S.31 E.6: «Soweit ... die Aufklärung im Ausland verfolgter gemeinschaftlicher Verbrechen und Vergehen die Offenbarung von Geschäftsgeheimnissen gegenüber fremden amtlichen Stellen erfordert, liegt darin kein wirtschaftlicher Nachrichtendienst im Sinne des StGB»[485];
- die Rechtshilfeleistung als Anwendungsfall des Rechtfertigungsgrundes der Wahrung berechtigter Interessen[486];
- die Überlegung, daß der Zweck der Auskunfterteilung nichts mit Wirtschaftsspionage, sondern nur mit Strafverfolgung zu tun hat[487].

Diese Gründe scheinen uns ausreichend für die Annahme, daß die freiwillige Auskunfterteilung rechtmäßig war.

Indessen bedeutet Zulässigkeit der Auskunfterteilung keineswegs, daß jede Auskunft unbesehen erteilt und ans Ausland weitergeleitet werden darf. Denn die Rechtshilfeleistung steht immer unter dem allgemeinen Vorbehalt, daß keine wesentlichen Landesinteressen beeinträchtigt werden dürfen[488]. Nun hat aber

[481] Vorne 1.6.3.

[482] AUBERT, SJK 67, S.4, HAUSER, ZStR 1971, S.157f., SCHULTZ, SBV, S.23, WICKI, S.342. Autoren, welche (eher) der Meinung sind, jede Auskunft, welche das Bankgeheimnis tangiert, müsse verweigert werden: AUBERT/KERNEN/SCHÖNLE, S.285f., SCHWAGER, S.139, WICKI, S.341f.

[483] So wurde von Seiten der USA recht unmißverständlich angedeutet, daß schließlich auch die Möglichkeit der Erhebung von Auskünften bei der amerikanischen Filiale des widerspenstigen Schweizer Zeugen bestehe. Vgl. TERCIER, vor allem S.342f., MEYER, S.75f. ("If the Swiss wish to play that game, we'll take the branch").

[484] HAUSER, ZStR 1971, S.157f. Mit diesen Beschwörungsformeln war für den Fall der Auskunftsverweigerung auch klargestellt, wo der Schuldige zu suchen sei.

[485] Mit summarischer Begründung bestätigt in den nicht publ. BGE vom 22.3.1978 i.S. X gegen Kanton ZH, S.15 E.3, und vom 12.7.1978 i.S. X gegen Schweiz. Bundesanwaltschaft und EJPD, S.9 E.3.
Der zitierte Entscheid geht interessanterweise davon aus, daß nicht die auskunftgebende Bank, sondern nur die weiterleitende Behörde allenfalls eine Verletzung von Art.273 StGB begeht.

[486] AUBERT/KERNEN/SCHÖNLE, S.67f., S.286 Anm.973, SCHULTZ, Strafrecht, Bd.I, S.157f.

[487] AUBERT/KERNEN/SCHÖNLE, S.286f.

[488] Vorne 3.8.5.1.

das Bundesgericht immer wieder bestätigt, daß die Preisgabe eines Geschäftsgeheimnisses im weiten Sinne von Art. 273 StGB[489] an sich die Interessen der nationalen Wirtschaft beeinträchtigt, weil jeder Geschäftsbetrieb Teil der gesamten Wirtschaft ist, so daß jede Geheimnisverletzung «notwendigerweise eine mittelbare Verletzung oder Gefährdung der staatlichen Interessen» darstellt[490]. Als Entscheidungshilfe bietet sich die Gegenüberstellung der konkurrierenden Interessen an der Wahrheitsfindung im ersuchenden Staat einerseits und an der Geheimhaltung andererseits an. Dabei ist zu berücksichtigen, daß zwei Geheimhaltungsinteressen bestehen: das des ersuchten Staates und das des Betroffenen[491].

3.8.4.3. Die Interessenabwägung

Es sind folgende Kriterien entwickelt worden: Eine Geheimnispreisgabe kommt nur in Frage, wenn die sorgfältige Prüfung[492] im Einzelfall[493] ergibt, daß das öffentliche Interesse an der Strafverfolgung deutlich schwerer wiegt als das Geheimhaltungsinteresse[494]. Das wird einerseits aus der Verbotsnorm von Art. 273 StGB gefolgert[495], anderseits daraus, daß unsere Rechtsordnung, wie ein Vergleich der Strafandrohungen in Art. 321 StGB und Art. 47 BankG mit denen des Strafprozeßrechtes für die Zeugnisverweigerung ergibt, den Schutz der Geheimnisse höher einstuft als den Schutz des Interesses an der Wahrheitserforschung[496].

MARKEES neigt dazu, fast generell dem Interesse an der Strafverfolgung den Vorrang gegenüber dem Geheimhaltungsinteresse zu geben[497]. Er argumentiert damit, im täglichen Geschäftsverkehr werde das Bestehen einer Bankverbindung von zahllo-

[489] Vorne 3.8.2.
[490] BGE 101 IV 313 E. 1, BBl 1974 II, S. 643; AUBERT/KERNEN/SCHÖNLE, S. 320.
[491] Dieser Unterschied, den BGE 95 I 446 E. 2b sehr schön macht, wird in der Literatur häufig vernachlässigt. Nur an das staatliche Interesse denken anscheinend BBl 1974 II, S. 642, FREYMOND, S. 59, NOLL, ZStR 1964, S. 185, SCHULTZ, SBV, S. 22; an das des privaten Geheimnisherrn BBl 1976 II, S. 464, AUBERT/KERNEN/SCHÖNLE, S. 302, MARKEES, ZStR 1978, S. 119.
[492] BGE 95 I 446; SCHULTZ, SBV, S. 22.
[493] VEB 1957, S. 33 E. 6f) bb), BGE 95 I 444, BBl 1976 II, S. 465.
[494] Pra 1977 Nr. 200, S. 491 E. 4, BBl 1976 II, S. 465; NOLL, ZStR 1964, S. 185, SCHULTZ, SBV, S. 22.
[495] SCHULTZ, SBV, S. 22; vgl. auch MARKEES, ZStR 1976, S. 185f.
[496] Pra 1980 Nr. 200, S. 491 E. 4; NOLL, Geheimnisschutz, S. 141.
[497] MARKEES, ZStR 1976, S. 189ff.

sen Bankkunden bekanntgegeben, so daß die Existenz eines Kontos allein ohnehin kein schützenswertes Geheimnis sei[498]. Auch die Geheimhaltung einzelner Buchungsvorgänge habe für den Geheimnisherrn nur eine geringe objektive Bedeutung[499]. Eine objektivierende Betrachtungsweise ist aber mit der subjektiven Natur der Geheimsphäre unvereinbar; maßgebend ist der Geheimhaltungswille des Geheimnisherrn[500]. Außerdem vernachlässigt MARKEES völlig das staatliche Interesse am Bankgeheimnis[501]. Mit seinen Argumenten läßt sich deshalb die Interessenabwägung nicht gleichsam zum voraus erledigen.

3.8.5. Die Geheimsphäre in USV und IRSG

Das EÜR widmet dem Geheimnisschutz keine besondere Aufmerksamkeit. Dagegen enthalten der USV und das IRSG zum Teil sehr detaillierte Bestimmungen. Das mag darin begründet sein, daß dem Geheimnisbereich in der Schweiz[502] seit jeher große Bedeutung beigemessen wurde[503], was zur Folge hatte, daß er auch im Rechtshilfewesen immer eine beträchtliche Rolle spielte. Andererseits ist in den jüngsten Jahren, vor allem im Zusammenhang mit der Diskussion um den Datenschutz, eine Sensibilisierung in diesem Bereich eingetreten[504], die wohl auch bei den Verhandlungen um USV und IRSG nicht ohne Einfluß blieb. Aufschlußreich ist jedenfalls, daß die betreffenden Artikel des IRSG zu den am hitzigsten umstrittenen Normen gehören.

Da die Situation beim Angeschuldigten, beim Geschädigten

[498] MARKEES, ZStR 1976, S. 193. Ein offensichtlicher Trugschluß vor allem im Hinblick auf ausländische Privatkunden einer Bank. BBl 1970 II, S. 1161; AUBERT/KERNEN/SCHÖNLE, S. 77, BODMER/KLEINER/LUTZ, Komm. zum schweiz. Bankengesetz, Zürich 1976, N. 6 zu Art. 47, EGGER, Zürcher Komm., N. 39 zu Art. 28 ZGB.

[499] MARKEES, ZStR 1976, S. 194. Ähnlich in der Tendenz BBl 1976 II, S. 464.

[500] EGGER, Zürcher Komm., N. 39 zu Art. 28 ZGB; R. VON MEISS, Die persönliche Geheimsphäre und deren Schutz im prozessualen Verfahren, Diss. Zürich 1975, S. 50f.

[501] MARKEES korrigiert seine Auffassung in ZStR 1978, S. 120 Anm. 18.

[502] MARKEES, ZStR 1976, S. 181, SCHULTZ, SBV, S. 21, WICKI, S. 344 Spalte 2.

[503] Vgl. etwa die Hinweise zum Bankgeheimnis in VEB 1957, S. 32f. E. 6f) aa), S. 41 E. 7c, BGE 104 Ia 53 E. 4a, BBl 1976 II, S. 464; AUBERT/KERNEN/SCHÖNLE, S. 301, MARKEES, ZStR 1976, S. 181.

[504] Vgl. den in Anm. 458 zitierten Aufsatz von FORSTMOSER; ferner MARKEES, ZStR 1976, S. 179, und den Hinweis in BBl 1976 II, S. 465, auf das BG vom 20. 12. 1968 betreffend Verstärkung des strafrechtlichen Schutzes des persönlichen Geheimbereichs (AS 1969, S. 319, jetzt Art. 179bis–179^{septies} StGB).

und beim nicht am Strafverfahren beteiligten Dritten verschieden ist, erfordert sie eine getrennte Untersuchung. Die Gemeinsamkeiten werden vorausgenommen; zuerst untersuchen wir den Vorbehalt der wesentlichen Landesinteressen (3.8.5.1.), danach den der Verhältnismäßigkeit der Rechtshilfe (3.8.5.2.)[505].

3.8.5.1. Die wesentlichen Landesinteressen

Rechtshilfeleistung darf nicht eine erhebliche Beeinträchtigung der Landesinteressen zur Folge haben[506]. Eine solche Beeinträchtigung könnte eintreten als Resultat einer Geheimnispreisgabe. Mit diesem Aspekt befaßt sich der USV einläßlich. In einem Brief vom 25. Mai 1973[507] wird präzisiert, daß die Preisgabe von Bankgeheimnissen unter außergewöhnlichen Umständen die wesentlichen Landesinteressen schmälern kann. Art. 20 Abs. 1 USG stößt nach: Eine Verletzung wesentlicher Interessen liegt *auch* dann vor, wenn die Geheimnispreisgabe «für die schweizerische Wirtschaft einen erheblichen Nachteil befürchten ließe und dieser unter Berücksichtigung der Bedeutung der Tat nicht zumutbar wäre». Damit ist etabliert, daß die Rechtshilfeleistung den Vorrang hat und daß die Geheimnispreisgabe nur in Ausnahmefällen das Landesinteresse beeinträchtigt[508]. Dennoch überrascht es, wenn nun ein erheblicher Nachteil nur dann eintreten soll, wenn die Offenbarung eines Geheimnisses «eine Erschütterung des Vertrauens in die Schweizer Banken» befürchten läßt, was etwa dann zutrifft, wenn eine Bank ihre Beziehungen zu einem Großteil ihrer Kunden oder für die gesamte schweizerische Wirtschaft bedeutsame Transaktionen großen Umfangs bekanntgeben muß[509]. Das sind nicht Ausnahmefälle, sondern Extremsituationen. Daß der Bogen überspannt wurde, geht aus

[505] Was daneben das private Interesse an der Integrität der Geheimsphäre betrifft, so kümmern sich USV und IRSG nur um den am Verfahren nicht beteiligten Dritten, nicht aber um den Beschuldigten. Dazu hinten 3.8.5.2.

[506] Art. 3 Abs. 1 lit. a USV, Art. 1 Abs. 2 IRSG; vgl. 2.4.3. vorne.

[507] SR 0.351.933.6, S. 27.

[508] AUBERT, SJK 67, S. 12, SCHULTZ, SBV, S. 39; a. A. MARKEES, ZStR 1976, S. 189, der in dieser Regelung eine Zurücksetzung des Vorranges des Rechtshilfeleistungsinteresses erblickt.

[509] AUBERT, SJK 67, S. 12, SCHULTZ, SBV, S. 39. Dieses quantitative Argument übernahmen das EJPD und die Beratende Kommission gemäß Brief des EJPD vom 26. 8. 1980 an einen Genfer Anwalt im Zusammenhang mit dem in Pra 1980 Nr. 145, S. 388, publ. Entscheid. Die Unvereinbarkeit dieser Auslegung mit der des Bundesgerichtes in der Rechtssprechung zu Art. 273 StGB (vorne 3.8.4.2.) ist offensichtlich.

dem Vergleich mit dem zweiten Element, der Bedeutung der Straftat, hervor. Eine schwere Straftat im Sinne von Art. 20 Abs. 1 USG liegt vor, wenn der Deliktsbetrag die gewaltige Summe von $ 1000 übersteigt[510]. Das Mißverhältnis zwischen Krisensituation in einem wichtigen Wirtschaftszweig und Deliktsbetrag von $ 1000 ist so grotesk, daß es schon beinahe wieder erheiternd wirkt[511].

Weil das IRSG in Art. 7 Abs. 3, welcher Art. 1 Abs. 2 erläutert, die Formulierung von Art. 20 Abs. 1 USG fast wörtlich übernimmt[512], besteht wenig Grund zur Annahme, daß hier die Auslegung der beiden Voraussetzungen maßvoller ausfallen wird.

Zutreffend ist die Überlegung, daß die Frage nach der Gefährdung wesentlicher Landesinteressen politischer Natur ist[513]. Deshalb ist es zu begrüßen, daß Art. 4 USG und Art. 14 Abs. 1 IRSG ihre Beantwortung den politischen Behörden überlassen.

3.8.5.2. Die Verhältnismäßigkeit

Verhältnismäßig[514] ist die Rechtshilfeleistung, welche eine Geheimnisoffenbarung bedingt,

- wenn die Preisgabe des Geheimnisses unerläßlich ist für die Wahrheitsfindung,
- wenn die Auskunft auf keinem anderen Weg erhältlich gemacht werden kann, und
- wenn sie durch die Bedeutung der Tat gerechtfertigt ist.

Die Relevanz der Auskunft für das ausländische Verfahren kann die ersuchte Behörde im allgemeinen kaum beurteilen, sondern nur in Extremfällen, wenn die verlangte Auskunft mit der Natur des Delikts in keinem erkennbaren Zusammenhang steht. Art. 59 Abs. 1 IRSG drückt sich in diesem Sinne aus; es ist von Auskünften, «soweit sie für ein Verfahren ... erforderlich er-

[510] Briefwechsel vom 25.5.1973 (SR 0.351.933.6, S. 31), BBl 1974 II, S. 584. Diese Ausführungen beziehen sich auf den qualifizierten Fall der Auskunft über Dritte, die nicht ins Strafverfahren verwickelt sind. Umso eher gelten sie für den Beschuldigten. Die in Ziff. 2 des Briefwechsels in Aussicht genommene Anpassung des Deliktsbetrages bei erheblichen Wechselkursänderungen ist unseres Wissens nicht erfolgt, ist aber auch völlig nebensächlich.

[511] Kritisch auch AUBERT/KERNEN/SCHÖNLE, S. 329.

[512] Es ist bloß von zu befürchtenden Nachteilen die Rede, nicht von wesentlichen Nachteilen – möglicherweise ein Hoffnungsschimmer?

[513] BBl 1974 II, S. 636f., 638, 1976 II, S. 480f.; AUBERT/KERNEN/SCHÖNLE, S. 292, MARKEES, ZStR 1978, S. 134.

[514] Vorne 2.5.

scheinen», die Rede. Der USV enthält keine ausdrückliche Bestimmung.

Was die Subsidiarität betrifft, so haben wir schon festgestellt[515], daß die Anforderung nicht allzu streng verstanden werden darf: Die Auskunfterteilung ist legitim, wenn die Auskunft auf andere Weise nur mit unverhältnismäßigem Aufwand eingeholt werden könnte. Sonst wäre beispielsweise die Anforderung von Belegen bei einer Bank nicht zulässig; denn der Kunde erhält ja diese Belege auch. Allerdings hat man das Gefühl, daß gerade bei der Einholung von Bankauskünften das Prinzip der Subsidiarität häufig durch das Prinzip des geringsten Widerstandes ersetzt wird. Dabei ist der Auskunftsperson verwehrt zu beurteilen, ob andere Möglichkeiten der Beweiserhebung und -beschaffung zur Verfügung ständen; auch die ersuchte Behörde kann diese Kontrolle kaum vornehmen.

Zur besonderen Bedeutung der Tat haben wir uns schon geäußert[516]. Hier sei nur wiederholt, daß dem Prinzip der Verhältnismäßigkeit kraß widersprochen wird, wenn vermögensrechtliche Bagatelldelikte zu objektiv schweren Straftaten umfunktioniert werden.

3.8.6. Der Geheimbereich des Beschuldigten

Grundsätzlich ist der Geheimbereich des Beschuldigten nur geschützt, soweit die Voraussetzungen des Landesinteresses und der Verhältnismäßigkeit das erfordern[517]; das ist zu erwarten und in Ordnung. Was den Beschuldigten angeht, wird man auch Verständnis für die Forderung nach dem Vorrang der Rechtshilfe aufbringen; immerhin darf dabei nicht vergessen werden, daß Beschuldigung nicht Verurteilung bedeutet und daß daher die Rechte des Beschuldigten ernst zu nehmen sind. Auch unter diesem Gesichtspunkt erscheint die sich in BGE 103 Ia 206 abzeichnende Tendenz als höchst bedenklich[518]. Deshalb ist auf die Stimmen hinzuweisen, die zu sorgfältiger Interessenabwägung

[515] Vorne 2.5.1.

[516] Vorne 3.8.5.1.

[517] Gleich MARKEES, ZStR 1978, S. 120 Anm. 18.

[518] Vorne 3.4.2.4. Es ist wohl ungerecht, diesen BGE als Anfangspunkt der Entwicklung darzustellen. Denn schon in VEB 1957, S. 40 E. 7c, heißt es: «Man wird daher grundsätzlich bei der Strafrechtshilfe noch mehr als bei derjenigen in Zivilsachen bis an die Grenze des Tragbaren zu gehen haben».

[519] SCHULTZ, SBV, S. 19, 39; vgl. BGE 95 I 445ff. E. 2b, wo eine Beschränkung des Akteneinsichtsrechtes des ausländischen Geschädigten bejaht wird unter der Voraussetzung, daß ein besonderes Geheimhaltungsinteresse besteht.

aufrufen, «sogar wenn es sich um Geschäftsgeheimnisse des Angeschuldigten handelt»[519].

3.8.7. Der Geheimbereich von Personen, die am ausländischen Verfahren nicht beteiligt sind

3.8.7.1. Der Kreis der erfaßten nicht beteiligten Personen

USV und IRSG sehen für nicht am Verfahren beteiligte Dritte spezielle Schutzvorschriften vor. Dabei spricht Art. 10 Abs. 2 USV von einer Person, «die nach dem Ersuchen in keiner Weise mit der ihm zugrunde liegenden Straftat verbunden zu sein scheint»; Art. 61 Abs. 1 IRSG nennt «Personen, die nach dem Ersuchen am Strafverfahren im Ausland nicht beteiligt sind»[520]. Den Unterschied zwischen Sein und Scheinen vernachlässigen wir.

Mit dem BAP[521] halten wir dafür, daß der Ausdruck «nicht beteiligte Dritte» unglücklich ist und daß von Personen zu reden wäre, die im ausländischen Verfahren weder verdächtigt noch angeschuldigt noch angeklagt sind. Der Einfachheit halber verwenden wir im folgenden dennoch die genannte Sammelbezeichnung. Als nicht beteiligter Dritter ist auch der Geschädigte zu betrachten.

3.8.7.2. Der Geschädigte

Da allein schon das Bestehen einer Bankverbindung ein vom Bankgeheimnis geschützter Sachverhalt ist[522], kann von seiten eines ausländischen Geschädigten ein Interesse daran bestehen, daß seine Identität geheim bleibt.

Unseres Wissens folgen die Untersuchungsbehörden stets der von KNECHT[523] geschilderten Auffassung, bei der Abklärung von Offizialdelikten gehöre die Person des Geschädigten zum untersuchten Tatbestand, und jeder Zeuge sei gehalten, das Seine zur Feststellung der Identität des Geschädigten beizutragen.

Wir möchten dieses Problem, das vielleicht eher von zweitrangigem Interesse ist, nicht weiterverfolgen und lediglich die Frage

[520] Art. 61 Abs. 1 des Entwurfes wurde von den Räten unverändert in Art. 6b Abs. 1 übergeführt.
[521] BAP, S. 14f., N. 6e.
[522] Vorne 3.8.4.3., vor allem Anm. 500.
[523] KNECHT, ZStR 1969, S. 366ff.

aufwerfen, ob die Abklärung der Identität wirklich ein derart zentrales Anliegen der Strafuntersuchung ist, wenn wir an die große Zahl der Delikte denken, wo sich konkrete Geschädigte gar nicht ermitteln lassen (gemeingefährliche Straftaten, Delikte gegen die Sicherheit des Rechtsverkehrs und gegen den öffentlichen Frieden). Ferner möchten wir darauf hinweisen, daß die Feststellung des Geschädigten auch dem wesentlichen prozessualen Zweck dient, ihm die Wahrnehmung seiner verfahrensmäßigen Mitwirkungs- und Kontrollrechte zu gewährleisten; wenn der Geschädigte auf diese Rechte verzichtet, besteht unter diesem Aspekt auch kein Bedürfnis, seine Identität zu kennen.

3.8.7.3. Die nicht beteiligten Dritten

Eine crux der Rechtshilfe ist die Frage, ob und wieweit Auskünfte aus dem Geheimbereich nicht beteiligter Dritter erteilt werden dürfen. Das Problem liegt in der Schwierigkeit, die Grenze zu ziehen, wann ein Dritter am Strafverfahren beteiligt ist und wann nicht.

Wie so häufig im ganzen Gebiet der Rechtshilfe ist das Problem in seinen Grundzügen im Entscheid des Bundesrates von 1957[524] mustergültig dargestellt.

Zusammengefaßt heißt es dort, die Aussagepflicht des Bankiers sei nicht von vornherein auf die Verhältnisse des Angeschuldigten beschränkt, sondern könne sich auch auf Geheimnisse Dritter erstrecken. Jedoch sei gerade die Preisgabe von solchen Geheimnissen ein besonders gefährlicher Einbruch in die Privatsphäre. Zwar verhindere der Vorbehalt der Spezialität die zweckwidrige Verwendung von Auskünften; anderseits gebiete die Gefahr der Aushöhlung, das Bankgeheimnis zu schützen. Sie verbiete die Rechtshilfe, wenn Natur und Bedeutung der Straftat nicht ein Gewicht hätten, das es ausnahmsweise zu rechtfertigen vermöge, den Schutz der Geheimsphäre preiszugeben. Die Offenbarung von Geheimnissen könne aus dem Gesichtspunkt der Bekämpfung der Kriminalität nicht davon abhängen, ob der Geheimnisherr im Strafverfahren als Beschuldigter erscheine oder nicht. Es seien auch Erhebungen über Dritte gestattet ungeachtet des Umstandes, ob diese an den verfolgten Handlungen selbst in irgendeiner Weise beteiligt waren oder nicht; diese Erhebungen müßten aber für die Untersuchung wesentlich sein.

Diesen Standpunkt macht sich im großen ganzen das BAP noch heute zu eigen[525]. Es stellt darauf ab, ob ein Dritter «ir-

[524] VEB 1957, S. 34ff. E. 6f) bb) und cc).

[525] BAP, S. 14f., N. 6e. Vgl. auch den nicht publ. Entscheid des Bundesrates vom 3. 9. 1980 i. S. X gegen EJPD, S. 2ff. Das Bundesgericht hat unseres Wissens zu dieser Frage nicht Stellung bezogen. Im nicht publ. BGE vom 22. 3. 1978 i. S. X gegen Kanton ZH läßt es sie offen (S. 14 E. 8). Das Zürcher Obergericht

gendwie in den im Ausland untersuchten Sachverhalt verwikkelt» ist, sei es als Mittäter oder gutgläubiges Werkzeug des Täters, sei es als Strohmann[526]; es gehe darum, daß das ausländische Strafverfahren nicht geradezu sabotiert wurde, «indem eben diejenigen Informationen zurückgehalten werden, welche mit dem Rechtshilfeersuchen hätten ermittelt werden sollen».

Sicherlich läßt sich der früher eingenommene Standpunkt, Auskünfte von Banken hätten sich auf Verhältnisse des Angeschuldigten zu beschränken, nicht halten[527]. Ebenso gewiß ist aber, daß sich die Haltung des BAP dem anderen Extrem nähert, daß Auskünfte auch aus dem Geheimbereich schlankweg erteilt werden, wenn sie in irgendeinem Zusammenhang mit dem Strafverfahren im Ausland zu stehen scheinen. Dieser Ansicht können wir im wesentlichen aus zwei Gründen nicht folgen: Zum einen bedeutet sie, daß das Verbot der Beweisausforschung[528] glatt mißachtet wird. Wenn etwa das BAP auf Grund einer falschen Zeitungsmeldung, die der ausländische Richter zur Grundlage seines Gesuches macht, bereits annimmt, eine darin (nicht namentlich genannte) Person scheine in die untersuchte Tat verwickelt zu sein, womit ihr Anspruch auf Geheimhaltung entfalle[529], so muß man schon annehmen, daß hier Auskünfte erteilt werden sollten, ohne daß die ersuchende Behörde über vorhergehende konkrete Anhaltspunkte nach Gegenstand und Person verfügt.

Zum andern vernachlässigt die freigiebige Haltung des BAP die Erfordernisse, die bei jeder den Geheimbereich berührenden Auskunft zu beachten sind und die beim Geheimbereich nicht beteiligter Dritter in besonderem Maße gelten[530]. Es geht nicht an, jede Auskunft, die mit einem Verfahren in irgendeinem entfernten Zusammenhang stehen könnte, als für die Wahrheitsfindung unerläßlich zu betrachten. Mit gutem Grund hat es daher

spricht vom «weitgehenden Schutz der Geheimsphäre von Personen ..., die nicht an der im Ausland verfolgten Tat beteiligt sind» (SJZ 1978, S. 143 E. 2d). Vgl. im übrigen die Forderung nach besonderer Zurückhaltung bei AUBERT, ZStR 1971, S. 134, AUBERT/KERNEN/SCHÖNLE, S. 301, SCHULTZ, SBV, S. 26, sowie in BBl 1976 II, S. 464f.

[526] Auf den Strohmann weisen auch MARKEES, ZStR 1976, S. 185, und SCHULTZ, SBV, S. 14, hin. Auch der Strohmann ist als Gehilfe, Mittäter oder Werkzeug zu betrachten.

[527] Zitate bei HAUSER, ZStR 1971, S. 149, und KNECHT, ZStR 1969, S. 367.

[528] Vorne 3.4.5.

[529] Verfügung des BAP vom 11.10.1978; Verfahrensnummer B 29854.

[530] AUBERT, ZStR 1971, S. 134, SCHULTZ, SBV, S. 26.

die Staatsanwaltschaft Zürich abgelehnt, in einem Verfahren gegen Diebe von numismatischen Münzen die Namen der Personen anzugeben, welche diese Münzen an einer Auktion ersteigerten; denn es sei nicht so, «daß das Strafverfahren ohne deren Kenntnis nicht weitergeführt und die direkt Beteiligten nicht der Strafe zugeführt werden könnten»[531,532].

Die Bestimmungen des USV und des IRSG vermitteln für die Grenzziehung keine zusätzlichen Entscheidungshilfen. Zwar nennt die Botschaft zum USG als ihr Hauptanliegen den «Schutz der Geheimsphäre von Personen, gegen die sich das amerikanische Strafverfahren nicht richtet»[533], während die Botschaft zum IRSG davon ausgeht, daß «in einem gewissen Grade schon die Anwendung des Spezialitätsgrundsatzes» den Schutz der Geheimsphäre bewirkt, daß aber im übrigen die Vorbehalte der Verhältnismäßigkeit und des überwiegenden Interesses erhoben werden müssen[533a].

Immerhin sieht der USV[534] neben der Nennung der Voraussetzungen der schweren Straftat[535] und der Relevanz der Auskunft[536] in Art. 10 Abs. 2 lit. c ausdrücklich die Subsidiarität[537] der Rechtshilfe vor; nach Art. 10 Abs. 3 USV müssen die USA im einzelnen nachweisen, daß die Auskunft aus dem Geheimbereich legitimerweise verlangt wird[538]. Im Prinzip dieselben Kautelen sind zu beachten, wenn einem amerikanischen Beamten die Anwesenheit gestattet wird[539]. Große, aber letztlich wohl nichtige Anstrengungen macht der USV, um bei Auskünften aus dem Geheimbereich die öffentliche Zugänglichkeit einzudämmen: Um solche Auskünfte zu erhalten, muß die ersuchende Behörde sich verpflichten, eine *protective order* zu beantragen[540]. Allerdings tönten die USA an, daß nicht fest damit gerechnet werden

[531] Verfügung der Staatsanwaltschaft Zürich vom 16.6.1980 i.S. X gegen BAZ, S. 4.

[532] Die Voraussetzung der Subsidiarität der Rechtshilfe wird im übrigen beinahe einhellig anerkannt, was den Geheimbereich des nicht beteiligten Dritten betrifft. Vgl. die Zitate vorne Anm. 476.

[533] BBl 1974 II, S. 631.

[533a] BBl 1976 II, S. 448.

[534] Allgemein AUBERT/KERNEN/SCHÖNLE, S. 327f.

[535] Die allerdings dann völlig entwertet wurde, vgl. vorne 3.8.5.1.

[536] Die Auskunft muß für das Verfahren wichtig sein, nicht unerläßlich.

[537] BBl 1974 II, S. 584.

[538] Vgl. Art. 12 Abs. 2 USG.

[539] Art. 12 Abs. 3 lit. d und e USV; AUBERT/KERNEN/SCHÖNLE, S. 330f., SCHULTZ, SBV, S. 41.

[540] Art. 15 USV, Art. 20 Abs. 3 lit. a USG.

darf, daß der Richter eine solche Schutzverfügung auch wirklich erläßt[541]. Endlich ist geregelt, wie vorzugehen ist bei der Freigabe von Dokumenten, welche geheimzuhaltende Stellen enthalten[542].

Beim IRSG steht der endgültige Vorschlag, wie der Geheimbereich geschützt werden soll, zur Zeit noch nicht fest. Das Parlament hat sich aber vom Entwurf distanziert. Dessen Art. 61 Abs. 1 sah vor, daß Auskünfte aus dem Geheimbereich nicht beteiligter Dritter erteilt werden dürften, sofern sie für die Feststellung des Sachverhalts unerläßlich seien und die Bedeutung der Tat es rechtfertige[543]. An dieser Formulierung scheinen die Räte festhalten zu wollen[544]. Jedoch wollte der Entwurf Bankauskünfte nur dann als zulässig erklären, wenn außerdem «die Abklärung des Sachverhalts auf andere Weise nicht möglich erscheint»[545]. Davon ist das Parlament abgerückt. Es will statt dessen Fabrikations- und Geschäftsgeheimnisse schützen, wenn ihre Preisgabe «für die schweizerische Wirtschaft einen erheblichen Nachteil befürchten ließe und dieser unter Berücksichtigung der Bedeutung der Tat nicht zumutbar wäre»[546]. Damit übernimmt das Parlament die Formulierung von Art. 20 Abs. 1 USG, ohne zu bedenken, daß es sich bei dieser Norm um eine Erklärung zu Art. 3 Abs. 1 lit. a USV handelt. Da Art. 1 Abs. 2 IRSG den Vorbehalt der anderen wesentlichen Interessen enthielt, war diese Änderung nicht nötig. Die Subsidiarität der Rechtshilfe ist von den Räten in Art. 6a Abs. 2 übergeführt worden. Zusammenfassend läßt sich sagen, daß die vom Parlament bis heute angebrachten Retouchen materiell nichts zu ändern scheinen, aber in der Darstellung recht unübersichtlich und unnötig kompliziert sind.

In Art. 79 IRSG sind Vorschriften über den Ausschluß ausländischer Behördevertreter und über die Entfernung geheimzuhaltender Passagen in Urkunden enthalten, die denen des USV entsprechen[547].

[541] Briefwechsel vom 25.5.1973 (SR 0.351.933.6, S. 33).
[542] Art. 28 USG; AUBERT/KERNEN/SCHÖNLE, S. 329, 335, SCHULTZ, SBV, S. 41.
[543] BBl 1976 II, S. 448; vgl. AUBERT/KERNEN/SCHÖNLE, S. 302.
[544] Jedenfalls wurde ein Änderungsantrag im Nationalrat am 1.12.1980 abgelehnt.
[545] Art. 61 Abs. 2 IRSG.
[546] Fassung der Kommission des Nationalrates, Art. 6b Abs. 2.
[547] AUBERT/KERNEN/SCHÖNLE, S. 304.

3.8.8. Die Beratende Kommission

Zur Begutachtung der Frage, ob eine Geheimnispreisgabe wesentliche schweizerische Interessen verletzt, wird nach Art. 6 USG eine ständige Kommission eingesetzt, die nur auf Antrag des BAP, der ausführenden kantonalen Behörde oder des in seiner Geheimsphäre Betroffenen zusammentritt, also nicht automatisch tätig wird. Die Kommission fällt keine Entscheidung, sondern gibt eine Empfehlung ab. Will ihr das BAP nicht folgen, so muß das EJPD entscheiden[548].

Gegen die Ansicht des Bundesrates[549] wurde also die politische Frage[550] der Interessenverletzung nicht vorbehaltlos der Verwaltung zum Entscheid überlassen, sondern es wurde dieses Konsultativorgan eingeschaltet. Anders Art. 109 Abs. 2 IRSG. Danach kann der Bundesrat eine ständige Kommission einsetzen zur Begutachtung der Frage, ob die Bedeutung der Tat eine Geheimnisoffenbarung rechtfertigt[551].

AUBERT/KERNEN/SCHÖNLE bedauern, daß die IRSG-Kommission zu geringeren Fragen Stellung nehmen soll als die USV-Kommission[552]. Man mag sich zur Frage, ob die Einsetzung einer solchen Kommission überhaupt tunlich war, stellen, wie man will. Sicherlich ist es aber ungeschickt, in zwei verwandten Erlassen ohne zwingenden Grund dasselbe Institut verschieden zu regeln.

Die USV-Kommission ist zusammengesetzt aus Richtern und Wirtschaftsfachleuten; den Vorsitz hat ein Bundesrichter. Zum Verfahren vgl. hinten 3.9.7.

3.8.9. Wertung

Die Ansichten gehen auseinander, ob der Schutz des Geheimbereichs genügend sei[553]. Entscheidend ist aber, wie die ausführenden Behörden die vorhandenen Schutznormen anwenden.

[548] AUBERT/KERNEN/SCHÖNLE, S. 320, MARKEES, ZStR 1978, S. 133ff., SCHULTZ, SBV, S. 39.
[549] BBl 1974 II, S. 637f.
[550] Vgl. vorne 3.8.5.1. am Ende.
[551] BBl 1976 II, S. 451.
[552] AUBERT/KERNEN/SCHÖNLE, S. 303f.
[553] Zufriedenstellender Schutz: BBl 1974 II, S. 584, SCHULTZ, SBV, S. 42. Ungenügender Schutz: AUBERT/KERNEN/SCHÖNLE, S. 333f., AUBERT, SJK 67, S. 19, WICKI, S. 345 Spalte 2. Alle diese Zitate betreffen den USV. Hier beruht das hauptsächliche Unbehagen darin, daß die USA ganz andere Vorstellungen über den Geheimbereich haben als wir und es deshalb fraglich ist, ob und wie weit sich die vertraglichen Abmachungen überhaupt positiv auswirken wer-

Wir werden unseren Vorbehalten gegen die Ausführung der Rechtshilfebegehren durch die kantonalen Untersuchungsrichter noch Ausdruck geben[554] und möchten hier lediglich auf einen Umstand hinweisen, dem man bei der praktischen Abwicklung eines Rechtshilfefalles nur allzu häufig begegnet und der auch in der Literatur anzutreffen ist: Wir meinen die autoritäre Feststellung, «daß es nicht Sache eines Zeugen sein kann, darüber zu befinden, was für die richtige Durchführung eines Strafverfahrens erforderlich ist»[555].

Wir wollen nicht das Gespenst der mißbräuchlichen Strafanzeige zum Zwecke der Umgehung des Bankgeheimnisses an die Wand malen[556]. Wir möchten lediglich daran erinnern, daß in der Rechtshilfe der Zeuge den Sachverhalt oft ebensogut, vielleicht sogar besser kennt als der eingeschaltete Untersuchungsrichter und daß diese Kenntnis, vor allem im Hinblick auf die Frage der Verhältnismäßigkeit der zu erhebenden Auskünfte, vorteilhaft genutzt werden könnte.

3.9. Die Rechtsmittel des Bundesrechts

Damit gelangen wir zu einer weiteren crux, allerdings nicht bloß des Rechtshilfeverfahrens, sondern des schweizerischen Rechts allgemein. Nur ausgesuchte Genießer dürften am bundesrechtlichen Rechtsmittelwesen Befriedigung finden; hochgestellte Gerichtsmagistraten und Professoren empfinden Verlegenheit und gestehen ein, nur über Teilwissen zu verfügen[557]; der schlichte Praktiker endlich wagt sich nur mit Grausen in den Dschungel[558].

Leider verhilft die Ordnung der Rechtsmittel in der Rechtshilfe dem Dschungel zu einigen weiteren Stämmen[559]. Wir unternehmen den kühnen Versuch, in knapper Form die für die

den. BBl 1974 II, S.584; AUBERT/KERNEN/SCHÖNLE, S.327f., 331ff., SCHULTZ, SBV, S.34, WICKI, S.344f.

[554] Hinten 3.10.

[555] VEB 1957, S.34 E.6f) bb). Im gleichen Sinne KNECHT, S.367.

[556] BGE 95 I 452 E.3c rechnet mit dieser Möglichkeit. Gleich AUBERT, ZStR 1971, S.126.

[557] Vgl. die Diskussion zu den Rechtsmitteln ans Bundesgericht am Schweiz. Juristentag 1975, ZSR 1975 II, S.428ff.

[558] FLEINER, S.422, spricht von einem Wirrwarr.

[559] Die Botschaft zum IRSG beklagt die Unsicherheit über die Zuständigkeit, die für den Rechtsuchenden Risiken birgt (BBl 1976 II, S.457). Immerhin war durch BGE 99 Ia 78 eine gewisse Klarheit geschaffen worden.

Rechtshilfe geltenden Sonderregeln anhand von Gesetz und Rechtsprechung festzuhalten. Dabei beschränken wir uns im wesentlichen auf Hinweise auf Entscheide, welche Rechtshilfefälle betreffen.

Wiederum unberücksichtigt bleibt das kantonale Recht. Auch auf die Behördenbeschwerde treten wir nicht ein[560].

3.9.1. Überblick

Das Rechtshilfeverfahren ist ein Verwaltungsverfahren. Damit steht als Rechtsmittel die Verwaltungsgerichtsbeschwerde im Vordergrund[561]. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts ist diese für das EÜR auf Grund von Art. 100 lit. f OG (Unzulässigkeit bei Verfügungen auf dem Gebiete der Strafverfolgung) ausgeschlossen; dagegen sehen sie das USG und das IRSG vor.

Nach dem Inkrafttreten des IRSG werden dessen Rechtsmittelbestimmungen für die gesamte Rechtspflege anwendbar sein[562] (unter dem Vorbehalt abweichender staatsvertraglicher Bestimmungen, Art. 1 IRSG). Gegenwärtig gilt aber noch folgende Regelung:

3.9.1.1. Rechtsmittel bei Rechtshilfeersuchen nach EÜR[563]

Betroffene Personen[564] können kantonale Entscheide mit der staatsrechtlichen Beschwerde wegen Verletzung von Staatsverträgen anfechten (Art. 84 Abs. 1 lit. c, Art. 86 Abs. 3 OG). Gegen Verwaltungsentscheide des BAP steht die Beschwerde an den Bundesrat offen (Art. 44 ff. VwVG). Erwähnenswerte bedauerliche Einzelheit: Die Weiterleitung der Rechtshilfeergebnisse an den ersuchenden Staat ist nicht anfechtbar[565].

Der ersuchende Staat kann gegen einen ablehnenden kantonalen Entscheid nur die Aufsichtsbeschwerde an den Bundesrat

[560] Vgl. Art. 48 lit. b VwVG und Art. 103 lit. b und c OG, dazu Gygi, S. 119 ff.; ferner Art. 19 USG (BBl 1974 II, S. 642) und Art. 21 Abs. 3 IRSG. Nicht legitimiert zur Ergreifung eines Rechtsmittels sind die USA, weil Anstände gemäß Art. 39 Abs. 2 USV einem Schiedsgericht zu unterbreiten sind; BBl 1974 II, S. 641.

[561] BBl 1976 II, S. 457 f.; Markees, ZStR 1978, S. 138 f.

[562] Vgl. Art. 107 IRSG; BBl 1976 II, S. 458.

[563] Vgl. BAP, S. 6 f., N. 3 c, Markees, ZStR 1978, S. 137.

[564] Zum Begriff vgl. vorne 3.7.1.

[565] Grund: es handelt sich um keine Verfügung gemäß Art. 5 VwVG. BBl 1976 II, S. 466; BAP, S. 5.

einlegen (Art. 71 VwVG). Gegen Entscheide des BAP steht ihm ebenfalls die Verwaltungsbeschwerde zur Verfügung.

3.9.1.2. Rechtsmittel bei Rechtshilfeersuchen nach USV und IRSG[566]

Im Gegensatz zum EÜR ordnen diese beiden Erlasse den Rechtsmittelweg. Es gilt für betroffene Personen und ersuchenden Staat gleicherweise:

Gegen Anordnungen des BAP ist die Einsprache ans BAP zulässig (Art. 16 USG, Art. 20 IRSG). Dessen Verfügungen materiellen Inhalts sowie letztinstanzliche kantonale Entscheide unterliegen der Verwaltungsgerichtsbeschwerde an das Bundesgericht nach Art. 97ff. OG (Art. 17 USG, Art. 21 IRSG). Verfügungen des BAP eher formeller Art, die in Art. 18 Abs. 2 USG und in Art. 14 Abs. 2 lit. c–f IRSG aufgezählt sind, können mit der Verwaltungsbeschwerde an das EJPD (Art. 44ff. VwVG) angefochten werden, das endgültig entscheidet (Art. 18 Abs. 2 und 3 USG, Art. 22 IRSG). Die Verfügungen des EJPD im Zusammenhang mit Rechtshilfegesuchen, bei welchen eine Beeinträchtigung der öffentlichen Ordnung (Art. 3 Abs. 1 lit. a USV/Art. 4 lit. a USG; Art. 1 Abs. 2 IRSG) geltend gemacht wird, können mit der Verwaltungsbeschwerde an den Bundesrat weitergezogen werden (Art. 18 Abs. 1 USG, Art. 22 IRSG nach der gegenwärtigen Fassung der Räte).

3.9.1.3. Ergebnis

Wir müssen also folgende Rechtsmittel in Betracht ziehen:

nach EÜR die staatsrechtliche Beschwerde an das Bundesgericht, die Verwaltungsbeschwerde an den Bundesrat und die Aufsichtsbeschwerde an den Bundesrat;

nach USV und IRSG die Einsprache ans BAP, die Verwaltungsgerichtsbeschwerde ans Bundesgericht und die Verwaltungsbeschwerde.

Bei allen Rechtsmitteln gilt nach Art. 93 OG und Art. 57 VwVG, daß die Beschwerdeschrift der Vorinstanz und anderen Beteiligten, also etwa der zur Auskunft verpflichteten Bank, zur Vernehmlassung vorgelegt werden muß[567].

[566] Vgl. BAP, S. 7 E. 3c, AUBERT/KERNEN/SCHÖNLE, S. 290f.

[567] Das zu tun unterließ das EJPD in einem Verwaltungsbeschwerdeverfahren gegen eine Verfügung des BAP vom 11. 10. 1978 (Verfahrensnummer beim

3.9.2. Zur staatsrechtlichen Beschwerde (EÜR)[568]

Die staatsrechtliche Beschwerde, an sich das Rechtsmittel der Verfassungsgerichtsbarkeit, also des Schutzes der verfassungsmäßigen Rechte des Bürgers[569], ist nach Art. 84 Abs. 1 lit. c OG auch gegeben zur Anfechtung der Verletzung von Staatsverträgen, soweit es sich nicht um zivil- oder strafrechtliche Bestimmungen handelt. Von diesem Ausschluß wird die Rechtshilfe als Teil des internationalen öffentlichen Rechts nicht erfaßt[570]. Die Prüfung erstreckt sich darauf, ob die formellen Bedingungen des EÜR erfüllt sind oder nicht[571].

Anfechtbar sind natürlich nur kantonale Entscheide.

Gerügt werden kann die Verletzung der staatsvertraglich geschützten Rechtsstellung

- durch willkürliche Nichtanwendung von kantonalem Verfahrensrecht[572],
- durch willkürliche Auslegung von kantonalem Verfahrensrecht[573],
- nicht aber durch falsche Auslegung von kantonalem Verfahrensrecht[574].

Legitimiert ist der Private (natürliche und juristische Personen), dem in Anwendung des EÜR Pflichten auferlegt werden[575], sofern sein Rechtsschutzinteresse aktuell ist[576]. Es können also neben dem Angeschuldigten auch Zeugen oder Editionspflichtige[577], vielleicht auch der Geschädigte[578] die Beschwerde erheben, insoweit sie persönlich betroffen sind; für Dritte kann man

BAP B 29854). Dagegen lud der Bundesrat, an den der Entscheid des EJPD weitergezogen wurde, die betroffene Bank korrekt zur Vernehmlassung ein.

[568] Vgl. allgemein das Lehrbuch von MARTI, ferner FLEINER/GIACOMETTI, S. 882 ff., FLEINER, S. 410 ff.

[569] FLEINER/GIACOMETTI, S. 882, MARTI, S. 20.

[570] BGE 99 Ia 82 E. 1, 103 Ia 208 f. E. 2 a, 105 Ib 213 E. 2 a; GRISEL, S. 498 ff., MARTI, S. 43 f., N. 55 a und c.

[571] BGE 103 Ia 211 E. 5, nicht publ. BGE vom 7. 12. 1979 i. S. X gegen Kanton TI, S. 8 E. 2 a.

[572] BGE 98 Ia 230 f. E. 2 b, nicht publ. BGE vom 22. 3. 1978 i. S. X gegen Kanton ZH, S. 8 E. 1.

[573] BGE 99 Ia 86 E. 3 b, nicht publ. BGE vom 22. 3. 1978 i. S. X gegen Kanton ZH, S. 8 E. 1, und vom 7. 12. 1979 i. S. X gegen Kanton TI, S. 14 E. 4 a.

[574] BGE 98 Ia 230 E. 2 b.

[575] BGE 98 Ia 654, 103 Ia 208 E. 2 a, 105 Ib 213 E. 2 a, nicht publ. BGE vom 7. 12. 1979 i. S. X gegen Kanton TI, S. 5 E. 1 b; GRISEL, S. 412, MARTI, S. 64 f.

[576] BGE 99 Ia 85 E. 2 b, 103 Ia 10 E. III 1; MARTI, S. 67 ff.

[577] BGE 103 Ia 209.

[578] BGE 99 Ia 85 E. 1 d.

die Beschwerde nicht einlegen, auch wenn sie im kantonalen Verfahren Parteistellung hatten[579]. Der Beschwerdeführer kann auch im Ausland domiziliert sein[580]. Der ausländische Staat jedoch kann die Beschwerde nicht erheben[581].

Die staatsrechtliche Beschwerde ist an sich ein subsidiäres Rechtsmittel (Art. 84 Abs. 2 OG), das nur gegen letztinstanzliche kantonale Entscheide zulässig ist (Art. 86 Abs. 1 OG). Beides gilt im Rechtshilfeverfahren nicht.

Ein anderes Rechtsmittel auf Bundesebene steht nicht zur Verfügung, insbesondere nicht die Verwaltungsgerichtsbeschwerde[582] und die Verwaltungsbeschwerde[583]. Und bei Verletzung öffentlichrechtlicher Bestimmungen von Staatsverträgen muß gemäß Art. 84 Abs. 3 OG in Verbindung mit Art. 84 Abs. 1 lit. c OG der kantonale Instanzenzug nicht erschöpft sein[584]. Daher sind auch neue rechtliche und tatsächliche Vorbringen zulässig[585], die das Bundesgericht in freier Kognition prüft[586].

Es scheint, daß Staatsvertragsbeschwerden im allgemeinen aufschiebende Wirkung erteilt wird. Jedenfalls haben wir das in vier nicht veröffentlichten Entscheiden feststellen können[587]. Der durch den Präsidenten der urteilenden Abteilung[588] getroffene Entscheid ist nicht anfechtbar[589].

Die staatsrechtliche Beschwerde wegen Verletzung von Staatsverträgen ist in der Regel kassatorischer Natur[590]. Ausnahme: Wenn eine Beschwerde gegen den Vollzug der Rechts-

[579] BGE 98 Ia 654; nicht publ. BGE vom 31.8.1978 i.S. X gegen Kanton SG, S.4 E.1, und vom 11.9.1979 i.S. X gegen Kanton SO, S.3f. E.1b.

[580] BGE 98 Ia 230 E.2a, 103 Ia 208 E.2a, 105 Ib 213 E.2a.

[581] BGE 99 Ia 85 E.1d, 101 Ia 165f. E.1–3.

[582] Vgl. Art. 100 lit. f OG.

[583] BGE 99 Ia 83 E.1c, VPB 1976, S.94 E.1.

[584] BGE 99 Ia 86 E.3b, 101 Ia 531 E.5, 102 Ia 79 E.2f., nicht publ. BGE vom 11.9.1979 i.S. X gegen Kanton SO, S.3 E.1a, und vom 7.12.1979 i.S. X gegen Kanton TI, S.5 E.1c; MARTI, S.113f.

[585] BGE 101 Ia 523 E.1b, 102 Ia 79 E.2f., 104 Ia 450f. E.3, nicht publ. BGE vom 11.9.1979 i.S. X gegen Kanton SO, S.3 E.1a, und vom 7.12.1979 i.S. X gegen Kanton TI, S.5 E.1c.

[586] BGE 98 Ia 230 E.2a, 99 Ia 86 E.3b, 101 Ia 523 E.1b, 531 E.5, 104 Ia 42 E.5b, 105 Ia 29 E.2b, nicht publ. BGE vom 11.9.1979 i.S. X gegen Kanton SO, S.3 E.1a, und vom 7.12.1979 i.S. X gegen Kanton TI, S.5 E.1c.

[587] Nicht publ. BGE vom 22.3.1978 i.S. X gegen Kanton ZH, S.8, vom 31.8.1978 i.S. X gegen Kanton SG, S.4, vom 31.8.1978 i.S. X gegen Kanton SG, S.4, und vom 7.12.1979 i.S. X gegen Kanton TI, S.4.

[588] Heute die II. öffentlichrechtliche Abteilung.

[589] BGE 95 I 381.

[590] BGE 98 Ia 229 E.1, 105 Ia 18 E.1, 28f.

hilfe geschützt wird, kann der kantonale Entscheid aufgehoben und zugleich die Rechtshilfe abgelehnt werden[591].

3.9.3. Zur Verwaltungsbeschwerde (EÜR, USV, IRSG)[592]

Mit der Verwaltungsbeschwerde anfechtbar sind gemäß Art. 44f. VwVG Verfügungen im Sinne von Art. 5 VwVG. Dem Wortlaut von Art. 73 Abs. 1 lit. c VwVG darf trotz der großen Ähnlichkeit mit Art. 81 Abs. 1 lit. c OG nicht entnommen werden, daß auch kantonale Entscheide mit der Verwaltungsbeschwerde anfechtbar seien[593]; ihr unterliegen nur Verfügungen der Bundesverwaltung[594], im Fall der Rechtshilfe also im wesentlichen des BAP[595], in einzelnen Fällen des Departementes[596].

Gerügt werden können nach Art. 49 VwVG

- die Verletzung von Bundesrecht einschließlich Ermessensüberschreitung und -mißbrauch,
- die unrichtige oder unvollständige Feststellung des Sachverhaltes,
- die Unangemessenheit[597].

Nova sind zulässig.

Der Beschwerdeführer muß von der Verfügung berührt, d.h. beschwert sein (Art. 48 lit. a VwVG); das kann auch bei einem Dritten der Fall sein, nicht nur beim unmittelbaren Adressaten der Verfügung[598]. Außerdem muß er ein aktuelles Rechtsschutzinteresse haben[599]. Dem ersuchten Staat steht die Beschwerde nicht offen[600].

Nach Art. 74 lit. a und b VwVG ist die Verwaltungsbeschwerde nicht zulässig, wenn die Verwaltungsgerichtsbeschwerde zur Verfügung steht. Dies ist nach Art. 16 USG und Art. 20 IRSG der Fall, nicht dagegen beim EÜR wegen Art. 100

[591] BGE 99 Ia 96 E. 8, nicht publ. BGE vom 7.12.1979 i.S. X gegen Kanton TI, S. 5f. E. 1d.

[592] Vgl. allgemein FLEINER, S. 216ff., GRISEL, S. 476ff., GYGI, S. 175, SALADIN, S. 169ff., SCHWARZENBACH, S. 137ff.

[593] BGE 99 Ia 83 E. 1c, VPB 1976, S. 94 E. 1.

[594] GYGI, S. 96ff.

[595] Art. 18 Abs. 2 USG, Art. 22 und Art. 14 Abs. 2 lit. c–f IRSG.

[596] Art. 18 Abs. 1 und 4 USG, Art. 22 (in der bereinigten Fassung) und Art. 14 Abs. 1 IRSG.

[597] Dazu GRISEL, S. 480, GYGI, S. 231.

[598] Entscheid des Bundesrates vom 3.9.1980 i.S. X gegen EJPD, S. 6 E. 1; GRISEL, S. 478, GYGI, S. 117f.

[599] Dazu FLEINER, S. 219ff., GYGI, S. 113ff.

[600] BGE 101 Ia 165f. E. 1–3.

lit.f OG. Für Rechtshilfefälle nach EÜR steht deshalb die Verwaltungsbeschwerde im Vordergrund.

Nach Art.55 Abs.1 VwVG hat die Verwaltungsbeschwerde Suspensiveffekt.

Grundsätzlich trifft die Beschwerdeinstanz selbst einen (neuen) materiellen Entscheid (Art.61 VwVG).

3.9.4. Zur Aufsichtsbeschwerde oder Anzeige (EÜR)[601]

Die Aufsichtsbeschwerde nach Art.71 VwVG ist kein eigentliches Rechtsmittel: Es handelt sich um ein Ersuchen an die übergeordnete Amtsstelle innerhalb der Verwaltung, sich einzuschalten und eine Verfügung aufzuheben. Die Aufsichtsbeschwerde vermittelt also keinen Anspruch auf Rechtsschutz[602].

Die Anzeige wird nur dann überhaupt als zulässig betrachtet, wenn klares Recht, vor allem wesentliche Verfahrensvorschriften oder öffentliche Interessen offensichtlich mißachtet wurden[603]. Dabei beschränkt sich die Verwaltung auf die Prüfung, ob Staatsvertrags- oder sonstiges Bundesrecht verletzt wurde; die Anwendung kantonalen Rechts wird nicht kontrolliert[604].

Als Anzeiger (ohne Parteistellung[605]) kann jedermann auftreten, der ein Interesse daran hat, daß die Verfügung aufgehoben wird[606]. Insbesondere können also der ersuchende Staat[607] und der Geschädigte[608] sich dieses Rechtsbehelfes bedienen.

Die Aufsichtsbeschwerde wird nur als zulässig betrachtet, wenn dem Anzeiger kein Rechtsmittel zur Verfügung steht[609].

3.9.5. Zur Einsprache (USV und IRSG)[610]

Dem USG folgend[611] übernimmt das IRSG das Einsprache-

[601] Vgl. allgemein FLEINER, S.236, GRISEL, S.460, 476, GYGY, S.161ff., KNAPP, S.202f., SCHWARZENBACH, S.135f.
[602] Vgl. BGE 99 Ia 85 E.1d am Ende, 102 Ib 84; GYGY, S.161, GRISEL, S.460, 476.
[603] BGE 97 I 10 E.2, 100 Ib 98 E.2, VPB 1976, S.94f. E.2b; GYGI, S. 162.
[604] VPB 1976, S.95 E.2c; Obergericht Zürich, SJZ 1978, S.142 E.2c.
[605] GYGI, S.162.
[606] VEB 1957, S.16 E.2b am Ende, BGE 99 Ia 84 E.1d.
[607] BGE 99 Ia 85 E.1d, 101 Ia 165f. E.1–3, Obergericht Zürich, SJZ 1978, S.142 E.2c.
[608] BGE 99 Ia 85 E.1d.
[609] GYGI, S.162.
[610] Vgl. allgemein GYGI, S.27, GRISEL, S.461f., KNAPP, S.205, SCHWARZENBACH, S.136, 143.
[611] BBl 1976 II, S.480.

verfahren, das erlauben soll, «den Einzelfall in einem formlosen Verfahren nach allen Seiten zu besprechen und bei Einwänden gegen die vorgesehene Erledigung eines Ersuchens auf gütlichem Wege eine Einigung anzustreben»[612]. Davon verspricht man sich eine Vereinfachung und Beschleunigung des Verfahrens[613]. Eine äußerst praxisnahe Lösung, die sich unseres Erachtens bisher glänzend bewährt hat.

Die Einsprache wird zu den Rechtsmitteln gezählt[614], ist aber dadurch gekennzeichnet, daß sie an die erlassende Behörde zu richten ist, daß also kein Instanzenzug erfolgt.

Angefochten werden können Anordnungen des BAP[615]. Art. 16 Abs. 2 USG nennt als zulässige Rügen

- die Verletzung von Bundesrecht[616],
- die Verursachung unzumutbarer Umtriebe[617],
- die Verursachung eines nicht wieder gutzumachenden Nachteils[618],

wobei die beiden letztgenannten Rügen nur dem Zeugen und anderen Dritten, nicht aber dem Beschuldigten zur Verfügung stehen.

Art. 20 IRSG verzichtet auf einen Rügenkatalog, dies, um dem Zweck des Einspracheverfahrens, die Erledigung von Einwänden auf gütlichem Wege, möglichst wenig Hindernisse in den Weg zu legen[619].

[612] BBl 1976 II, S. 458; vgl. SCHULTZ, SBV, S. 51.

[613] BBl 1974 II, S. 640.

[614] GYGI, S. 27, SALADIN, S. 153, 167, SCHWARZENBACH, S. 136.

[615] Im Marginale von Art. 20 IRSG wird ungeschickterweise von Verfügungen (frz. décisions) gesprochen, im Text von Anordnungen (frz. mesures). Der Unterschied ist rechtlich schwer faßbar (vgl. GYGI, S. 105), doch müßte die terminologische Unterscheidung im Hinblick auf die Anfechtbarkeit der Verfügungen nach Art. 21 IRSG unbedingt vorgenommen werden.

[616] Art. 16 Abs. 2 USG enthält einen schwer verständlichen Hinweis auf Art. 45 Abs. 1 VwVG.

[617] Vgl. vorne 2.5.2.

[618] Dieser Ausdruck kommt auch in Art. 20 Abs. 4 IRSG und in Art. 45 Abs. 1 VwVG vor. Zu letzterer Norm liegen einige Entscheide vor. Ein nicht wieder gutzumachender Nachteil tritt ein,

- wenn die Abnahme von Beweisen, die gefährdet sind und erhebliche, noch nicht abgeklärte Umstände betreffen, abgelehnt wird (BGE 98 Ib 286 E. 4),
- wenn die Herausgabe von Akten angeordnet wird, was für die AG und ihre Aktionäre bedeutende wirtschaftliche Nachteile bewirken könnte (BGE 99 Ib 404 E. 1),
- wenn eine Verfügung große, unter Umständen unnütze Kosten verursachen und sich so nachteilig auf die Geschäfte auswirken könnte (BGE 99 Ib 416 E. 1b).

[619] BBl 1976 II, S. 458.

Wie bei der Verwaltungsbeschwerde ist zur Einsprache legitimiert, wer von einer Anordnung berührt ist und ein schützenswertes Interesse daran hat, daß sie geändert oder aufgehoben wird (Art. 16 Abs. 1 USG, Art. 20 Abs. 1 IRSG).

Nach Art. 16 Abs. 4 USG hat die Einsprache grundsätzlich aufschiebende Wirkung, nach Art. 20 Abs. 3 IRSG dagegen grundsätzlich nicht, sondern nur, wenn der Vollzug der Anordnung einen nicht wieder gutzumachenden Nachteil zeitigen könnte oder wenn andere wichtige Gründe es rechtfertigen. Diese Regelung überbindet dem BAP eine gewaltige Verantwortung; wir hoffen, daß an das Erfordernis der Wichtigkeit eines Grundes nicht übertrieben strenge Anforderungen gestellt werden.

3.9.6. Zur Verwaltungsgerichtsbeschwerde (USV und IRSG)[620]

Die unübersichtliche Aufzählung[621] von anfechtbaren und nicht anfechtbaren Verwaltungsakten in Art. 98ff. OG berührt uns nur am Rande, weil in Art. 17 USG und Art. 21 IRSG die mit der Verwaltungsgerichtsbeschwerde anfechtbaren Verfügungen einzeln genannt sind. Es handelt sich allgemein um Verfügungen letztinstanzlicher kantonaler und erstinstanzlicher Bundesbehörden, soweit keine abweichende Normierung vorgesehen ist[622]. «Verfügung» ist im Sinne von Art. 5 VwVG zu verstehen.

Als Beschwerdegründe kommen die Rüge der Verletzung von Bundesrecht einschließlich Ermessensmißbrauch oder -überschreitung sowie der unrichtigen oder unvollständigen Feststellung des rechtserheblichen Sachverhalts in Frage (Art. 104 lit. a und b OG). Zum Bundesrecht gehören auch Staatsverträge[623]. Ein weiterer Beschwerdegrund ist nach Art. 17 Abs. 3 USG und Art. 21 Abs. 4 IRSG die unzulässige oder unrichtige Anwendung des Rechts des ersuchenden Staates. Dies ist allerdings nur im eingeschränkten Sinne gemeint, daß das fremde Recht dann geprüft wird, wenn es direkt für die Ausführung eines Rechtshilfegesuches anwendbar ist, wie zum Beispiel gemäß Art. 9 Abs. 2 USV[624, 625].

[620] Vgl. allgemein FLEINER, S. 238ff., FLEINER/GIACOMETTI, S. 909ff., GRISEL, S. 494ff., GYGI, S. 175f., SCHWARZENBACH, S. 144ff.

[621] FLEINER, S. 245f., GRISEL, S. 498.

[622] BBl 1974 II, S. 641, 1976 II, S. 458f., 480; SCHULTZ, SBV, S. 51.

[623] BGE 99 Ia 83 E. 1a, Pra 1980 Nr. 145, S. 389 E. 2a, nicht publ. BGE vom 7. 12. 1979 i. S. X gegen Kanton TI, S. 4 E. 1a, und vom 30. 3. 1979 i. S. X gegen BAP, S. 7 E. 2, BBl 1976 II, S. 458.

[624] Pra 1980 Nr. 145, S. 391 E. 3 mit Hinweis auf BBl 1974 II, S. 641.

[625] Einen weiteren Beschwerdegrund im Zusammenhang mit dem Spezialverfah-

Der Überprüfung durch das Bundesgericht entzogen ist die Feststellung des Sachverhaltes durch die ersuchende Behörde; nur Irrtümer, Lücken oder Widersprüche in der vorgelegten Dokumentation können beanstandet werden[626]. Frei prüft das Bundesgericht aber, «ob die im Ersuchen beschriebenen Handlungen die objektiven Merkmale eines Straftatbestandes des schweizerischen Rechts erfüllen»[627].

Die Legitimation ist gleich geregelt wie bei der Verwaltungsbeschwerde; Art. 103 lit. a OG stimmt wörtlich überein mit Art. 48 lit. a VwVG[628]. Als beschwert und legitimerweise an der Aufhebung einer Verfügung interessiert sind bezeichnet worden eine Bank, die durch die Auskunftserteilung ein Geheimnis preisgeben müßte[629], sowie eine Gesellschaft, über deren finanzielle Transaktionen Auskunft verlangt wurde, wie auch der Delegierte ihres Verwaltungsrates, der als Zeuge aussagen und Unterlagen über seine Tätigkeit vorlegen sollte[630].

3.9.7. Zur Anrufung der Beratenden Kommission (USV und IRSG)[631]

Nach Art. 6 Abs. 3 USG sollen der Geschäftsgang und das Verfahren vor der Beratenden Kommission durch eine Verordnung des Bundesrates geregelt werden. Diese Verordnung ist unseres Wissens noch nicht ergangen; trotzdem ist die Beratende Kommission schon tätig geworden.

Die Anrufung der Kommission ist kein Rechtsmittel; denn die Kommission hat keine Entscheidungskompetenz, sie kann nur Empfehlungen abgeben, und zwar ausschließlich zur Frage, ob die Verweigerung der Rechtshilfe wegen Verletzung wesentlicher Interessen der Schweiz gerechtfertigt sei. Sie hat also nicht zu begutachten, ob die Rechtshilfe die Souveränität oder die Sicherheit der Schweiz gefährden kann[632].

ren für das organisierte Verbrechen sieht Art. 17 Abs. 4 USG vor; vgl. BBl 1974 II, S. 641.

[626] BGE 103 Ia 629 E. 4, Pra 1980 Nr. 145, S. 391 E. 4b, nicht publ. BGE vom 30. 3. 1979 i. S. X gegen BAP, S. 9f. E. 4a, und S. 13 E. 5b, und vom 27. 2. 1980 i. S. X gegen BAP, S. 5 E. 2a.

[627] Pra 1980 Nr. 145, S. 392 E. 5b.

[628] Fleiner, S. 245, Grisel, S. 504, Gygi, S. 112.

[629] Nicht publ. BGE vom 30. 3. 1979 i. S. X gegen BAP, S. 7 E. 1.

[630] Pra 1980 Nr. 145, S. 389 E. 1.

[631] Aubert/Kernen/Schönle, S. 319f., Aubert, SJK 67, S. 12, Markees, ZStR 1978, S. 133ff., Schultz, SBV, S. 39f.; vgl. vorne 3.8.8.

[632] Markees, ZStR 1978, S. 134.

Die Kommission wird tätig auf Antrag des BAP, der ausführenden Behörde oder eines in seiner Geheimsphäre Betroffenen. Nicht klar ist, wer dann Adressat der Empfehlung ist. Nach Art. 6 Abs. 4 USG möchte man annehmen, die Kommission wende sich ans BAP; in einem zur Zeit hängigen Fall[633] hat sie ihre Empfehlung aber ans EJPD gerichtet. Art. 6 Abs. 4 USG ist ohnehin eine merkwürdige Bestimmung; nach ihrem Wortlaut ist nur das BAP, nicht auch die ausführende Behörde oder der Betroffene berechtigt, ans EJPD zu gelangen, wenn es mit der Empfehlung der Kommission nicht einverstanden ist. Immerhin läßt auch diese Weiterzugsmöglichkeit erkennen, daß der Empfehlung des Rates der Weisen ein relativ geringer Stellenwert zukommt.

Verfahrensmäßig kann auf einige Absonderlichkeiten hingewiesen werden, die sich im erwähnten Fall ergaben. Dort wurde die Kommission erst angerufen, nachdem die II. öffentlichrechtliche Kammer des Bundesgerichts bereits die Frage der Rechtshilfeleistung bejaht hatte[634]. Die Kommission unterrichtete den Betroffenen, der sie angerufen hatte, nicht von ihrer Empfehlung; das EJPD gab ihm auszugsweise von der Begründung der Kommission Kenntnis. Es erließ hierauf eine Verfügung, gegen welche dann nach Art. 18 Abs. 1 USG wieder die Verwaltungsbeschwerde an den Bundesrat zulässig war. Man wird daher MARKEES zustimmen, daß dieses Institut geeignet ist, das Verfahren zu verzögern[635].

Dieser Fall zeigte auch auf, daß es ungeschickt war, dem Präsidenten der II. öffentlichrechtlichen Kammer auch den Vorsitz in der Kommission anzuvertrauen; nicht zu Unrecht wurde geltend gemacht, es liege analog zu Art. 22 Abs. 1 lit. b OG ein Ausschlußgrund vor.

Der außerordentlich summarische Hinweis in Art. 109 IRSG auf die Möglichkeit, eine Kommission zur Begutachtung der Frage einzusetzen, ob die Bedeutung der Tat die Erteilung von Auskünften aus dem Geheimbereich rechtfertige, erlaubt es nicht, Schlüsse zu ziehen, welche Bedeutung der Tätigkeit dieser Kommission zukommen wird[636].

[633] Es handelt sich um die Fortsetzung des in Pra 1980 Nr. 145 publ. Falles.

[634] Das Bundesgericht hatte sich natürlich zur Frage der Beeinträchtigung wesentlicher Interessen nicht geäußert, vgl. Art. 4 USG.

[635] MARKEES, ZStR 1978, S. 135.

[636] Es scheint, daß der Redaktor des Entwurfs die beim USV abgelehnte Lösung wieder aufnahm.

3.9.8. Exkurs: Wie verhält sich eine Bank, die über eine Kundenbeziehung Auskunft erteilen soll?

3.9.8.1. Die Benachrichtigung des Kunden

Wie die Strafprozeßordnungen[637] enthalten auch der USV in Art. 8 Abs. 1, das USG in Art. 8 Abs. 2 und das IRSG in Art. 76 Abs. 3 und in Art. 15 Bestimmungen, die es als unzulässig erklären, daß die Bank ihrem Kunden vom Vorliegen eines Rechtshilfeersuchens oder von einzelnen Tatsachen daraus Kenntnis gibt; damit soll der Kollusionsgefahr begegnet werden[638]. In der Regel hat aber der Beschuldigte Kenntnis von den einzelnen Untersuchungshandlungen, und er ist berechtigt, daran teilzunehmen[639]. Die Erfahrung zeigt, daß im Rechtshilfeverfahren sowohl Beschuldigte wie vor allem auch nicht beteiligte Dritte im unklaren darüber gelassen werden, wann eine Untersuchungshandlung bei der Bank vollzogen wird. Vereinzelt sind Banken deshalb dazu übergegangen, die Kunden zu avisieren[640]. Das ist jedoch längst nicht immer möglich, sei es, daß der Kunde nicht erreicht werden kann oder darf, sei es, daß die eingeräumte Frist eine sinnvolle Intervention gar nicht erlaubt. Das trifft schon häufig zu bei der «gewöhnlichen»[641] zehntägigen Frist; in verstärktem Maße noch, wenn der kantonale Untersuchungsrichter eine kürzere Frist anordnet[642].

3.9.8.2. Die Einlegung von Rechtsmitteln

Wohl nicht zuletzt unter dem Eindruck dieser Umstände ist von seiten von Kunden und deren Anwälten hie und da die Meinung vertreten worden, die Bank sei auftragsrechtlich verpflichtet, alle Instanzen zu durchlaufen, bevor sie eine den Kunden betreffende Auskunft erteile.

Die Legitimation der Banken zur Ergreifung eines Rechtsmittels ist unbestritten. Es fragt sich daher, ob die Bank tatsächlich verpflichtet ist, einen solchen Schritt zu unternehmen.

[637] z.B. Art. 14 Abs. 2, Art. 17 ZH StPO, vgl. Art. 27 VwVG.

[638] BBl 1974 II, S. 639; SCHULTZ, SBV, S. 50.

[639] Vorne 3.7.2.1.

[640] AUBERT, ZStR 1971, S. 124. Ein einheitliches Vorgehen gibt es nicht. Bei einer Kontensperre ist eine Benachrichtigung des Kunden kaum angezeigt, schon eher bei Auskunftsbegehren und gewiß bei der Beschlagnahme.

[641] So BBl 1974 II, S. 614 zu Art. 16 Abs. 3 USG, vgl. Art. 404 ZH StPO und Art. 20 Abs. 2 IRSG.

[642] Vgl. vorne 3.6.3. am Ende.

Der sogenannte Bankauftrag ist ein gemischtes Rechtsgeschäft, in welchem neben Hinterlegung und allenfalls Kommission der Auftrag eine wichtige Rolle spielt[643]. Der maßgebende Artikel aus dem Auftragsrecht ist Art. 396 OR: Wenn der Umfang des Auftrags nicht ausdrücklich bestimmt ist, so bemißt er sich nach der Natur des Geschäftes; entscheidend ist dabei, was zur Ausführung des Auftrags nötig ist. Der Inhalt des Bankauftrags beschränkt sich auf die Führung von Depot und Konto des Kunden, allenfalls auf die Anlage von Geld und die Vermögensverwaltung; sicherlich kein Vertragsbestandteil ist die Wahrnehmung rechtlicher Interessen. Eine Pflicht der Bank, Rechtsmittel zu ergreifen, lehnen wir entschieden ab. Sehr zurückhaltend äußert sich denn auch AUBERT[644]; er erachtet es als tunlich, daß der als Zeuge angerufene Bankier den Kunden darüber informiert und den Untersuchungsrichter auf die Verletzung der Geheimsphäre aufmerksam macht – mehr nicht.

Dennoch kommt es dazu, daß eine Bank ein Rechtsmittel einlegt. Nach unseren Feststellungen tritt dieser Fall gewöhnlich unter zwei Voraussetzungen ein: Der Kunde selber ist nicht in der Lage, selbst rechtzeitig den Rechtsweg zu beschreiten, und die Bank gelangt auf Grund ihrer Kenntnis und Beurteilung des Sachverhalts, die sich aus dem Kundendossier und den Rechtshilfeunterlagen ergibt, zur Ansicht, der Geheimbereich des Kunden und damit das Bankgeheimnis würden zu Unrecht verletzt. Daß die Intervention der Bank auch im vermuteten Interesse des Kunden geschieht, liegt auf der Hand, doch sollte unseres Erachtens dieser Umstand durchaus eine sekundäre Rolle spielen. Vorrangig muß das Interesse der Bank selbst daran sein, daß das Bankgeheimnis – wie erwähnt eine Einrichtung von nationalem Interesse[645] – nicht ohne Not durchlöchert wird. Der Wunsch des Kunden, die Bank solle sich an seiner Stelle in die Bresche schlagen, sollte daher kein Grund sein, daß eine Bank ein Rechtsmittel einlegt.

Die Anzahl der Fälle, in denen eine Bank einem Rechtshilfegesuch opponiert, dürfte deshalb gering sein. Allerdings ist zuzugeben, daß bei Ersuchen nach USV oft vorsorglich Einsprache erhoben wird, lediglich um die Möglichkeit zu schaffen, mit dem Kunden in Verbindung zu treten. Das BAP hat dieser Haltung bisher Verständnis entgegengebracht, obwohl es in der Anset-

[643] BGE 94 II 169, 101 II 123 E. 1; AUBERT, ZStR 1971, S. 114.
[644] AUBERT, ZStR 1971, S. 124, 133f.
[645] Vorne 3.8.4.2.

zung der angemessenen Frist zur Begründung der Einsprache (Art. 16 Abs. 3 USG) durchaus nicht großzügig zu sein pflegt.

Nach unseren Wahrnehmungen hat sich ergeben, daß in der Regel ein Rechtsmittel durch eine Bank nur eingelegt wird, wenn die Geheimsphäre eines nicht beteiligten Dritten berührt wird, dagegen kaum, wenn Auskunft über den Beschuldigten selbst verlangt wird.

3.10. Kritische Bemerkungen

Es ist unseres Erachtens nicht unproblematisch, daß mit der Erledigung der Rechtshilfeersuchen, in Ermangelung einer eigens dafür geschaffenen Verwaltungsbehörde, die kantonalen Untersuchungsrichter betraut werden. Zwei Beispiele aus der Erfahrung des Verfassers sollen dieses unfreundliche Urteil erhellen.

Beispiel 1[646]

In einem amerikanischen Rechtshilfegesuch wurde von der SKA Auskunft verlangt über den nicht in den USA domizilierten, nicht amerikanischen Staatsbürger NN, der im amerikanischen Strafverfahren nicht unter den Beschuldigten erschien. Auf die entsprechende Verfügung der Bezirksanwaltschaft Zürich (BAZ) hin wies die SKA formlos auf diese Umstände hin, die ihrer Meinung nach gegen eine Auskunfterteilung sprachen. Gleichzeitig rekurrierte NN an die Staatsanwaltschaft Zürich (StAZ), weil ihn die Verfügung der BAZ um die Einsprachemöglichkeit nach Art. 16 USG gebracht habe; er erhob auch Einsprache beim BAP. Die StAZ gewährte dem Rekurs aufschiebende Wirkung. Das BAP forderte aber die BAZ auf, die Erhebungen vorzunehmen; man werde die Ergebnisse vorläufig in Bern zurückhalten (Art. 16 Abs. 4 USG). Mit dem Hinweis auf den hängigen Rekurs weigerte sich die BAZ, dem Folge zu leisten.

Eine Überraschung brachte der Rekursentscheid der StAZ. Das Schreiben der SKA an die BAZ wurde als Einsprache an das BAP gewertet und das Rekursverfahren bis zu deren Erledigung eingestellt.

Geraume Zeit später wies die StAZ die BAZ an, die Erhebungen nun durchzuführen. Gegen die entsprechende Verfügung der BAZ opponierte NN bei der StAZ mit dem Hinweis darauf, daß sein Rekurs an die StAZ noch nicht behandelt sei. Hierauf verfügten StAZ und in ihrem Gefolge BAZ, die Erledigung des Rechtshilfegesuches werde zurückgestellt. An diesem Zustand hat sich seit dem 15. April 1978 nichts geändert. Nach privaten Mitteilungen soll das Interesse der amerikanischen Untersuchungsbehörde an der Auskunft längst erloschen sein.

Beispiel 2

Am 21. Juli 1975 übermittelte der waadtländische Juge d'Instruction (Juge) der SKA auszugsweise ein Rechtshilfegesuch, in welchem von einem Verfahren gegen NN in einem Staat die Rede war, mit dem kein Rechtshilfeabkommen besteht. NN hatte der Auskunfterteilung zugestimmt. Verlangt wurden dann aber

[646] Verfahrensnummern: BAP B 27889, BAZ 44/3029/76, später 4109/77.

tatsächlich Auskünfte über XY; sie wurden verweigert. Eine neuerliche formlose Aufforderung zur Auskunfterteilung lehnte die SKA ab mit dem Hinweis, daß mit dem betreffenden Staat kein Rechtshilfeabkommen bestehe und daß im Ersuchen von XY nicht gesprochen wurde.

Markant hierauf die Antwort des Juge:

«Il est possible qu'il n'existe pas de convention d'entraide judiciaire en matière pénale entre la Suisse et [le pays étranger]; mais cette hypothèse est sans pertinence. L'absence de convention empêcherait, le cas échéant, le pays étranger de requérir l'exécution d'une commission rogatoire; mais elle n'empêche nullement l'autorité suisse d'y donner suite librement. En l'espèce, il y a des raisons largement suffisantes pour me permettre d'agir dans ce sens».

Unter erneutem Hinweis darauf, daß mangels einer gesetzlichen Grundlage die Auskunft nicht erzwungen werden dürfe, lehnte die SKA ab. Nach nochmaliger Aufforderung durch den Juge und Ablehnung durch die SKA schritt der Juge ohne weiteres zu einer Hausdurchsuchung bei der SKA. Auf deren Drängen hin willigte XY «freiwillig» zur Auskunfterteilung ein.

Aus derartigen Vorkommnissen schließen wir zweierlei[647]: Einmal mangelt es den Vollzugsorganen an der erforderlichen Kenntnis der Grundlagen und der Verfahrensregeln der Rechtshilfe. Soweit das die schweizerischen Behörden betrifft, läßt es sich ändern; den Auftrag dazu erhält das BAP in Art. 3 Abs. 1 USG und Art. 12 Abs. 1 IRSG[647a]. Schwieriger dürften erzieherische Maßnahmen gegenüber den ersuchenden Behörden sein. Soweit diese sich nicht an die staatsvertraglichen Abmachungen halten und, wie das vor allem deutsche Behörden ab und zu tun, sich direkt an schweizerische Auskunftsstellen wenden[648], ist es Sache des Adressaten, richtig zu reagieren[649]. Wenn es aber darum geht, daß den ausländischen Beamten die Vornahme der Untersuchungshandlungen überlassen wird, ist darauf zu achten, daß ein schweizerischer Beamter über die Einhaltung der Spielregeln wacht. Denn es ist nicht Sache der Betroffenen, das zu tun. Es leuchtet ein, daß es unter allen Aspekten sinnvoller ist, wenn etwa in einem komplizierten Tatbestand der Wirtschaftskriminalität der ausländische Untersuchungsrichter, der mit den Einzelheiten vertraut ist, den Ton angibt; aber das kann und darf nicht bedeuten, daß deswegen das innerschweizerische Rechtshilferecht einfach überspielt wird. Die Vornahme von Amtshandlungen durch ausländische Beamte ist unseres Erachtens nicht pri-

[647] Wir sind in der Lage, weitere, allerdings weniger krasse Beispiele zu nennen und fürchten den Vorwurf, es werde in undifferenzierter Weise verallgemeinert, nicht.

[647a] Vgl. vorne Anm. 314.

[648] Sei es mit einer höflichen Bitte, sei es mit einer Verfügung.

[649] Die SKA ist dazu übergegangen, solche Vorkommnisse dem BAP zu melden.

mär ein Souveränitätsproblem; viel wesentlicher scheint uns, daß dabei die Rechte der Betroffenen nach schweizerischen Vorstellungen gewahrt werden.

Das führt uns zum zweiten Schluß, den wir aus den Beispielen ziehen: Die schweizerischen Strafbehörden verkennen oft, daß in der Rechtshilfe ihre Aufgabe eine andere ist, als wenn sie selbst eine Untersuchung führen. Immer wieder glauben wir die Bereitschaft feststellen zu können, dem ausländischen Kollegen zum Erfolg zu verhelfen, selbst wenn das auf Kosten elementarer Verfahrensvorschriften geschieht. Beim Vollzug von Rechtshilfehandlungen muß aber der schweizerische Beamte seinen Jägerinstinkt unterdrücken und in die Rolle eines neutralen Vollzugshelfers schlüpfen, der in ganz besonderem Maße darauf achten muß, daß den Anforderungen des schweizerischen Rechts nachgelebt wird, die ja dem ausländischen Kollegen verständlicherweise nicht vertraut sind und oft sogar merkwürdig erscheinen mögen.

Aus dieser Überzeugung heraus bedauern wir die Haltung zutiefst, welche das Bundesgericht in jüngster Zeit eingenommen hat und die vor allem in BGE 103 Ia 206 zum Ausdruck kommt. Hier häuften sich die Verfahrensfehler in geradezu beängstigendem Maße: Das deutsche Rechtshilfegesuch entsprach den Voraussetzungen des EÜR nicht[650], und der Verdacht einer unzulässigen Beweisausforschung (fishing expedition) war nicht von der Hand zu weisen[651]; trotzdem wurde bei Banken[652] eine Hausdurchsuchung und Beschlagnahme durchgeführt, und zwar durch deutsche Kriminalbeamte, die dazu keine Bewilligung hatten[653]. All das sanktionierte aber das Bundesgericht, wobei der Satz ins Auge sticht: «Die internationale polizeiliche Zusammenarbeit darf nicht durch unnötige formale Erschwerungen behindert werden»[654]. Wenn unser höchstes Gericht die Einhaltung vertraglich vereinbarter formeller Erfordernisse als unnötige formale Erschwerungen bezeichnet, so ist dies ein Grund zu großer Beunruhigung[655]. Wenn Rechtshilfe mit Rechtsverwilderung verbunden ist, so liegt das in niemandes Interesse.

[650] S. 211f. E. 6.
[651] S. 210f. E. 5 und 6.
[652] Daß es sich um Banken handelte, ist Pra 1977 Nr. 166, S. 407, zu entnehmen.
[653] S. 214f. E. 9.
[654] S. 213 E. 7. Der Entscheid 103 Ia 206 wurde bestätigt im nicht publ. BGE vom 7. 12. 1979 i. S. X gegen Kanton TI, S. 11 E. 3a.
[655] Ganz nebenbei: Was würden die Organe der Société des éditions modernes, industrielles et sportives (BGE 104 Ia 4) oder Franz Styger-Iten (BGE 105 Ib

Jedoch dürfen wir dieses Kapitel nicht in diesem düsteren Ton abschließen. Was uns zu etwelchem Optimismus für die Zukunft bewegt, ist das vorzügliche Instrument der Einsprache und die ebenso vorzügliche Art und Weise, wie das BAP dieses Instrument in aller Regel handhabt. Wir erinnern an das Zitat aus BBl 1976 II, S. 458[656], daß im Einspracheverfahren der Fall formlos mit der Behörde diskutiert und eine gütliche Einigung angestrebt werden soll. Wir singen hier recht enthusiastisch das Lob unseres Korreferenten: Unsere Erfahrungen haben gezeigt, daß das BAP zu dieser Diskussion und zu vermittelnden Lösungen bereit ist und daß es nicht als Obrigkeit auftritt, sondern als Gesprächspartner. Dabei gestattet ihm sein beträchtlicher Erfahrungsreichtum, berechtigten Einwänden in realistischer Weise Rechnung zu tragen. So verstanden ist Rechtshilfe eine Einrichtung, die man vorbehaltlos bejahen kann[657].

221), die über formelle Voraussetzungen stolperten und damit den Anspruch auf rechtliches Gehör vergaben, zu dieser Argumentation sagen? Im erstgenannten Entscheid wird von einer Formvorschrift gesagt, daß sie «n'a pas été adoptée sans de sérieux motifs» (S. 5 E. 3). Gilt diese Überlegung in der Rechtshilfe nicht?

[656] Vorne 3.9.5. am Anfang.

[657] Zur Illustration diene ein amerikanisches Rechtshilfebegehren (Verfahrensnummer beim BAP: B 36185). Die Schilderung des Tatbestandes ergab, daß sich der amerikanische Untersuchungsrichter ganz präzis für zwei bestimmte Banktransaktionen interessierte. Dennoch wurden von der SKA sämtliche Unterlagen über das Konto von X und allfällige weitere Konten, an denen X beteiligt sei, verlangt; eindeutig ein unverhältnismäßiges Begehren. Die SKA erhob Einsprache i. S. von Art. 16 USG. Nach einer Besprechung mit dem BAP wurde die Einsprache formlos in dem Sinne erledigt, daß das Begehren auf das sachdienliche Maß reduziert wurde; darüber informierte das BAP die BAZ. Ein Vertreter der SKA wurde von der BAZ einvernommen und gab an, daß die nicht herausgegebenen Unterlagen nichts mit dem Tatbestand des Rechtshilfebegehrens zu tun haben. Damit hatte es sein Bewenden.

2. Teil

Die internationale Rechtshilfe in Verwaltungssachen

4.1. Einleitung

Es ist bekannt, daß die Doppelbesteuerungsabkommen Bestimmungen über die Rechtshilfe enthalten[658]; darauf werden wir wegen der Besonderheit der Materie nicht eingehen. Aber abgesehen davon: Gibt es das überhaupt, Rechtshilfe in Verwaltungssachen?

Nein, sagt KLAUSER[659]; andere Autoren sind vorsichtiger und deuten an, daß zumindest mit der Möglichkeit zu rechnen ist[660].

Gerichtsentscheide und Literatur wird man aber fast vergeblich suchen[661]. Einige gesetzliche Ansätze sind feststellbar (4.2.); auch lassen sich Tatbestände zusammentragen, in denen in der Praxis Rechtshilfe geleistet wurde.

Wir stützen uns auf wenig, aber interessantes Material[662], das wir vorerst vor dem Leser ausbreiten (4.3.) und anschließend kommentieren (4.4.). Das geschieht in der Gewißheit, daß von einer auch nur annähernd vollständigen Erfassung des Materials bestimmt keine Rede sein kann und daß wir nur einen hilflosen ersten Schritt in unerforschtes Neuland tun.

4.2. Hinweise in EÜR, USV und IRSG

Art. 1 Abs. 3 USV sieht die Möglichkeit der Vereinbarung von Rechtshilfe in ergänzenden Verwaltungsverfahren über Maßnah-

[658] Vgl. dazu die Hinweise bei AUBERT/KERNEN/SCHÖNLE, S. 349ff., HÖHN, S. 51ff., KLAUSER, S. 42f.

[659] KLAUSER, S. 43; er nennt aber sogleich als Ausnahme den Fall Lockheed, vgl. 4.3.6.

[660] VEB 1957, S. 13 E. 1; FREYMOND, S. 63, aber auch KLAUSER, S. 56f.

[661] Als kuriose Ausnahme nennen wir den Fall der Rechtshilfe im Konkurs nach Art. 6 des Gerichtsstandsvertrages mit Frankreich vom 15.6.1869 (SR 0.276.193.491) in BGE 94 III 94ff. E. 6ff.

[662] An dieser Stelle danken wir jenen Ämtern, Firmen und Kollegen, die uns mit Hinweisen sehr geholfen haben.

men vor, die gegen einen Täter ergriffen werden können. Eine solche Vereinbarung ist bisher nicht abgeschlossen worden.

Ähnlich spricht Art. 59 Abs. 3 lit. b IRSG von der Rechtshilfeleistung bei Verwaltungsmaßnahmen gegen einen Straftäter; zu denken ist nur an Verwaltungsverfahren, «die mit einem Strafverfahren in enger Beziehung stehen oder Folge einer strafrechtlichen Verurteilung sind»[663]. Nach Art. 59 Abs. 4 IRSG kann auch dem Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte in bestimmten Fällen Rechtshilfe gewährt werden[664].

Die Zusatzverträge zum EÜR mit Deutschland und Österreich sehen in Art. I eine inhaltlich ähnliche Regelung vor wie Art. 59 Abs. 3 IRSG[665].

Im wesentlichen geht es also bei diesen Tatbeständen lediglich darum, daß in ergänzenden Verwaltungsverfahren Rechtshilfe geleistet wird. Von einer eigentlichen Rechtshilfe in Verwaltungssachen kann man daher nicht reden.

4.3. Kasuistik

4.3.1. Der Antidumping-Kodex des Allgemeinen Zoll- und Handelsabkommens (GATT)[666]

Nach Art. 2 Abs. 1 des Antidumping-Kodex liegt Dumping vor, wenn der Ausfuhrpreis einer Ware niedriger ist als der Preis, zu dem sie im Exportland verkauft wird. Wenn ein Antidumping-Untersuchungsverfahren eingeleitet wird, so kann der Exporteur alle ihm zweckdienlich scheinenden Beweismittel vorlegen (Art. 6 Abs. 1), die dem Antragsteller (in der Regel der betroffene Wirtschaftszweig des Importlandes, Art. 5 Abs. 1 und Art. 4) und weiteren interessierten Stellen zur Einsicht offenstehen (Art. 6 Abs. 2). Sodann bestimmt Art. 6 Abs. 5:

[663] BBl 1976 II, S. 482.

[664] Art. 59 Abs. 4 IRSG in der geänderten Fassung der Räte; vgl. BBl 1976 II, S. 463f. In der Fassung der Räte stellt aber Art. 1 Abs. 2 IRSG klar, daß das IRSG nur auf Strafsachen anwendbar ist, in denen der Richter angerufen werden kann.

[665] Dies ist jedenfalls die Meinung der Botschaft zum IRSG (BBl 1976 II, S. 482f.); dem Wortlaut nach wäre nach dem Zusatzvertrag mit Österreich Rechtshilfe auch allgemein in Verwaltungsstrafsachen zu leisten. Vgl. im übrigen BBl 1966 I, S. 474: «In Verwaltungsstrafverfahren besteht ... keine Rechtshilfepflicht, solange der Betroffene nicht den Richter angerufen hat».

[666] AS 1979, S. 2340 (systematische Einreihung: RS 0.632.231.2).

Zur Nachprüfung oder Ergänzung der erhaltenen Angaben können die Behörden erforderlichenfalls in anderen Ländern Untersuchungen anstellen, vorausgesetzt, daß sie die Zustimmung der betroffenen Unternehmen erhalten, die Vertreter der Regierung des betroffenen Landes offiziell unterrichten und diese keine Einwendungen gegen die Untersuchung erheben.

Hinsichtlich der Vereinbarkeit dieses Verfahrens mit Art. 271 StGB heißt es in der Botschaft:

Um das Funktionieren der Übereinkommen sicherzustellen, sehen diese vor, daß teilweise die Vertragsstaaten und im Streitschlichtungsverfahren durchwegs die Sondergruppen Informationen direkt bei Privaten anfordern können. Das Exportland hat entsprechende Amtshandlungen der Sondergruppen nach bloßer vorheriger Ankündigung durch diese hinzunehmen, während gegen Ermittlungen ausländischer Staaten eine Einsprachemöglichkeit besteht. Soweit eine solche Möglichkeit nicht gegeben ist, ersetzen die Übereinkommen die Bewilligung, die in Art. 271 StGB für die betreffenden Amtshandlungen auf schweizerischem Territorium vorgesehen ist. Die generelle Bewilligung erscheint dabei insofern als unbedenklich, als die Privaten keine Auskunftspflicht trifft, die Informationen also auf freiwilliger Basis gegeben werden. Im Falle der Informationsverweigerung dürfen keine Zwangsmittel eingesetzt werden[667].

Vertrauliche Auskünfte dürfen an sich nur mit ausdrücklicher Genehmigung des Informanten preisgegeben werden (Art. 6 Abs. 5).

4.3.2. Die Plant Inspection[668]

In vielen Staaten untersteht die Fabrikation von Heilmitteln einer staatlichen Kontrolle. Wenn nun etwa Bestandteile eines pharmazeutischen Produktes in der Schweiz hergestellt und in einem ausländischen Betrieb zum gebrauchsfähigen Medikament verarbeitet werden, hat die ausländische Heilmittelkontrolle ein Interesse daran, die Fabrikation in der Schweiz daraufhin zu kontrollieren, ob sie ihren Anforderungen entspricht. Der schweizerische Produzent wird sich einer solchen Kontrolle nicht abgeneigt zeigen, ist sie doch Voraussetzung für die Herstellung des kommerziell verwertbaren Endprodukts.

Eine derartige Kontrolle stellt aber die Vornahme einer Amtshandlung für einen fremden Staat dar, welche nach Art. 271 StGB verboten ist, es sei denn, es liege eine Bewilligung vor. Zuständig für die Erteilung der Bewilligung ist der Bundesrat, der nach Art. 102 Ziff. 8 BV die Schweiz nach außen vertritt. Nach dem Grundsatz der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung darf

[667] BBl 1979 III, S. 88 Ziff. 522.3.
[668] Vgl. FLEINER, S. 48.

er eine Bewilligung nur erteilen, wenn ihn ein Gesetz oder ein Staatsvertrag dazu ermächtigt. Eine solche Grundlage fehlt aber.

In einem Übereinkommen zur gegenseitigen Anerkennung von Inspektionen betreffend die Herstellung pharmazeutischer Produkte[669], dem außer der Schweiz weitere 10 europäische Staaten beigetreten sind[670], wird ein anderer Weg beschritten. «Aus grundsätzlichen und praktischen Gründen ist die Schweiz an einem System interessiert, das Fabrikinspektionen durch ausländische Beauftragte ausschließt. Unser Land hat sich prinzipiell stets jeder Tätigkeit ausländischer Beamten auf seinem Territorium widersetzt»[671]. In diesem Sinne bestimmt Art. 7, daß «die entsprechend den Bestimmungen dieses Übereinkommens von der zuständigen Behörde des herstellenden Vertragsstaates durchgeführten Inspektionen als ihren eigenen nationalen Inspektionen gleichwertig» anerkannt werden. Die Geheimhaltung der Forschung und des know-how ist in Art. 2 Abs. 2 und in Art. 4 sichergestellt.

Interessant ist Art. 8: Vertreter der zuständigen Behörden sollen sich regelmäßig zu Konsultationen treffen, um Empfehlungen und Vorschläge für Regeln einer sachgemäßen Herstellung vorzulegen und um Erfahrungen auszutauschen. Nach Art. 5 besteht eine Warnpflicht, wenn sich ein pharmazeutisches Produkt als ernsthaft gefährlich für die Öffentlichkeit erweist.

4.3.3. Die Zusammenarbeit der Bankenaufsichtsbehörden[672]

Eine große Anzahl von Banken unterhält ein Netz von Filialen und Tochtergesellschaften, das sich über die verschiedensten Länder und Kontinente erstreckt. Eine territorial begrenzte Bankenaufsicht erwies sich als unzureichend im Domizilland des Mutterhauses, aber auch in den Ländern, wo Zweigniederlassungen bestehen. Das Bedürfnis nach internationaler Zusammenarbeit zwischen den Aufsichtsbehörden wurde gefördert durch Zusammenbrüche international tätiger Banken. Unter der Schirmherrschaft der Bank für Internationalen Zahlungsausgleich wurde ein Komitee für Bankengesetzgebung und -überwachung geschaffen, in welchem neben verschiedenen europäischen Län-

[669] AS 1973, S. 755 (systematische Einreihung: RS 0.812.101).
[670] AS 1973, S. 768 und 1976, S. 1496.
[671] Botschaft zum Übereinkommen, BBl 1970 II, S. 1219.
[672] Zum Nachstehenden MÜLLER, S. 2f., sowie die Jahresberichte der EBK 1976, S. 15, 1977, S. 20f., 1978, S. 21f., 1979, S. 30f.

dern auch Japan und die USA vertreten sind. «Seine Hauptaufgabe ist es, aufsichtsrechtliche Probleme von allgemeinem Interesse zu behandeln, Anregungen für die Gesetzgebung zu geben und den Rahmen für eine formlose Zusammenarbeit zu bieten»[673].

Der am 1. Oktober 1979 in Kraft getretene englische Banking Act 1979 sieht in Art. 3 Abs. 5 vor, daß sich die Bank of England (als Aufsichtsbehörde) hinsichtlich der Überwachung des ausländischen Mutterhauses einer in England tätigen Bankniederlassung damit begnügen kann, daß

(a) the relevant supervisory anthorities inform the Bank that they are satisfied with respect to the management of the institution and its overall financial soundness; and
(b) the Bank is satisfied as to the nature and scope of the supervision exercised by those authorities.

Mit Zustimmung der betroffenen Schweizerbanken gab die EBK der Bank of England Ende 1979 eine entsprechende Bestätigung ab und verpflichtete sich, der Bank of England gravierende Vorfälle zu rapportieren, die ein Verfahren zum Entzug der Bankbewilligung zur Folge haben könnten. Zweifellos ein sehr sinnvolles Beispiel internationaler Zusammenarbeit[674].

Einem Schreiben der EBK vom 11. November 1980 an den Berichterstatter entnehmen wir folgende Beurteilung der zukünftigen Entwicklung:

International zeichnet sich der eindeutige Trend ab, die eigene Aufsichtsbehörde gesetzlich zu ermächtigen, den Aufsichtsbehörden anderer Länder für diese bedeutsame Informationen vertraulicher Art spontan oder auf Anfrage hin mitzuteilen. Wegleitend für diese Entwicklung sind in den Ländern der EWG Art. 7 Abs. 1 und Art. 12 Abs. 2 und 3 der ersten Richtlinie des EG-Rates vom 12. Dezember 1977 zur Koordinierung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften über die Aufnahme und Ausübung der Geschäftstätigkeit der Kreditinstitute.

Ob sich das amerikanische Federal Reserve Board ebenfalls entschließen wird, sich dieser Haltung anzuschließen, bleibt abzuwarten. Es hatte Ende 1979 die gesamte außeramerikanische Bankenwelt mit dem Entwurf zu einer Regulation Y-7 vor den Kopf gestoßen, nach welcher das Stammhaus jeder in den USA niedergelassenen Bank dem Federal Reserve Board in vollem Umfang über ihre gesamte Geschäftstätigkeit berichterstattungspflichtig geworden wäre, wobei die amerikanische Konsolidie-

[673] MÜLLER, S. 3 Spalte 1.
[674] Eine ähnliche Haltung dokumentiert die EBK ihrerseits in einem in ihrem Bulletin Nr. 6 (Juli 1980) auf S. 18ff. wiedergegebenen Fall.

rungs- und Buchhaltungsvorstellungen maßgebend gewesen wären. Der Entwurf wird zur Zeit überarbeitet.

Eine ähnliche Zusammenarbeit der Aufsichtsbehörden besteht bei den Anlagefonds[675].

4.3.4. Rechtshilfe an die amerikanische Securities and Exchange Commission

In einem vermutlich allerdings singulären Fall kam es zu einer Zusammenarbeit zwischen EBK und SEC[676]. Ein Amerikaner hatte in der Schweiz und im Fürstentum Liechtenstein verschiedene Gesellschaften errichtet, welche einem ausschließlich amerikanischen Publikum Anlagemöglichkeiten anboten, die nach Auffassung der SEC die amerikanische Börsen- und Wertpapiergesetzgebung verletzten. Die Gesellschaften der sogenannten Progress-Gruppe wurden von der Schweiz aus geführt und hielten die von ihnen verwalteten Vermögen in der Schweiz, zur Hauptsache bei der SKA. Damit waren sie dem direkten Zugriff der SEC entzogen. Diese, als Börsenaufsichtsbehörde eine Verwaltungsinstanz[677], erwirkte in den USA einen gegen die SKA als Verwahrerin des Progreß-Vermögens gerichteten Befehl, wonach dieses Vermögen im Wert von ca. US$ 125 Mio. in die USA zu verbringen war. Für den Fall des Ungehorsams drohten drakonische Maßnahmen gegen die New Yorker Filiale der SKA.

Die Progreß-Gruppe erwirkte ihrerseits in der Schweiz ein richterliches Verbot gegen die SKA, die Vermögenswerte auszuliefern.

In dieser ausweglosen Lage wandte sich die SKA an den Bund. Der Bundesrat ermächtigte das EFZD, die Konten der Progreß-Gruppe (ebenfalls) zu sperren. Es wurden Kontakte mit der SEC

[675] Jahresbericht der EBK 1979, S. 35.

[676] Der Tatbestand wird im folgenden sehr vereinfacht und gekürzt wiedergegeben. Insbesondere wird der faustrechtliche Aspekt des amerikanischen Verfahrens nicht behandelt, obschon er eine ganz wesentliche Rolle spielte. Dazu vgl. MEYER, S. 75 ff.; vgl. Anm. 483 oben; zur Zuständigkeitsfrage auch TERCIER, S. 342 f.

[677] WICKI, S. 343. Die SEC kann administrative Verfahren nur einleiten gegen Personen und Firmen, die bei ihr als broker-dealers, investment advisers usw. registriert sind; Securities Exchange Act sec. 21 (a) – (c). Bei anderen Personen muß sie sich an die amerikanischen Bundesgerichte wenden und diese veranlassen, Befehle (injunctions) zu erlassen; SEA sec. 21 (d). Dazu in konziser Form DAVID L. RATNER, Securities Regulation in a Nutshell (St. Paul, Minn., West Publishing Co. 1978), S. 223 ff.

aufgenommen, die nach sehr intensiven Verhandlungen zu folgendem Ergebnis führten[678]:

Als zuständig, um in dieser internationalen Angelegenheit tätig zu werden, betrachtete sich die EBK, und die Progreß-Gruppe anerkannte diese Zuständigkeit[679]. Die EBK verfügte die Verteilung der Aktiven an die Anleger, und zwar «auf eine von der EBK zu bestimmende und die SEC zufriedenstellende Art und Weise»[680, 681]. In der Folge wurde die Liquidation durchgeführt, indem die Organe der Stiftung jeweils der EBK Vorschläge über die Art der Verteilung unterbreiteten, welche die EBK mit der SEC abstimmte. Die SEC mußte zudem die Zustimmung des Richters einholen, welcher den ursprünglichen Befehl erlassen hatte.

4.3.5. Zustellung von Dokumenten auftrags der amerikanischen Commodity Futures Trading Commission

Die CFTC ist das administrativ unabhängige Pendant zur SEC für den Bereich der Warenbörsen. Im Herbst 1979 wandte sie sich an verschiedene Banken in der Schweiz mit der Feststellung, deren Warentermingeschäfte mit amerikanischen Vertragspartnern hätten einen Umfang erreicht, der eine Meldepflicht nach dem Commodity Exchange Act auslöse. Diesem Formularbrief waren gleich eine größere Anzahl Meldeformulare sowie eine Kopie des Commodity Exchange Act beigelegt.

Diese Sendung wurde den Zürcher Banken vom Zürcher Obergericht kommentarlos zugestellt. Beigelegt war ein Hinweis des BAP, der Adressat sei nach schweizerischem Recht nicht verpflichtet, die Dokumente entgegenzunehmen oder die ge-

[678] Die Fortsetzung des Verfahrens in den USA ist bei MEYER, S. 76, skizziert.

[679] Verfügungen der EBK vom 9.6.1976, Ingress. Worauf die Zuständigkeit der EBK genau beruhte, wurde unseres Wissens nicht präzisiert. In einer Verfügung, die das EDI als Stiftungsaufsichtsbehörde (an der Spitze der Progreß-Gruppe stand eine Stiftung) am 31.3.1976 erließ, heißt es:
«Verschiedene Geschäftstätigkeiten von Tochtergesellschaften der Progreß Stiftung haben die Aufmerksamkeit des EFZD, insbesondere der Bankenkommission auf sich gezogen. Durch den Abschluß eines Vergleichs zwischen der Progreß Foundation und der EBK können negative Auswirkungen auf die Progreß Foundation und ihre Tochtergesellschaften auf das mögliche Mindestmaß reduziert werden».

[680] Ziff. 1 der Verfügung der EBK vom 9.6.1976.

[681] Ein bemerkenswertes, aber nötiges Ergebnis der Verhandlungen war, daß das Bankgeheimnis gewahrt blieb; Ziff. 6–8 der Verfügung der EBK.

wünschten Auskünfte zu erteilen. Zu diesem Hinweis gelangte man aber erst, nachdem man dem Obergericht gegenüber den Empfang der Sendung quittiert und diese geöffnet hatte.

4.3.6. Der Fall Lockheed[681a]

Der Bundesrat gestattete einer niederländischen Untersuchungskommission, auf schweizerischem Gebiet Informationen einzuholen im Zusammenhang mit Vorwürfen an den holländischen Prinzgemahl, er habe sich bestechen lassen. Die Kommission durfte eine formlose Befragung von zwei Personen vornehmen; Zwangsmittel standen ihr nicht zu.

4.4. Bemerkungen

4.4.1. Gemeinsamkeiten

Die Beispiele haben verschiedene gemeinsame Züge; vor allem die ersten vier weisen große Ähnlichkeiten auf. Ihnen allen liegen komplexe internationale Sachverhalte zugrunde, die nach einer internationalen Regelung rufen. In den Fällen des Antidumpingverfahrens und der Plant Inspection liegen Staatsverträge vor; bei den Bankenaufsichtsbehörden hat sich eine entsprechende Zusammenarbeit auf formloser Basis eingespielt. Die Beispiele Progreß-Gruppe und Lockheed sind Einzelfälle, die sich einer verallgemeinernden Betrachtung entziehen; dagegen ist die Zustellung von Formularen durch die CFTC wieder ein Vorgang, der generell geregelt werden könnte.

4.4.2. Zulässigkeit der Rechtshilfe

Soweit die Rechtshilfeleistung nicht vertraglich verabredet ist[682], erfolgt sie freiwillig. In einem Schreiben vom 11. Februar 1964 stellte das EJPD fest[683], freiwillige Rechtshilfe sei nicht unzulässig, da kein ausdrückliches bundesrechtliches Verbot bestehe, und sie würde auch nicht gegen die schweizerische öffentliche Ordnung oder gegen völkerrechtlichen Brauch verstoßen.

[681a] Wir folgen der Darstellung von KLAUSER, S. 43.
[682] Vorne 4.3.1. und 4.3.2.
[683] Publ. in ZBl 1974, S. 260ff. Wir legen im folgenden einiges Gewicht auf dieses Schreiben, ohne indessen abgeklärt zu haben, ob es noch der heutigen Auffassung des EJPD entspricht.

Daher sei zu prüfen, «ob das im Gesuch geltend gemachte Interesse mit dem von der schweizerischen Rechtsordnung und der Praxis der schweizerischen Behörden in den zwischenstaatlichen Beziehungen eingenommenen Standpunkt in Einklang steht»[684].

4.4.3. Grundsätze der Rechtshilfe?

Weder die beiden Übereinkommen noch die übrigen Fälle lassen es zu, bereits Grundsätze feststellen zu wollen. Eine Anwendung der Grundsätze der Rechtshilfe in Strafsachen ist weder möglich noch angezeigt. Eine Ausnahme sehen wir beim Verhältnismäßigkeitsprinzip[685] und hinsichtlich der Beachtung des ordre public[686]. Außerdem hat das EJPD offenbar die Praxis, daß es Gegenrecht verlangt[687].

4.4.4. Verfahrensregeln?

Auch verfahrensmäßig tappen wir sehr im Dunkeln.

In Abweichung davon, was bei der Rechtshilfe in Strafsachen gilt[688], scheint das EJPD eine direkte Zuständigkeit der Kantone zur Verfahrensregelung anzunehmen[689]; ein Standpunkt, der sich unseres Erachtens nicht halten läßt. Das EJPD erachtet es als wünschenswert, aber nicht als zwingend, daß bei der Übermittlung von Ersuchen der diplomatische Weg eingehalten wird[689].

Kein Zweifel besteht, daß Zwangsmaßnahmen nicht zulässig sind[690]. Das Bankgeheimnis insbesondere bleibt im Verwaltungsverfahren gewahrt[691].

Diese Feststellung führt zur Frage, nach was für Rechtsnormen innerhalb der Schweiz das Ersuchen vollzogen wird. Es scheint uns einleuchtend, daß hier das VwVG zum Zuge kom-

[684] ZBl 1974, S. 261. Also eine Art Interessenabwägung.
[685] Vorne 2.5.
[686] Vorne 2.4.
[687] ZBl 1974, S. 261.
[688] Vorne 1.4.
[689] ZBl 1974, S. 261.
[690] Vgl. für den Antidumping-Kodex BBl 1979 III, S. 88; für das Übereinkommen zur gegenseitigen Anerkennung von Inspektionen ... Art. 4 Abs. 2 (sinngemäß).
[691] BBl 1970 I, S. 1163, BGE 96 I 746; AUBERT/KERNEN/SCHÖNLE, S. 108f. und 349 (Bund), S. 109ff. (Kantone), SCHWAGER, S. 97; vgl. Art. 16 Abs. 2 VwVG.

men sollte. Damit wäre auch die Grundlage für einen ausreichenden Rechtsschutz der Betroffenen geschaffen.

Ein vordringliches Anliegen war in allen Fällen die Beachtung von Art. 271 StGB. Die Lösung, die das Übereinkommen im Pharmazeutikabereich vorsieht, ist vorbildlich und dürfte sich als Modell für die Kontrolle international tätiger Unternehmen allgemein empfehlen; die Bankenaufsichtsbehörden haben denn auch denselben Weg eingeschlagen.

Überraschend wenig Gewicht hat man dagegen Art. 273 StGB beigemessen[692]. Das EJPD hielt dafür, «daß es in erster Linie Sache des Zeugen ist, sich darüber klar zu werden, inwieweit er dem ausländischen Gericht über die Gegenstand der Vernehmung bildenden Umstände Auskunft geben darf und will»; es empfiehlt der vollziehenden Behörde, den Zeugen allenfalls auf dieses Problem aufmerksam zu machen[693]. Das Übereinkommen im Pharmazeutikabereich und die Abmachungen der Bankenaufsichtsbehörden umgehen die Klippe, indem sie nur in ganz gravierenden Fällen Warnungen vorsehen, die in guten Treuen nicht als Preisgabe von Wirtschaftsgeheimnissen bezeichnet werden können. Im Fall der Progreß-Gruppe konnte die Wahrung des Bankgeheimnisses erhandelt werden[694]. Unbefriedigend dagegen die Lage in den Fällen Antidumping-Kodex, CFTC und Lockheed. Die Auskunftsbegehren der CFTC erstreckten sich auch auf Angaben, die nach heutiger Rechtslage als Geschäftsgeheimnisse zu qualifizieren wären. Das gleiche gilt wohl auch im Falle Lockheed, wenn man sich auf die vorliegende spärliche Information stützen darf. Die Botschaft zum Antidumping-Kodex bemerkt nur:

> Betreffen die Informationen Wirtschaftsgeheimnisse, über die der angefragte Private nicht als alleiniger Geheimnisherr frei verfügen kann, so hat der Informant die schweizerischen Geheimnisschutzbestimmungen zu beachten. Insbesondere hat er vor Erteilung der Auskunft die Zustimmung der übrigen Geheimnisherren einzuholen. Verweigert der Angefragte die Auskunft, nimmt er in Kauf, daß die Angelegenheit aufgrund unvollständiger Akten beurteilt wird[695].

Die Lage nach diesem Abkommen ist ziemlich zwielichtig.

[692] Vorne 3.8.4.2.
[693] ZBl 1974, S. 261f.
[694] Vorne Anm. 681.
[695] BBl 1979 III, S. 89.

4.4.5. Zur Zustellung von Dokumenten im Auftrag ausländischer Verwaltungsbehörden im besonderen

Der Fall CFTC gibt zu einer grundsätzlichen Bemerkung Anlaß.

Im Rechtshilferecht wird der Zustellung von Urkunden große Aufmerksamkeit gewidmet, und zwar im Zivil-[696] wie im Strafverfahren. Eine nach Art. 7 EÜR vorgenommene Vorladung hat «stets nur den Charakter einer formlosen Einladung»[697]. Art. 12 Abs. 2 EÜR stipuliert Schutzbestimmungen zugunsten dessen, der einer Vorladung Folge geleistet hat. Die gleiche Lage finden wir im USV vor. Bemerkenswert ist vor allem Art. 24 Abs. 3 USV, wonach die Zustellung einer Verfahrensurkunde an einen Nicht-Amerikaner keine Gerichtsbarkeit in den USA begründet; überhaupt sind Sanktionen für den Fall, daß einer Vorladung nicht Folge geleistet wird, nicht zulässig (Art. 24 Abs. 1 USV). Auch Art. 66 IRSG sieht den Schutz des Empfängers einer Vorladung vor.

Daher berührt es merkwürdig, wenn Verfügungen ausländischer Verwaltungsbehörden schlicht und einfach zugestellt werden. Gerade für amerikanische Verfahren wird damit die Lage des Adressaten präjudiziert, weil mit dem Nachweis der Zustellung eine Voraussetzung der Zuständigkeit der amerikanischen Instanz erfüllt wird[698]. Daher wäre hier größere Zurückhaltung oder die Anbringung von Vorbehalten gegenüber der ersuchenden Behörde angebracht[699].

4.4.6. Bedürfnis nach einer Kodifikation?

Es ist verständlich, wenn KLAUSER «eine an Opportunitätserwägungen orientierte ‹Fall-zu-Fall›-Politik» bedauert und Richtlinien verlangt[700]. Die Frage ist nur, ob die Erfahrungen dazu

[696] Haager Übereinkunft betreffend Zivilprozeßrecht vom 17.7.1905 (SR 0.274.11); vgl. Art. 11 Abs. 2 Ziff. 3.

[697] BBl 1966 I, S. 484.

[698] Die Zustellung der Vorladung ist eines der Elemente des von der amerikanischen Verfassung gewährleisteten «due process of law».

[699] Die direkte Zustellung von Vorladungen und amtlichen Mitteilungen oder Verfügungen an den Adressaten ist eine häufige Erscheinung. Am 6.1.1981 verlangte das Department of the Treasury von der SKA unter Hinweis auf eine federal regulation Auskünfte über die SKA-Niederlassung in Atlanta. Der betreffende Beamte würde verständnislos den Kopf schütteln, wenn man ihm bedeuten würde, er habe eine unzulässige Amtshandlung vorgenommen.

[700] KLAUSER, S. 56f.

schon ausreichend vorhanden sind. Wir bezweifeln das. Aussichtsreicher scheint uns, wenn einerseits der im Bereich der pharmazeutischen Industrie begangene und in der Bankenaufsicht angebahnte Weg der zwischenstaatlichen Abmachungen beschritten und daß andererseits dort, wo das Bedürfnis der Überwachung internationaler Geschäftstätigkeiten im Hintergrund steht, eine sich am VwVG orientierende Praxis entwickelt wird.

Im übrigen scheinen uns Beispiele wie das der Progreß-Gruppe zu beweisen, daß es von großer Bedeutung sein kann, wenn den Verwaltungsbehörden Flexibilität zugestanden wird, die es ihnen erlaubt, auch in außergewöhnlichen Situationen tätig zu werden. Vorausgesetzt werden muß dabei immer, daß der Rechtsschutz der Betroffenen gewahrt bleibt.

Dr. Werner de Capitani
Schweizerische Kreditanstalt
8021 Zürich