

Grenzen des Rechtsschutzes bei der akzessorischen Rechtshilfe in der Schweiz

Theorie vs. Realität

Von RA Dr. iur. Dr. rer. pol. Fabian Teichmann, LL.M. (London), St. Gallen,
RAin PD Dr. iur. Madeleine Camprubi, Zürich*

Zur Förderung der Rechtshilfe sieht die Schweiz seit Ende der 1990er Jahre vor, dass Verfügungen, mit welchen Zwangsmaßnahmen der Rechtshilfe angeordnet werden, grundsätzlich erst am Schluss des Verfahrens, kurz bevor die Beweismittel oder Vermögenswerte an das Ausland übermittelt bzw. transferiert werden, gerichtlich überprüft werden können. Unter Vorbehalt offensichtlicher Mängel werden die Rechtshilfesuche ansonsten zunächst ausgeführt, was dem Vertrauensprinzip entspricht und in der Theorie den Grundrechten der Betroffenen genügen sollte, weil der ersuchende Staat die gerichtliche Überprüfung der Rechtmäßigkeit der beantragten Zwangsmaßnahmen gewähren sollte. Die Autoren zeigen auf, dass dieses an sich vertretbare Konzept infolge verschiedener praktischer Ausführungsgegebenheiten in der Realität jedoch nicht ohne Weiteres aufgeht. Das Risiko, dass Rechtshilfesuchen in der Schweiz trotz gravierender Fehler zunächst entsprochen wird und Zwangsmaßnahmen jahrelang aufrechterhalten bleiben, ist als hoch einzustufen, sodass sich die geltende restriktive Rechtsschutzpraxis zu Beginn des Verfahrens nicht rechtfertigt.

I. Tragweite der akzessorischen Rechtshilfe für die Betroffenen

Die akzessorische oder „andere“ Rechtshilfe gemäß dem dritten Teil des Bundesgesetzes über die internationale Rechtshilfe (schwIRSG)¹ umfasst Auskünfte, Prozesshandlungen und andere Amtshandlungen zur Unterstützung der Rechtspflege des ersuchenden Staates in der Schweiz und zur Verwendung in einem bestimmten strafrechtlichen Verfahren im Ausland. Dazu gehören namentlich die Beweiserhebung, insbesondere die Beschlagnahme, die Einvernahme von Personen, die Übermittlung von Schriftstücken, Gegenständen oder der Transfer von Vermögenswerten zur Einziehung oder zur Rückerstattung an den Berechtigten.² Anwendbar ist nach Schweizer Lehre und Praxis im Vordergrund das Verwaltungsrecht, da die internationale Rechtshilfe gemäß ihrer gesetzlichen Gestaltung in der Schweizer Rechtsordnung eine administrative Aufgabe darstellt. Dabei wird eingeräumt, dass sie eine enge Konnexität zum Strafrecht hat, weshalb vielfach vom „hybriden Charakter“ des Rechtshilferechts die

* Der *Verf.* ist Managing Partner, Rechtsanwalt und Notar bei der Teichmann International (Schweiz) AG und Lehrbeauftragter an der Universität Kassel, der Internationalen Anti-Korruptions-Akademie in Wien und der Hochschule für Wirtschaft Zürich. Die *Verf.* ist Rechtsanwältin bei der Teichmann International (Schweiz) AG und Lehrbeauftragte an der Universität Zürich.

¹ Bundesgesetz über internationale Rechtshilfe in Strafsachen (schwIRSG; Systematische Rechtssammlung Nr. 351.1).

² Art. 63 Abs. 2 und Abs. 3 schwIRSG; Definition des Bundesamtes für Justiz, Die Internationale Rechtshilfe in Strafsachen, 9. Aufl. 2009, S. 5.

Rede ist.³ Fehlt es dem Staatsvertragsrecht und dem schwIRSG an einer einschlägigen verfahrensrechtlichen Vorschrift, ist daher gemäß dem Verweis im schwIRSG grundsätzlich das Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren (schwVwVG)⁴ anwendbar; die Ausführung der Rechtshilfehandlungen richtet sich allerdings für die kantonalen Behörden nach der schweizerischen Strafprozessordnung (schwStPO) bzw. für die Bundesbehörden nach dem Bundesgesetz über das Verwaltungsstrafrecht (VStrR)⁵.

Die akzessorische Rechtshilfe zieht schwerwiegende Einschränkungen der Rechte der Betroffenen nach sich. Insbesondere tangieren die Beschlagnahme von Gegenständen und Vermögenswerten sowie deren Überweisung an das Ausland die Eigentumsgarantie nach Art. 26 Bundesverfassung (BV).⁶ Gemäß der Praxis des EGMR greift eine solche Maßnahme zudem in die sog. zivilrechtlichen Ansprüche der Betroffenen im Sinne von Art. 6 EMRK⁷ ein. Die Beschlagnahme von Dokumenten, insbesondere von Bankunterlagen, und deren Weiterleitung an die ausländischen Behörden entspricht einem Eingriff in die Privatsphäre gem. Art. 13 BV und Art. 8 EMRK.⁸ Die sog. Schrankentrias gem. Art. 36 BV (Erfordernis einer gesetzlichen Grundlage, eines öffentlichen Interesses, Einhaltung des Verhältnismäßigkeitsprinzips)⁹ muss

³ Botschaft zur Totalrevision der Rechtspflege v. 28.2.2001, Bundesblatt 2001, S. 4420. Die Rechtshilfe wird deshalb vorwiegend durch Strafverfolgungsbehörden ausgeführt, Bundesamt für Justiz (Fn. 2), S. 5. Zum hybriden Charakter dieses Verfahrens siehe namentlich *Forster*, in: Niggli/Uebersax/Wiprächtiger/Kneubühler (Hrsg.), Bundesgerichtsgesetz, Basler Kommentar, 3. Aufl. 2018, Art. 84 Rn. 1.

⁴ Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren (schwVwVG; Systematische Rechtssammlung Nr. 172.021); Art. 12 schwIRSG verweist auf das schwVwVG und auf das kantonale Recht. Letzteres spielt in der Praxis jedoch keine Rolle mehr, näheres dazu *Dangubic/Keshelava*, in: Niggli/Heimgartner (Hrsg.), Internationales Strafrecht, Basler Kommentar, 2015, IRSG Art. 12 Rn. 5.

⁵ Schweizerische Strafprozessordnung (schwStPO; Systematische Rechtssammlung Nr. 312.0), Bundesgesetz über das Verwaltungsstrafrecht (schwVStrR; Systematische Rechtssammlung Nr. 313.0); Art. 80a schwIRSG; siehe auch Art. 54 schwStPO; BGE 138 IV. 40 E. 4.; *Dangubic/Keshelava* (Fn. 4), IRSG Art. 12 Rn. 3.

⁶ Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft v. 18.4.1999 (Systematische Rechtssammlung Nr. 101; BV).

⁷ *Zimmermann*, La coopération judiciaire internationale en matière pénale, 5. Aufl. 2019, S. 237 bei Fn. 2454 mit Hinweisen.

⁸ *Zimmermann* (Fn. 7), S. 237.

⁹ Dazu statt Vieler *Schweizer*, in: Ehrenzeller/Schindler/Schweizer/Vallender (Hrsg.), Die schweizerische Bundesver-

eingehalten werden bzw. die Maßnahme muss sich auf eine gesetzliche Grundlage stützen und durch die in Art. 8 Abs. 2 EMRK aufgelisteten öffentlichen Interessen gerechtfertigt sein. Prozessual sind zudem der Anspruch auf eine Beurteilung durch ein Gericht (Art. 6 EMRK, Art. 29 BV) bzw. auf eine wirksame Beschwerde gem. Art. 13 EMRK zu beachten, wobei Letzterer keine Beurteilung durch eine Gerichtsinstanz im Sinne von Art. 6 EMRK garantiert.¹⁰ Ein Anspruch auf einen doppelten Instanzenzug besteht nicht.

Es stellt sich die Frage, wie das Verfahren der internationalen Rechtshilfe und der Rechtsschutz in der Schweiz das Spannungsverhältnis zwischen dem Interesse an der Beförderung und Beschleunigung der internationalen Rechtshilfe in Strafsachen und den tangierten Grundrechten und prozessualen Garantien der Betroffenen regeln und ob und inwiefern sie heutigen Maßstäben auch genügen.

II. Entwicklung der Gewichtung der konträren privaten und öffentlichen Interessen

Die Gewichtung der öffentlichen Interessen an der internationalen Kooperation bei der Strafverfolgung, die gem. Art. 36 BV bzw. Art. 6 und 8 EMRK die Einschränkung der Privatinteressen rechtfertigen sollen, hat sich im Laufe der letzten fünfzig Jahre in der Schweiz signifikant geändert.

Der Bund, dem die primäre Zuständigkeit im Völkerrecht zusteht,¹¹ hat erst in den 1970er Jahren den Erlass eines Gesetzes zur internationalen Rechtshilfe in Strafsachen in Angriff genommen. Bis zum Erlass des schwIRSG¹², das gemeinsam mit seiner Ausführungsverordnung, der IRSV¹³, im Jahr 1983 in Kraft getreten ist, war diese Materie grundsätzlich nur in Staatsverträgen, die vor allem das Auslieferungsrecht betrafen, und in vereinzelt besonderen kantonalen Gesetzen materiell geregelt. Die Kantone waren für die Be-

handlung der ausländischen Rechtshilfesuche zuständig¹⁴ und haben dabei in der Regel ihre straf- oder verwaltungsprozessualen Regeln analog herangezogen.¹⁵ Bei der Ermittlung und Auslegung der anwendbaren Verfahrensregeln spielte das im Bundesrecht verankerte Bankgeheimnis eine wichtige Rolle. So weist das Bundesgericht in einem Urteil aus dem Jahr 1978 darauf hin, dass das Bankgeheimnis für die Entwicklung der schweizerischen Wirtschaft eine bedeutende Rolle gespielt habe.¹⁶ In den 1970er Jahren stand dabei schon fest, dass staatsvertragliche Verpflichtungen der Schweiz kollidierendem kantonalem Recht¹⁷ und auch dem im Bundesrecht verankerten Bankgeheimnis¹⁸ vorgehen. Ausdrückliche Rechtsgrundlagen wurden durch die Ratifizierung des Europäischen Rechtshilfeabkommens (EuRhÜbk)¹⁹ geschaffen. Dieses ist 1967 für die Schweiz, relativ kurz nach dem Zustandekommen des Abkommens im Jahr 1959, in Kraft getreten, wobei in den 1960er und -70er Jahren nur ein Bruchteil der heute über 50 zählenden Vertragsstaaten das Übereinkommen ratifiziert hatte.²⁰ Dem schwIRSG ging 1977 eine erste Kodifizierung in Form des Bundesgesetzes zum Staatsvertrag mit den Vereinigten Staaten von Amerika über gegenseitige Rechtshilfe in Strafsachen (BG-RVUS)²¹ voraus, das die in Ermangelung bundesweit geltender Regeln erforderlichen Ausführungsvorschriften zum Rechtshilfevertrag zwischen der Schweiz und den USA²² enthielt.

¹⁴ BGE 106 Ib 341 E. 2. Siehe zum Prinzip der Einzelermächtigung des Bundes (Art. 3 BV) namentlich *Biaggini*, Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft, Kommentar, 2. Aufl. 2017, Art. 3 Rn. 5 ff.

¹⁵ Analoge Anwendung des kantonalen Strafprozessrechts zulässig: BGE 105 Ib 211 E. 4.

¹⁶ BGE 104 Ia 49 E. 4a.

¹⁷ Siehe namentlich BGE 99 Ia 78 E. 5a (betreffend Vorrang des EuRhÜbk vor dem Tessiner Strafprozessrecht); 96 I 752 E. 1 (betreffend Vorrang des Madrider Abkommens über die internationale Registrierung von Fabrik- und Handelsmarken und der Pariser Verbandsübereinkunft vor dem Schweizer Markenschutzgesetz).

¹⁸ BGE 104 Ia 49 E. 4a (Das Bundesgericht begründete dies damit, dass das Bankgeheimnis nicht Verfassungsrang habe).

¹⁹ Europäisches Übereinkommen über die Rechtshilfe in Strafsachen, abgeschlossen in Straßburg am 20.4.1959 (Sammlung Europäischer Verträge Nr. 30). Das EuRhÜbk ist am 20.3.1967 für die Schweiz in Kraft getreten (Systematische Rechtssammlung Nr. 0.351.1) und wird in der Schweiz amtlich mit EUeR abgekürzt.

²⁰ Das waren Dänemark, Italien, Griechenland, Norwegen (1962); die Schweiz, Israel (1967); Schweden (1968); die Niederlande, die Türkei (1969); Liechtenstein (1979); Belgien (1975); Deutschland, Luxemburg (1977); siehe EuRhÜbk unter „Geltungsbereich“.

²¹ Bundesgesetz v. 3.10.1975 zum Staatsvertrag mit den Vereinigten Staaten von Amerika über gegenseitige Rechtshilfe in Strafsachen, am 23.1.1977 in Kraft getreten (Systematische Rechtssammlung Nr. 351.93).

²² Staatsvertrag zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und den Vereinigten Staaten von Amerika über gegen-

fassung, St. Galler Kommentar, Bd. I, 3. Aufl. 2014, Art. 36 Rn. 14 ff.

¹⁰ Dieses Recht betrifft dafür nicht nur die strafrechtlichen Anklagen und zivilrechtlichen Ansprüche gem. Art. 6 EMRK (*Meyer-Ladewig/Renger*, in: Meyer-Ladewig/Nettesheim/Raumer [Hrsg.], Nomos Kommentar, Europäische Menschenrechtskonvention, Handkommentar, 4. Aufl. 2017, Art. 13 Rn. 5).

¹¹ Siehe Art. 8, 9 und 102 Ziff. 8 BV-1871 (Art. 8: „Dem Bund allein steht das Recht zu, Krieg zu erklären und Frieden zu schliessen, Bündnisse und Staatsverträge, namentlich Zoll- und Handelsverträge mit dem Auslande, einzugehen.“ Art. 9: „Ausnahmsweise bleibt den Kantonen die Befugnis, Verträge über Gegenstände der Staatswirtschaft, des nachbarlichen Verkehrs und der Polizei mit dem Auslande abzuschliessen; jedoch dürfen dieselben nichts dem Bunde oder den Rechten anderer Kantone zuwiderlaufendes enthalten.“ Art. 102 Ziff. 8: „Er wahrt die Interessen der Eidgenossenschaft nach aussen, wie namentlich ihre völkerrechtlichen Beziehungen, und besorgt die auswärtigen Angelegenheiten überhaupt.“)

¹² Bundesgesetz über internationale Rechtshilfe in Strafsachen v. 20.3.1981 (Systematische Rechtssammlung Nr. 351.1).

¹³ Verordnung über internationale Rechtshilfe in Strafsachen v. 24.2.1982 (Systematische Rechtssammlung Nr. 351.11).

Der Erlass des schwIRSG hat damit zunächst eine klaffende Lücke geschlossen, die sowohl für die Ausführung der internationalen Rechtshilfe als auch mit Blick auf das Legalitätsprinzip und die Grundrechte der Betroffenen problematisch war. In den 1980er Jahren wuchs das Interesse des Bundes an der Rechtshilfe und der rechtspolitische Fokus verschob sich vom Schutz der Souveränität der Schweiz auf deren vermehrte Mitwirkung bei der internationalen Bekämpfung der organisierten Kriminalität und des Terrorismus. Das mündete namentlich in der Ratifizierung des Übereinkommens über Geldwäscherei sowie Ermittlung, Beschlagnahme und Einziehung von Erträgen aus Straftaten aus dem Jahr 1990 (GeldwÜ), des Strafrechtsübereinkommens über Korruption aus dem Jahr 1999, welche für die Schweiz 1993 bzw. 2006 in Kraft traten,²³ und innerstaatlich im Erlass des Bundesgesetzes über die Bekämpfung der Geldwäscherei und der Terrorismusfinanzierung (schwGwG)²⁴, das 1998 rechtskräftig wurde.

Darüber hinaus wurde das schwIRSG, 15 Jahre nach seiner Annahme, zum Zweck der Vereinfachung und Beschleunigung des Rechtshilfeverfahrens einer eingehenden Teilrevision unterzogen.²⁵ Es ging darum, die Reputation der Schweiz zu verbessern, die nach Meinung unter anderem des Bundesrats wegen des extensiv ausgebauten und föderalistisch geprägten Rechtsmittelsystems international gelitten habe.²⁶ Zu diesem Zweck wurde im Wesentlichen der Rechtsschutz zulasten der Betroffenen gestrafft und eingeschränkt. Da der Rechtsschutz nur im schwIRSG geregelt ist, kann das Auslegungsprinzip der Günstigkeit, wonach bei einer Kollision zwischen einem Abkommen und dem nationalen Recht die für die Rechtshilfe günstigere Vorschrift vorgehen soll,²⁷ nicht greifen.²⁸ Zu beachten sind aber nach

seitige Rechtshilfe in Strafsachen, abgeschlossen am 25.5.1973, in Kraft getreten am 23.1.1977 (Systematische Rechtssammlung Nr. 0.351.933.6).

²³ Übereinkommen über Geldwäscherei sowie Ermittlung, Beschlagnahme und Einziehung von Erträgen aus Straftaten v. 8.11.1990 (Sammlung Europäischer Verträge Nr. 141; Systematische Rechtssammlung Nr. 0.311.53; in der Schweiz amtlich mit GwÜe abgekürzt); Strafrechtsübereinkommen über Korruption v. 27.1.1999 (Sammlung Europäischer Verträge Nr. 173; Systematische Rechtssammlung Nr. 0.311.55).

²⁴ Bundesgesetz über die Bekämpfung der Geldwäscherei und der Terrorismusfinanzierung v. 10.10.1997 (Systematische Rechtssammlung Nr. 955.0).

²⁵ Bundesgesetz über internationale Rechtshilfe in Strafsachen, Änderung v. 4.10.1996 (Amtliche Sammlung 1997, S. 114, Bundesblatt 1995, III, S. 1), in Kraft seit 1.2.1997.

²⁶ Siehe Botschaft des Bundesrats betreffend die Änderung des Rechtshilfegesetzes und des Bundesgesetzes zum Staatsvertrag mit den USA über gegenseitige Rechtshilfe in Strafsachen sowie den Bundesbeschluss über einen Vorbehalt zum Europäischen Übereinkommen über die Rechtshilfe in Strafsachen, Bundesblatt 1995, III, S. 1, 5.

²⁷ BGE 135 IV 212 E. 2.3; 125 II 569 E. 10a. Die Grundrechte müssen allerdings bei der Auslegung mitberücksichtigt werden (BGE 123 II 595 E. 7c).

wie vor die Verfahrensgarantien, insbesondere Art. 6 und 13 EMRK. Die Einschränkung des Rechtsschutzes fußt im Grundgedanken, den das Bundesgericht in einem älteren Entscheid als „gegenseitiges Vertrauen in die Rechtspflege von Staaten des gleichen Kulturkreises“ bezeichnet hatte.²⁹ Dementsprechend sollen heute die Schweizer Behörden ausländische Ersuchen weder in Bezug auf die Zuständigkeit der ersuchenden ausländischen Behörde noch auf die Wahrheit der Sachverhaltsdarstellung noch auf den Nutzen und das Ausmaß der ersuchten Maßnahmen oder auf die Einhaltung des Spezialitätsvorbehalts in Zweifel ziehen.³⁰ Diese rechtshilfefreundliche Linie wurde weiter anlässlich der Totalrevision der Bundesrechtspflege am Anfang des 21. Jahrhunderts befolgt, bei welcher unter anderem die noch bestehenden parallelen Rechtsmittelzuständigkeiten des Bundes und der Kantone bei der akzessorischen Rechtshilfe beseitigt wurden.³¹

III. Extensive Einschränkung des Rechtsschutzes bei der Revision des schwIRSG im Jahre 1996

1. Leitlinien der Einschränkungen

Rechtsmittel können nur gegen Verfügungen, mit denen das Rechtshilfeverfahren abgeschlossen wird, allenfalls zusammen mit den vorangehenden Zwischenverfügungen, erhoben werden. Im Interesse der Rechtsvereinheitlichung ist ein Bundesorgan als erste Instanz vorgesehen. Trotz der gesetzgeberischen prinzipiellen Zuordnung der Rechtshilfe zu den Verwaltungsaufgaben ist das schweizerische Bundesstrafgericht³² für den erstinstanzlichen Rechtsschutz zuständig. Nach dem Eintretensentscheid der zuständigen Rechtshilfebehörde, der im Prinzip nicht anfechtbar ist, sollte das Rechtshilfeverfahren grundsätzlich ohne Unterbrechung bis zum Schluss geführt werden.³³ Die Zwischenverfügungen, mit denen die Zwangsmaßnahmen angeordnet werden, sind sofort vollstreckbar.³⁴ Ähnlich wie im Verfahren vor der letzten Instanz,

²⁸ Vgl. Bundesamt für Justiz (Fn. 2), S. 30: „Sind die Rechtshilfemassnahmen jedoch nicht im EUeR, sondern nur im s-IRSG vorgesehen (wie die Herausgabe von Vermögenswerten nach Art. 74a s-IRSG), muss die Rechtshilfe gemäss diesem Gesetz gewährt werden.“ (EUeR ist die schweizerische Abkürzung für das EuRhÜbk).

²⁹ BGE 104 Ia 49 E. 4b.

³⁰ Bundesamt für Justiz (Fn. 2), S. 29, 33; siehe z.B. BGE 132 II 81 E. 2.1 („Der Rechtshilferichter hat weder Tat- noch Schuldfragen zu prüfen und grundsätzlich auch keine Beweiswürdigung vorzunehmen, sondern ist vielmehr an die Sachverhaltsdarstellung im Ersuchen gebunden, soweit sie nicht durch offensichtliche Fehler, Lücken oder Widersprüche sofort entkräftet wird.“); vgl. *Glutz*, in: Niggli/Heimgartner (Fn. 4), IRSG Art. 67a Rn. 52.

³¹ Botschaft Rechtspflege 2001, Bundesblatt 2001, S. 4421 f.

³² Art. 80e schwIRSG.

³³ Bundesblatt 1995, III, S. 12.

³⁴ Art. 80l Abs. 2 schwIRSG.

dem schweizerischen Bundesgericht,³⁵ sind bereits bei der ersten Rechtsmittelinstanz Zwischenverfügungen nur selbstständig anfechtbar, wenn sie einen unmittelbaren und nicht wiedergutzumachenden Nachteil bewirken;³⁶ das Rechtsmittel hat dabei grundsätzlich keine aufschiebende Wirkung.³⁷ Die Rechtsprechung legt das Erfordernis des unmittelbaren und nicht wiedergutzumachenden Nachteils allerdings trotz des gleichlautenden Wortlauts strenger aus als bei der Anfechtung von Zwischenverfügungen vor dem Bundesgericht. Gemäß dieser (viel kritisierten) Praxis³⁸ reicht die Beschlagnahme bzw. Sperre zur Begründung eines unmittelbaren und nicht wiedergutzumachenden Nachteils nicht. Es bedarf noch eines darüber hinaus gehenden Nachteils und die Betroffenen sollen insbesondere nicht über sonstige, nicht blockierte, Konten verfügen.³⁹ Bankguthabensperren dürften damit de facto kaum anfechtbar sein,⁴⁰ obwohl die Betroffenen von Anfang an daran gehindert werden, frei über die Gegenstände oder das Guthaben zu verfügen, und dieser Nachteil nicht rückgängig gemacht werden kann.⁴¹ Der Bundesrat hatte im Rahmen der gesetzgeberischen Revisionsarbeiten angegeben, dass die Anfechtbarkeit die Ausnahme bleiben solle, und beispielhaft auf Beweisausforschungen hingewiesen.⁴² Abgesehen davon, dass beim angegebenen Beispiel nicht einleuchtet, inwiefern die Beweisausforschung bereits vor der Schlussverfügung einen unmittelbaren Schaden anrichten sollte, wurde im Grunde genommen der Praxis der Balanceakt überlassen, brauchbare Kriterien zur Beschränkung der Anfechtbarkeit von Beschlagnahmen und Kontosperrern auszuarbeiten, ohne dabei Art. 6 EMRK zu verletzen, der bei „civil rights“ (wozu die Eigentumsgarantie gehört) einen Anspruch auf eine gerichtliche Überprüfung „innerhalb angemessener Frist“ einräumt.

Obwohl nicht in Art. 80i schwIRSG erwähnt, geht das Bundesstrafgericht – gestützt auf eine historische und teleologische Auslegung – davon aus, dass wie in Art. 49 lit. b schwVwVG auch die unrichtige oder unvollständige Feststellung des rechtserheblichen Sachverhalts gerügt werden darf,⁴³

womit die Beschwerde als vollkommenes Rechtsmittel ausgestaltet ist. Zudem ist das Bundesstrafgericht nicht an die Parteibegehren,⁴⁴ allerdings wohl an den Streitgegenstand⁴⁵ (der weitgehend von den Parteirügen abhängt) gebunden.

Die ausländischen Ersuchen werden zentral durch das Bundesamt für Justiz (BJ) summarisch geprüft; diese Instanz hat sie anzunehmen, wenn sie nicht offensichtlich unzulässig erscheinen. Ihr Entscheid ist nicht anfechtbar.⁴⁶ Das BJ kann sogar vorläufige Maßnahmen treffen, wenn ein ausländisches Ersuchen erst angekündigt wurde, wobei dem ersuchenden Staat eine Frist zur Gesucheinreichung gesetzt werden muss.⁴⁷ Die zuständige kantonale Rechtshilfebehörde, an welche das Ersuchen weitergeleitet wurde, braucht ihrerseits die Entgegennahme des ausländischen Rechtshilfesuchens, den sog. Eintretensentscheid, nur summarisch zu begründen.⁴⁸ Das Gesetz widmet zudem der Möglichkeit der Einwilligung der Berechtigten zur Herausgabe von Schriftstücken, Auskünften oder Vermögenswerten, damit das Rechtshilfeverfahren ganz oder teilweise „gütlich“⁴⁹ abgeschlossen werden kann, eine ganze Vorschrift.⁵⁰ Es bedarf zudem keines Strafurteils mehr für die definitive Sicherungs- oder Vermögenseinziehung; ein entsprechendes rechtskräftiges und vollstreckbares Urteil genügt.⁵¹ Ein Exequaturverfahren ist nicht erforderlich;⁵² entsprechend dem kollisionsrechtlichen Vertrauensprinzip sind solche ausländischen Sicherungs- oder Vermögenseinziehungsentscheide nur in Bezug auf offensichtliche Ungereimtheiten, die Einhaltung rechtsstaatlicher Garantien und den schweizerischen Ordre Public zu überprüfen.⁵³

Der Rechtsschutz wurde anlässlich der Totalrevision der Bundesrechtspflege, die im Jahr 2007 in Kraft trat, noch weiter eingeschränkt. Im Bereich der kleinen Rechtshilfe ist ein Weiterzug zum Bundesgericht von vornherein nur bei

schwerdeinstanzen verfügen); *Eymann* (Fn. 38), IRSG Art. 80i Rn. 3. Art. 80i Abs. 3 schwIRSG lautete vor seiner Aufhebung durch das Inkrafttreten des VGG am 1. Januar 2007: „Vorbehalten bleiben die Beschwerdegründe des kantonalen Verfahrensrechts.“

⁴⁴ Art. 25 Abs. 6 schwIRSG.

⁴⁵ Bundesstrafgericht, Entscheid v. 17.2.2011 – RR.2010.208, E. 3; *Gless/Schaffner*, in: Niggli/Heimgartner (Fn. 4), IRSG Art. 25 Rn. 45.

⁴⁶ Art. 78 Abs. 4 schwIRSG.

⁴⁷ Art. 18 Abs. 2 schwIRSG.

⁴⁸ Art. 80a schwIRSG.

⁴⁹ Bundesblatt 1995, III, S. 13.

⁵⁰ „Vereinfachte Ausführung“ nach Art. 80c schwIRSG.

⁵¹ Art. 74a schwIRSG; *Aeppli*, in: Niggli/Heimgartner (Fn. 4), IRSG Art. 74a Rn. 7, 41. Gem. Art. 33a schwIRSV muss die Schweiz warten, bis der ausländische Entscheid vorliegt oder ihr mitgeteilt wird, dass ein solcher Entscheid nicht mehr erfolgen kann.

⁵² *Aeppli* (Fn. 51), IRSG Art. 74a Rn. 44.

⁵³ *Aeppli* (Fn. 51), IRSG Art. 74a Rn. 46; BGE 146 II 150 E. 7.1 m.H. Kritisch dazu *Fiolka*, in: Jositsch/Schwarzenegger/Wohlers (Hrsg.), Festschrift für Andreas Donatsch, 2017, S. 609 ff., 615 f.

³⁵ Vgl. Art. 93 Abs. 1 lit. a BGG (Bundesgesetz v. 17.6.2005 über das Bundesgericht, Systematische Rechtssammlung Nr. 173.110).

³⁶ Art. 80e Abs. 2 schwIRSG; Bundesblatt 1995, III, S. 13. Zur Verfahrensbeschleunigung sind Gerichtsferien zudem unbeachtlich, Art. 12 Abs. 1 schwIRSG (Bundesblatt 1995, III, S. 16; *Dangubic/Keshelava* (Fn. 4), IRSG Art. 12 Rn. 6).

³⁷ Art. 80l Abs. 3 schwIRSG.

³⁸ *Eymann*, in: Niggli/Heimgartner (Fn. 4), IRSG Art. 80e Rn. 22 m.w.N.

³⁹ BGE 130 II 329 E. 2; 128 II 353 E. 3; *Eymann* (Fn. 38), IRSG Art. 80e Rn. 5 f.

⁴⁰ So auch *Eymann* (Fn. 38), IRSG Art. 80e Rn. 8.

⁴¹ Vgl. für das innerstaatliche Recht BGE 128 I 129 E. 1.

⁴² Bundesblatt 1995, III, S. 30.

⁴³ Bundesstrafgericht, Entscheid v. 23.2.210 – RR.2009.26, E. 2 (unter Verweis auf Art. 49 lit. b schwVwVG); Bundesstrafgericht, Entscheid v. 21.5.2007 – TPF 2007 57, E. 3.2 (das Bundesstrafgericht sollte gemäß den Materialien über die gleiche Kognition wie die bisherigen kantonalen Be-

Beschlagnahmen, bei der Herausgabe von Gegenständen oder Vermögenswerten oder der Übermittlung von Informationen aus dem Geheimbereich möglich. Außerdem muss es sich um einen „besonders bedeutenden Fall“ (ohne Konkretisierung, womit dem Bundesgericht ein weiter Auslegungsspielraum zusteht) handeln.⁵⁴ Ansonsten bleibt es beim Entscheid der einen und einzigen Rechtsmittelinstanz, des Bundesstrafgerichts.⁵⁵

Die Gestaltung des Rechtsschutzes bei der kleinen Rechtshilfe bringt das Trennungsmodell zum Ausdruck, das der schweizerischen Rechtshilfe zugrunde liegt und wonach die Verantwortung für die Rechtmäßigkeit der beantragten Zwangsmaßnahmen prinzipiell dem ausländischen Staat überlassen wird. Die Idee einer lediglich neutralen, administrativen Ausführung der ausländischen Begehren durch die Schweiz wird großgeschrieben. Die beschränkten Zulässigkeitsvoraussetzungen für die Rechtshilfe und für die Bestimmung und Ausführung der Rechtshilfemaßnahmen gemäß Staatsvertragsrecht und nationalem schwIRSG werden vom BJ nur summarisch geprüft, da vermutungsweise von deren Erfüllung ausgegangen werden soll. Auch die kantonalen Exekutivbehörden haben ihren Eintretensentscheid nur summarisch zu begründen. Zur Förderung der Rechtshilfe ist entgegen dem allgemeinen Verwaltungsverfahren, in welchem grundsätzlich jede Verfügung anfechtbar ist (vgl. Art. 44 i.V.m. Art. 5 schwVwVG), eine gerichtliche Kontrolle in der Anfangs- und Ausführungsphase der Rechtshilfe höchstens im Falle eines drohenden unmittelbaren und nicht wiedergutzumachenden Schadens für den Betroffenen und im Übrigen erst beim Abschluss des Rechtshilfeverfahrens zulässig. Dieser Abschluss kann abhängig von der Dauer des ausländischen Verfahrens auch erst Jahre später⁵⁶ eintreten. Das nimmt der Gesetzgeber bewusst in Kauf.

2. Spontane Übermittlung von Informationen und Beweismitteln

Auch wenn zwischen dem Eintretensentscheid und dem Erlass der Schlussverfügung Jahre vergehen können, können die Verfügungen der Rechtshilfebehörden immerhin gerichtlich überprüft werden, bevor die Daten oder Vermögenswerte

an das Ausland übermittelt bzw. transferiert werden.⁵⁷ Die Revision des schwIRSG im Jahre 1996 hat aber in Anlehnung an Art. 10 GeldwÜ („unaufgeforderte Übermittlung von Informationen“) die Möglichkeit eingeführt, Informationen und Beweismittel bereits an das Ausland zu übermitteln, bevor die gerichtliche Kontrolle überhaupt in Frage kommt. Die sog. spontane Übermittlung gem. Art. 67a schwIRSG, mit welcher eine schweizerische Strafrechtsbehörde Beweismittel und Informationen, die sie für ihre eigene Strafuntersuchung gesammelt hat, unaufgefordert an eine ausländische Strafverfolgungsbehörde weiterleitet, ist, wenn überhaupt, höchstens ex post, im Zusammenhang mit einer Beschwerde gegen eine allfällige Schlussverfügung anfechtbar, falls der ausländische Staat in der Folge ein Rechtshilfeverfahren beantragt hat.⁵⁸ Vorausgesetzt wird für die spontane Übermittlung nur die Eröffnung eines Strafverfahrens in der Schweiz, womit die Verantwortung für den genügenden Tatverdacht⁵⁹ bei den Schweizer Strafverfolgungsbehörden liegt. Die Eröffnung des Strafverfahrens kann unter anderem auf eine Anzeige der Meldestelle für Geldwäscherei (MROS)⁶⁰ zurückgehen,⁶¹ sodass in der Praxis die Schwelle für die spontane Übermittlung in der Sache nicht besonders hoch sein muss. Eine gesetzliche Schranke wurde nur für den Geheimbereich eingebaut, aus welchem grundsätzlich keine Beweismittel übermittelt werden dürfen.⁶² Auch wenn das Institut der spontanen Übermittlung gemäß dem Bundesrat die „Denunziation nicht fördern“ solle,⁶³ sieht das Gesetz keine entsprechenden besonderen Schutzvorkehrungen vor. Dies ist insbesondere im Hinblick auf missbräuchliche Strafverfahren im Ausland, welche durch die spontane Übermittlung von Informationen allenfalls gefördert werden, problematisch.⁶⁴ So kann es sich für ausländische Behörden, welche aus politischen Gründen auf der Suche nach Vermögenswerten von Zielpersonen sind, zum Beispiel lohnen, Informationen über konstruierte und somit auf frei erfundenen Sachver-

⁵⁷ Vgl. Art. 74 Abs. 1 schwIRSG.

⁵⁸ BGE 129 II 549 E. 6.1; 125 II 238 E. 6; *Glutz* (Fn. 30), IRSG Art. 67a Rn. 65. Dieser Autor postuliert, dass vor der Übermittlung von Beweismitteln an das Ausland immer zuerst eine Schlussverfügung (Art. 80e schwIRSG) erlassen werden müsste (a.a.O. Rn. 71).

⁵⁹ Vgl. *Glutz* (Fn. 30), IRSG Art. 67a Rn. 35.

⁶⁰ Der MROS (Money Laundering Report Office Switzerland) im Bundesamt für Polizei kommt entsprechend ihren Aufgaben gem. Art. 23 schwIRSG eine Relais- und Filterfunktion zwischen den Finanzintermediären und den Strafverfolgungsbehörden zu. Sie ist die nationale Zentralstelle, welche Verdachtsmeldungen entgegennimmt.

⁶¹ Art. 305ter Abs. 2 schwStGB, Art. 9 s-GwG; vgl. *Glutz* (Fn. 30), IRSG Art. 67a Rn. 39.

⁶² Art. 67a Abs. 4 schwIRSG. Der Geheimbereich richtet sich nach den Bestimmungen über das Zeugnisverweigerungsrecht (Art. 9 schwIRSG i.V.m. Art. 168 ff. schwStPO), siehe *Glutz* (Fn. 30), IRSG Art. 9 Rn. 1.

⁶³ Bundesblatt 1995, III, S. 24.

⁶⁴ Für konkrete Vorgehensmuster siehe z.B. *Teichmann*, *Journal für Strafrecht* 8 (2021), 253 (254).

⁵⁴ Art. 84 BGG. Nur Zwischenentscheide betreffend die Beschlagnahme von Vermögenswerten und Wertgegenständen sind unter den gleichen Voraussetzungen wie vor dem Bundesstrafgericht oder, wenn die Gutheißung der Beschwerde sofort einen Endentscheid herbeiführen kann, anfechtbar (Art. 93 BGG).

⁵⁵ Art. 25, 80e schwIRSG; siehe auch Art. 35 StBOG (Strafbehördenorganisationsgesetz v. 19.3.2010, Systematische Rechtssammlung Nr. 173.71).

⁵⁶ Die lange Dauer wird noch durch Art. 33a schwIRSV untermauert, wonach Gegenstände und Vermögenswerte, die erst gestützt auf ein rechtskräftiges und vollstreckbares ausländisches Urteil herausgegeben werden (Art. 74a Abs. 3 schwIRSG), solange beschlagnahmt bleiben, bis der Entscheid vorliegt oder der ersuchende Staat mitteilt, dass ein solches Urteil nicht mehr zu erwarten sei. Siehe auch *Eymann* (Fn. 38), IRSG Art. 80e Rn. 8.

halten beruhende Strafverfahren mit der Presse zu teilen. Diese Informationen zwingen schweizerische Finanzintermediäre zu einer MROS-Meldung, wodurch die spontane Übermittlung von Informationen durch die Schweizer Strafbehörden an die zuständigen ausländischen Strafbehörden in Gang gesetzt und die „fishing expedition“ des ausländischen Staates auf elegante Art und Weise vollendet wird.

3. Beschränktes materielles Prüfungsprogramm

Für Rechtshilfesuche sind entsprechend dem TrennungsmodeLL wenige Ausführungshindernisse vorgesehen. Überwiegende Staatsinteressen der Schweiz gehen jedenfalls vor,⁶⁵ wobei die Beurteilung dieser Frage dem BJ vorbehalten ist.⁶⁶ Im Übrigen wird vom rechtshilferechtlichen Kooperationsprinzip nur bei schwerwiegenden Mängeln abgewichen:

Diese betreffen zum einen das ausländische Strafverfahren. Dieses darf keine schweren Mängel aufweisen,⁶⁷ soll nicht der EMRK oder dem UNO-Pakt II (IPbPR) widersprechen⁶⁸ und darf nicht durchgeführt werden, um eine Person wegen ihrer politischen Anschauungen, wegen ihrer Zugehörigkeit zu einer bestimmten sozialen Gruppe oder aus Gründen der Rasse, Religion oder Volkszugehörigkeit zu verfolgen.⁶⁹

Zum anderen wird auf die Natur des verfolgten Delikts abgestellt. Die Schweiz soll aus Gründen ihrer Staatssouveränität in erster Linie für Straftaten ohne politischen Hintergrund, d.h. Straftaten außerhalb des (finanz-)politischen und des militärischen Bereichs, Rechtshilfe leisten: Für die Verfolgung von Straftaten, die vorwiegend politischen Charakter haben, die Verletzung militärischer oder ähnlicher Pflichten, oder fiskalische, währungs-, handels- oder wirtschaftspolitische Maßnahmen betreffen, ist die Kooperation grundsätzlich ausgeschlossen.⁷⁰ Die Straftat soll zudem auch nach Schweizer Recht strafbar sein.⁷¹ Die Voraussetzung der doppelseitigen Strafbarkeit hat sich die Schweiz bemerkenswerterweise auch für die Staaten des EuRhÜbk ausbedungen.⁷² Folgerichtig dürfen gemäß dem Spezialitätsvorbehalt Informationen und Dokumente vom ersuchenden Staat grundsätzlich nur in Bezug auf die Straftaten, für die die Rechtshilfe erbeten wird und zulässig ist, verwendet werden.⁷³

⁶⁵ Art. 1a schwIRSG; siehe auch Art. 2 lit. b EUeR.

⁶⁶ Art. 17 Abs. 1 schwIRSG.

⁶⁷ Vgl. Art. 2 lit. d schwIRSG.

⁶⁸ Siehe Art. 2 lit. a schwIRSG.

⁶⁹ Art. 2 lit. b bzw. Art. 2 lit. c schwIRSG; siehe auch Art. 2 lit. a EUeR.

⁷⁰ Art. 3 Abs. 1–3 schwIRSG; ähnlich Art. 1 Abs. 2 EuRhÜbk (keine Anwendung auf Verhaftungen, Strafurteile und militärische strafbare Handlungen, die nicht nach gemeinem Recht strafbar sind).

⁷¹ Art. 8 schwIRSG.

⁷² Art. 5 EuRhÜbk i.V.m. Art. 5 Vorbehalte und Erklärungen EuRhÜbk (Bundesbeschluss über einen Vorbehalt zum Europäischen Übereinkommen über die Rechtshilfe in Strafsachen v. 21.3.1996, Bundesblatt 1999, S. 1351).

⁷³ Art. 67 schwIRSG; Art. 2 EuRhÜbk i.V.m. Art. 2 lit. b Vorbehalte und Erklärungen EuRhÜbk (Bundesbeschluss

Zur Verhinderung, dass die Rechtshilfe für Zwangsmaßnahmen beantragt wird, die nach dem Recht des ersuchenden Staats nicht zulässig wären, erfordert das schwIRSG für die schwerwiegenden Maßnahmen der kleinen Rechtshilfe (Hausdurchsuchungen, Beschlagnahmen, Herausgabe von Gegenständen) eine Zulässigkeitsbestätigung vom ersuchenden Staat.⁷⁴ Dieses Erfordernis wird durch die Gerichtspraxis und Lehre relativiert, die entgegen dem Gesetzeswortlaut eine solche Bestätigung nur im Zweifelsfall anfordern.⁷⁵ Für die übrigen Fälle ist diesbezüglich weder im schwIRSG noch im EuRhÜbk eine solche formelle Voraussetzung vorgesehen.⁷⁶ Aufgrund des Günstigkeitsprinzips spielt die restriktivere Vorschrift des GeldwÜ, wonach Zwangsmaßnahmen abgelehnt werden dürfen, wenn sie nach dem innerstaatlichen Recht des ersuchten Staats nicht zulässig wären, in der Praxis wohl keine Rolle, zumal es sich nur um eine Kann-Vorschrift handelt.⁷⁷ Materiell gilt für die Schweiz dennoch, dass die beantragte Zwangsmaßnahme mit dem internen Recht des ersuchenden Staates vereinbar sein muss.⁷⁸ Wenn der Mangel nicht offensichtlich ist, bleibt es jedoch aus praktischen Gründen den Betroffenen überlassen, die Rechtswidrigkeit der beantragten Maßnahme geltend zu machen.

IV. Kognition und faktische Grenzen der Prüfung der Ausschlussgründe

Das schwIRSG sieht ausdrücklich nur eine Einschränkung der Kognition des BJ bei der Vorprüfung der ausländischen Ersuchen vor; das BJ habe sie nur mit Bezug auf offensichtliche Fehler zu untersuchen.⁷⁹ Im Übrigen sollten die Rechtshilfebehörden die Ausschlussgründe grundsätzlich mit voller Kognition prüfen. Dennoch heißt das nicht, dass die schweizerischen Behörden nach allen möglichen Fehlern suchen müssten oder sollten. Entsprechend dem TrennungsmodeLL

über einen Vorbehalt zum Europäischen Übereinkommen über die Rechtshilfe in Strafsachen v. 21.3.1996, Bundesblatt 1999, S. 1351)

⁷⁴ Art. 76 lit. c schwIRSG. Dieser Vorbehalt ist auch im Anwendungsbereich der europäischen Geldwäschereikonvention zu beachten (Art. 18 Abs. 3 GeldwÜ).

⁷⁵ BGE 123 II 161 E. 3b; *Kuster*, in: Niggli/Heimgartner (Fn. 4), IRSG Art. 76 Rn. 2.

⁷⁶ Art. 28 Abs. 3 lit. b schwIRSG; *Engler*, in: Niggli/Heimgartner (Fn. 4), IRSG Art. 28 Rn. 24. Die Schweizer Rechtshilfebehörde hat damit in Abweichung von Art. 8 schwIRSG nur zu kontrollieren, ob die vorgeworfenen Taten nach Schweizer Recht strafbar wären.

⁷⁷ Art. 18 Ziff. 2 GeldwÜ; dieser Ausschlussgrund sollte dabei nur zurückhaltend zum Zug kommen (Rapport explicatif de la Convention de l'Europe relative à la Convention relative au blanchiment v. 8.11.1990, Ziff. 67, abrufbar unter <https://rm.coe.int/16800cb619>).

⁷⁸ Art. 28 Abs. 3 lit. b schwIRSG; *Engler* (Fn. 76), IRSG Art. 28 Rn. 24. Die Schweizer Rechtshilfebehörde hat damit in Abweichung von Art. 8 schwIRSG nur zu kontrollieren, ob die vorgeworfenen Taten nach Schweizer Recht strafbar wären.

⁷⁹ Art. 17 Abs. 2 schwIRSG.

kommt nur das begrenzte Prüfungsprogramm zur Anwendung, sodass de facto die Rechtshilfesuche nur mit beschränkter Kognition überprüft werden.

Mangels anderslautender Vorschrift unterliegt die Ermittlung des rechtlich relevanten Sachverhalts aufgrund der Maßgeblichkeit des Verwaltungsverfahrensrechts dabei grundsätzlich der Untersuchungsmaxime gem. Art. 12 schwVwVG,⁸⁰ wobei die Mitwirkungspflichten der Parteien gem. Art. 13 schwVwVG auch zu berücksichtigen wären. Diese dürfen aber aufgrund der Schranken des Akteneinsichtsrechts⁸¹ in der Praxis erst in Frage kommen, nachdem die beantragten Zwangsmaßnahmen bereits angeordnet und vollstreckt wurden, wobei von vornherein fraglich ist, inwiefern den Betroffenen, die für die Einleitung des Rechtshilfeverfahrens nicht verantwortlich sind, eine solche Mitwirkungspflicht zuzumuten ist.⁸² Ferner ist die Untersuchungsmaxime aufgrund des Territorialitätsprinzips stark relativiert. Die Rechtshilfebehörden dürfen keine Ermittlungshandlungen im Ausland vornehmen, sodass sie im Wesentlichen auf die Angaben im Rechtshilfesuch und in seinen Beilagen⁸³ angewiesen sind. Zu beachten ist zudem, dass eine sorgfältige Untersuchung des Kontextes und der Einzelheiten eines ausländischen Verfahrens durch die Schweiz ressourcenintensiv ist. Dadurch, dass die Prüfung der materiellen Ausschlussgründe den kantonalen Rechtshilfebehörden überlassen ist, und nicht einem zentralen Bundesorgan mit Spezialisten (vgl. z.B. die Erkennungsdienste des Bundesamtes für Polizei, fedpol), nimmt der Gesetzgeber in Kauf, dass Ausschlussgründe erst Jahre nach der Anordnung der Zwangsmaßnahmen, gestützt auf entsprechende Rügen der Betroffenen im Rechtsmittelverfahren, aufgedeckt werden.

Insgesamt dürfte sich die Prüfung des Rechtshilfesuchs bei der kleinen Rechtshilfe in der Praxis im Wesentlichen auf die Frage beschränken, ob der durch den ausländischen Staat kurz dargestellte Sachverhalt⁸⁴ unter mindestens einen Schweizer Straftatbestand aus dem zulässigen Bereich (d.h. Straftatbestände außerhalb des [finanz-]politischen und/oder militärischen Bereichs unter Ausschluss von Steuerdelikten) subsumiert werden kann. Vorbehalten bleiben offensichtlich unzulässige Rechtshilfesuche. Dabei ist davon auszugehen, dass politisch motivierte Rechtshilfesuche in aller Regel die Voraussetzungen der Rechtshilfe zumindest dem An-

schein nach einhalten und entsprechende Ungereimtheiten deshalb vielfach nicht auffallen dürften.

Die Befugnis, ergänzende Informationen einzuholen, wird nur im schwIRSG und nur in Bezug auf die formellen Anforderungen erwähnt.⁸⁵ Mit Blick auf das generelle Ziel der Förderung der Rechtshilfe und das Vertrauensprinzip ist wegen der Verzögerung, die ein solches Ergänzungsgesuch mit sich bringt, von einer gewissen Hemmschwelle für die Ausübung dieser Befugnis auszugehen. Das gilt umso mehr, als die Möglichkeit besteht, dass sich allfällige Unklarheiten im Laufe des Verfahrens auflösen, sodass das Rechtshilfesuch zum Zeitpunkt der Anfechtbarkeit der Schlussverfügung alsdann zweifelsfrei zulässig wäre. Desgleichen dürfte die Bereitschaft, angeordnete Zwangsmaßnahmen entsprechend den Regeln des allgemeinen Verwaltungsrechts zu widerrufen, aufgrund der genannten Umstände stark gebremst sein.

Nach dem Gesagten dürften bei der aktuellen Ausgestaltung des Rechtshilfeverfahrens in der Schweiz aus rein praktischen Gründen selbst schwerwiegende Mängel des ausländischen Strafverfahrens wie namentlich Verletzungen der EMRK oder des UNO-Pakt II (IPbPR) höchstens in extremen Fällen, z.B. bei notorischen Dissidenten und Oppositionellen eines Regimes, dessen Rechtsstaatlichkeit bekanntlich zweifelhaft ist, zu Beginn des Rechtshilfeverfahrens entdeckt werden. In allen anderen Fällen dürften die beantragten Zwangsmaßnahmen der kleinen Rechtshilfe in aller Regel gutgeheißen und angeordnet und damit die Individualrechte der Betroffenen intensiv einschränkt werden, ohne dass irgendeiner der in der Revision des schwIRSG 1996 vorgesehenen Ausschlussgründe seine Wirkungen entfalten könnte. Aufgrund der zeitlichen Gestaltung des Rechtsschutzes hinkt unseres Erachtens das Trennungsmodell. Denn die Einschränkungen des Rechtsschutzes werden durch die Ausschlussgründe, die zum Zeitpunkt der Entgegennahme von Rechtshilfesuchen zu prüfen sind, nicht wieder wettgemacht – im Gegenteil. Sie sind dadurch, dass die Rechtshilfebehörden den Sachverhalt nicht umfassend festzustellen, sondern sich auf die Rechtmäßigkeit des ausländischen Strafverfahrens grundsätzlich zu verlassen haben, und dass die Betroffenen am Anfang des Verfahrens nicht mitwirken können, faktisch äußerst rudimentär. Abhilfe kann erst im Rahmen des Rechtsmittelverfahrens geleistet werden. Dabei befinden sich hier die Betroffenen in einer besonders ungünstigen Situation. Sie müssen vielfach vom Ausland aus die in der Schweiz angeordnete Maßnahme bekämpfen, sind an die Verfahrensvorschriften und namentlich an die unter den gegebenen Umständen als kurz zu bezeichnenden Fristen (zehn Tage bei Zwischenverfügungen und 30 Tage bei Endverfügungen) gebunden. Sie tragen außerdem das Kostenrisiko. Schließlich stoßen die erstinstanzlichen Rechtshilfebehörden schon aus strukturellen Gründen an ihre Grenzen bei der Feststellung des Sachverhalts.

⁸⁰ Art. 12 sschwIRSG i.V.m. Art. 12 schwVwVG.

⁸¹ Art. 80b Abs. 2 lit. c schwIRSG; vgl. auch Art. 27 schwVwVG (Ausnahme vom Akteneinsichtsrecht für wesentliche öffentliche oder private Interessen).

⁸² Siehe Art. 13 Abs. 1 lit. a und b schwVwVG. Die Verwaltung trägt für ein von Amts wegen eingeleitetes Verfahren grundsätzlich allein die Verantwortung für die Sachverhaltsermittlung, siehe *Auer/Binder*, in: *Auer/Müller/Schindler* (Hrsg.), *Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren*, Kommentar, 2. Aufl. 2019, Art. 13 Rn. 21.

⁸³ Siehe zu den formellen Anforderungen Art. 27–28 schwIRSG; Art. 14 EUeR.

⁸⁴ Art. 28 Abs. 3 lit. a schwIRSG; Art. 14 Abs. 2 EuRhÜbk; kritisch auch *Fiolka* (Fn. 53), S. 609 ff., 615 f.

⁸⁵ Art. 28 Abs. 6 schwIRSG.

V. Zeitpunkt der Anfechtbarkeit des Eintretensentscheids

Erschwerend kommt hinzu, dass unter Vorbehalt des Verbots der formellen Rechtsverweigerung die Betroffenen keinen Einfluss auf die Dauer bis zum Erlass einer anfechtbaren Schlussverfügung nehmen können, auch wenn die Behörden zur beförderlichen Erledigung der Ersuchen verpflichtet sind.⁸⁶

Die Rechtshilfebehörde kann gemäß dem Wortlaut von Art. 80d schwIRSG den Zeitpunkt, ab welchem die gerichtliche Überprüfung im Normalfall möglich ist, direkt steuern. Sie hat gemäß dieser Vorschrift die Verfügung über die Gewährung und den Umfang der Rechtshilfe zu erlassen, wenn sie das Ersuchen als ganz oder teilweise erledigt „erachtet“. Freilich hat sie nach pflichtgemäßem Ermessen zu handeln.⁸⁷ Der Ermessensspielraum bezüglich des Zeitpunkts des Erlasses der Schlussverfügung ist aber wegen der vielen Varianten, die ihr zur Verfügung stehen und die nicht näher normiert sind, äußerst groß. Die Rechtshilfebehörde kann warten, bis sämtliche Begehren des ersuchenden Staates erledigt sind, darf aber auch Teile davon vorgängig abschließen. Dabei regelt das Gesetz nicht, wie die Verfügungen zu den Rechtshilfebegehren aufgeteilt werden sollen. Die Rechtshilfebehörde kann zudem auch Eintretens-, Zwischen- und Schlussverfügungen kombinieren.⁸⁸ Offen ist namentlich, ob nebst einer Aufteilung der Rechtsbegehren nach Materie (z.B. Erledigung des Antrags auf Dokumentenvermittlung, während der Antrag auf Übertragung von Vermögenswerten nur zu einer Beschlagnahme führt und im Übrigen offengelassen wird⁸⁹) auch eine bedingte Schlussverfügung (z.B. Schlussverfügung unter der Bedingung, dass der ausländische Staat in Bezug auf den Transfer von Vermögenswerten noch ein rechtskräftiges und vollstreckbares Urteil erlässt) zulässig sei. Letztere Option ist unseres Erachtens fragwürdig,⁹⁰ weil sie dem System widerspricht, dass prinzipiell erst Endverfügungen anfechtbar sind,⁹¹ wird aber durch keine Gesetzesvor-

schrift ausdrücklich ausgeschlossen. Eine Aufteilung in verschiedene bedingte Teilschlussverfügungen hat für die Betroffenen sowie auch für die Rechtshilfebehörde den Vorteil, dass die Voraussetzungen für die Entgegennahme und das Eintreten in das Rechtshilfeverfahren bereits zu einem früheren Zeitpunkt gerichtlich überprüft werden können; das bedeutet aber unter Umständen, dass die Betroffenen mehrmals Rechtsmittel erheben müssen.

Mit Blick auf dieses besonders weitreichende Ermessen dürfte eine rechtswidrige Ermessensausübung⁹² in Bezug auf den Zeitpunkt des Erlasses einer normal anfechtbaren Schlussverfügung kaum je vorliegen. Zudem haben die Betroffenen ein Interesse an der früheren Anfechtbarkeit, weshalb die Fragen zum Zeitpunkt und zur Erledigungsform nie den Gegenstand eines Rechtsmittelverfahrens bilden dürften. In Ermangelung eines normierten Zeitfensters ist es umgekehrt kaum möglich, den Erlass einer Schlussverfügung gerichtlich durchsetzen zu lassen.

Bei äußerst langen Fällen (ab ungefähr 15 Jahren!) nehmen sich die Gerichte das Recht, auf die Schlussverfügung zu verzichten, und behandeln die betreffenden Beschlagnahmen und Kontensperren als Schlussverfügungen.⁹³ Diese punktuelle Korrektur lässt sich mit Blick auf das krasse Missverhältnis zwischen dem öffentlichen Interesse und den betroffenen privaten Interessen jedenfalls unter dem Gesichtspunkt des Verhältnismäßigkeitsprinzips ohne weiteres rechtfertigen.

Um widersprüchliche Urteile zu vermeiden, sieht zudem das Bundesstrafgericht zugunsten der Betroffenen in relativ freier Auslegung von Art. 80e schwIRSG vor, dass bei Rechtshilfesuchen, die sowohl die Beschlagnahme von Gegenständen und die Sperre von Bankguthaben als auch die Übermittlung von (Bank-)Informationen beantragen, sämtliche Zwischenverfügungen betreffend diese Zwangsmaßnahmen zusammen mit der ersten Schlussverfügung, die ergeht (unabhängig davon, welche Zwangsmaßnahmen sie betrifft), mitangefochten werden können.⁹⁴ Diese aus individualrechtlicher Sicht begrüßenswerte Rechtsprechung hilft allerdings nur dort, wo nebst einer weiteren Zwangsmaßnahme die

werden, dass ein entsprechendes rechtskräftiges und vollstreckbares ausländisches Urteil eingereicht wird, siehe *Heimgartner/Niggli* (Fn. 87), IRSG Art. 80d Rn. 15.

⁹² Siehe Art. 80i lit. a schwIRSG (Überschreitung oder Missbrauch des Ermessens); vgl. Art. 49 lit. a schwVwVG.

⁹³ Schweizerisches Bundesgericht, Urt. v. 18.8.2006 – 1A.335/2005, E. 1; Bundesstrafgericht, Entscheid v. 29.10.2007 – RR.2007.77, E. 2.3.4 (über 20-jährige Kontosperre); Bundesstrafgericht, Entscheid v. 2.5.2014 – RR.2013.236. Dazu *Zimmermann* (Fn. 7), S. 543; *Eymann* (Fn. 38), IRSG Art. 80e Rn. 18 ff.

⁹⁴ Bundesstrafgericht, Entscheid v. 11.2.2021 – RR.2020.159-165, E. 2.1.; Bundesstrafgericht, Entscheid v. 8.2.2013 – RR.2012.173, E. 1.3.3. Aus praktischen Gründen dürfte in aller Regel die Schlussverfügung betreffend die Informationsübermittlung erlassen werden, weil es für den Transfer von beschlagnahmten Gegenständen und Werten eines rechtskräftigen Urteils bedarf.

⁸⁶ Art. 17a schwIRSG; Bundesblatt 1995, III, S. 17.

⁸⁷ *Heimgartner/Niggli*, in: Niggli/Heimgartner (Fn. 4), IRSG Art. 80d Rn. 4.

⁸⁸ *Heimgartner/Niggli* (Fn. 87), IRSG Art. 80d Rn. 2.

⁸⁹ Siehe den Anwendungsfall in Schweizerisches Bundesgericht, Urt. v. 20.10.2005 – 1A_145/2005, Sachverhalt A. sowie E. 1.1.

⁹⁰ Vgl. *Heimgartner/Niggli* (Fn. 87), IRSG Art. 80d Rn. 4, die die Teilschlussverfügung nur im Kontext verschiedener Rechtshilfemaßnahmen erwähnen („Betrifft ein Ersuchen verschiedene Rechtshilfemaßnahmen ist indessen auch eine teilweise Erledigung mittels Schlussverfügungen möglich.“).

⁹¹ Der Erlass einer Teilverfügung betreffend die erste Phase der Rechtshilfe (Entgegennahme, Eintreten und erste Vollstreckungsmaßnahmen, Teilschlussverfügung diesbezüglich) braucht dabei jedenfalls eine Suspensivbedingung, wenn die Vollstreckung des Rechtshilfebegehrens (z.B. Übermittlung von Dokumenten oder Überweisung von Vermögenswerten) von weiteren Dokumenten, die erst später im ausländischen Verfahren erlassen werden, abhängig ist. So kann die Herausgabe von möglicherweise der Einziehung unterliegenden Vermögenswerten nur unter der Suspensivbedingung verfügt

Übermittlung von Informationen, die von der Sache her schneller behandelt werden kann, beantragt wird. Sie wirft zudem bei einer Mehrzahl von Rechtshilfesuchen Umsetzungsfragen auf.

VI. Würdigung: Theorie versus Realität

In der Theorie wirkt das seit der Revision im Jahr 1996 geltende Rechtsschutzkonzept überzeugend: Aufgrund des rechtshilferechtlichen Vertrauensprinzips verlässt sich die Schweiz auf den ersuchenden Staat und verweigert in Anwendung des Trennungsmodells die kleine Rechtshilfe nur bei offensichtlichen Ungereimtheiten. Zur Förderung der internationalen Strafverfolgung sind Rechtsmittel gegen Zwangsmaßnahmen erst unmittelbar vor der definitiven Ausführung (d.h. Informationenübermittlung, Transfer von Gegenständen und Werten) zulässig. Das (legitime) Vertrauen in die Rechtmäßigkeit der ausländischen Verfahren macht deren Überprüfung durch die Schweizer Behörden entbehrlich, soweit dieses Vertrauen nicht durch offensichtliche Fehler zerstört wird. Die Gesetzesmäßigkeit, das genügende öffentliche Interesse und die Verhältnismäßigkeit (vgl. Art. 36 BV, Art. 8 EMRK) der beantragten Zwangsmaßnahmen können damit vermutet werden.

Die Realität sieht unseres Erachtens jedoch anders aus. Aus rein faktischen Gegebenheiten ist das Risiko hoch, dass Zwangsmaßnahmen trotz gröberer Fehler des ausländischen Strafverfahrens angeordnet und in der Folge jahrelang aufrechterhalten bleiben, ohne dass dies von einem Gericht untersucht werden kann. Die Möglichkeiten der zuständigen Rechtshilfebehörden, das ausländische Verfahren zu untersuchen, sind aufgrund des Territorialitätsprinzips von vornherein eingeschränkt. Die Betroffenen, die das ausländische Strafverfahren vielfach kennen dürften, können zum Zeitpunkt der Anordnung der Zwangsmaßnahmen nicht mitwirken. Zudem dürften die Rechtshilfebehörden, insbesondere die zuständigen kantonalen Instanzen, bei der Feststellung des Sachverhalts schon ressourcenmäßig an ihre Grenzen stoßen. Dieses Risiko stellt die Konstruktion, wonach Eintretens- und Zwangsmaßnahmeverfügungen zu Beginn des Rechtshilfeverfahrens nur beschränkt gerichtlich überprüft werden müssen, nach hier vertretener Meinung in Frage.

Solange die Rechtslage unverändert bleibt und der Gesetzgeber an der genannten Konstruktion festhält, wäre demnach in Bezug auf die erstinstanzliche Rechtshilfeausführung zu fordern, dass die Untersuchungsmaxime gem. Art. 12 schwVwVG bei der Prüfung, ob Ausschlussgründe (die ohnehin auf das Minimum eingeschränkt sind) vorliegen, ihre volle Wirkung entfaltet, auch wenn es nur darum geht, gröbere Fehler zu entdecken. Mit Blick auf die Individualrechte müssten beim geringsten Zweifel zusätzliche Informationen vom ersuchenden Staat verlangt und subsidiär die Rechtshilfe verweigert werden. Das gilt wegen des aufgezeigten Missbrauchsrisikos insbesondere im Zusammenhang mit ausländischen Rechtshilfesuchen, die im Anschluss an eine spontane Übermittlung von Informationen eingereicht werden. Das rechtshilferechtliche Vertrauensprinzip bezieht sich gerade nicht auf mögliche Ausschlussgründe. Es darf nicht vermutet werden, dass diese nicht vorhanden seien. Sie dienen der

Einhaltung der Rechtsstaatlichkeit und der Individualrechte, sodass die Feststellung des Sachverhalts zum Ziel haben muss, das Fehlen von Ausschlussgründen klar und deutlich festhalten zu können. Bereits beim Verdacht, dass ein Ausschlussgrund vorliegen könnte, sollten vom ersuchenden Staat zusätzliche Informationen angefordert werden. Das Günstigkeitsprinzip erfordert allerdings, dass dem ersuchenden Staat die Gelegenheit gegeben wird, den Sachverhalt zu ergänzen oder weitere Informationen zum Verfahren einzureichen. Desgleichen sollte das gesetzlich vorgesehene Erfordernis einer Zulässigkeitsbestätigung betreffend die Vereinbarkeit der beantragten Zwangsmaßnahmen mit dem inländischen Recht des ersuchenden Staates konsequent umgesetzt und die Bestätigung zumindest summarisch kontrolliert werden.

In Bezug auf die Rechtsschutzebene wäre im Sinne einer verfassungs- und menschenrechtskonformen Auslegung zu begrüßen, wenn die Rechtsschutzvorschriften des schwIRSG nicht ohne Grund zulasten der Betroffenen ausgelegt werden. Das Günstigkeitsprinzip soll nur gewährleisten, dass möglichst solche Lösungen gewählt werden, die für die Rechtshilfe förderlich sind. Es erfordert jedoch keine systematische Auslegung zulasten der Grundrechte. Gestützt auf den Wortlaut von Art. 80e Abs. 2 schwIRSG sowie auf den menschen- und verfassungsrechtlichen Anspruch auf eine gerichtliche Beurteilung innerhalb angemessener Frist (Art. 6 EMRK und Art. 29 Abs. 1 BV) und auf eine systematische Kohärenz zwischen dem schwIRSG und dem Bundesgerichtsgesetz sollten in diesem Sinne Beschlagnahmen und Kontosperrern grundsätzlich als unmittelbare, nicht wiedergutzumachende Schäden eingestuft werden. Sie sollten damit ohne Weiteres direkt im Anschluss an ihre Anordnung gerichtlich überprüft werden können. Es besteht umso mehr Raum für eine solche, verfassungs- und menschenrechtskonforme Auslegung, als der Gesetzgeber keine Kriterien zur Einschränkung der Anfechtbarkeit von Zwischenverfügungen, die wie z.B. Kontosperrern die Individualrechte der Betroffenen unmittelbar und nicht wiedergutmachbar einschränken, aufgestellt hat. Das sollte den ausländischen Strafverfolgungsanspruch nicht vereiteln, weil dem Rechtsmittel grundsätzlich keine aufschiebende Wirkung zukommt.

De lege ferenda würden ein gesetzlich verankerter Zeitrahmen für Zwangsmaßnahmen und/oder die Pflicht der Schweizer Behörden zur periodischen Einholung von aktualisierten Informationen sicherstellen, dass der ersuchende Staat das Strafverfahren effektiv vorantreibt. Schließlich besteht unseres Erachtens Handlungsbedarf in Bezug auf die Ressourcen, die den Rechtshilfeinstanzen zur Verfügung stehen, um Hintergründe eines ausländischen Verfahrens zu untersuchen. Es soll damit eine gewisse Unabhängigkeit der Schweiz gegenüber dem Ausland sichergestellt werden, was die Tatsachenfeststellung angeht. Der Einbezug spezialisierter Bundesinstanzen, wie z.B. der Nachrichtendienste oder der Bundespolizei, wäre dementsprechend erwägenswert. Außerdem dürfte die ausdrückliche gesetzliche Verankerung der Möglichkeit des Widerrufs von Zwischenverfügungen zu jedem Zeitpunkt des Verfahrens die Umsetzung der Ausschlussgründe fördern und das Risiko, dass die Schweiz menschenrechtswidrige oder sonst grob fehlerhafte Verfahren unterstützt, verringern.