



Article scientifique

Article

2007

Published version

Open Access

This is the published version of the publication, made available in accordance with the publisher's policy.

Offene Fragen zur Beschwerdelegitimation bei akzessorischer Rechtshilfe in Strafsachen in Bezug auf Bankkontoinformationen

Zellweger-Gutknecht, Corinne

How to cite

ZELLWEGGER-GUTKNECHT, Corinne. Offene Fragen zur Beschwerdelegitimation bei akzessorischer Rechtshilfe in Strafsachen in Bezug auf Bankkontoinformationen. In: *Recht*, 2007, vol. 25, n° 6, p. 217–228.

This publication URL: <https://archive-ouverte.unige.ch/unige:37982>

Corinne Zellweger-Gutknecht*

Offene Fragen zur Beschwerdelegitimation bei akzessorischer Rechtshilfe in Strafsachen in Bezug auf Bankkontoinformationen

I. Status Quo

- A. Regel
- B. Ausnahme
- C. Grenzen
- D. Ratio
- E. Konsequenz

II. Rückblick

- A. Akzessorische Rechtshilfe gestützt auf Staatsverträge
- B. Bundesgesetz zum CH/US-Rechtshilfevertrag
- C. Rechtshilfegesetz
 1. Entstehung
 2. Rechtsprechung
- D. Revidiertes Rechtshilfegesetz
 1. Entstehung
 2. Rechtsprechung

III. Fragen

- A. Inwiefern trifft eine Rechtshilfemassnahme hinsichtlich Bankkontoinformationen den Kontoinhaber überhaupt persönlich und direkt?
- B. Ist der wirtschaftlich Berechtigte stets weniger «direkt» betroffen als der Kontoinhaber?
- C. Weshalb differenziert das Rechtsmittelverfahren gestützt auf juristische Aspekte zwischen Kontoinhaber und wirtschaftlich Berechtigtem, selbst wenn erst eine wirtschaftliche Betrachtungsweise die Rechtshilfemassnahme ermöglicht?
- D. Weshalb ist im Falle der Liquidation von Kontoinhaber oder Konto ein Begünstigungsnachweis durch den wirtschaftlich Berechtigten erforderlich?
- E. Ab wann gerät die Beschränkung der Beschwerdelegitimation zur formellen Rechtsverweigerung?

IV. Schluss

Wer Verbrechen bekämpft, ficht auch gegen die Zeit. Entsprechend steht und fällt der Nutzen der internationalen Rechtshilfe in Strafsachen letztlich mit dem Tempo ihres Verfahrens. Aus diesem Grund war es ein massgebliches Ziel der auf den 1. Februar 1997 in Kraft getretenen Revision unseres Rechtshilfegesetzes¹, ebendieses Verfahren zu beschleunigen².

Im Vorfeld zur Revision hatte die nationalrätliche Kommission für Rechtsfragen verschiedene Hearings durchgeführt. Dabei gingen vonseiten der Strafverfolgungsbehörden Begehren «in die Richtung, im Bereich der Rechtshilfe³ künftig überhaupt auf alle Rechtsmittel zu verzichten und Rechtsmittel nur noch im ersuchenden Staat zuzulassen»⁴. In seiner Absolutheit rechtsstaatlich schlicht unhaltbar, vermochte sich dieses Ansinnen freilich nicht durchzusetzen, wie die geltenden Art. 21 ff. IRSG belegen.

Dennoch ist heute der Rechtsschutz jedenfalls für Personen, gegen die sich das ausländische Strafverfahren richtet, sogenannte Verfolgte⁵, im Bereich der akzessorischen⁶ Rechtshilfe (Art. 63 ff. IRSG), bzw. in deren praktisch bedeutsamstem Teilbereich, je nach Konstellation praktisch ausser Kraft gesetzt: Mehr als die Hälfte aller Ersuchen um strafrechtliche Beweiserhebung – schweizweit immerhin rund 1700 Fälle pro Jahr⁷ – lauten alleine in Zürich⁸ auf Herausgabe von Kontounterlagen. Sofern nun die Verfolgten bezüglich der fraglichen Konti lediglich wirtschaftlich berechtigt sind oder blosser Verfügungsmacht besitzen, ohne zugleich Kontoinhaber zu sein, spricht ihnen das Bundesgericht die persönliche und direkte Betroffenheit im Sinne der Art. 21 Abs. 3 und 80h IRSG in aller Regel ab⁹.

³ Zum Begriff der Rechtshilfe allgemein vgl. etwa *Peter Nobel*, Schweizerisches Finanzmarktrecht – Einführung und Überblick, 2. Auflage, Bern 2004, § 12 Rz. 52; zu den einzelnen Arten von Rechtshilfe sowie zur Abgrenzung gegenüber der Amtshilfe: *Elias Hofstetter*, Die internationale Rechtshilfe in Straf- und Zivilsachen und das Bankgeheimnis, in: recht 3 (2004) 81–90, 81 f. m.w.H.; zur Strafrechtshilfe: *Peter Popp*, Grundzüge der internationalen Rechtshilfe in Strafsachen, Basel/Genf/München 2001, Rz. 115.

⁴ Zit. *Arnold Koller*, damaliger Bundesrat, AmtBull 1995 2627 (Hervorhebung hinzugefügt).

⁵ Vgl. zum Begriff Art. 11 Abs. 1 IRSG.

⁶ Sie wird auch kleine, andere oder eigentliche Rechtshilfe genannt und umfasst gemäss Art. 63 IRSG Auskünfte, nach schweizerischem Recht zulässige Prozesshandlungen und andere Amtshandlungen, soweit sie für ein Verfahren in strafrechtlichen Angelegenheiten im Ausland erforderlich erscheinen oder dem Beibringen der Beute dienen (etwa die Zustellung von Urkunden zugunsten eines ausländischen Strafverfahrens, die Herausgabe von Gegenständen und Vermögenswerten zur Einziehung oder Rückerstattung an den Berechtigten sowie die hier vornehmlich interessierende Beweiserhebung).

⁷ Statistik Internationale Rechtshilfe 2006 des Bundesamtes für Justiz (www.bj.admin.ch).

⁸ *Dave Zollinger*, Journalistenseminar 12./13. Juni 2006, 17 (www.swissbanking.org).

⁹ Dazu und zu Ausnahmen eingehend unten II. D.

* Dr. iur., Zürich. Für wertvolle Hinweise dankt die Verfasserin Herrn Dr. iur. Elias Hofstetter (Bern).

¹ Bundesgesetz vom 20. März 1981 über internationale Rechtshilfe in Strafsachen (IRSG; SR 351.1).

² AmtBull 1995 2620. Vgl. auch *Pierre-Dominique Schupp*, La révision de la loi fédérale sur l'entraide internationale en matière pénale (EIMP), in: ZStrR 115 (1997) 180 ff.

I. Status quo

Dieses Resultat beruht auf einer Rechtsprechung, die das Bundesgericht im Bereich der Rechtshilfe in Bezug auf Bankkontoinformationen über die vergangenen Jahrzehnte entwickelt hat. Ein jüngerer Entscheid¹⁰, auf den sich auch die Erwägungshinweise in Klammern beziehen, fasst die wichtigsten Punkte exemplarisch zusammen:

A. Regel

«Bei Erhebungen von Bankkontoinformationen, als Rechtshilfemassnahme, wird als persönlich und direkt Betroffener nur der jeweilige Kontoinhaber angesehen» (Regeste). «Für bloss indirekt Betroffene, insbesondere Personen, die zwar in den erhobenen Kontenunterlagen erwähnt werden, aber nicht direkt von Zwangsmassnahmen betroffen bzw. Inhaber der fraglichen Konten sind, ist die Beschwerdebefugnis grundsätzlich zu verneinen» (E.1.e).

B. Ausnahme

Bloss wirtschaftlich an einem Konto berechnete Personen «sind nur in Ausnahmefällen gegenüber Rechtshilfemassnahmen selbständig beschwerdelegitimiert. Dies kann dann der Fall sein, wenn eine juristische Person, über deren Konto Auskunft verlangt wird, aufgelöst wurde und deshalb nicht mehr handlungsfähig ist» (Regeste). «Die Beweislast für die wirtschaftliche Berechnung und die Liquidation der Gesellschaft obliegt allerdings dem Rechtsuchenden» (E.1.e)¹¹. Nicht erwähnt sind in diesem Entscheid die weiteren Erfordernisse, dass dieser Beweis gestützt auf amtliche Dokumente zu erbringen ist¹², dass der Auflösungsbeschluss den wirtschaftlich Berechneten zudem eindeutig als Begünstigten der Liquidation zu bezeichnen hat¹³ und dass der wirtschaftlich Berechnete einer zwischenzeitlich saldierten Bankverbindung überdies aufzeigen muss, dass er auch nach Kontoauflösung Begünstigter der Vermögenswerte war.¹⁴

¹⁰ Urteil 1A.10/2000 vom 18.5.2000 = Pra 89 (2000) Nr. 133. Zitiert wird im Folgenden, soweit sich in der «Praxis» eine deutsche Übersetzung findet, jeweils diese Fassung.

¹¹ Ebenso die Urteile 1C_215/2007 vom 4.9.2007 E.2.2; 1A.1A.10/2000 vom 18.5.2000 E.1.e; 1A.131/1999 vom 26.8.1999 E.3.b; vgl. auch Robert Zimmermann, La coopération judiciaire internationale en matière pénale, 2. Aufl., Bern 2004, 352 Fn. 2088.

¹² Urteil 1A.212/2001 vom 21.3.2002 E.1.3.2; so zuvor schon 1A.10/2000 vom 18.5.2000 E.1.e; 1A.131/1999 vom 26.8.1999 E.3 und 1A.236/1998 vom 25.1.1999 E.1.b.bb. Vgl. ebenso das Urteil des Bundesstrafgerichts RR.2007.52 E.3.2 vom 13.6.2007.

¹³ Urteil 1A.84/1999 vom 31.5.1999, E.2.c; 1A.212/2001 vom 21.3.2002, E.1.3.2; 1A.286/2003 vom 11.2.2004 E.2.2

¹⁴ Urteil 1A.285/2003 vom 11.2.2004, E.1; 1A.286/2003 vom 11.2.2004 E.2.2.

C. Grenzen

Ausserdem darf die Firmenauflösung «nicht bloss vorgeschoben oder rechtsmissbräuchlich erscheinen» (E.1.e). Als Missbrauchsindiz wird etwa gewertet, wenn eine Gesellschaft «gerade dann ihre Geschäftstätigkeit einstellt und aufgelöst wird, wenn sie von strafprozessualen Kontenerhebungen bedroht oder betroffen ist» (E.2.c). Nicht anders gilt es zudem für den Fall, dass Gesellschaften zwar in einem Zeitpunkt aufgelöst werden, der deutlich vor Eingang des Rechtshilfeersuchens liegt, aber in etwa mit der Kenntnisnahme der Gesellschaftsinhaber von den ergriffenen Strafuntersuchungen zusammenfällt (E.2.d). Zudem kann auch «eine ersatzweise Legitimation von Personen, die an einer liquidierten juristischen Person bloss wirtschaftlich berechnete sind, nicht weiter gehen als die ursprüngliche Beschwerdeberechtigung der nicht mehr handlungsfähigen Gesellschaft selbst» (E.1.e; vgl. auch E.2.b) – was etwa eine Berufung auf Art. 2 lit. a IRSG durch juristische Personen ausschliesst.

D. Ratio

Die dargelegte Praxis soll ermöglichen, «dass in einem solchen (wohl eher seltenen) Fall die schutzwürdigen Interessen der an der Gesellschaft wirtschaftlich berechneten Personen auch in einem Rechtshilfeverfahren gewahrt werden können. Hingegen dient die erwähnte Praxis nicht dazu, es dem Angeschuldigten oder anderen vom Rechtshilfeverfahren betroffenen Personen zu ermöglichen, das Verfahren durch rechtsmissbräuchliches Verhalten zu komplizieren und zu erschweren. Die revidierten Bestimmungen des IRSG – darunter namentlich die Legitimationsvorschriften von Art. 80h IRSG und Art. 9a lit. a IRSV – bezwecken im Gegenteil eine Straffung und Beschleunigung des Rechtshilfeverfahrens und eine Eindämmung trölerischer Beschwerdeführung» (E.2.c).

E. Konsequenz

Die Folge für jene, welche die genannten Kriterien nicht erfüllen, sind Ausschluss des rechtlichen Gehörs, insbesondere des Akteneinsichtsrechts¹⁵, mangelnde Beschwerdelegitimation und somit letzten Endes jeweils ein Nichteintretensentscheid der ersten Rechtsmittelinstanz.

Im Falle des Weiterzuges verweist unser oberstes Gericht hinsichtlich der Legitimationsfrage inzwischen regelmässig summarisch auf das rechtsprechungskonforme vorinstanzliche Judikat

¹⁵ Vgl. etwa BGE 110 (1984) IB 387.

(Art. 109 Abs. 3 BGG¹⁶ bzw. zuvor Art. 36a Abs. 3 OG¹⁷) oder direkt auf eigene frühere Urteile zu dieser Frage. Erst jüngst bekräftigte es, für ein Rückkommen auf die skizzierte Rechtsprechung bestehe «kein Anlass»¹⁸. In naher Zukunft ist deshalb von seiner Seite wohl kaum mehr eine vertiefte Auseinandersetzung mit dieser selektiven Rechtswegbeschränkung zu erwarten.

Angesichts der einschneidenden Konsequenzen – die Verfolgten sind im betreffenden Fall tatsächlich ausschliesslich auf die Rechtsmittel im ersuchenden Staat verwiesen – scheint es aber angezeigt, an dieser Stelle im Sinne einer Standortbestimmung wenigstens die groben Entwicklungslinien und Hauptargumente der betreffenden Gesetzesbestimmungen und der bundesgerichtlichen Rechtsprechung sowie deren Auswirkungen auf die einzelnen Akteure in Erinnerung zu rufen und kritisch zu beleuchten.

II. Rückblick

A. Akzessorische Rechtshilfe gestützt auf Staatsverträge

Die Frage nach der Beschwerdelegitimation bei akzessorischer Rechtshilfe wird, soweit ersichtlich, erstmals 1977¹⁹ in einem bundesgerichtlichen Leitentscheid behandelt. Gegen die Beschlagnahme von «insgesamt 15 Wäschekartons» Akten bei zwei mutmasslich in kriminelle Geschäfte verwickelte Gesellschaften in Zürich rekurrieren sowohl die Gesellschaften als auch die im deutschen Strafverfahren Angeschuldigten. Auf die Rekurse der natürlichen Personen wird aber nicht eingetreten, woraufhin sich das Bundesgericht zu den entsprechenden Beschwerden äussern muss.

Im Zeitpunkt des angefochtenen Entscheides gilt (zwischen den Vertragsstaaten) zwar bereits das per 20. März 1967 in Kraft getretene europäische Übereinkommen über die Rechtshilfe in Strafsachen vom 20. April 1959²⁰. Allerdings äussert sich das Übereinkommen nicht zu Beschwerdemöglichkeiten und damit auch nicht zur Legitimation. Auch die vorbestehenden bilateralen Verträge enthalten erst vereinzelte Bestimmungen zur Leistung akzessorischer Rechtshilfe²¹, freilich ohne sich zu den Rechtsmittelvoraussetzungen im hier interessierenden Bereich zu äussern. Ent-

sprechend stützt sich das Bundesgericht ohne Einschränkung auf die allgemeinen Grundsätze zur damals einschlägigen staatsrechtlichen Beschwerde.

Im Vergleich zu heutigen Urteilen mutet die Tonalität geradezu fürsorglich an, wenn festgehalten wird, beschwerdelegitimiert seien «alle Privaten, die durch den angefochtenen Entscheid in ihren verfassungsmässigen Rechten oder in ihrer durch Staatsvertrag geschützten Rechtsstellung verletzt»²² seien. Bezüglich des Eintretens genüge es, festzuhalten, «dass die Normen der Rechtshilfeabkommen nicht ausschliesslich öffentlichen Interessen dienen; träfe dies nämlich zu, so wäre die Beschwerdelegitimation zu verneinen (...). Die in den Rechtshilfeabkommen umschriebenen Grenzen der Rechtshilfe dienen aber auch privaten Interessen, so dass die Beschwerdelegitimation unter diesem Gesichtspunkt jedenfalls zu bejahen ist (...). Solche private Interessen bestehen sowohl bei jenen, die durch die ihnen auferlegte Zeugnispflicht oder Pflicht zur Aktenevidenz direkt von der Rechtshilfeverfügung betroffen sind, als auch bei den Angeschuldigten, die ein Interesse daran haben, dass staatsvertragswidrige und willkürliche Rechtshilfemassnahmen, die ihre Rechtsstellung erschweren, unterbleiben.»²³ Die zitierte Rechtsprechung wird bis zum Inkrafttreten des Rechtshilfegesetzes noch mehrfach bestätigt²⁴.

B. Bundesgesetz zum CH/US-Rechtshilfevertrag

Noch bevor die Beratungen über das künftige Rechtshilfegesetz aufgenommen werden, gelangt der Staatsvertrag mit den Vereinigten Staaten von Amerika über gegenseitige Rechtshilfe in Strafsachen (RVUS)²⁵ zum Abschluss. Gleichzeitig

²² BGE 103 (1977) IA 206, 208 f. E.2.a.

²³ BGE 103 (1977) IA 206, 208 f. E.2.a (Hervorhebung hinzugefügt) m.H.a. BGE 98 (1972) IA 653, 654; BGE 99 (1973) IA 78, 85 E.2.a; *Augustin Macheret*, La qualité pour recourir, clef de la juridiction constitutionnelle et administrative du Tribunal fédéral, in: ZSR 94 (1975) 156.

²⁴ Insbesondere auch für Verfolgte ohne Wohnsitz oder gewöhnlichen Aufenthalt in der Schweiz. BGE 105 (1979) IB 211, 212 E.2.a: «(...) Il a qualité pour agir, les particuliers qui sont lésés dans leurs intérêts juridiquement protégés ayant, quel que soit leur domicile en Suisse ou à l'étranger, qualité pour attaquer les décisions rendues à leur préjudice en violation du traité (ATF 103 la 208)» und BGE 107 (1981) IB 264, 267 E.1: «Le recourant est prévenu dans l'action pénale pour laquelle la commission rogatoire litigieuse a été adressée aux autorités suisses. Il a qualité pour recourir et pour invoquer une violation des dispositions conventionnelles régissant la requête d'entraide présentée en l'espèce. Peu importe à cet égard qu'il soit ressortissant étranger et n'ait pas de domicile en Suisse.»

²⁵ Zum Staatsvertrag vom 25. Mai 1973 mit den Vereinigten Staaten von Amerika vgl. BBl 1974 II 592–630 (nachmals RVUS; SR 0.351.933.6); *André Alois Wicki*, Der Staatsvertrag zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und den Vereinigten Staaten von Amerika über gegenseitige Rechtshilfe in Strafsachen aus der Sicht eines Bankjuristen, in: SJZ 70 (1974) 341 ff.

¹⁶ Bundesgesetz vom 17. Juni 2005 über das Bundesgericht (Bundesgerichtsgesetz; SR 173.110).

¹⁷ Bundesgesetz vom 16. Dezember 1943 die Organisation der Bundesrechtspflege (Bundesrechtspflegegesetz; SR 173.110).

¹⁸ Urteil 1C_216/2007 vom 20. September 2007 E.2.3.

¹⁹ BGE 103 (1977) IA 206, 208 f. E.2.a.

²⁰ EUeR; SR 0.351.1.

²¹ *Hofstetter* (Fn. 3) 83; *Popp* (Fn. 3) Rz. 4.

schreiten auch die Arbeiten an einem Bundesgesetz (BG-RVUS)²⁶ voran, mit dessen Hilfe der Rechtshilfevertrag mit den USA im Bereich der akzessorischen Rechtshilfe für die Praxis überhaupt erst anwendbar gemacht werden soll²⁷.

Die Rechtsmittel werden dabei in den früheren Art. 16 ff. BG-RVUS geregelt. Die bundesrätliche Botschaft²⁸ hält dazu fest, Legitimation und Einsprachegründe seien «grundsätzlich dieselben, wie bei der verwaltungsgerichtlichen und der Verwaltungsbeschwerde (vgl. Art. 103 und 104 OG; Art. 45 Abs. I VwVG)» (640). Die Vereinfachung und Beschleunigung des Verfahrens soll also primär mit der neu eingeführten Einsprache²⁹ erreicht werden – und nicht etwa über eine Beschränkung der Legitimation des Verfolgten *aufgrund mangelnder direkter Betroffenheit*. Eine diesbezügliche Einschränkung findet sich im damaligen Art. 16 BG-RVUS (noch) nicht. Vielmehr statuiert Absatz 1 ohne Vorbehalt: «Wer durch eine Rechtshilfebehandlung berührt ist und ein schutzwürdiges Interesse hat, kann bei der Zentralstelle gegen deren Anordnungen Einsprache erheben.» Eine Restriktion für den Verfolgten sieht Absatz 2 nur in Bezug auf die Rügegründe vor: «... derjenige, gegen den sich das zum Ersuchen Anlass gebende Verfahren richtet, kann jedoch lediglich rügen, die Rechtshilfebehandlung verletze Bundesrecht und könnte zudem die ihm nach amerikanischem Verfahrensrecht zustehenden Verteidigungsrechte beeinträchtigen.»

Ausdrücklich nur in Bezug auf dieses letzte Erfordernis – die drohende Beeinträchtigung der Verteidigungsrechte³⁰ – verweist die Botschaft zur Begründung auf ihre Ausführungen zum Akteneinsichtsrecht (641). Dem dort Gesagten zufolge beruht die in Art. 9 Abs. 2 statuierte Beschränkung der Akteneinsicht für den Verfolgten (auf jene Fälle, in denen «er in der Schweiz seinen Wohnsitz oder gewöhnlichen Aufenthalt hat und [...] es für seine Verteidigung im ausländischen

Verfahren erforderlich ist und dessen Zweck nicht gefährdet») darauf, «dass diesem nach amerikanischem Recht im Strafverfahren genügend Möglichkeiten eingeräumt sind Beweismittel der Anklage anzufechten» (639). Daher seien ihm zusätzliche Rechte durch unsere Rechtsordnung nur gerade einzuräumen, soweit «die Rechtshilfebehandlung selbst seine Verteidigungsrechte [...] unmittelbar beeinträchtigt»³¹. Selbst hier, in Bezug auf die Akteneinsicht, fehlt also jeder Hinweis auf das Erfordernis einer persönlichen Betroffenheit.

C. Rechtshilfegesetz

1. Entstehung

Nur kurze Zeit später legt der Bundesrat dem Parlament schliesslich seine Botschaft zu einem Bundesgesetz über internationale Rechtshilfe in Strafsachen vor³². Wie er darin ausführt, hat er insbesondere mit der vorgesehenen Regelung zur akzessorischen Rechtshilfe «gesetzgeberisches Neuland betreten» (445).

Mit Blick auf den im 3. Kapitel vorgesehenen Rechtsschutz stellt die Botschaft einleitend fest, das öffentliche Interesse habe sich «in starkem Mass gewissen Problemen der Rechtshilfe zugewandt, insbesondere dem Schutz der Geheimsphäre. Es [sei] deshalb mit einer erheblichen Steigerung der Zahl der Beschwerden zu rechnen, sodass sich eine für alle Formen der Zusammenarbeit einheitliche und sachdienliche Regelung» (457) aufdränge. Es solle «die Ermittlung der Wahrheit nicht ungebührlich verzögert und erschwert werden können» (458). Dieses Ziel habe seinen Niederschlag in den Vorschriften über die gemeinsamen Bestimmungen zum Rechtsschutz in Artikel 18 gefunden.

Artikel 18 Absatz 2 des Entwurfs wird später unverändert als Artikel 21 Absatz 3 aRSG Eingang ins Gesetz finden: «Personen, gegen die sich das ausländische Strafverfahren richtet, können Verfügungen nur anfechten, wenn eine Massnahme sie persönlich trifft oder sie in ihren Verteidigungsrechten im Strafverfahren beeinträchtigen könnte.» Das Erfordernis der persönlichen Betroffenheit ist damit *erstmalig* genannt. Dessen ungeachtet merkt die Botschaft an³³, Artikel 18 Absatz 2 des Entwurfes entspreche dem Arti-

²⁶ Vgl. Botschaft des Bundesrates vom 28. August 1974 an die Bundesversammlung zu einem Bundesgesetz zum Staatsvertrag mit den USA über gegenseitige Rechtshilfe in Strafsachen, BBl 1974 II 631–648 (Gesetzesentwurf 649–665; nachmals SR 351.93). Siehe insb. *Curt Markees*, Die Rechtshilfe in Strafsachen im Verkehr mit den USA nach dem Vertrag vom 25.5.1973 und dem Bundesgesetz vom 3.10.1975, in: ZStR 95 (1978) 113 ff.

²⁷ Nachdem wie erwähnt bislang ein schweizerisches Rechtshilfegesetz zum Vollzug von Begehren um kleine Rechtshilfe gefehlt hatte: *Hofstetter* (Fn. 3) 26.

²⁸ Siehe Fn. 26.

²⁹ Art. 16, wonach die Behörde erst dann eine Verfügung trifft, wenn sich die mit formloser Einsprache geltend gemachten Einwände nicht rasch auf *gütlichem Wege* erledigen lassen.

³⁰ Bspw. indem Zeugenaussagen an den ersuchenden Staat gelangen, ohne dass der Verfolgte später noch die Möglichkeit erhalte, Ergänzungsfragen zu stellen oder eine Konfrontation mit ihm zu verlangen (BGE 114 [1988] IB 156 E.2.a = Pra 77 [1988] Nr. 248).

³¹ S. 639.

³² Botschaft des Bundesrates vom 8. März 1976 an die Bundesversammlung zu einem Bundesgesetz über internationale Rechtshilfe in Strafsachen und einem Bundesbeschluss über Vorbehalte zum Europäischen Auslieferungübereinkommen, BBl 1976 II 444–490 (Gesetzesentwurf 491–527).

³³ BBl 1976 II 480.

kel 16 Absatz 2 BG-RVUS – obwohl letzterer wie gesehen³⁴ keine derartige Legitimationsbeschränkung enthielt. Weitere Aussagen explizit über die Berechtigung zur Beschwerdeführung enthält die Botschaft nicht.

Lediglich in der Einleitung gibt der Bundesrat zusätzlich zu bedenken, dass sämtliche Verfahren der zwischenstaatlichen Zusammenarbeit in Strafsachen «für die davon *betroffenen* Personen mehr oder weniger schwerwiegende *Eingriffe in persönliche Freiheitsrechte* nach sich [ziehen], *namentlich* durch die Beschränkung der persönlichen Freiheit und die Vorführung vor die zuständige Behörde, sowie durch die Verpflichtung zur Aussage, zur Duldung von Durchsuchungen und zur *Preisgabe gesetzlich geschützter Geheimnisse*»³⁵.

2. Rechtsprechung

Relativ kurz nachdem das Bundesgesetz über internationale Rechtshilfe in Strafsachen am 1. Januar 1983 in Kraft getreten ist, äussert sich das Bundesgericht in BGE 110 (1984) IB 387³⁶ soweit ersichtlich erstmals in einem Leitentscheid zum Kriterium der «persönlichen Betroffenheit»: Nachdem bei Dritten eine Hausdurchsuchung durchgeführt und Dokumente beschlagnahmt wurden, sucht der Verfolgte vergeblich um Akteneinsicht nach. Ihm wird von der Staatsanwaltschaft beschieden, er sei weder zur Akteneinsicht noch zur Ergreifung eines Rechtsmittels im Rechtshilfeverfahren legitimiert, da ihn die Rechtshilfemassnahmen nicht persönlich getroffen hätten.

Tatsächlich billigt Art. 79 Abs. 3 aIRSG dem Beschuldigten, den eine Rechtshilfemassnahme *nicht* persönlich trifft, ein Akteneinsichtsrecht *in das Rechtshilfeersuchen und die zugehörigen Unterlagen*³⁷ nur zu, sofern er seinen gewöhnlichen Aufenthalt in der Schweiz hat, und nur, soweit es im Interesse der Wahrung seiner Verteidigungsrechte im ausländischen Strafverfahren liegt. Weil der Beschuldigte in casu das Aufenthaltskriterium nicht erfüllt, steht somit die Frage im Raum, ob ihm das Akteneinsichtsrecht (kraft Umkehrschluss)

wenigstens aufgrund allfälliger persönlicher Betroffenheit zu gewähren sei – was in casu eine nähere Bestimmung dieses Begriffs erforderlich macht. Das Bundesgericht erwägt, der Bedingung der persönlichen Betroffenheit würde ein «vernünftiger Sinn abgehen, wenn man sie dahin verstehen wollte, jede Rechtshilfemassnahme treffe automatisch den Beschuldigten» (E.2.c). Erfasst werde folglich «nur derjenige Beschuldigte, der sich in der Schweiz selbst einer konkreten Massnahme zu unterwerfen hat, wie etwa einer Hausdurchsuchung oder einer Aktenedition [... oder einer] Beschlagnahme von ihm gehörenden Gegenständen im ersuchten Staat» (E.2.c). Demgegenüber seien die konkreten Rechtshilfemassnahmen ausschliesslich gegen Dritte gerichtet gewesen.

In Bezug auf Art. 21 Abs. 3 aIRSG ergänzt das Gericht sodann, die gesetzgebende Behörde habe hinsichtlich der Legitimation des Beschuldigten zur Verwaltungsgerichtsbeschwerde eine Ausnahme von Art. 103 lit. a OG machen³⁸ und ihm die Beschwerdebefugnis nur zuerkennen wollen, soweit eine Massnahme ihn persönlich treffe oder ihn in seinen Verteidigungsrechten im ausländischen Strafverfahren beeinträchtigen könnte. Das Erfordernis, wonach eine Massnahme den Beschuldigten persönlich treffen muss, könne dabei «wohl nicht anders verstanden werden als bei der Auslegung [von Art. 79 Abs. 3 aIRSG]. Dort kann, wie ausgeführt, mit jener Umschreibung nur derjenige Beschuldigte gemeint sein, der sich in der Schweiz einer Rechtshilfebehandlung, *namentlich* einer Zwangsmassnahme³⁹, zu unterziehen hat»⁴⁰ (E.3.b). Notwendig ist somit nicht, dass Massnahmen die «Anwendung prozessualen Zwanges erfordern» (vgl. zum Begriff Art. 64 Abs. 1 IRSG), wohl aber, dass sie eine Person dennoch persönlich treffen.

In einem weiteren Entscheid⁴¹ sorgt das Bundesgericht sodann für die «Einheit der Rechtshilfe»⁴², indem es die zuvor entwickelten Grundsätze auch in Bezug auf Art. 16 aBG-RVUS für anwendbar erklärt – obwohl wie gesehen weder Gesetzeswortlaut noch -materialien diese Auslegung nahelegen. Bestrebt, dem Verfolgten den Rechtsmittelzugang zu erleichtern, umgeht das Gericht das kumulative Erfordernis von Bundes-

³⁴ Vgl. oben II. B.

³⁵ Zit. BBI 1976 II 448, Hervorhebungen hinzugefügt.

³⁶ E.2.c = Pra 74 (1985) Nr. 156.

³⁷ Zutreffend wies *Messerli* darauf hin, diese Einschränkung gelte «jedoch nur für die Einsicht in das Rechtshilfeersuchen und die zugehörigen Unterlagen. Der klare Wortlaut [und m.E. auch die Ratio – den Verfolgten nicht unnötig über den *rechtshilfeunabhängigen* Kenntnisstand seiner Verfolger zu informieren] vermöchte eine weitergehende Beschneidung der Akteneinsicht nicht zur rechtfertigen. Die [schweizerischen] Akten, insbesondere auch die von einer Bank herausgegebenen, stehen dem Beschuldigten zur Einsicht offen. Insofern gelten die Vorschriften des VwVG, was Art. 79 [a]IRSG ausdrücklich hervorhebt.» (Zit. *Beat Messerli*, Internationale Rechtshilfe in Strafsachen – eine Standortbestimmung, in: ZStrR 1993 121 ff., 127 Fn. 9. So wohl auch BGE 113 (1987) IB 257, 268 E.4.c = Pra 77 (1988) Nr. 191.

³⁸ Bestätigt in BGE 113 (1987) IB 257 E.3.c = Pra 77 (1988) Nr. 191.

³⁹ Die Botschaft (BBI 1976 II 483) nannte als Zwangsmassnahmen (Entwurf Art. 60 bzw. Art. 64 IRSG) «nicht nur Massnahmen, bei denen sich der prozessuale Zwang gegen Personen richtet (Vorführung von Zeugen, Erzwingung der Aussage, Durchsuchung), sondern auch die Beschaffung oder Sicherung von Beweismaterial (Beschlagnahme von Tatwerkzeugen, Durchsuchung von Räumen, Fahrzeugen, Grundstücken u.a.m.).»

⁴⁰ E.3.b, Hervorhebung hinzugefügt.

⁴¹ BGE 113 (1987) IB 81 = Pra 76 (1987) Nr. 100.

⁴² *Messerli* (Fn. 37) 122.

rechtsverletzung *und* erschwerter Verteidigung⁴³, indem es Art. 16 Abs. 2 nur mehr auf Verfolgte anwendet, die lediglich *mittelbar* betroffen sind: «Für den von der Rechtshilfebehandlung unmittelbar Betroffenen oder Berührten geht in jedem Fall die Bestimmung von BG-RVUS 16 I derjenigen von II daselbst vor» (E.3.c.bb).

Ein weiteres Urteil konkretisiert sodann diese unmittelbare Betroffenheit weiter: Sie sei etwa gegeben, wenn Nachforschungen über Guthaben laufen, welche eine Person in der Schweiz besitzen soll, wenn diese Guthaben blockiert werden oder wenn die Möglichkeit besteht, dass diese Guthaben dem ersuchenden Staat ausgeliefert werden sollen⁴⁴. In diesem Zusammenhang bleibe es auch unerheblich, dass ein Betroffener bestreitet, Eigentümer dieser Guthaben oder verfügungsberechtigt über die bezüglichen Bankkonten zu sein. Der Entscheidung ist zudem auch erwähnenswert, weil die Rechtshilfe «alle Vermögenswerte und Guthaben [...], welche für Rechnung *oder zugunsten* [der Verfolgten] gehalten»⁴⁵ werden, erfassen sollte. Bei einer mutmasslich in der Schweiz befindlichen Deliktsumme von damals USD 1 Mia.⁴⁶ würde es erstaunen, wenn die Verfolgten nicht teilweise lediglich als wirtschaftlich Berechtigte figuriert hätten. Das Urteil bejaht die Legitimation indessen uneingeschränkt, ohne in dieser Hinsicht eine Differenzierung vorzunehmen.

Anders dann in BGE 114 (1988) IB 156⁴⁷: Dort verlangen zwei Firmen, gegen die sich ein ausländisches Strafverfahren richtete, vergeblich in eigenem Namen Akteneinsicht, nachdem gegen drei von ihnen beherrschte Gesellschaften Rechtshilfemassnahmen (Hausdurchsuchung und Befragung) ergriffen wurden. Ihnen wird beschieden, selbst ein Alleinaktionär und seine Aktiengesellschaft würden nicht als identisches Rechtssubjekt betrachtet. Entsprechend könne sich der Alleinaktionär «nicht auf die wirtschaftliche Einheit berufen, um Nachteilen auszuweichen, welche sich aus der Rechtsform der Einmanngesellschaft, *welche er frei gewählt hat*, ergeben»⁴⁸. Noch ist keine Rede von «vorschieben» einer juristischen Person, «um nicht direkt in Erscheinung»⁴⁹ treten zu müssen. Vielmehr ist dieses von der Steuerrechtsprechung inspirierte Urteil noch sichtlich bemüht, auch den Interessen eines wirtschaftlich Berechtigten – hier in Form eines Alleinaktionärs – Rech-

nung zu tragen, obwohl sich die Rechtshilfemassnahmen nicht primär gegen ihn, sondern gegen seine Aktiengesellschaft richten: Als zweites Argument wird angefügt, der beherrschende Aktionär sei «im allgemeinen in der Lage, die beherrschte Gesellschaft anzuhalten, von den ihr zustehenden Rechtsbehelfen Gebrauch zu machen» (E.2.a). Demzufolge sei es nicht gerechtfertigt, dem Aktionär die Beschwerdelegitimation im Sinne von Art. 21 Abs. 3 aIRSG zuzuerkennen, auch wenn das ausländische Strafverfahren sich gegen ihn richtet. Mit dieser Begründung hält sich das Gericht die (später tatsächlich genutzte) Möglichkeit offen, in einem späteren Zeitpunkt die Legitimation einem bloss wirtschaftlich Berechtigten doch zuzuerkennen – etwa sofern dem Kontoinhaber eine Anfechtung nicht möglich ist.

Am Vorabend der Revision des Rechtshilfegesetzes – die nationalrätliche Beratung ist bereits erfolgt – ist die relativ neutrale Haltung bereits einem merklich schärferen Ton gewichen: In BGE 121 (1996) II 459⁵⁰ begründet das Bundesgericht die mangelnde Legitimation des Mehrheits- oder Einzelaktionärs einer von Rechtshilfemassnahmen getroffenen Unternehmung folgendermassen: Derjenige, «der sich gewisser juristischer Formen bedient (Aktiengesellschaft oder Treuhandverhältnis), *um nicht direkt in Erscheinung zu treten*, muss im allgemeinen auch für die Folgen einstehen»⁵¹.

D. Revidiertes Rechtshilfegesetz

1. Entstehung

Am 1. Februar 1997 tritt schliesslich die Änderung vom 4. Oktober 1996 des Rechtshilfegesetzes in Kraft. Seit demselben Tag gilt auch die Änderung vom 9. Dezember 1996 der Rechtshilfeverordnung⁵². Zur Beschwerdeführung ist nun explizit berechtigt, wer «persönlich und direkt von einer Rechtshilfemassnahme betroffen ist und ein schutzwürdiges Interesse an deren Aufhebung oder Änderung hat» (Art. 80h lit. b IRSG). Im Wortlaut von Art. 16 Abs. 1 BG-RVUS wird dieselbe Formel ebenfalls übernommen⁵³. Mit der Formel «persönlich und direkt» vollzieht der Gesetzgeber letztlich lediglich die bisherige, vorstehend beschriebene Rechtsprechung nach. Mit Blick auf

⁴³ Art. 16 Abs. 2 aBG-RVUS – im Gegensatz zur Alternativität in Art. 21 Abs. 3 IRSG.

⁴⁴ BGE 113 (1987) IB 257 E.3.c = Pra 77 (1988) Nr. 191.

⁴⁵ Sachverhalt Bst. B.

⁴⁶ Sachverhalt Bst. A.

⁴⁷ Pra 77 (1988) Nr. 248.

⁴⁸ Zit. E.2.a m.H.a. BGE 109 (1983) IB 112 E.3 = Pra 72 (1983) Nr. 212.

⁴⁹ Vgl. Fn. 50.

⁵⁰ E.2.c = Pra 85 (1996) Nr. 146.

⁵¹ Zit. E.2.c (Hervorhebung hinzugefügt) m.H.a. den soeben skizzierten BGE 114 (1988) IB 156, 158 E.2.a = Pra 77 Nr. 248.

⁵² Verordnung des Bundesrates vom 24. Februar 1982 über internationale Rechtshilfe in Strafsachen (IRSV; SR 351.11).

⁵³ Heute findet sie sich in Art. 17a BG-RVUS, in Kraft seit dem 1.1.2007.

diesen Grundsatz werden in Art. 9a lit. a IRSV⁵⁴ neu Einzelheiten im Zusammenhang mit der Beschwerdelegitimation geregelt und «*namentlich*» der Kontoinhaber als von der Erhebung von Kontoinformationen im Sinne von Art. 80h IRSG persönlich und direkt betroffen bezeichnet.

Damit wird jener Zielsetzung Rechnung getragen, die sich bereits in der Botschaft des Bundesrates zum revidierten Rechtshilfegesetz findet: «Die im Ausland beschuldigte Person darf [...] nicht vollständig vom Beschwerderecht ausgeschlossen werden, wie dies einzelne Vemehmlasser verlangten. Denn für den Bundesrat geht es nicht an, dem oder der ausländischen Beschuldigten in einem Gesetz Grundrechte zu verweigern, die ein Rechtsstaat beachten muss.»⁵⁵

Gleichzeitig ist der Gesetzgeber aber auch bestrebt, einer «Verschleppung bei der Rechtshilfe» entgegenzuwirken, welche in der Vergangenheit in «vielen Dutzenden oder Hunderten von Rekursen in virulenten Fällen [...] meistens nicht im Namen der Berechtigten selber, nicht im Namen der Kundinnen und Kunden der betroffenen Banken, sondern durch die Banken selbst eingereicht»⁵⁶ wurden. Deshalb sollen Finanzintermediäre, allen voran die Banken, inskünftig nur noch im Auftrag ihrer Kunden, aber nicht mehr im eigenen Namen rekurrieren können. Auf einen entsprechenden expliziten Passus in Art. 80h IRSG wird schliesslich verzichtet, weil dieser Sinn bereits dem neuen Art. 80h Bst. b IRSG zu entnehmen sei. Diesem zufolge ist nur berührt, «wer persönlich und direkt von einer Rechtshilfemassnahme betroffen ist und ein schutzwürdiges Interesse an deren Aufhebung oder Änderung hat». Diese letztere Voraussetzung erfüllen aber Banken und vergleichbare Institute regelmässig nicht, es sei denn, die Bankkontoinformationen gäben auch Auskunft über ihre eigenen Geschäfte.

2. Rechtsprechung

Wenige Monate nach Inkrafttreten der Revision präzisiert das Bundesgericht seine Rechtsprechung zur Legitimation des wirtschaftlich Berechtigten⁵⁷: Es bejaht sie im Sinne einer Ausnahme, «wenn die juristische Person aufgelöst worden ist und deshalb nicht mehr handlungsfähig ist» (Regeste) und sie «in den Kontounterlagen [...] als einzige Inhaberin des Kontos» (E.2.b) erscheint. Es begründet die Präzisierung wie folgt: «Auch

der neue Art. 9a IRSV lässt sich wegen der Verwendung des Wortes «namentlich» dahin auslegen, dass über die Aufzählung in lit. a bis c der Verordnungsbestimmung hinaus weitere Fälle denkbar sind, in denen bestimmte Personen zu Rechtsmitteln legitimiert sein könnten» (E.2.b). In diesem Fall werde «der am Konto wirtschaftlich berechtigten Person nur dann ein genügender rechtlicher Schutz gegenüber Rechtshilfemassnahmen gewährt, wenn sie selbst zur Verwaltungsgerichtsbeschwerde zugelassen wird» (E.2.b), «weil sich sonst niemand gegen die Rechtshilfemassnahmen, welche die Beschwerdeführerin nicht rechtlich, wohl aber wirtschaftlich betreffen, wehren könnte» (E.2.d).

Indes wird diese «Erweiterung» der Beschwerdelegitimation in nachfolgenden Urteilen sukzessive eingeschränkt: So wird die Beweislast für die Auflösung der Kontoinhaberin – zu erfüllen mit amtlichen Dokumenten – dem wirtschaftlich Berechtigten auferlegt⁵⁸, während sie im vorerwähnten Urteil noch vermutet wurde. Zudem hat der wirtschaftlich Berechtigte bald einmal auch zu belegen, dass er durch die Liquidation der Kontoinhaberin begünstigt wurde⁵⁹ und er im Falle einer zwischenzeitlichen Kontoauflösung auch effektiv Begünstigter der saldierten Vermögenswerte war.⁶⁰ Beide Erfordernisse, obwohl offenbar bereits 1999 aufgestellt, werden soweit ersichtlich also erstmals in einem (nicht als Leitentscheid veröffentlichten) Urteil von 2004 publik. Wie noch zu zeigen sein wird, ist damit im Resultat die ursprünglich angestrebte ausnahmsweise Erweiterung der Beschwerdelegitimation auf wirtschaftlich Berechtigte im Ergebnis praktisch wieder rückgängig gemacht.

Dieser Umstand wiegt umso schwerer, als das Bundesgericht seit dem viel beachteten BGE 128 (2002) II 211 der zuvor skizzierten Gesetzesrevision Rechnung trägt und der Bank die Beschwerdebefugnis abspricht, soweit sie «durch die Rechtshilfemassnahmen nicht in ihrer eigenen Geschäftstätigkeit betroffen ist, sondern lediglich Unterlagen zu Konten ihrer Kunden herauszugeben hat und durch ihre Angestellten darüber erklärende Angaben machen muss» (Regeste), weil «die Auskünfte über die Kontenbeziehungen [...] nicht interne Angelegenheiten der Bank selber» (E.2.3) betreffen.⁶¹

⁵⁴ Gestützt auf Art. 111 Abs. 1 IRSG, der den Bundesrat ermächtigt, Ausführungsbestimmungen zu erlassen.

⁵⁵ Zit. BBl 1995 III 1–66, 18.

⁵⁶ AmtBull 1995 2649.

⁵⁷ 123 1997 II 153 E.2.b.

⁵⁸ Urteil 1A.10/2000 E. 1 vom 18.5.2000 = Pra 89 (2000) Nr. 133.

⁵⁹ Urteil 1A.84/1999 vom 31.5.1999 E.2.c; 1A.212/2001 vom 21.3.2002 E.1.3.2; 1A.286/2003 vom 11.2.2004 E.2.2.

⁶⁰ Urteil 1A.285/2003 vom 11.02.2004 E.1; 1A.286/2003 vom 11.02.2004 E.2.2.

⁶¹ Kritisch dazu Peter Popp, Die Rechtsprechung des Bundesgerichts zur Internationalen Strafrechtshilfe in den Jahren 2002/2003 veröffentlicht in den Bänden 128 und 129, in: ZBJV 1 (2006) 69 ff., 80.

Der einlässlich begründete Entscheid (E. 2.3 bis 2.5) bedeutet eine so einschneidende wie begrüssenswerte Abkehr von der bisherigen, erst mit BGE 118 (1992) IB 442 in aller Ausführlichkeit öffentlich gemachten konstanten bundesgerichtlichen Praxis⁶². Ihr zufolge war die Bank zuvor befügt, in eigenem Namen, aber in Wahrheit stellvertretend für ihre Kunden Beschwerde zu führen, selbst wenn einzig Informationen und Vermögenswerte der Kunden von rechtshilfweise erfolgten Kontenerhebungen oder Kontensperrern betroffen waren – wovon natürlich auch allfällige wirtschaftlich Berechtigte profitierten.

Das Gesagte erhellt, dass Legislative und Judikative im vergangenen Dezennium die Möglichkeit, eine Rechtshilfemassnahme betreffend Bankkontoinformationen anzufechten, drastisch eingeschränkt haben. Ergreift der Kontoinhaber nicht selber ein Rechtsmittel, ist (aus noch zu erläuternden Gründen) die Möglichkeit der gerichtlichen Überprüfung der Massnahmen auf ein virtuelles, in praxi nutzloses Residuum zusammengeschmolzen. Im nun folgenden letzten Teil der Abhandlung werden in Bezug auf diese Tatsache etliche Fragen aufgeworfen.

III. Fragen

A. Inwiefern trifft eine Rechtshilfemassnahme hinsichtlich Bankkontoinformationen den Kontoinhaber überhaupt persönlich und direkt?

Wie bereits mehrfach erwähnt, machen es Verwaltung und Justiz zur Eintretensvoraussetzung, dass eine natürliche oder juristische Person von einer Rechtshilfemassnahme unmittelbar berührt wird. Hingegen wird die Beschwerdebefugnis von Personen verneint, welche *nur mittelbar* von der angefochtenen Verfügung betroffen sind⁶³. Eine derart spezifische *Beziehungsnähe* zu einer Rechtshilfemassnahme umschreibt beispielsweise BGE 116 (1990) IB 106⁶⁴ wie folgt: Persönlich betroffen im Sinne von Art. 21 Abs. 3 IRSG sei, wer sich «in der Schweiz selber einer konkreten Massnahme – wie etwa einer Hausdurchsuchung oder einer Beschlagnahme bzw. Herausgabe von ihr gehörenden Dokumenten – zu unterwerfen hat. Der Umstand allein, dass eine Rechtshilfemassnahme ein im Ausland hängiges Verfahren fördert, genügt nicht» (E.2.a).

Bedeutsam ist in diesem Zusammenhang, dass sich das Bundesgericht auf den Standpunkt stellt, bei einer sogenannten Bankabfrage, «welche im Gegensatz zur Durchsuchung und Beschlagnahme keine Zwangsmassnahme darstellt»⁶⁵, werde «die Bank dazu angehalten, *ihr selbst gehörende* Akten und Informationen zu übermitteln [...]. In dieser Konstellation [sei] allein das kontoführende Finanzinstitut als Inhaberin und zivilrechtliche Eigentümerin der gewünschten Papiere zu betrachten.»⁶⁶ Entsprechend ist aber der Kontoinhaber weder Besitzer noch Eigentümer der edierten Unterlagen, und eine allfällige Beschlagnahme derselben vermag ihn konsequenterweise (soweit die Beschlagnahme keine Vermögenswerte erfasst) auch nicht in seinen Eigentumsrechten zu verletzen.

Verletzt ist der Kontoinhaber mit anderen Worten bei einer reinen «Datenbeschlagnahme» einzig in seiner Geheimsphäre, mithin in seinen Ansprüchen auf Geheimnisschutz, insbesondere Schutz seines Bankkundengeheimnisses. Zugleich statuiert Art. 9a Bst. a IRSV bekanntlich seit der Revision, dass bei der Erhebung von Kontoinformationen der Kontoinhaber als persönlich und direkt betroffen im Sinne der Artikel 21 Absatz 3 und 80h des Rechtshilfegesetzes gelte. Diese Tatsache legt die Folgerung nahe, dass schon der Eingriff in die Geheimsphäre eine ausreichende Beziehungsnähe des Geheimnisträgers zur Rechtshilfemassnahme herstellt, *unabhängig davon, bei wem* die entsprechende Information erhoben wird. Dies ist m.E. zwingender Ausfluss der besonderen Natur der Geheimsphäre, die naturgemäss nicht an die Person des Geheimnisherrn gebunden ist und folglich auch bei einem Dritten, dem Geheimnisträger, gebrochen werden kann. Also trifft eine Rechtshilfemassnahme hinsichtlich Bankkontoinformationen (mindestens soweit diese Informationen durch das Bankkundengeheimnis vor Preisgabe geschützt sind) nicht allein Dritte wie die Bank, sondern auch den Kontoinhaber, der sich diesbezüglich in seinen Rechten als Geheimnisherr in der Schweiz selber einer konkreten Massnahme zu unterwerfen hat.

B. Ist der wirtschaftlich Berechtigte stets weniger «direkt» betroffen als der Kontoinhaber?

Nach dem Gesagten stellt sich allerdings die Frage, ob die Betroffenheit des Kontoinhabers damit

⁶² E.2.c.m.H.a. BGE 105 (1979) IB 422 E.1 und zahlreiche weitere nicht publizierte Urteile und Erwägungen sowie die damals herrschende Lehre.

⁶³ Vgl. etwa BGE 123 (1997) II 153 E.2.a sowie 2.b m.w.H.; 122 (1996) II 130 E.2b.

⁶⁴ Pra 79 (1990) Nr. 179 m.w.H.

⁶⁵ E.3.4 m.H.a. BGE 120 (1994) IV 260 E.3.e. Weil die Bank der Editionsaufrorderung ja «freiwillig» nachkomme.

⁶⁶ E.3.4 (Hervorhebung hinzugefügt) m.H.a. BGE 127 (2001) II 155 E.4c.aa und *Christiane Lentjes Meili*, Zur Stellung der Banken in der Zürcher Strafuntersuchung, insbesondere bei Bankabfragen und Beschlagnahmen, Diss. ZH 1996 211 und 216.

überhaupt weiter geht als jene des wirtschaftlich Berechtigten, dessen Geschäftstätigkeiten und ebendessen Eigenschaft als wirtschaftlich Berechtigter im Rahmen von Rechtshilfemassnahmen einem ersuchenden Staat ebenfalls preisgegeben werden. Denn damit wird auch der wirtschaftlich Berechtigte in seiner eigenen Geheimnissphäre, insbesondere hinsichtlich seiner (aufgrund von Art. 162 StGB strafbewehrten) Geschäftsgeheimnisse berührt⁶⁷. Wie allerdings bereits der Bundesrat in seiner ersten Botschaft zum Rechtshilfegesetz festgehalten hat, erweist sich die Pflicht zur Offenbarung von Geschäftsgeheimnissen «für sich allein für den Geheimnisherrn nicht a priori als schwerwiegender Eingriff in die Geheimsphäre [...]. Es bedarf dafür in der Regel weiterer, in der Natur des Einzelfalles liegender Umstände, z.B. der erheblichen Beeinträchtigung der Konkurrenzfähigkeit oder der Gefährdung eines wichtigen Projekts eines Geschäftsunternehmens»⁶⁸. Anzuführen ist m.E. aus den vorstehenden Gründen die Preisgabe von Bankkunden-geheimnissen, etwa soweit aus den beschlagnahmten Daten auch vom Kundengeheimnis geschützte Bankinformationen *über den Verfolgten* ersichtlich sind. In diesen Fällen ist m.E. eine Betroffenheit im Sinne von Art. 21 Abs. 3 IRSG und Art. 9a Bst. a IRSV auch für den wirtschaftlich Berechtigten zu bejahen. Auch wenn das Geschäftsgeheimnis zumeist hinter die Interessen der Rechtshilfe zurückzutreten hat, kann daraus nichts Gegenteiliges abgeleitet werden. Denn staatsvertragliche Verpflichtungen der Schweiz derogieren heute regelmässig selbst das Bankgeheimnis, welches daher der Rechtshilfeleistung prinzipiell ebenfalls nicht entgegensteht⁶⁹.

Weiter ist im Auge zu behalten, dass dem wirtschaftlich Berechtigten heute wie gezeigt bereits Zugang zur Rechtspflege gewährt wird, sofern der Kontoinhaber handlungsunfähig geworden ist und sich folglich «sonst niemand gegen die Rechtshilfemassnahmen, welche [ihn] nicht rechtlich, wohl aber wirtschaftlich betreffen, wehren könnte»⁷⁰. Eine Rechtshilfemassnahme hinsichtlich Kontoinformationen verändert sich aber *nicht* durch den Umstand, dass der Kontoinhaber allenfalls nicht mehr existiert: Weiterhin werden die verlangten Daten bei der Bank erhoben, und weiterhin werden nach Ende des Verfahrens Informationen an den ersuchenden Staat

weitergeleitet, welche allenfalls Aufschluss über die Geschäftsgebaren des wirtschaftlich Berechtigten geben.

Ist der wirtschaftlich Berechtigte also letztlich doch stets *unmittelbar* von Rechtshilfemassnahmen betroffen? Ruht seine Beschwerdelegitimation aus Gründen der Verfahrenseffizienz also lediglich, solange der Kontoinhaber selber den Rechtsmittelweg beschreiten könnte? Und welche Folge zeitigt diesfalls eine blosser Weigerung des Kontoinhabers, die Rechtshilfemassnahmen anzufechten, wenn ein ehemals wirtschaftlich Berechtigter inzwischen die Entscheidungsgewalt über den Kontoinhaber (etwa aufgrund eines Unternehmensverkaufs) verloren oder (im Falle eines bloss Bevollmächtigten) allenfalls gar nie besessen hat? In diesen Fällen trifft nämlich die bundesgerichtliche Annahme in BGE 114 (1988) IB 156 nicht zu, der Berechtigte könne ja «die beherrschte Gesellschaft anzuhalten, von den ihr zustehenden Rechtsbehelfen Gebrauch zu machen» (E.2.a).

All diese Fragen und Hinweise verdeutlichen dass die Praxis betreffend den Ausschluss des wirtschaftlich Berechtigten vom Rechtsmittelzug, wie auch betreffend seine ausnahmsweise Zulassung aleatorische Züge aufweist⁷¹. Entgegen der Eingangs zitierten Meinung unseres Obersten Gerichts besteht damit bereits in diesem Punkt durchaus noch Anlass in Zukunft auf die heutige Rechtsprechung zurückzukommen – und sei es nur, um sie zu «präzisieren».

C. Weshalb differenziert das Rechtsmittelverfahren, gestützt auf juristische Aspekte zwischen Kontoinhaber und wirtschaftlich Berechtigtem, selbst wenn erst eine wirtschaftliche Betrachtungsweise die Rechtshilfemassnahme ermöglicht?

Schliesslich ist auch zu beachten, dass eine rechtshilfeweise Beschlagnahme und Herausgabe gewisse Kontounterlagen regelmässig nur deshalb erfasst, weil das Rechtshilfeersuchen nicht nur auf alle Vermögenswerte und Guthaben zielt, die auf den *Namen* eines Verfolgten gehalten werden, sondern auch auf jene, *an welchen der Verfolgte wirtschaftlich berechtigt ist oder an welchen er Verfügungsmacht besitzt*. Mit anderen Worten ermöglicht unter Umständen *alleine* die Eigenschaft des Verfolgten, wirtschaftlich Berechtigter zu sein, überhaupt Rechtshilfemassnahmen.

⁶⁷ Für den Bankkunden gehören zu den Geschäftsgeheimnissen im Wesentlichen auch die unter das Bankgeheimnis fallenden Tatsachen.

⁶⁸ Zit. BBI 1976 II 465. Vgl. BGE 98 (1972) IV 209 m.w.H.

⁶⁹ Vgl. etwa BGE 129 (2003) II 462 E.5.5.

⁷⁰ BGE 123 1997 II 153, E.2.b; 1A.303/2004 E.1.4.

⁷¹ Vgl. auch die Hinweise zu den weiteren Erfordernissen für die Legitimation des wB unten III.D.

Als sich das Bundesgericht in BGE 114 (1988) IB 156⁷² erstmals in einem Leitentscheid zur Legitimation eines wirtschaftlich Berechtigten im Rechtshilfeverfahren äussern musste, referenzierte es wie gesehen auf ein steuerrechtliches Urteil⁷³. Allerdings stellten bereits frühere Urteile zum Steuerrecht klar, dass die Behörde unter bestimmten Bedingungen zwar auf die wirtschaftlichen Gegebenheiten abstützen könne. Diesfalls habe sie aber dabei zu bleiben und dürfe nicht *in derselben Sache* einmal auf diese Gegebenheiten und ein andermal – nun aus juristischem Blickwinkel – auf die Rechtsform abstützen, ohne sich in Widerspruch zum eigenen Handeln zu setzen und Art. 4 aBV zu verletzen⁷⁴. Soweit aber Justiz und Verwaltung *alleine* aufgrund einer *wirtschaftlichen Betrachtungsweise* der Verhältnisse den Zugriff auf gewisse Informationen erhalten⁷⁵, hernach jedoch bei der Überprüfung dieser Rechtshilfemassnahmen – also mithin *in derselben Sache* – wieder eine rein *rechtliche Perspektive* einnehmen, erscheint dieses Vorgehen ebenso widersprüchlich. Wenn mit anderen Worten die Staatsanwaltschaft die wirtschaftlich berechtigte Person «vorschiebt», um an rechtshilfeweise angebehrte Unterlagen zu gelangen, muss sie auch die «Nachteile» dieses Vorgehens – das Begehren um Überprüfung ihrer Verfügungen durch ebendiese wirtschaftlich berechtigte Person auf dem Beschwerdeweg – in Kauf nehmen.⁷⁶

Es fragt sich daher, ob in dieser Konstellation tatsächlich gesagt werden darf, die Beziehungsnähe des Verfolgten zu einer Rechtshilfemassnahme unterscheide sich nicht von jener der weiteren, in den beschlagnahmten Kontounterlagen ebenfalls «lediglich» erwähnten natürlichen und juristischen Personen, ohne dabei in Willkür zu verfallen.

D. Weshalb ist im Falle der Liquidation von Kontoinhaber oder Konto einbegünstigungsnachweis durch den wirtschaftlich Berechtigten erforderlich?

Nach der Rechtsprechung ist der bloss wirtschaftlich an einem Bankkonto Berechtigte grundsätzlich nicht zur Beschwerde legitimiert. Eine Ausnahme gilt dann, wenn die juristische Person, welche Kontoinhaberin ist, nicht mehr besteht und daher nicht mehr selber Beschwerde führen kann.⁷⁷ Wie gesehen wurde dieser Grundsatz aber im Laufe der Zeit auf Sonderumstände eingegrenzt: Will der im Formular A Bezeichnete seine Rechte wahren, hat er nicht nur zu belegen, dass der Kontoinhaber zwischenzeitlich liquidiert worden ist. Er hat zusätzlich zu beweisen, dass er Begünstigter dieser Liquidation oder – im Falle eines inzwischen saldierten Kontos – der Kontosalidierung war⁷⁸.

Nicht einsichtig ist aber der Grund dieses Erfordernisses. Nachvollziehbar wäre er m.E. nur, soweit eine Blockierung von Vermögenswerten des Kontos einer inzwischen aufgelösten Gesellschaft angefochten wird: Soll der Liquidationserlös in diesem Fall laut Auflösungsbeschluss dem wirtschaftlich Berechtigten zufließen, wird er durch die Blockierung in der Tat unmittelbar betroffen. Was aber, soweit nur eine Datenbeschlagnahme zur Debatte steht, wie es notabene in BGE 123 (1997) II 153 der Fall war, in welchem das Bundesgericht diese Legitimationsbedingung erstmals aufstellte?

Ein Beispiel soll die Bedenken gegenüber dieser Voraussetzung zur Beschwerdebefugnis verdeutlichen: A ist von 1990 bis 2003 Alleinaktionär der X AG. Dann verkauft er sein Unternehmen per Share Deal an B. Die X AG informiert aber in der Folge ihre Bank nicht über den Wechsel der wirtschaftlichen Beherrschung. Im Jahr 2005 wird die X AG schliesslich liquidiert und der Liquidationssaldo an B ausgeschüttet. Im Jahr 2006 wird gegen A in seinem Land eine Strafuntersuchung wegen mutmasslich in den Jahren 2001/02 begangener Delikte eröffnet. Auf Rechtshilfegesuch des Auslandes bzw. entsprechende Aufforderung durch die Staatsanwaltschaft hin ediert die Bank die Kontounterlagen der X AG der Jahre 1997 bis 2002, die gemäss staatsanwaltlicher Schlussverfügung ins Ausland weitergeleitet werden sollen. A erhält hiervon informell Kenntnis und will versu-

⁷² Pra 77 (1988) Nr. 248. Vgl. auch oben II.C.2.

⁷³ BGE 109 (1983) IB 112 E.3 = Pra 72 (1983) Nr. 212.

⁷⁴ «Sous certaines conditions, l'autorité peut se fonder [...] sur la réalité économique. [...] En outre, lorsqu'il se fonde sur la réalité économique, il doit s'y tenir et ne peut, pour la même matière [...], se déterminer une fois selon cette réalité et une autre fois selon la forme juridique, à peine de se mettre en contradiction avec lui-même et de violer l'art. 4 Cst.» Zit. BGE 96 (1970) I 115, 118 E.1 (Hervorhebung hinzugefügt).

⁷⁵ Insbesondere weil ein Verfolgter an einer Kontobeziehung wirtschaftlich berechtigt ist.

⁷⁶ In freier Abwandlung der Formel «wer eine juristische Person als Kontoinhaber vorschiebt, müsse die Nachteile dieses Vorgehens in Kauf nehmen» in BGE 123 (1970) II 153, 157 E.2.c (dort freilich an den wirtschaftlich Berechtigten adressiert).

⁷⁷ BGE 123 (1997) II 153 E. 2. So jüngst erneut 1C_215/2007 E.2.2 vom 4.9.2007.

⁷⁸ Urteil 1A.84/1999 vom 31.5.1999 E.2.c; 1A.212/2001 vom 21.3.2002 E.1.3.2; 1A.286/2003 vom 11.2.2004 E.2.2; 1A.285/2003 vom 11.2.2004 E.1; 1A.286/2003 vom 11.2.2004 E.2.2.

chen, die Transmission der Bankunterlagen der Jahre 1997 bis 2000 wegen Verletzung des Verhältnismässigkeitsprinzips zu verhindern.

Bekanntlich hat das Bundesgericht in BGE 130 (2003) II 14 erneut bestätigt, dass es unverhältnismässig sei, beschlagnahmte Akten vollständig und ohne vorgängige Triage an die ersuchenden Behörden weiterzuleiten (E.2.c). Es sei grundsätzlich Sache der schweizerischen Behörden, diejenigen Akten auszuschneiden, die den ausländischen Strafverfolgungsbehörden übermittelt werden, selbst wenn sich die von der Rechtshilfe Betroffenen nicht oder nicht hinreichend an der Triage beteiligen. Es bedarf aber keiner weiteren Erklärung, dass es zur Rüge der Verletzung dieser behördlichen Triagepflicht erst einmal einen (legitimierten) Kläger braucht. Dennoch wird A nach heutiger Rechtsprechung voraussichtlich weder (volle) Akteneinsicht erhalten, noch zur Anfechtung zugelassen werden.

Wie gesehen gründet die persönliche und direkte Betroffenheit des Kontoinhabers wie auch des wirtschaftlich Berechtigten bei einer reinen Datenbeschlagnahme im Grunde alleine auf der Verletzung ihrer Geheimphasen (so ist die Aufrechterhaltung dieser «Geheimnisse» gegenüber dem ersuchenden Staat auch Zweck allfälliger Anfechtungen). Nun geht aber die Geheimphase des Kontoinhabers bei dessen Auflösung (anders als bei einer Universalsukzession) nicht etwa auf den am Liquidationserlös Berechtigten über. Vielmehr ist dem Liquidationsbegünstigten nur erlaubt, gegen Präsentation des Auflösungsbeschlusses über die Vermögenswerte des Kontos zu verfügen – in die *Kontobeziehung* mit all ihren Geheimhaltungsansprüchen tritt er hingegen nicht ein. Es bedürfte daher mindestens einer Erläuterung unseres höchsten Gerichtes, weshalb erst die Erfüllung des Begünstigungserfordernisses einen wirtschaftlich Berechtigten zur Beschwerde berechtigen soll.

Zudem ist der Verfolgte damit praktisch gezwungen, den Nachweis zu erbringen, dass ihm Vermögenswerte zugeflossen sind, die der kriminellen Herkunft verdächtig werden. Verzichtet er auf den Nachweis, bleibt ihm auch der Rechtsmittelweg versperrt. Gelingt ihm der Nachweis, belastet sich der Verfolgte damit aber unter Umständen selber. Zwar erlangt die ersuchende Behörde von dieser ihn eventuell belastenden Tatsache in der Regel nicht direkt Kenntnis. Dennoch drängen sich bei der ersuchenden Behörde entsprechende Schlussfolgerungen auf, wenn sie (inoffiziell) von der – zugelassenen – Anfechtung durch den wirtschaftlich Berechtigten erfährt. Mitwirkungspflichten im innerstaatlichen Verwaltungsverfahren dürfen indes nicht dazu führen,

dass der Verfolgte Gefahr läuft, sich zugleich im Strafverfahren selber zu belasten. Auch in dieser Hinsicht ist der Begünstigungsnachweis als Legitimationserfordernis des wirtschaftlich Berechtigten und Verfolgten mit zusätzlichen Fragezeichen behaftet.

E. Ab wann gerät die Beschränkung der Beschwerdelegitimation zur formellen Rechtsverweigerung?

Zwar hat niemand unbeschränkten und bedingungslosen Anspruch darauf, eine Streitsache vor einen Richter zu bringen. Selbst wenn der Zugang zum Gericht wie hier in Art. 80h Bst. b und 21 Abs. 3 IRSG sowie Art. 9a Bst. a IRSV vorgesehen ist, bedeutet dies nicht, dass das Beschwerdeverfahren nicht der Beachtung von Erfordernissen unterstellt werden kann, die sich namentlich auf die Beschwerdelegitimation beziehen. Diese Beschränkungen dürfen indessen nicht derart restriktiv sein, dass das Recht auf den Zugang zu einem Gericht in seiner Substanz berührt wird⁷⁹. Diese unter dem Gesichtspunkt des Rechtes auf einen fairen Prozess gemäss Art. 6 Abs. 1 EMRK entwickelten Grundsätze gelten auch für die von Art. 29 Abs. 1 BV analog gewährte Garantie, welche Letztere auch Verwaltungsverfahren erfasst.

Führt eine allzu restriktive Handhabung oder die Einführung zweckfremder Legitimationsanforderungen dazu, dass «in einem Rechtshilfeverfahren über Eingriffe in persönliche Rechte des in einem ausländischen Staat Verfolgten entschieden würde, ohne dass diesem die Gelegenheit eingeräumt würde, die Rechtmässigkeit solcher Eingriffe [...] abklären zu lassen»⁸⁰, verletzt diese Ordnung den verfassungsmässigen, für das gesamte schweizerische Rechtssystem grundlegenden Anspruch auf rechtliches Gehör⁸¹. Eine Auslegung der Art. 80h Bst. b und 21 Abs. 3 IRSG sowie Art. 9a IRSV, welche den wirtschaftlich Berechtigten und Verfolgten im Ergebnis faktisch von jedem Rechtsmittel ausschliesst, «könnte somit nur dann hingenommen werden, wenn das Gesetz eine andere Auslegung schlechthin nicht zuliesse»⁸². Gerade die nicht abschliessende Aufzählung in Art. 9a IRSV mahnt jedoch daran, dass das nicht der Fall ist.

⁷⁹ Vgl. etwa BGE 124 (1998) I 322, 325 E.4.d; 124 (1998) I 336, 338 E.4.b = Pra 88 (1998) Nr. 50 m.w.H.

⁸⁰ Zit. BGE 113 (1987) IB 81 E.3.b = Pra 76 (1987) Nr. 100.

⁸¹ BGE 113 (1987) IB 81 E.3.b = Pra 76 (1987) Nr. 100 m.H.a. Arthur Haefliger, Alle Schweizer sind vor dem Gesetze gleich, Bern 1985, 131 f.

⁸² Zit. BGE 113 (1987) IB 81 E.3.b = Pra 76 (1987) Nr. 100.

IV. Schluss

Der Grat zwischen den Interessen der Strafverfolgung einerseits und den Betroffenen, in deren Rechtssphäre eingegriffen wird, andererseits, ist schmal, und es droht ein Absturz, wenn der Beschleunigungsaspekt zum alles bestimmenden Faktor wird. Ein Rechtshilfesystem darf sich nicht nur dem Kampf gegen Verbrechen und Kriminalität verschreiben, sondern hat auch den Indi-

vidualrechtsschutzprinzipien – einschliesslich der Unschuldsvermutung, auf die nach unseren rechtsstaatlichen Vorstellungen jedermann Anspruch hat, solange er nicht verurteilt ist – gebührend Rechnung zu tragen. Die heutige Praxis zur Legitimation des wirtschaftlich Berechtigten genügt diesem Anspruch nicht (mehr) in ausreichendem Mass – was m.E. für *jedes* Gericht Anlass genug sein sollte, baldmöglichst auf sie zurückzukommen.