

**Die rechtshilfeweise Einziehung von
Vermögenswerten in der Schweiz**

mit besonderer Berücksichtigung der Anforderungen
an das ausländische Einziehungsurteil

Masterarbeit
Master in Rechtswissenschaften

vorgelegt von:
Philipp Markus Stiegeler
Matrikel-Nr.: 15-606-585
Paradisstrasse 13, 9402 Mörschwil
philippmarkus.stiegeler@student.unisg.ch

Referent:
Prof. Dr. Marc Forster

Korreferentin:
Prof. Dr. Nora Markwalder

eingereicht am:
1. August 2020

Inhaltsverzeichnis

Abkürzungsverzeichnis.....	IV
Literaturverzeichnis.....	VI
Materialienverzeichnis	IX
§ 1 EINLEITUNG.....	1
I. Fragestellungen und Aufbau der Arbeit	1
II. Abgrenzungen	2
 <i>Erster Teil: Rechtsgrundlagen der rechtshilfeweisen Einziehung von Vermögenswerten</i>	
§ 2 INTERNATIONALE RECHTSHILFE IN STRAFSACHEN.....	3
I. Formen der Rechtshilfe	3
II. Grundsätze der Gewährung von Rechtshilfe	3
III. Vielzahl an Rechtsquellen zur Einziehung von Vermögenswerten	5
§ 3 VERFAHREN DER RECHTSHILFEWEISEN EINZIEHUNG	8
I. Asset Recovery im Überblick.....	8
II. Kleines Rechtshilfeverfahren bei der Einziehung von Vermögenswerten	10
A. Verfahrensablauf im Überblick.....	10
B. Annahme und Weiterleitung	11
C. Eintreten und Vollzug	11
D. Abschluss des Rechtshilfeverfahrens	12
E. Beschwerde an das Bundesstrafgericht	12
F. Bundesgericht als zweite Instanz in besonders bedeutenden Fällen	13
§ 4 RECHTSQUELLEN AUF NATIONALER EBENE.....	15
I. Bundesgesetz über die internationale Rechtshilfe in Strafsachen.....	15
A. Anwendungsbereich des IRSG	15
B. Rechtshilfeweise Herausgabe von Vermögenswerten nach Art. 74a IRSG	17
1. Hintergrund der Spezialnorm	17
2. Grosser Ermessensspielraum der Rechtshilfebehörde.....	17
3. Herausgabe zur Einziehung oder Rückerstattung.....	18
4. Erfasste Vermögenswerte.....	19
5. Zeitpunkt der Herausgabe	20
6. Zurückbehaltungs- und Ausschlussgründe	21
7. Teilung eingezogener Vermögenswerte	23
C. Herausgabe von Vermögenswerten mittels Exequatur nach Art. 94 ff. IRSG.....	24
1. Vollstreckung ausländischer Strafsentscheide	24
2. Vollstreckbarerklärung (Exequatur).....	25
3. Exequaturverfahren als Alternative zur Herausgabe nach Art. 74a IRSG	25
II. Bundesgesetz über die Sperrung und die Rückerstattung unrechtmässig erworbener Vermögenswerte ausländischer politisch exponierter Personen	26

§ 5 RECHTSQUELLEN AUF INTERNATIONALER EBENE.....	28
I. Europäisches Rechtshilfeübereinkommen	28
A. Anwendungsbereich des EUeR	28
B. Herausgabe von Vermögenswerten nach EUeR.....	29
1. Keine Regelung der Herausgabe von Vermögenswerten im EUeR.....	29
2. Rückgabe von «Gegenständen» nach Art. 12 ZP II EUeR	29
3. Herausgabe nach ZV-D/EUeR, ZV-A/EUeR, ZV-F/EUeR und ZV-I/EUeR.....	30
II. Geldwäschereübereinkommen	32
A. Anwendungsbereich des GwUe	32
B. Einziehung von Vermögenswerten nach GwUe	32
1. Verpflichtung zur Einziehung nach Art. 13 GwUe.....	32
2. Umsetzung der staatsvertraglichen Verpflichtung im Schweizer Recht	33
3. Ablehnungsgründe nach Art. 18 GwUe.....	34
III. Rechtshilfevertrag zwischen der Schweiz und den USA.....	35
A. Anwendungsbereich des RVUS.....	35
B. Rückgabe von Vermögenswerten nach RVUS.....	35

Zweiter Teil: Ausgewählte Problemfelder der rechtshilfeweisen Einziehung

§ 6 ANFORDERUNGEN AN DEN AUSLÄNDISCHEN EINZIEHUNGSENTSCHEID	37
I. Eingeschränkte Kontrolle des ausländischen Einziehungsentscheides.....	37
A. Grundproblem: Beurteilung des Rechtshilfeersuchens ohne Nachprüfung des ausländischen Entscheides	37
B. Zweck des Einziehungsentscheides.....	37
C. Keine inhaltliche Kontrolle des Einziehungsentscheides	38
II. Rechtsstaatliche Mindestanforderungen an den ausländischen Einziehungsentscheid ...	39
A. Faires Verfahren im Allgemeinen.....	39
1. Verfahrensgarantien von Art. 6 EMRK und Art. 14 UNO-Pakt II	39
2. Kein abschliessender Kriterienkatalog.....	40
3. Erfordernis einer konkreten und schwerwiegenden Verletzung.....	40
B. Ausgewählte Verfahrensgarantien	41
1. Rechtliches Gehör	41
2. Persönliche Anwesenheit	42
3. Unschuldsvermutung.....	43
4. Waffengleichheit	44
5. Unabhängiges, unparteiisches und auf Gesetz beruhendes Gericht	44
C. Schweizerischer ordre public	45
§ 7 EINZIEHBARKEIT VON AUSLÄNDISCHEN ERSATZFORDERUNGEN.....	47
I. Grundprinzip der Ersatzforderungen.....	47
A. Zweck der Ersatzforderung.....	47
B. Einziehbarkeit von inländischen Ersatzforderungen	47
II. Herausgabe von Vermögenswerten zur Deckung von ausländischen Ersatzforderungen.	48
A. Lehre zur Einziehbarkeit von ausländischen Ersatzforderungen	48

B.	Rechtsprechung zur Einziehbarkeit von ausländischen Ersatzforderungen	49
1.	Einziehbarkeit nach Art. 74a IRSG verneint (BGE 129 II 459)	49
2.	Einziehbarkeit bei Abgabebetrug verneint (BGE 133 IV 215).....	50
3.	Einziehbarkeit nach 94 ff. IRSG bejaht (BStGer RR.2008.244).....	51
4.	Einziehbarkeit nach Art. 74a IRSG bejaht (BStGer RR.2009.168).....	51
5.	Einziehbarkeit nach Art. 74a IRSG verneint (BGE 136 IV 4).....	52
6.	Einziehbarkeit nach Art. 74a IRSG verneint (BStGer RR.2018.309).....	52
7.	Fazit zur Rechtsprechung.....	53
C.	Implikationen aus dem GwUe	53
1.	Staatsvertragliche Verpflichtung zur Einziehung von Ersatzforderungen	53
2.	Umsetzung der Verpflichtung im Schweizer Recht	54
D.	De lege ferenda.....	55
§ 8	ZUSAMMENFASSENDE SCHLUSSBETRACHTUNG	57

Abkürzungsverzeichnis

Abs.	Absatz
AJP	Aktuelle Juristische Praxis
Art.	Artikel
ASR	Abhandlungen zum schweizerischen Recht
Aufl.	Auflage
BBl	Bundesblatt der Schweizerischen Eidgenossenschaft
BGE	Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichts (Amtliche Sammlung)
BGer	Schweizerisches Bundesgericht
BGG	Bundesgesetz vom 17. Juni 2005 über das Bundesgericht (SR 173.110)
BSK	Basler Kommentar
BStGer	Schweizerisches Bundesstrafgericht
BV	Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (SR 101)
bzw.	beziehungsweise
d.h.	das heisst
Ders.	Derselbe
Dies.	Dieselbe(n)
Diss.	Dissertation
E.	Erwägung
EAUe	Europäisches Auslieferungsübereinkommen vom 13. Dezember 1957 (SR 0.353.1)
Ed.	edition (<i>englisch</i> : Auflage)
EGMR	Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte
EMRK	Konvention vom 4. November 1950 zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten (SR 0.101)
et al.	et alii (<i>lateinisch</i> : und andere)
EUeR	Europäisches Übereinkommen vom 20. April 1959 über die Rechtshilfe in Strafsachen (SR 0.351.1)
f.	folgende
ff.	fortfolgende
franz.	französischsprachig
ggf.	gegebenenfalls
GwUe	Übereinkommen vom 8. November 1990 über Geldwäscherei sowie Ermittlung, Beschlagnahme und Einziehung von Erträgen aus Straftaten (SR 0.311.53)
Habil.	Habilitation
Hrsg.	Herausgeber
i.d.R.	in der Regel
i.S.v.	im Sinne von
IRSG	Bundesgesetz vom 20. März 1981 über internationale Rechtshilfe in Strafsachen (SR 351.1)
IRSV	Verordnung vom 24. Februar 1982 über internationale Rechtshilfe in Strafsachen (SR 351.11)
lit.	litera (<i>lateinisch</i> : Buchstabe)
N	Note
m. Verw.	mit Verweis(en)

PEP	politisch exponierte Person
Pra	Die Praxis des Bundesgerichts
RR	Entscheidungen der II. Beschwerdekammer des Bundesstrafgerichts
RuVG	Bundesgesetz vom 1. Oktober 2010 über die Rückerstattung unrechtmässig erworbener Vermögenswerte politisch exponierter Personen (SR 196.1)
RVUS	Staatsvertrag vom 25. Mai 1973 zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und den Vereinigten Staaten von Amerika über gegenseitige Rechtshilfe in Strafsachen (SR 0.351.933.6)
S.	Seite(n)
SchKG	Bundesgesetz vom 11. April 1889 über Schuldbetreibung und Konkurs (SR 281.1)
sog.	sogenannte(r)
SR	Systematische Sammlung des Bundesrechts
SRVG	Bundesgesetz vom 18. Dezember 2015 über die Sperrung und die Rückerstattung unrechtmässig erworbener Vermögenswerte ausländischer politisch exponierter Personen (SR 196.1)
StGB	Schweizerisches Strafgesetzbuch vom 21. Dezember 1937 (SR 311.0)
StPO	Schweizerische Strafprozessordnung vom 5. Oktober 2007 (SR 312.0)
TEVG	Bundesgesetz vom 19. März 2004 über die Teilung eingezogener Vermögenswerte (SR 312.4)
u.a.	unter anderem
UNO-Pakt II	Internationaler Pakt vom 16. Dezember 1966 über bürgerliche und politische Rechte (SR 0.103.2)
v.a.	vor allem
vgl.	vergleiche
z.B.	zum Beispiel
Ziff.	Ziffer
zit.	zitiert
ZP II EUeR	Zweites Zusatzprotokoll vom 8. November 2001 zum Europäischen Übereinkommen über die Rechtshilfe in Strafsachen (SR 0.351.12)
ZStrR	Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht
ZStStr	Zürcher Studien zum Strafrecht
z.T.	zum Teil
ZV-A/EUeR	Vertrag vom 13. Juni 1972 zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der Republik Österreich über die Ergänzung des Europäischen Übereinkommens über die Rechtshilfe in Strafsachen vom 20. April 1959 und die Erleichterung seiner Anwendung (SR 0.351.916.32)
ZV-D/EUeR	Vertrag vom 13. November 1969 zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der Bundesrepublik Deutschland über die Ergänzung des Europäischen Übereinkommens über die Rechtshilfe in Strafsachen vom 20. April 1959 und die Erleichterung seiner Anwendung (SR 0.351.913.61)
ZV-F/EUeR	Vertrag vom 28. Oktober 1996 zwischen dem Schweizerischen Bundesrat und der Regierung der Französischen Republik zur Ergänzung des Europäischen Übereinkommens vom 20. April 1959 über die Rechtshilfe in Strafsachen (SR 0.351.934.92)
ZV-I/EUeR	Vertrag vom 10. September 1998 zwischen der Schweiz und Italien zur Ergänzung des Europäischen Übereinkommens über die Rechtshilfe in Strafsachen vom 20. April 1959 und zur Erleichterung seiner Anwendung (SR 0.351.945.41)

Literaturverzeichnis

- ACKERMANN JÜRIG-BEAT (Hrsg.), Kommentar Kriminelles Vermögen – Kriminelle Organisationen: Einziehung, Kriminelle Organisationen, Finanzierung des Terrorismus, Geldwäscherei, Bd. II, Zürich/Basel/Genf 2018 (zit. BEARBEITER in Ackermann KV-KO).
- AMBOS KAI/KÖNIG STEFAN/RACKOW PETER (Hrsg.), Nomos Kommentar, Rechtshilferecht in Strafsachen, 1. Aufl., Baden-Baden 2015 (zit. BEARBEITER in Ambos/König/Rackow IRG).
- BERNASCONI PAOLO, Internationale Amts- und Rechtshilfe bei Einziehung, organisiertem Verbrechen und Geldwäscherei, in Schmid Niklaus (Hrsg.), Kommentar Einziehung, Organisiertes Verbrechen, Geldwäscherei, Bd. II, Zürich 2002, S. 143 ff.
- BISCHOF THOMAS, La jurisprudence du Tribunal fédéral dans le domaine de l'entraide internationale en matière pénale, AJP 1993, S. 467 ff.
- BOMIO GIORGIO/GLASSEY DAVID, La qualité pour recourir dans le domaine de l'entraide judiciaire internationale en matière pénale, La quête du juste équilibre entre efficacité et protection des libertés, Jusletter 13.12.2010.
- BUCHER ANDREAS, Potentatengesetz – Alles klar?, Jusletter 22.1.2018.
- BUNDESAMT FÜR JUSTIZ, Die internationale Rechtshilfe in Strafsachen, Wegleitung, 9. Aufl., Bern 2009, abrufbar unter <<https://www.rhf.admin.ch/dam/data/rhf/strafrecht/wegleitungen/wegleitung-straftsachen-d.pdf>> (zuletzt abgerufen am 6.7.2020) (zit. BJ Wegleitung).
- BUNDESAMT FÜR JUSTIZ, Die Rückführung von unrechtmässig erworbenen Vermögenswerten in der Schweiz, Bern 2014, abrufbar unter <<https://www.rhf.admin.ch/dam/data/rhf/strafrecht/wegleitungen/asset-recovery-d.pdf>> (zuletzt abgerufen am 6.7.2020) (zit. BJ Rückführung).
- BUNDESAMT FÜR JUSTIZ, Rechtshilfe zwischen der Schweiz und Italien, Wegleitung zum Vertrag zwischen der Schweiz und Italien zur Ergänzung des Europäischen Übereinkommens vom 20. April 1959 über die Rechtshilfe in Strafsachen und zur Erleichterung seiner Anwendung, 1. Aufl., Bern 2003, abrufbar unter <<https://www.rhf.admin.ch/dam/data/rhf/strafrecht/wegleitungen/wegleitung-rechtshilfe-italien-d.pdf>> (zuletzt abgerufen am 6.7.2020) (zit. BJ ZV-I/EUeR).
- BUNDESAMT FÜR JUSTIZ, Tätigkeitsbericht 2016, Internationale Rechtshilfe, Bern 2017, abrufbar unter <<https://www.bj.admin.ch/dam/bj/de/dat/sicherheit/rechtshilfe/straftsachen/taetigkeitsberichte/jb-irh-2016d.pdf.download.pdf/jb-irh-2016-d.pdf>> (zuletzt abgerufen am 6.7.2020) (zit. BJ Tätigkeitsbericht).
- DANNACHER MARNIE, Diktatorenengelder in der Schweiz, Einziehung und Herausgabe von unrechtmässig erworbenen Vermögenswerten politisch exponierter Personen, Diss. Universität Basel, Basler Studien zur Rechtswissenschaft, Reihe C: Strafrecht, Bd. 29, Basel 2012.

- DONATSCH ANDREAS *et al.*, Internationale Rechtshilfe, unter Einbezug der Amtshilfe im Steuerrecht, 2. Aufl., Zürich 2015.
- FORSTER MARC, Internationale Rechtshilfe bei Geldwäschereiverdacht, Entwicklung und Typologie der bundesgerichtlichen Praxis zur Konkretisierung der verbrecherischen Vortat, ZStrR 124/2006, S. 274 ff.
- FREI LIONEL, Beschlagnahme und Einziehung als Rechtshilfemassnahme, ZStrR 1988, S. 312 ff.
- GLESS SABINE, Internationales Strafrecht, Grundriss für Studium und Praxis, Basel 2011.
- GSTÖHL CAROLINE, Geheimnisschutz im Verfahren der internationalen Rechtshilfe in Strafsachen, Diss. Universität Bern, ASR 742, Bern 2008.
- HARARI MAURICE, Remise internationale d'objets et valeurs: réflexions à l'occasion de la modification de l'EIMP, in: Robert Christian-Nils/Sträuli Bernhard (édit.), Procédure pénale, Droit pénal international, Entraide pénale, Études en l'honneur de Dominique Poncet, Chêne-Bourg 1997, S. 167 ff.
- HEIMGARTNER STEFAN, Strafprozessuale Beschlagnahme, Wesen, Arten und Wirkungen, Unter Berücksichtigung der Beweismittel-, Einziehungs-, Rückgabe- und Ersatzforderungsbeschlagnahme, Habil. Universität Zürich, Zürich/Basel/Genf 2011 (zit. HEIMGARTNER Habil.).
- HEIMGARTNER STEFAN, Auslieferungsrecht, ZStStr 39/2002, S. 39 ff. (zit. HEIMGARTNER ZStStr).
- HOFMANN RAINER/ BOLDT NICKI, Nomos Kommentar, Internationalen Pakt über bürgerliche und politische Rechte, 1. Aufl., abrufbar unter: <https://beck-online.beck.de/?vpath=bibdata/komm/HofKoIPBuergR_1/cont/HofKoIPBuergR%2Ehtm> (zuletzt abgerufen am 6.7.2020).
- JOSEPH SARAH/CASTAN MELISSA, The International Covenant on Civil and Political Rights, Cases, Materials and Commentary, 3 Ed., Oxford 2013.
- KÄLIN WALTER/KÜNZLI JÖRG, Universeller Menschenrechtsschutz, Der Schutz des Individuums auf globaler und regionaler Ebene, 4. vollständig überarbeitete und ergänzte Aufl., Basel 2019.
- KARPENSTEIN ULRICH/ MAYER FRANZ (Hrsg.), Beck Kommentar, EMRK, Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten, 2. Aufl., München 2015 (zit. BEARBEITER in Karpenstein/Mayer EMRK).
- KOORDINATIONSGRUPPE ZUR BEKÄMPFUNG DER GELDWÄSCHEREI UND DER TERRORISMUSFINANZIERUNG, National Risk Assessment (NRA): Risiko der Geldwäscherei und Terrorismusfinanzierung durch Krypto-Assets und Crowdfunding, Bericht der interdepartementalen Koordinationsgruppe zur Bekämpfung der Geldwäscherei und der Terrorismusfinanzierung (KGGT), Bern 2018, abrufbar unter <<https://www.news.admin.ch/newsd/message/attachments/56167.pdf>> (zuletzt abgerufen am 6.7.2020) (zit. KGGT Bericht).

- MEYER FRANK, Das neue Bundesgesetz über die Sperrung und die Rückerstattung unrechtmässig erworbener Vermögenswerte ausländischer politisch exponierter Personen (SRVG), ZStrR 134/2016, S. 291 ff.
- MEYER-LADEWIG JENS/NETTESHEIM MARTIN/VON RAUMER STEFAN (Hrsg.), Nomos Handkommentar, EMRK, Europäische Menschenrechtskonvention, 4. Aufl., Basel 2017 (zit. BEARBEITER in HK-EMRK).
- MOREILLON LAURENT, Commentaire Romand, L'entraide internationale en matière pénale, Bâle/Genève/Munich 2004.
- NIGGLI MARCEL A./HEER MARIANNE/WIPRÄCHTIGER HANS (Hrsg.), Basler Kommentar, Schweizerische Strafprozessordnung, Jugendstrafprozessordnung, Bd. I, 2. Aufl., Basel 2014 (zit. BSK StPO-BEARBEITER).
- NIGGLI MARCEL A./HEIMGARTNER STEFAN (Hrsg.), Basler Kommentar, Internationales Strafrecht, IRSG, GwÜ, Basel 2015 (zit. BSK IStR-BEARBEITER).
- NIGGLI MARCEL A./HEIMGARTNER STEFAN (Hrsg.), Basler Kommentar, Strafrecht I, Art. 1–136 StGB, 4. Aufl., Basel 2019 (zit. BSK StR I-BEARBEITER).
- NIGGLI MARCEL A./UEBERSAX PETER/WIPRÄCHTIGER HANS/KNEUBÜHLER LORENZ (Hrsg.), Basler Kommentar, Bundesgerichtsgesetz, 3. Aufl., Basel 2018 (zit. BSK BGG-BEARBEITER).
- POPP PETER, Grundzüge der internationalen Rechtshilfe in Strafsachen, Basel 2001.
- RIEDO CHRISTOF/FIOLKA GERHARD/NIGGLI MARCEL A., Strafprozessrecht sowie Rechtshilfe in Strafsachen, Basel 2011.
- SCHAFFNER DANIEL, Das Individuum im internationalen Rechtshilferecht in Strafsachen, Die dritte Dimension bei schweizerischer Unterstützung fremder Strafverfahren, Diss. Universität Basel, Basler Studien zur Rechtswissenschaft, Reihe C: Strafrecht, Bd. 31, Basel 2013.
- SCHOMBURG WOLFGANG/LAGODNY OTTO (Hrsg.), Beck'sche Kurzkommentar, Internationale Rechtshilfe in Strafsachen, International Cooperation in Criminal Matters, 6. Aufl., München 2020 (zit. BEARBEITER in Schomburg/Lagodny IRG).
- SCHWEIZERISCHE BANKIERVEREINIGUNG, Bankenbarometer 2019, Die konjunkturelle Entwicklung der Banken in der Schweiz, abrufbar unter: <https://www.swissbanking.org/finanzplatz-in-zahlen/wp-content/uploads/2019/08/SBVg_Bankenbarometer_2019_DE_2S.pdf> (zuletzt abgerufen am 6.7.2020).
- ZIMMERMANN ROBERT, La coopération judiciaire internationale en matière pénale, 5^e édition, Berne 2019.

Materialienverzeichnis

Hinweis: Alle aufgeführten Materialien werden in den Fussnoten abgekürzt zitiert. Die Zitierweise ist nachfolgend in der linken Spalte alphabetisch aufgeführt.

Botschaft GwUe	Botschaft über die Ratifikation des Übereinkommens Nr. 141 des Europarates über Geldwäscherei sowie Ermittlung, Beschlagnahme und Einziehung von Erträgen aus Straftaten vom 19. August 1992, BBl 1992 VI 9 ff.
Botschaft IRSG	Botschaft 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 vom 29. März 1995, BBl 1995 III 1 ff.
Botschaft RuVG	Botschaft zum Bundesgesetz über die Rückerstattung unrechtmässig erworbener Vermögenswerte politisch exponierter Personen (RuVG) vom 28. April 2010, BBl 2010 3309 ff.
Botschaft SRVG	Botschaft zum Bundesgesetz über die Sperrung und die Rückerstattung unrechtmässig erworbener Vermögenswerte ausländischer politisch exponierter Personen vom 21. Mai 2014, BBl 2014 5265 ff.
Botschaft ZP II EUeR	Botschaft betreffend das Zweite Zusatzprotokoll zum Europäischen Übereinkommen über die Rechtshilfe in Strafsachen vom 26. März 2003, BBl 2003 3267 ff.
Botschaft ZV-F/EUeR	Botschaft betreffend den Vertrag zwischen der Schweiz und Frankreich zur Ergänzung des Europäischen Übereinkommens über die Rechtshilfe in Strafsachen vom 17. September 1997, BBl 1997 IV 1205 ff.
Rapport explicatif GwUe	Conseil de l'Europe, Rapport explicatif de la Convention relative au blanchiment, au dépiage, à la saisie et à la confiscation des produits du crime, Strassburg 1991, abrufbar unter < https://rm.coe.int/16800cb619 > (zuletzt abgerufen am 6.7.2020).

§ 1 Einleitung*

I. Fragestellungen und Aufbau der Arbeit

Der Schweizer Finanzplatz ist nach wie vor Weltmarktführer im grenzüberschreitenden *Wealth Management*.¹ Rund 27 Prozent des weltweit grenzüberschreitend verwalteten Vermögens wird in der Schweiz verwaltet.² Aufgrund dessen befindet sich ausländisches Vermögen in der Höhe von circa CHF 3'298 Milliarden in der Schweiz.³ Es liegt nahe, dass sich darunter auch Vermögenswerte *deliktischer* Herkunft befinden. Für den Bundesrat steht indessen fest, dass deliktische Vermögenswerte auf dem schweizerischen Finanzplatz unerwünscht sind und alles in die Wege geleitet werden muss, um diese auf Ersuchen eines ausländischen Staates zurückzuerstatten.⁴

Zur Verfolgung dieses Ziels hat die Schweiz verschiedene multilaterale Rechtshilfeübereinkommen mitgestaltet und ratifiziert.⁵ Darüber hinaus wurde eine eigene, innerstaatliche Rechtsgrundlage für die Herausgabe von Vermögenswerten zur Einziehung oder Rückerstattung an den Berechtigten geschaffen.⁶ Auch in zahlreichen bilateralen Verträgen wurde eine entsprechende Regelung aufgenommen. Diese Vielzahl an Rechtsquellen führt aber zu einer gewissen *Rechtszersplitterung*.⁷ Im Rahmen der Arbeit wird daher untersucht, welche Regelungen die einzelnen Rechtsquellen in Bezug auf die rechtshilfweise Einziehung von Vermögenswerten in der Schweiz vorsehen.

In der Praxis steht ein Rechtshilferichter vor der schwierigen Aufgabe, ein Ersuchen um rechtshilfweise Einziehung anhand eines *ausländischen Einziehungsentscheides* zu beurteilen, ohne diesen Entscheid aber einer Nachprüfung zu unterziehen. Damit stellt sich einerseits die Frage, in welchem Umfang ein ausländischer Einziehungsentscheid zu überprüfen ist, und andererseits, welchen Anforderungen ein ausländischer Einziehungsentscheid zu entsprechen hat. Unter Berücksichtigung eines jüngst ergangenen Leitentscheides des Bundesgerichtes⁸ widmet sich die vorliegende Arbeit in ausführlicher Weise diesen Fragestellungen.

* Besonderer Dank gilt Prof. Dr. Marc Forster für die thematische Anregung und die Übernahme des Referates. Grosser Dank geht ebenfalls an Prof. Dr. Nora Markwalder für die Übernahme des Korreferates.

¹ SCHWEIZERISCHE BANKIERVEREINIGUNG, S. 10.

² DIES., S. 63.

³ DIES., S. 63, hält fest, dass die Schweizer Banken per Ende 2018 ein Vermögen in der Höhe von CHF 6'943.5 Milliarden verwalteten und davon rund 47.5 Prozent ausländisches Vermögen gewesen sei.

⁴ BJ Wegleitung, S. 66, wobei der *Bundesrat* insbesondere verhindern will, dass der Schweizer Finanzplatz als Zufluchtsort für Vermögenswerte deliktischer Herkunft missbraucht wird. Auch das *BGer* hält diesbezüglich fest, dass es dem Landesinteresse widerspreche, wenn die Schweiz als Hort für Fluchtgelder oder kriminelle Gelder fungiere (vgl. BGE 123 II 595 E. 5a S. 606 f.).

⁵ Vgl. BJ Tätigkeitsbericht, S. 15.

⁶ Vgl. BJ Tätigkeitsbericht, S. 15.

⁷ Vgl. BSK IStR-HEIMGARTNER/NIGGLI, Einführung N 4.

⁸ Vgl. BGE 145 IV 99 E. 3.3 S. 110. Dieser jüngst ergangene Leitentscheid behandelt eine rechtshilfweise Herausgabe von Vermögenswerten an die Türkei. Im Rahmen der Beschwerde an das BGer macht die Konteninhaberin u.a. geltend, dass ihr im türkischen Verfahren das rechtliche Gehör verweigert worden sei. Nebst den wegweisenden Ausführungen zu den Anforderungen an einen ausländischen Einziehungsentscheid (vgl. dazu § 6 II.), nimmt das BGer mit dem Leitentscheid auch eine Präzisierung seiner Eintretenspraxis vor (siehe dazu § 3 II. F.).

Sind die deliktisch erlangten Vermögenswerte nicht mehr vorhanden, ergibt sich in der Einziehungspraxis eine weitere Herausforderung. Es stellt sich insbesondere die Frage, inwiefern dem ausländischen Staat anstelle der deliktischen Vermögenswerte auch Vermögenswerte, die keine Konnexität zur Straftat aufweisen, herausgegeben werden können. Die vorliegende Arbeit untersucht, ob eine solche rechtshilfweise Herausgabe von Vermögenswerten zur Deckung einer *ausländischen Ersatzforderung* möglich ist und ob diesbezüglich Handlungsbedarf besteht.

Die Arbeit gliedert sich dabei wie folgt: Im *ersten* Teil werden die Rechtsgrundlagen der rechtshilfweisen Einziehung von Vermögenswerten beleuchtet. Dazu werden die internationale Rechtshilfe in Strafsachen und deren Grundsätze erläutert (§ 2) sowie das Verfahren der rechtshilfweisen Einziehung von Vermögenswerten aufgezeigt (§ 3). Im Anschluss erfolgt eine Betrachtung der einzelnen Rechtsquellen auf nationaler (§ 4) und internationaler Ebene (§ 5). Dabei wird zu Beginn jeder Rechtsquelle jeweils der Anwendungsbereich definiert. Auf dieser Grundlage ergeht im *zweiten* Teil eine ausführliche Analyse von zwei ausgewählten Problemfeldern. Die Analyse zu den Anforderungen an den ausländischen Einziehungsentscheid untersucht zunächst den Umfang der Kontrolle und sodann deren Inhalt, d.h. die rechtsstaatlichen Mindestanforderungen (§ 6). Im Rahmen der Analyse zur Einziehbarkeit von ausländischen Ersatzforderungen wird vorab das Grundprinzip einer Ersatzforderung aufgezeigt und Bezug auf die entsprechende Regelung im nationalen Strafrecht genommen (§ 7). Abschliessend werden die gewonnenen Erkenntnisse zusammengefasst (§ 8).

II. Abgrenzungen

Unter *internationaler Rechtshilfe in Strafsachen* versteht man «die Unterstützung, welche die Behörde eines Staates der Behörde eines anderen Staates in Verfahren strafrechtlicher Art gewährt».⁹ Das Rechtshilfeverfahren ist selbst *kein* Strafverfahren und entsprechend gegenüber einem solchen abzugrenzen.¹⁰ Angestrebt wird nicht die Klärung von Täterschaft und Schuld, sondern lediglich die Unterstützung des Verfahrens im ersuchenden Staat.¹¹ Der Rechtshilferichter des ersuchten Staates befindet also weder über die Schuld noch über die Strafe des Angeschuldigten und er hat auch nicht abschliessend zu beurteilen, ob eine strafbare Handlung vorliegt und welche Straftatbestände im Einzelnen erfüllt sind.¹²

Eine *rechtshilfweise* Einziehung kommt grundsätzlich zur Anwendung, wenn sich die der Einziehung unterliegenden Vermögenswerte auf dem Territorium eines anderen Staates befinden. Im Fokus der vorliegenden Arbeit stehen Fälle, in denen die Vermögenswerte in der Schweiz liegen und ein ausländischer Staat die Schweiz um rechtshilfweise Einziehung ersucht.¹³ Liegt

⁹ DONATSCH *et al.*, S. 7.

¹⁰ Vgl. FORSTER, S. 278.

¹¹ RIEDO/FIOLKA/NIGGLI, N 3316.

¹² FORSTER, S. 278.

¹³ Die Schweiz ist also *ersuchter* Staat und der ausländische Staat *ersuchender* Staat.

hingegen kein internationaler Sachverhalt vor – d.h., es gibt einen schweizerischen Strafprozess und die Vermögenswerte befinden sich in der Schweiz – erfolgt die Einziehung der Vermögenswerte i.d.R. nach den einschlägigen Bestimmungen des StGB.¹⁴

§ 2 Internationale Rechtshilfe in Strafsachen

I. Formen der Rechtshilfe

Die Materie der internationalen Rechtshilfe in Strafsachen lässt sich in vier Formen bzw. Arten unterteilen, namentlich in die Auslieferung, die kleine Rechtshilfe, die stellvertretende Strafverfolgung und die Übertragung der Vollstreckung von Strafentscheiden.¹⁵

Unter der *Auslieferung* versteht man die physische Überstellung einer Person an einen anderen Staat zwecks Strafverfolgung bzw. -vollstreckung.¹⁶ Der Sammelbegriff der *kleinen Rechtshilfe*¹⁷ bezeichnet «sämtliche Massnahmen des ersuchten Staates auf seinem Territorium, die der Unterstützung eines durch den ersuchenden Staat geführten Strafverfahrens oder bei der Erlangung von Deliktserträgen durch den ersuchenden Staat dienen».¹⁸ Die *stellvertretende Strafverfolgung* umfasst sowohl die Übertragung eines Strafverfahrens von einem sachlich und örtlich zuständigen Staat auf einen anderen Staat als auch, umgekehrt dazu, die Übernahme des Verfahrens durch einen Staat, der sachlich und örtlich eigentlich nicht zuständig ist.¹⁹ Bei der *Vollstreckung von Strafentscheiden* übernimmt der ersuchte Staat den Vollzug eines im ersuchenden Staat ergangenen Strafurteils.²⁰

Die rechtshilfeweise Einziehung von Vermögenswerten fällt unter die Form der kleinen Rechtshilfe,²¹ aber ein ausländischer Einziehungsentscheid kann auch – im Sinne der zuletzt aufgeführten Form der Rechtshilfe – vollstreckt werden.²²

II. Grundsätze der Gewährung von Rechtshilfe

Der Gewährung von internationaler Rechtshilfe in Strafsachen liegt eine Reihe an Prinzipien zugrunde. Nachfolgend wird auf einzelne davon kurz eingegangen.

¹⁴ Vgl. Art. 70 ff. StGB. Befinden sich notwendige Beweismittel im Ausland, ist aber unter Umständen ein zusätzliches Rechtshilfeverfahren erforderlich.

¹⁵ BSK IStR-HEIMGARTNER/NIGGLI, Einführung N 27; vgl. auch Art. 1 IRSG.

¹⁶ DONATSCH *et al.*, S. 26; GLESS, N 251, bezeichnet die Auslieferung auch als *grosse* Rechtshilfe; vgl. dazu den *zweiten* Teil des IRSG (Art. 32 ff. IRSG).

¹⁷ Für die *kleine* Rechtshilfe werden teilweise auch die Begriffe *akzessorische* Rechtshilfe, *andere* Rechtshilfe oder bisweilen auch nur Rechtshilfe, d.h. ohne jeglichen Zusatz, verwendet (vgl. BJ Wegleitung, S. 5).

¹⁸ RIEDO/FIOLKA/NIGGLI, N 3154; vgl. BSK IStR-HEIMGARTNER/NIGGLI, Einführung N 29; vgl. dazu den *dritten* Teil des IRSG (Art. 63 ff. IRSG).

¹⁹ RIEDO/FIOLKA/NIGGLI, N 3155; vgl. BSK IStR-HEIMGARTNER/NIGGLI, Einführung N 31; vgl. dazu den *vierten* Teil des IRSG (Art. 85 ff. IRSG).

²⁰ RIEDO/FIOLKA/NIGGLI, N 3155; vgl. BSK IStR-HEIMGARTNER/NIGGLI, Einführung N 32; vgl. dazu den *fünften* Teil des IRSG (Art. 94 ff. IRSG).

²¹ Vgl. Art. 74a IRSG im *dritten* Teil des IRSG. Beinhaltet ein Rechtshilfeersuchen die Herausgabe von Vermögenswerten *und* gleichzeitig die Auslieferung deren Inhabers, kommt anstelle dessen aber die *Sachauslieferung* nach Art. 59 IRSG bzw. Art. 20 Ziff. 1 EAUE zur Anwendung (vgl. BSK IStR-KOCHER, Art. 59 IRSG N 1).

²² Siehe dazu unten, § 4 I. C. und § 7 II. B.

Aus dem völkerrechtlichen Prinzip der *Gegenseitigkeit* geht hervor, dass ein Staat Rechtshilfe nur gewährt, wenn und soweit ihm der ersuchende Staat die gleiche Art von Rechtshilfe für gleiche Zwecke zugesteht.²³ Eine Gegenrechtserklärung ist nicht erforderlich, wenn die Schweiz ein hohes Interesse daran hat, dass die Tat verfolgt und Rechtshilfe geleistet wird.²⁴ Dies ist insbesondere bei der organisierten Kriminalität, der Geldwäscherei, der Korruption und den schweren Wirtschaftsdelikten der Fall.²⁵

Gemäss dem Prinzip der *beidseitigen Strafbarkeit* setzt die Leistung von Rechtshilfe voraus, dass die Handlungen, auf die sich das Strafverfahren bzw. der Entscheid im ersuchenden Staat richten, auch nach dem Recht des ersuchten Staats strafbar sein müssen.²⁶ Bei der kleinen Rechtshilfe kommt dieses Prinzip nur zur Anwendung, wenn prozessualer Zwang, wie z.B. die Beschlagnahme von Vermögenswerten, angewendet werden soll.²⁷

Das Prinzip der *Spezialität* bedeutet, dass der ersuchende Staat die ihm zukommende Rechtshilfe nur in jenem Rahmen verwenden darf, für den er sie ersucht hat und in welchem sie ihm auch vom ersuchten Staat gewährt wurde.²⁸ Die mittels Rechtshilfe erlangten Vermögenswerte dürfen vom ersuchenden Staat also nicht für andere Zwecke verwendet werden.²⁹

Da die Rechtshilfe regelmässig in die Grundrechte von Individuen eingreift, untersteht sie dem Prinzip der *Verhältnismässigkeit*.³⁰ Einem Rechtshilfeersuchen wird insbesondere dann nicht entsprochen, wenn die Bedeutung der Tat die Durchführung des Rechtshilfeverfahrens nicht rechtfertigt.³¹ In Bezug auf die kleine Rechtshilfe muss die ersuchte Prozesshandlung für das ausländische Strafverfahren erforderlich erscheinen.³²

Die internationale Rechtshilfe in Strafsachen kann aus verschiedenen *Ausschlussgründen* verweigert werden. Einerseits ist die Rechtshilfe ausgeschlossen, wenn das ausländischen Verfahren ein politisches, militärisches oder fiskalisches Delikt zum Gegenstand hat.³³ Andererseits können Mängel des ausländischen Verfahrens, wie etwa Verstösse gegen die EMRK oder den UNO-Pakt II, zur Verweigerung der Rechtshilfe führen.³⁴ Schliesslich kann die Rechtshilfe abgelehnt werden, wenn der Strafanspruch des ersuchenden Staates bereits erschöpft ist oder der Strafan-

²³ Vgl. POPP, N 428; ZIMMERMANN, N 575, *kritisch* zum Erfordernis der Gegenseitigkeit.

²⁴ BSK IStR-HEIMGARTNER/NIGGLI, Art. 8 IRSG N 47; vgl. auch Art. 8 Abs. 2 lit. a IRSG.

²⁵ BJ Wegleitung, S. 27, mit weiteren Hinweisen. BGE 115 Ib 517 E. 4b S. 252 hält in Bezug auf die rechtshilfweise Einziehung von Vermögenswerten fest, dass bei *schweren Wirtschaftsdelikten* auf eine Gegenrechtserklärung verzichtet werden könne. Denn es liege im Interesse der Schweiz, nicht zu einem weitherum bekannten Hort für Deliktsgut zu werden oder in den Augen der Delinquenten als ein solcher zu gelten.

²⁶ RIEDO/FIOLKA/NIGGLI, N 3359; vgl. auch GLESS, N 310.

²⁷ DONATSCH *et al.*, S. 100; vgl. Art. 64 Abs. 1 IRSG.

²⁸ POPP, N 287; vgl. Art. 67 IRSG.

²⁹ Vgl. DERS., N 297 f.

³⁰ Vgl. BSK IStR-HEIMGARTNER/NIGGLI, Einführung N 42.

³¹ Vgl. Art. 4 IRSG; vgl. dazu BJ Wegleitung, S. 21.

³² Vgl. BSK IStR-HEIMGARTNER/NIGGLI, Einführung N 42; vgl. Art. 63 Abs. 1 IRSG.

³³ Vgl. GLESS, N 344 ff., mit weiteren Hinweisen; vgl. auch Art. 3 IRSG.

³⁴ BJ Wegleitung, S. 18 f., mit weiteren Hinweisen; vgl. auch Art. 2 IRSG. Zu den rechtsstaatlichen Mindestanforderungen an einen ausländischen Einziehungsentscheid siehe unten, § 6 II.

spruch infolge Verjährung untergegangen ist.³⁵ Dabei liegt eine Erschöpfung vor, sofern der Verfolgte wegen der fraglichen Tat bereits freigesprochen bzw. verurteilt wurde oder das Verfahren eingestellt wurde.³⁶ Unter Verjährung ist der Untergang des staatlichen Strafanspruchs infolge Zeitablaufs zu verstehen.³⁷ Da aber im Bereich der kleinen Rechtshilfe die meisten Staatsverträge keine Regelungen zur Verjährung enthalten,³⁸ stellt der Umstand, dass das betreffende Delikt nach schweizerischem Recht verjährt wäre, oftmals keinen Grund dar, die Rechtshilfe zu verweigern.³⁹

III. Vielzahl an Rechtsquellen zur Einziehung von Vermögenswerten

Die Rechtshilfe in Strafsachen als zwischenstaatlicher Akt geht auf unterschiedliche Rechtsquellen zurück.⁴⁰ Da sich die Normen sowohl im nationalen Recht als auch im Völkerrecht befinden, ist die Lösung von Fällen im Bereich der internationalen Rechtshilfe oftmals komplex.⁴¹ Abgesehen davon, dass die spezifischen Regeln der beteiligten Staaten betreffend Rechtshilfe zu berücksichtigen sind, muss für jede Paarung von Staaten geprüft werden, welche völkerrechtlichen Verträge anwendbar sind.⁴²

Die Vielzahl an Staatsverträgen führt in materieller Hinsicht zu einer gewissen *Rechtszersplitterung*.⁴³ In der Praxis hält sich diese aber aufgrund des relativ rechtshilfefreundlichen IRSG, der Vorbehalte der Schweiz gegenüber multilateralen Übereinkommen und der Anwendung des Günstigkeitsprinzips in Grenzen.⁴⁴

In der Vielfalt der unterschiedlich anwendbaren Normen liegt darüber hinaus eine logische Ergänzung der jeweiligen Regelungsmaterien zugrunde. So wird in den bi- und multilateralen Staatsverträgen i.d.R. festgelegt, wann und unter welchen Umständen gegenseitige Rechtshilfe zu leisten ist und in den nationalen Gesetzen wird das Verfahren der Rechtshilfe konkret ausgestaltet.⁴⁵

³⁵ RIEDO/FIOLKA/NIGGLI, N 3425; hierbei stellen der Untergang des Strafanspruchs infolge Amnestie *oder* die Immunität des Beschuldigten weitere Ausschlussgründe dar (vgl. auch Art. 5 IRSG).

³⁶ DIES., N 3425. Der *ne bis in idem*-Grundsatz verbietet es, eine Handlung, die bereits Gegenstand eines Strafurteils war, erneut zu beurteilen oder auch nur strafprozessual zu untersuchen (POPP, N 262). Während der Strafklageverbrauch auf nationaler Ebene unumstritten ist, existiert er auf internationaler Ebene nur punktuell (GLESS, N 367). Die Regelungen sind in Bezug auf die Voraussetzungen und die Reichweite der Sperrwirkungen äusserst uneinheitlich. Für eine tabellarische Übersicht zur Regelung in den einzelnen Rechtsquellen siehe POPP, N 265.

³⁷ DONATSCH *et al.*, S. 107.

³⁸ POPP, N 259, weist aber darauf hin, dass sich eine relevante *Ausnahme* in Art. 18 Ziff. 4 lit. c GwUE befinde. Danach kann die rechtshilfweise Einziehung von Vermögenswerten verweigert werden, wenn der Einziehungsentscheid nach dem Recht des *ersuchten* Staates wegen Verjährung nicht mehr erlassen oder vollstreckt werden kann.

³⁹ DONATSCH *et al.*, S. 108. Das Fehlen einer Bestimmung zur Verjährung im EUeR ist nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung als qualifiziertes Schweigen zu erachten. Im Rahmen der Rechtshilfe, die dem EUeR unterliegt, muss deshalb die Frage der Verjährung nicht i.S.v. Art. 5 Abs. 1 Bst. c IRSG geprüft werden. Sind die Rechtshilfemassnahmen jedoch nicht im EUeR, sondern *nur* im IRSG vorgesehen (wie etwa die Herausgabe von Vermögenswerten nach Art. 74a IRSG), muss die Rechtshilfe gemäss dem IRSG gewährt werden und die die Verjährungsvorschriften von Art. 5 Abs. 1 Bst. c IRSG sind entsprechend zu berücksichtigen (vgl. zum Ganzen BGE 117 Ib 53 E. 3 S. 58 ff.; BJ Wegleitung, S. 30).

⁴⁰ BSK IStR-HEIMGARTNER/NIGGLI, Einführung N 34.

⁴¹ RIEDO/FIOLKA/NIGGLI, N 3194.

⁴² DIES., N 3194.

⁴³ Vgl. BSK IStR-HEIMGARTNER/NIGGLI, Einführung N 4.

⁴⁴ DIES., Einführung N 4. Zum Günstigkeitsprinzip siehe nachfolgend, § 4 I. A.

⁴⁵ DIES., Einführung N 34; vgl. auch DONATSCH *et al.*, S. 11.

In Bezug auf die rechtshilfweise Einziehung⁴⁶ von Vermögenswerten verfügt die Schweiz bereits auf *nationaler Ebene* über eine Mehrzahl an relevanten Erlassen:⁴⁷

- Bundesgesetz vom 20. März 1981 über internationale Rechtshilfe in Strafsachen (Rechtshilfegesetz, IRSG; SR 351.1);
- Verordnung vom 24. Februar 1982 über internationale Rechtshilfe in Strafsachen (Rechtshilfeverordnung, IRSV; SR 351.11);
- Bundesgesetz vom 18. Dezember 2015 über die Sperrung und die Rückerstattung unrechtmässig erworbener Vermögenswerte ausländischer politisch exponierter Personen (SRVG; SR 196.1);
- Bundesgesetz vom 3. Oktober 1975 zum Staatsvertrag mit den Vereinigten Staaten von Amerika über gegenseitige Rechtshilfe in Strafsachen (BG-RVUS, SR 351.93);⁴⁸
- Bundesgesetz vom 19. März 2004 über die Teilung eingezogener Vermögenswerte (TEVG; SR 312.4).⁴⁹

Auf *internationaler Ebene* hat die Schweiz eine Vielzahl an multilateralen Übereinkommen ratifiziert und mit diversen Staaten bilaterale Verträge abgeschlossen. Für die rechtshilfweise Einziehung von Vermögenswerten in der Schweiz sind insbesondere die nachfolgenden multilateralen Übereinkommen von Bedeutung:

- Europäisches Übereinkommen vom 20. April 1959 über die Rechtshilfe in Strafsachen (EUeR, SR 0.351.1);
- Zweites Zusatzprotokoll vom 8. November 2001 zum Europäischen Übereinkommen über die Rechtshilfe in Strafsachen (ZP II EUeR, SR 0.351.12);
- Übereinkommen vom 8. November 1990 über Geldwäscherei sowie Ermittlung, Beschlagnahme und Einziehung von Erträgen aus Straftaten (GwUe, SR 0.311.53).⁵⁰

Darüber hinaus hat die Schweiz mit ihren Nachbarstaaten günstige Formen der Zusammenarbeit in Zusatzverträgen zum EUeR vereinbart:

- Vertrag vom 13. November 1969 zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der Bundesrepublik Deutschland über die Ergänzung des Europäischen Übereinkommens über die Rechtshilfe in Strafsachen vom 20. April 1959 und die Erleichterung seiner Anwendung (ZV-D/EUeR, SR 0.351.913.61);

⁴⁶ DANNACHER, S. 33 ff., zeigt auf, dass die Einziehung von unrechtmässig erworbenen Vermögenswerten und deren anschließende Herausgabe an einen Staat unter Umständen auch nach den *strafrechtlichen* oder *zivilrechtlichen* Normen denkbar sei. Oftmals erweise sich die anschließende Herausgabe an den geschädigten Staat aber als schwierig (vgl. dazu DIES., S. 119 ff. und 164 ff.). Im Rahmen dieser Arbeit liegt der Fokus aber auf der *rechtshilfeweisen* Einziehung von Vermögenswerten, weshalb nicht weiter darauf eingegangen wird.

⁴⁷ Die relevanten Erlasse befinden sich ausschliesslich auf Bundesebene. *Kantonales Recht* spielt seit dem Inkrafttreten der StPO nur noch eine untergeordnete Rolle. Aus kantonalen Behördenorganisationserlassen bzw. spezifischen Ausführungserlassen zum IRSG ergibt sich lediglich noch, welche kantonalen Behörden ggf. für die Behandlung von Rechtshilfeersuchen zuständig sind (RIEDO/FIOLKA/NIGGLI, N 3813). BJ Wegleitung, S. 15, hält fest, dass das Gebot der raschen Erledigung gemäss Art. 17a IRSG nicht mehr durch *kantonale* Vorschriften gefährdet werden solle. ZIMMERMANN, N 188, plädiert für eine weitere Zentralisierung und eine Übertragung von sämtlichen Vollzugsbefugnissen an die Bundesbehörden.

⁴⁸ Das BG-RVUS wird in der vorliegenden Arbeit nicht einzeln als Rechtsquelle auf nationaler Ebene aufgeführt, sondern im Rahmen des RVUS behandelt (vgl. dazu § 5 III).

⁴⁹ Das TEVG wird in der vorliegenden Arbeit ebenfalls nicht als Rechtsquelle auf nationaler Ebene aufgeführt, sondern lediglich im Rahmen des IRSG thematisiert (vgl. dazu § 4 I. B. 7.).

⁵⁰ Das GwUe stellt ein Rechtshilfeerlass *im weiteren Sinne* dar, dessen Zweck die Bekämpfung bestimmter Arten von Straftaten im Bereich der Wirtschaftskriminalität ist (vgl. POPP, N 27).

- Vertrag vom 13. Juni 1972 zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der Republik Österreich über die Ergänzung des Europäischen Übereinkommens über die Rechtshilfe in Strafsachen vom 20. April 1959 und die Erleichterung seiner Anwendung (ZV-A/EUeR, SR 0.351.916.32);
- Vertrag vom 28. Oktober 1996 zwischen dem Schweizerischen Bundesrat und der Regierung der Französischen Republik zur Ergänzung des Europäischen Übereinkommens vom 20. April 1959 über die Rechtshilfe in Strafsachen (ZV-F/EUeR, SR 0.351.934.92);
- Vertrag vom 10. September 1998 zwischen der Schweiz und Italien zur Ergänzung des Europäischen Übereinkommens über die Rechtshilfe in Strafsachen vom 20. April 1959 und zur Erleichterung seiner Anwendung (ZV-I/EUeR, SR 0.351.945.41).

Bilaterale Verträge mit Bestimmungen zur rechtshilfeweisen Einziehung von Vermögenswerten hat die Schweiz u.a. mit den USA⁵¹, Australien⁵², Kanada⁵³, Ecuador⁵⁴, Peru⁵⁵, Hongkong⁵⁶, Ägypten⁵⁷, Philippinen⁵⁸, Mexiko⁵⁹, Brasilien⁶⁰, Chile⁶¹, Argentinien⁶² und Kolumbien⁶³. Ausserdem hat die Schweiz mit Indien ein weniger detailliertes Abkommen in Form eines Briefwechsels geschlossen, welches mitunter zum Ziel hat, eine gemeinsame Grundlage für die Herausgabe von Vermögenswerten zu schaffen.⁶⁴ Da eine Betrachtung sämtlicher bilateraler Verträge den Rahmen der vorliegenden Arbeit sprengen würde, wird der Fokus auf den in der Praxis besonders bedeutenden Rechtshilfevertrag zwischen den USA und der Schweiz gelegt:⁶⁵

- Staatsvertrag vom 25. Mai 1973 zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und den Vereinigten Staaten von Amerika über gegenseitige Rechtshilfe in Strafsachen (RVUS, SR 0.351.933.6).

⁵¹ Vgl. Art. 1 Ziff. 1 lit. b RVUS; siehe unten, § 5 III.

⁵² Vgl. Art. 1 Ziff. 2 lit. d und Art. 16 des Rechtshilfevertrages vom 25. November 1991 in Strafsachen zwischen der Schweiz und Australien (SR 0.351.915.8).

⁵³ Vgl. Art. 1 Ziff. 3 lit. c des Rechtshilfevertrages in Strafsachen vom 7. Oktober 1993 zwischen der Schweiz und Kanada (SR 0.351.923.2).

⁵⁴ Vgl. Art. 1 Ziff. 2 lit. e und Art. 13 des Vertrages vom 4. Juli 1997 zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der Republik Ekuador über Rechtshilfe in Strafsachen (SR 0.351.932.7).

⁵⁵ Vgl. Art. 1 Ziff. 2 lit. e und Art. 14 des Vertrages vom 21. April 1997 zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der Republik Peru über Rechtshilfe in Strafsachen (SR 0.351.964.1).

⁵⁶ Vgl. Art. 1 Ziff. 2 lit. e, Art. 1 Ziff. 2 lit. j, Art. 5 und Art. 12 des Abkommens vom 15. März 1999 zwischen dem Schweizerischen Bundesrat und der Regierung der Besonderen Verwaltungsregion Hongkong der Volksrepublik China über Rechtshilfe in Strafsachen (SR 0.351.941.6).

⁵⁷ Vgl. Art. 1 Ziff. 2 lit. e und Art. 10 des Vertrages vom 7. Oktober 2000 zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der Arabischen Republik Ägypten über Rechtshilfe in Strafsachen (SR 0.351.932.1).

⁵⁸ Vgl. Art. 1 Ziff. 2 lit. c und Art. 11 des Vertrages vom 9. Juli 2002 zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der Republik der Philippinen über Rechtshilfe in Strafsachen (SR 0.351.964.5).

⁵⁹ Vgl. Art. 1 Ziff. 4 lit. c und Art. 12 des Vertrages vom 11. November 2005 zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und den Vereinigten Mexikanischen Staaten über Rechtshilfe in Strafsachen (SR 0.351.956.3).

⁶⁰ Vgl. Art. 1 Ziff. 3 lit. c und Art. 12 des Vertrages vom 12. Mai 2004 zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der Föderativen Republik Brasilien über Rechtshilfe in Strafsachen (SR 0.351.919.81).

⁶¹ Vgl. Art. 1 Ziff. 3 lit. a und Art. 11 des Vertrages vom 24. November 2006 zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der Republik Chile über Rechtshilfe in Strafsachen (SR 0.351.924.5).

⁶² Vgl. Art. 1 Ziff. 4 lit. c, Art. 1 Ziff. 4 lit. f und Art. 12 des Vertrages vom 10. November 2009 zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der Republik Argentinien über Rechtshilfe in Strafsachen (SR 0.351.915.4).

⁶³ Vgl. Art. 2 lit. c, Art. 2 lit. g und Art. 13 des Vertrages vom 27. Januar 2011 zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der Republik Kolumbien über Rechtshilfe in Strafsachen (SR 0.351.926.3).

⁶⁴ Vgl. Ziff. 1 des Briefwechsels vom 20. Februar 1989 zwischen der Schweiz und Indien über die Rechtshilfe in Strafsachen (SR 0.351.942.3); vgl. auch BJ Wegleitung, S. 11. Gemäss BGE 122 II 140 E. 2 S. 141 gilt der Briefwechsel, unabhängig von seiner besonderen Bezeichnung, als völkerrechtliche Vertrag und bildet demnach die Grundlage für die Zusammenarbeit zwischen Indien und der Schweiz.

⁶⁵ RIEDO/FIOLKA/NIGGLI, N 3261, weisen darauf hin, dass der praktisch besonders bedeutsame und umfangreiche Rechtshilfevertrag mit den USA stillbildend für das IRSG gewesen sei; siehe dazu nachfolgend, § 5 III. A.

§ 3 Verfahren der rechtshilfeweisen Einziehung

I. Asset Recovery im Überblick

Ein *Asset Recovery*-Fall beginnt mit dem Aufspüren und Auffinden von mutmasslich unrechtmässig erworbenen Vermögenswerten.⁶⁶ Die Finanzermittlungen führen dabei oftmals über die Landesgrenzen hinaus, u.a. auch in die Schweiz.⁶⁷

Stellt ein Staat fest, dass die Vermögenswerte in der Schweiz liegen, kann er auf dem Weg der internationalen Rechtshilfe um deren Sperre ersuchen. Die zuständige Behörde in der Schweiz kann auf ausdrückliches Ersuchen⁶⁸ des ausländischen Staates *vorläufige Massnahmen* zur Erhaltung des bestehenden Zustandes, zur Wahrung bedrohter rechtlicher Interessen oder zur Sicherung gefährdeter Beweismittel anordnen, wenn ein im IRSG vorgesehenes Verfahren nicht offensichtlich unzulässig oder unzweckmässig⁶⁹ erscheint.⁷⁰ Beim Ersuchen um vorläufige Massnahmen müssen die formellen Anforderungen an ein Rechtshilfeersuchen nicht vollumfänglich erfüllt sein.⁷¹ In der Praxis ist die vorläufige Kontosperrung besonders bedeutsam, wobei die Bank auch regelmässig mit einer vorläufigen Schweigepflicht belegt wird, um zu verhindern, dass die Bank den Kunden warnt bzw. über die Kontosperrung informiert.⁷² Ist Gefahr im Verzug,⁷³ kann das Bundesamt für Justiz vorsorgliche Massnahmen anordnen, sobald ein Ersuchen angekündigt ist, d.h. noch *vor* dem Eingang des eigentlichen Rechtshilfeersuchens.⁷⁴

Im Anschluss kann der ausländische Staat die Schweiz um die *Herausgabe von Beweismitteln* ersuchen. Der zuständigen ausländischen Behörde können Gegenstände, Schriftstücke oder Vermögenswerte, die zu Beweis Zwecken beschlagnahmt wurden, sowie Akten und Entscheide zur Verfügung gestellt werden.⁷⁵ Von besonderer praktischer Bedeutung ist die Herausgabe von Bankunterlagen bei Vermögensdelikten.⁷⁶ Dem ersuchenden Staat liefern die Unterlagen die

⁶⁶ BJ Rückführung, S. 1.

⁶⁷ BJ Rückführung, S. 1, wobei für die Finanzermittlungen auf verschiedene Kanäle, wie z.B. die *Financial Intelligence Units* oder das *Camden Asset Recovery Interagency Network*, zurückgegriffen werden kann.

⁶⁸ BSK IStR-AEPLI, Art. 18 IRSG N 8 f., weist darauf hin, dass Art. 8 BG-RVUS und Art. 24 ZP II EUeR im Vergleich zu Art. 18 Abs. 1 IRSG rechtshilfefreundlichere Normen seien, da ein ausdrückliches Ersuchen nicht explizit vorausgesetzt werde. Diesbezüglich nicht rechtshilfefreundlicher sei hingegen das GwUe, weil der ersuchende Staat gemäss Art. 11 GwUe zuerst ein Strafverfahren oder ein Einziehungsverfahren einleiten müsse.

⁶⁹ Vgl. BGE 116 Ib 96 E. 3a S. 99 ff. zur Verweigerung bei offensichtlicher Unzulässigkeit oder Unzweckmässigkeit.

⁷⁰ Vgl. Art. 18 Abs. 1 IRSG. BJ Wegleitung, S. 61, merkt an, dass die im schweizerischen Recht normierten Bedingungen im internationalen Vergleich zu Recht sehr förderlich seien (v.a. im Vergleich zum angelsächsischen Raum) und sich daher auch als wirksam erwiesen hätten.

⁷¹ GSTÖHL, S. 145, erläutert, dass namentlich die Anforderungen in Art. 28 i.V.m. Art. 78 IRSG *nicht* erfüllt werden müssten.

⁷² Vgl. BSK IStR-AEPLI, Art. 18 IRSG N 31 f., mit weiteren Hinweisen. Weder das IRSG noch die Rechtshilfeverträge umschreiben *vorläufige Massnahmen* in inhaltlicher Hinsicht konkret. Der Sache nach umfassen sie aber etwa Beschlagnahmen, Kontosperrungen, Sicherstellungen, Verwendungsverbote und Durchsuchungen (POPP, N 494).

⁷³ Nach POPP, N 496, bestehe *Gefahr in Verzug*, wenn durch Zuzwarten der spätere Vollzug der Rechtshilfe vereitelt oder erschwert werden könnte, wobei es dazu einer naheliegenden Wahrscheinlichkeit erheblicher Behinderung bedürfe.

⁷⁴ Vgl. POPP, N 496 sowie Art. 18 Abs. 2 IRSG. Bei den vorläufigen Massnahmen *vor* dem eigentlichen Rechtshilfeersuchen wird auch von *provisorischen* bzw. *dringlichen* vorläufigen Massnahmen gesprochen (vgl. GSTÖHL, S. 145). Wenn der ausländische Staat nicht innert der gesetzten Frist das Ersuchen einreicht, werden die Massnahmen aufgehoben (vgl. Art. 18 Abs. 2 IRSG). Die Frist beträgt i.d.R. höchstens drei Monate, kann aber nachträglich verlängert werden (vgl. BJ Wegleitung, S. 61).

⁷⁵ Vgl. Art. 74 Abs. 1 IRSG. Für die Herausgabe von Beweismitteln siehe BSK IStR-AEPLI, Art. 74 IRSG N 1 ff.; GSTÖHL, S. 321 ff.

⁷⁶ BSK IStR-AEPLI, Art. 74 IRSG N 3, mit weiteren Hinweisen; vgl. auch RIEDO/FIOLKA/NIGLI, N 3794.

notwendigen Beweismittel für ein Verfahren vor einem seiner Gerichte, was letztlich zum ausländischen Entscheid führt.⁷⁷ Dieser bildet wiederum die Grundlage für das nachfolgende Rechtshilfeersuchen betreffend der Herausgabe von Vermögenswerte.

Zum Schluss kann der ausländische Staat die Schweiz um die *Herausgabe von Vermögenswerten* zur Einziehung oder Rückerstattung an den Berechtigten ersuchen.⁷⁸ Die Vermögenswerte bleiben beschlagnahmt bis ein rechtskräftiger und vollstreckbarer Entscheid des ersuchenden Staates vorliegt⁷⁹ oder der ersuchende Staat der zuständigen Behörde mitteilt, dass ein solcher Entscheid nach seinem Recht nicht mehr erfolgen kann.⁸⁰

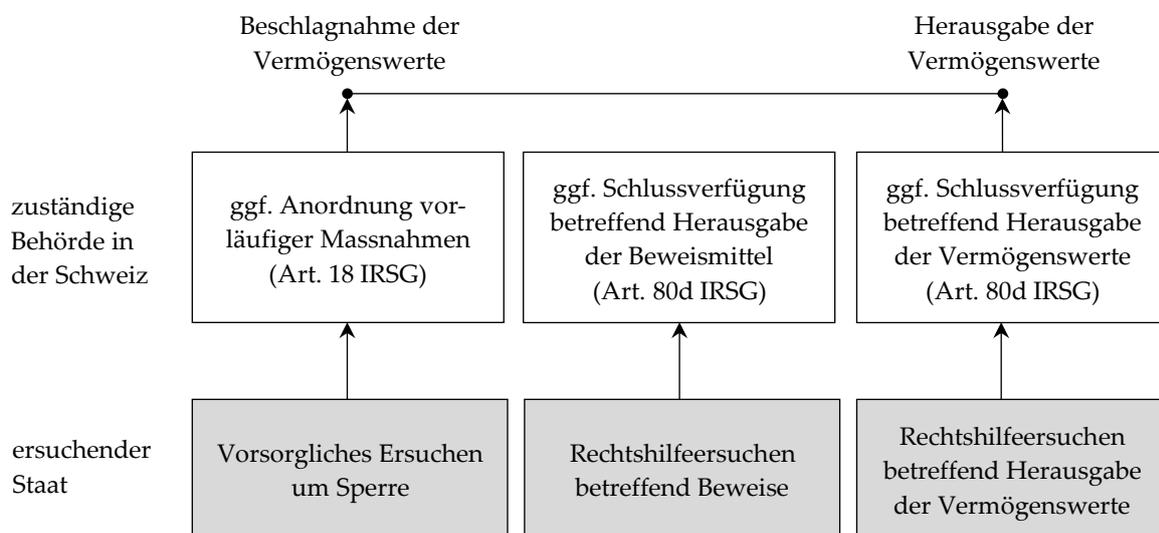


Abbildung 1: Asset Recovery im Überblick⁸¹

⁷⁷ Vgl. BJ Wegleitung, S. 69.

⁷⁸ Vgl. Art. 74a Abs. 1 IRSG.

⁷⁹ Vgl. Art. 74a Abs. 3 IRSG.

⁸⁰ Vgl. Art. 33a IRSV.

⁸¹ In Anlehnung an BJ Rückführung, S. 2.

II. Kleines Rechtshilfeverfahren bei der Einziehung von Vermögenswerten

A. Verfahrensablauf im Überblick

Stellt ein ausländischer Staat ein Ersuchen um Einziehung von Vermögenswerten, so kommt i.d.R. das Verfahren der kleinen Rechtshilfe zur Anwendung.⁸² Der Verfahrensablauf ist ausführlich im IRSG geregelt, jedoch gilt es zu beachten, dass Staatsverträge z.T. abweichende Bestimmungen vorsehen.⁸³

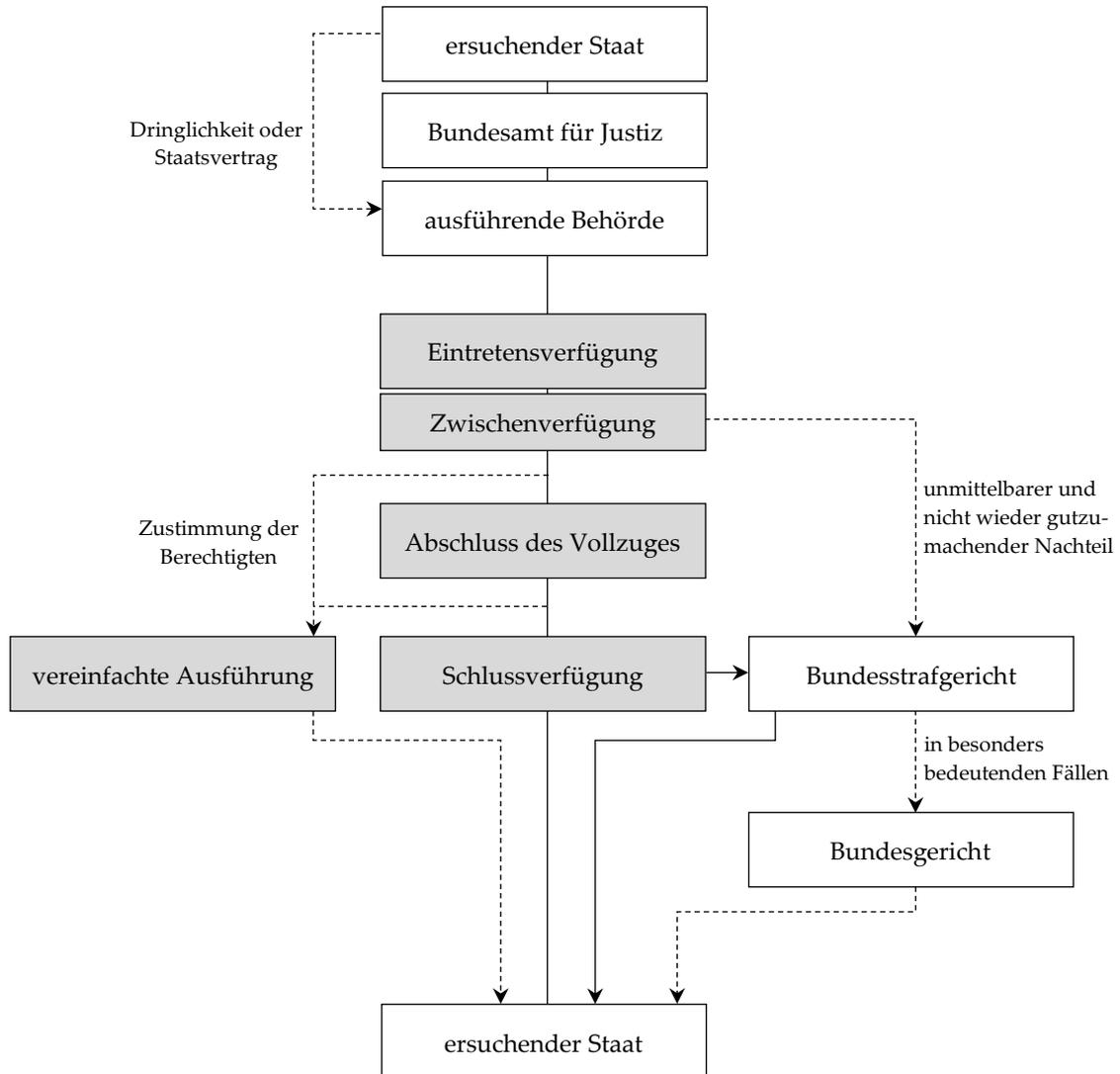


Abbildung 2: Kleines Rechtshilfeverfahren⁸⁴

⁸² Siehe dazu auch oben, § 2 I.

⁸³ So ist z.B. bei der Rechtshilfe mit den USA immer das Bundesamt für Justiz als Zentralstelle zuständig (vgl. Art. 1 Ziff. 3 BG-RVUS).

⁸⁴ In Anlehnung an BJ Wegleitung, S. 90.

B. Annahme und Weiterleitung

Ein ausländischer Staat hat sein Rechtshilfeersuchen unmittelbar an das Bundesamt für Justiz zu richten.⁸⁵ Dieses prüft summarisch, ob das Ersuchen den formellen Anforderungen entspricht und leitet es an die zuständige ausführende Behörde weiter, sofern es nicht offensichtlich unzulässig erscheint.⁸⁶ Die Annahme und Weiterleitung eines Ersuchens sind nicht selbständig anfechtbar.⁸⁷

Bei *Dringlichkeit* kann das Bundesamt für Justiz vorläufige Massnahmen anordnen, sobald ein Ersuchen angekündigt ist.⁸⁸ Wird etwa die Blockierung von Vermögenswerten Gegenstand eines Rechtshilfeersuchens sein, kann das Bundesamt für Justiz bereits bei der Ankündigung des Ersuchens, d.h. noch vor dessen Eintreffen, sichernde Massnahmen anordnen.⁸⁹

Die Weiterleitung erfolgt an jene Behörde, welche sachlich und örtlich für einen entsprechenden Inlandssachverhalt zuständig wäre.⁹⁰ So ist z.B. ein Ersuchen um Herausgabe von Vermögenswerten, die in Form von Kontoguthaben bei einer Bank in Zürich vorliegen, i.d.R. an die Staatsanwaltschaft im Kanton Zürich weiterzuleiten.⁹¹ Das Bundesamt für Justiz *kann* aber auch das gesamte Verfahren selbst übernehmen, wenn ein Ersuchen mehrere Kantone betrifft, die zuständige kantonale Behörde nicht in der Lage ist, einen Entscheid innerhalb angemessener Frist zu fällen, oder ein komplexer und besonders bedeutender Fall vorliegt.⁹²

C. Eintreten und Vollzug

In der Vorprüfung stellt die ausführende Behörde fest, ob die gesetzlich festgelegten Erfordernisse für die Gewährung der Rechtshilfe gegeben sind.⁹³ Sind diese Erfordernisse erfüllt, erlässt die ausführende Behörde eine summarisch begründete *Eintretensverfügung* und ordnet die entsprechenden Rechtshilfehandlungen an.⁹⁴ Gegen die Eintretensverfügung können noch keine Rechtsmittel ergriffen werden.⁹⁵ Im Anschluss werden die Rechtshilfemassnahmen nach dem Gebot der raschen Erledigung vollzogen.⁹⁶

Eine Abweichung vom ununterbrochenen Vollzug gibt es einzig in den zwei vom IRSG vorgesehenen Fällen, in denen eine *Zwischenverfügung* erlassen werden muss.⁹⁷ Einerseits bei der Beschlagnahme von Vermögenswerten und Wertgegenständen sowie andererseits bei der

⁸⁵ Vgl. Art. 27 Abs. 2 IRSG.

⁸⁶ Vgl. Art. 78 Abs. 2 IRSG. Für die summarische Prüfung und Prüfung der offensichtlichen Unzulässigkeit siehe BSK IStR-KUSTER, Art. 78 IRSG N 3 f.

⁸⁷ Vgl. Art. 78 Abs. 4 IRSG i.V.m. Art. 14 IRSV.

⁸⁸ Vgl. Art. 78 Abs. 5 und Art. 18 Abs. 2 IRSG; vgl. auch BJ Wegleitung, S. 48.

⁸⁹ Vgl. Urteil des BGer 1A.87/2002 vom 11.6.2002 E. 3.1; vgl. dazu DANNACHER, S. 83.

⁹⁰ RIEDO/FIOLKA/NIGGLI, N 3813.

⁹¹ Vgl. RIEDO/FIOLKA/NIGGLI, N 3813.

⁹² Vgl. Art. 79a IRSG. BSK IStR-KUSTER, Art. 79a IRSG N 10, führt Asset Recovery bei politisch exponierten Personen als Beispiel für einen komplexen und besonders bedeutenden Fall auf.

⁹³ Vgl. Art. 80 Abs. 1 IRSG; BJ Wegleitung, S. 49, mit weiteren Hinweisen.

⁹⁴ Vgl. Art. 80a IRSG.

⁹⁵ Vgl. Art. 80a IRSG; BJ Wegleitung, S. 49.

⁹⁶ BJ Wegleitung, S. 49. Zum Gebot der raschen Erledigung siehe GLESS, N 334.

⁹⁷ BJ Wegleitung, S. 49.

Anwesenheit ausländischer Beamten.⁹⁸ Die erlassenen Zwischenverfügungen sind allerdings nur selbständig anfechtbar, wenn sie einen unmittelbaren und nicht wieder gutzumachenden Nachteil bewirken.⁹⁹ Um den Vollzug des Ersuchens nicht zu erschweren und das Gebot der raschen Erledigung nicht zu untergraben, soll die umgehende Beschwerde gegen eine Zwischenverfügung die Ausnahme bleiben.¹⁰⁰ Bei der Beschlagnahme von Vermögenswerten muss der Betroffene glaubhaft darlegen,¹⁰¹ dass er fällige vertragliche Pflichten (wie z.B. die Zahlung von Löhnen, Zinsen, Steuern oder Forderungen) nicht erfüllen kann, einem Schuldbetriebs- oder Konkursverfahren ausgesetzt ist oder beinahe spruchreife Geschäfte nicht abschliessen kann.¹⁰²

Die *vereinfachte Ausführung* kommt zur Anwendung, wenn ein Berechtigter bis zum Abschluss des Rechtshilfeverfahrens einer Herausgabe zustimmt. Als Berechtigte gelten insbesondere die Inhaber von Vermögenswerten.¹⁰³

D. Abschluss des Rechtshilfeverfahrens

Ist die Ausführung des Rechtshilfeersuchens abgeschlossen, erlässt die ausführende Behörde eine begründete *Schlussverfügung*.¹⁰⁴ In dieser Verfügung wird die materielle Zulässigkeit des Ersuchens und der Umfang, in welchem Rechtshilfe geleistet werden soll, erläutert (z.B. welche Vermögenswerte unter welchen Bedingungen herausgegeben werden sollen).¹⁰⁵ Sobald die Schlussverfügung in Rechtskraft erwachsen ist, können die Vermögenswerte an den ersuchenden Staat herausgegeben werden.¹⁰⁶

E. Beschwerde an das Bundesstrafgericht

Die Schlussverfügung ist zusammen mit der vorangehenden Zwischenverfügung bei der Beschwerdekommission des Bundesstrafgerichts anfechtbar.¹⁰⁷

Zur Beschwerde *berechtigt* sind das Bundesamt für Justiz sowie Personen, die persönlich als auch direkt von der Rechtshilfemassnahme betroffen sind und zugleich ein schutzwürdiges Interesse an deren Änderung oder Aufhebung haben.¹⁰⁸ Bei der Erhebung von Konteninformationen ist der Konteninhaber beschwerdeberechtigt, grundsätzlich nicht aber die kontoführende Bank, welche die Informationen faktisch sowie technisch herauszugeben hat.¹⁰⁹ Das Beschwerderecht wird dem

⁹⁸ Vgl. Art. 80e Abs. 2 lit. a und b IRSG.

⁹⁹ Vgl. Art. 80e Abs. 2 IRSG.

¹⁰⁰ BJ Wegleitung, S. 49; vgl. Botschaft IRSG, S. 12; vgl. auch BGE 126 II 495 E. 5b/c S. 500 f.

¹⁰¹ Vgl. DANNACHER, S. 84; vgl. dazu BGE 130 II 329 E. 2 S. 332.

¹⁰² BJ Wegleitung, S. 49 f. Alleine die Notwendigkeit, laufende Ausgaben bestreiten zu müssen, genügt hingegen *nicht*, um einen unmittelbaren und nicht wieder gutzumachenden Nachteil glaubhaft zu machen (vgl. BGE 128 II 353 E. 3. S. 354).

¹⁰³ Vgl. Art. 80c IRSG.

¹⁰⁴ Vgl. Art. 80d IRSG.

¹⁰⁵ BJ Wegleitung, S. 50; vgl. auch DANNACHER, S. 84.

¹⁰⁶ BJ Wegleitung, S. 50.

¹⁰⁷ Vgl. Art. 80e Abs. 1 IRSG; DONATSCH *et al.*, S. 147, ausführlich zum Anfechtungsobjekt.

¹⁰⁸ Vgl. Art. 80h IRSG.

¹⁰⁹ Vgl. Art. 9a lit. a IRSV. «Zwar könnte die kontoführende Bank durchaus als von Editionsverfügungen betreffend Bankunterlagen "betroffen" angesehen werden. Die IRSV knüpft jedoch (für die Legitimation) nicht an der Frage an, wer das Konto führt und die Informationen faktisch und technisch herauszugeben hat (nämlich die Bank). Bei Konteninformationen (oder Kontensperren) ist vielmehr massgeblich, wer *Konteninhaber* ist und damit (originär) *schutzwürdige Interessen* hat an der Geheimhaltung der Konteninformationen bzw. am Schutz des Bankkundengeheimnisses.» (BGE 137 IV 134 E. 6.1 S. 140).

Konteninhaber allerdings entzogen, wenn er das Konto unter falschem Namen eröffnet hat.¹¹⁰ Bei der Beschlagnahme von Vermögenswerten zum Zweck der Herausgabe sind der Konteninhaber sowie Dritte, die nach Art. 74a Abs. 4 IRSG ein Recht an dem einzuziehenden Vermögen geltend machen können, zur Beschwerde legitimiert.¹¹¹ Der ersuchende Staat ist aufgrund der fehlenden Parteistellung grundsätzlich nicht beschwerdebefugt.¹¹²

Mit der Beschwerde kann die Verletzung von Bundesrecht, einschliesslich die Überschreitung oder der Missbrauch von Ermessen, *gerügt* werden.¹¹³ Liegt ein Fall von Art. 65 IRSG vor, kann auch die unzulässige oder offensichtlich unrichtige Anwendung ausländischen Rechts Gegenstand der Beschwerde sein.¹¹⁴

F. Bundesgericht als zweite Instanz in besonders bedeutenden Fällen

Grundsätzlich beurteilt das Bundesstrafgericht in Bellinzona die Beschwerden im Rechtshilfeverfahren als einzige Instanz. Eine zweitinstanzliche Beurteilung durch das Bundesgericht ist nur in *besonders bedeutenden Fällen* möglich.¹¹⁵

Konkret ist gegen einen Entscheid auf dem Gebiet der internationalen Rechtshilfe in Strafsachen die Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten nur zulässig, wenn der Entscheid eine Auslieferung, eine Beschlagnahme, eine Herausgabe von Gegenständen oder Vermögenswerten oder eine Übermittlung von Informationen aus dem Geheimbereich betrifft¹¹⁶ und es sich um einen besonders bedeutenden Fall handelt.¹¹⁷ Ein besonders bedeutender Fall liegt gemäss Art. 84 Abs. 2 BGG insbesondere dann vor, «wenn Gründe für die Annahme bestehen, dass elementare Verfahrensgrundsätze verletzt worden sind oder das Verfahren im Ausland schwere Mängel aufweist».¹¹⁸ Bei der Beurteilung, ob im Einzelfall ein besonders bedeutender Fall vorliegt, steht dem Bundesgericht ein weiter Ermessensspielraum zu.¹¹⁹ Da das Bundesgericht den unbestimmten Rechtsbegriff des «besonders bedeutenden Falles» restriktiv auslegt, tritt es nur auf einen kleinen Teil diesbezüglicher Beschwerden ein.¹²⁰

¹¹⁰ Vgl. BGE 129 II 268 E. 2.3.3 S. 269.

¹¹¹ BSK ISr-BUSSMANN, Art. 80h IRSG N 31 und 50; vgl. auch BOMIO/GLASSEY, N 54. Zu den Dritten, die nach Art. 74a Abs. 4 IRSG ein Recht an dem einzuziehenden Vermögen geltend machen können, siehe § 4 I. B. 6.

¹¹² Botschaft IRSG, S. 30; vgl. auch RIEDO/FIOLKA/NIGGLI, N 3880. Das BGer anerkennt ausnahmsweise die Parteistellung eines ersuchenden Staates, wenn dieser zugleich Geschädigter i.S.v. Art. 21 Abs. 2 IRSG ist. Da das öffentliche Interesse am ordnungsgemässen Verfahrensablauf gefährdet ist und Gefahr einer vorzeitigen Bekanntgabe geheimer Informationen besteht, kann die Zulassung des ersuchenden Staates allerdings erst *nach Vorliegen* einer Schlussverfügung und eines rechtskräftigen sowie vollstreckbaren gerichtlichen Herausgabeentscheids des ersuchenden Staates in Betracht gezogen werden (vgl. zum Ganzen BGE 125 II 411 E. 3 S. 413).

¹¹³ Vgl. Art. 80i Abs. 1 lit. a IRSG.

¹¹⁴ Vgl. Art. 80i Abs. 1 lit. b IRSG.

¹¹⁵ BJ Wegleitung, S. 56 ff.

¹¹⁶ BSK BGG-FORSTER, Art. 84 N 16 ff., ausführlich zum Anfechtungsobjekt.

¹¹⁷ Vgl. Art. 84 Abs. 1 BGG.

¹¹⁸ Die Norm soll im Hinblick auf die Verfahrensbeschleunigung eine wirksame Begrenzung des Zugangs zum BGer bezwecken, aber gleichzeitig für sehr wichtige Fälle ein höchstrichterliches Rechtsschutzniveau sicherstellen (BSK BGG-FORSTER, Art. 84 N 29).

¹¹⁹ BGE 145 IV 99 E. 1.2 S. 104; vgl. sodann auch BGE 134 IV 156 E. 1.3.1 S. 160; 133 IV 125 E. 1.4 S. 128 f.; 133 IV 131 E. 2 f. S. 131 f.

¹²⁰ DONATSCH *et al.*, S 155.

Als erstes Beispiel eines besonders bedeutenden Falles nennt Art. 84 Abs. 2 BGG die *Verletzung von elementaren Verfahrensgrundsätzen*.¹²¹ In einem kürzlich ergangenen Leitentscheid stellte das Bundesgericht fest, dass ein Widerspruch zwischen der französischen Textfassung von Art. 84 Abs. 2 BGG und dem deutschen bzw. italienischen Gesetzeswortlaut besteht.¹²² Das Bundesgericht kommt zum Schluss, dass die Fassungen auf Deutsch und Italienisch massgeblich sind und somit auch die drohende Verletzung elementarer Verfahrensgrundsätze *im schweizerischen Rechtshilfeverfahren* einen besonders bedeutenden Fall begründen kann.¹²³ Im Rahmen der Prüfung der Sachurteilsvoraussetzung des besonders bedeutenden Falles nimmt das Bundesgericht somit eine *vorläufige* materielle Prüfung der Rüge, es drohe die Verletzung elementarer Verfahrensrechte, vor.¹²⁴ Für die Verletzung von elementaren Verfahrensgrundsätzen müssen ernsthafte Anhaltspunkte objektiv vorliegen, d.h. bloss pauschale Vorbringen des Rechtsuchenden, die Behörden hätten elementare Verfahrensgrundsätze verletzt, begründen keinen besonders bedeutenden Fall.¹²⁵

Als zweites Beispiel eines besonders bedeutenden Falles nennt Art. 84 Abs. 2 BGG *schwere Mängel des ausländischen Verfahrens*. Eine restriktive Eintretenspraxis des Bundesgerichts drängt sich besonders in Fällen der kleinen Rechtshilfe auf, da die Annahme von schweren Mängeln im ausländischen Verfahren einem schwerwiegenden Misstrauensvotum gegenüber der Justiz des ersuchenden Staates gleichkommen würde.¹²⁶

Ein besonders bedeutender Fall kann auch bei *Rechtsfragen von grundsätzlicher Bedeutung* vorliegen.¹²⁷ Im Bereich der kleinen Rechtshilfe kann ein besonders bedeutender Fall nur ausnahmsweise angenommen werden, da sich i.d.R. keine wichtigen bzw. erstmals zu beurteilenden Rechtsfragen stellen, die einer Klärung durch das Bundesgericht bedürfen.¹²⁸ An einer Rechtsfrage von grundsätzlicher Tragweite fehlt es insbesondere, «wenn sich der Vorwurf,

¹²¹ Der Wortlaut «*insbesondere*» bedeutet, dass Art. 84 Abs. 2 BGG eine nicht abschliessende bzw. nur beispielhafte Aufzählung von möglichen besonders bedeutenden Fällen enthält (BSK BGG-Forster, Art. 84 N 29).

¹²² «Nach dem deutschen und dem italienischen Gesetzestext von Artikel 84 Absatz 2 BGG liegt ein besonders bedeutender Rechtshilfefall insbesondere vor, wenn Gründe für die Annahme bestehen, dass *elementare Verfahrensgrundsätze verletzt* worden sind oder das *Verfahren im Ausland schwere Mängel* aufweist ("laddove vi sono motivi per ritenere che sono stati violati elementari principi procedurali o che il procedimento all'estero presenta gravi lacune"). Der französische Wortlaut weicht insofern vom deutschen und vom italienischen ab, als er auch die Verletzung elementarer Verfahrensgrundsätze auf das *ausländische* Verfahren bezieht ("que la *procédure à l'étranger* viole des *principes fondamentaux ou comporte d'autres vices graves*")» (BGE 145 IV 99 E. 1.3 S. 105).

¹²³ BGE 145 IV 99 E. 1.3 S. 106, wobei das BGer im Kern argumentiert, dass es nur schwer einleuchtend wäre, wenn es zwar bei schweren Mängeln des *ausländischen* Verfahrens eingreifen könnte, nicht aber bei Verletzungen von elementaren Verfahrensgrundsätzen, z.B. des rechtlichen Gehörs, im *schweizerischen* Rechtshilfeverfahren.

¹²⁴ BGE 145 IV 99 E. 1.4 S. 107. DONATSCH *et al.*, S. 156, bezeichnen es als prozessual merkwürdig, dass Nichteintretensentscheide *materiell* begründet werden. BSK BGG-FORSTER, Art. 84 N 31, entgegnet der Kritik *zu Recht*, dass die hybride Struktur von Art. 84 BGG dies erfordere. So erläutert FORSTER, dass das BGer nur beurteilen könne, ob elementare Verfahrensgrundsätze verletzt worden seien und somit auf die Beschwerde einzutreten sei, wenn es eine *vorläufige* materielle Prüfung der Rüge vornehme.

¹²⁵ BGE 145 IV 99 E. 1.4 S. 107; vgl. auch BGE 133 IV 125 E. 1.4 S. 129.

¹²⁶ FORSTER, S. 279, erläutert darüber hinaus, dass diese restriktive Eintretenspraxis besonders im Anwendungsbereich des EUeR und des GwUe gelte; vgl. die Ausführungen zur eingeschränkten Kontrolle des ausländischen Einziehungsentcheides, § 6 I.

¹²⁷ Vgl. BSK BGG-FORSTER, Art. 84 N 30.

¹²⁸ BGE 145 IV 99 E. 1.2 S. 104 f.

die Vorinstanz sei von einer ständigen Praxis des Bundesgerichtes abgewichen, in appellatorischer Kritik an den materiellen Erwägungen des angefochtenen Entscheides erschöpft». ¹²⁹

§ 4 Rechtsquellen auf nationaler Ebene

I. Bundesgesetz über die internationale Rechtshilfe in Strafsachen

A. Anwendungsbereich des IRSG

Gemäss Art. 1 Abs. 1 IRSG sind die Regelungen des IRSG anwendbar, soweit andere Gesetze oder internationale Vereinbarungen nichts anderes bestimmen. In dieser Koordinationsbestimmung kommt zum Ausdruck, dass die Regelungen des IRSG grundsätzlich *subsidiär* anzuwenden sind. ¹³⁰ Schwierigkeiten kann der Grundsatz bereiten, wenn ein Staatsvertrag für die Rechtshilfe strengere Voraussetzungen als das IRSG vorsieht oder ein Staatsvertrag im Gegensatz zum IRSG bestimmte Rechtshilfeformen gar nicht regelt. ¹³¹

Nach der Auffassung des Bundesgerichtes gilt im Bereich der Rechtshilfe das sog. *Günstigkeitsprinzip*. ¹³² Dieses besagt, dass das landesinterne Recht die Rechtshilfevoraussetzungen gegenüber vorgängigem Vertragsrecht nicht erschweren, wohl aber erleichtern darf. ¹³³ Das Bundesgericht hält fest, dass Staatsverträge der Förderung von internationaler Zusammenarbeit dienen und das Bestehen eines Staatsvertrages die Schweiz nicht der Möglichkeit beraubt, Rechtshilfe nach möglicherweise weitergehenden Regelungen ihres Landesrechts zu gewähren. Gemäss Ausführungen des Bundesgerichtes werde dem Landesrecht damit aber kein Vorrang gegenüber dem Völkerrecht eingeräumt; vielmehr führe das Günstigkeitsprinzip dazu, dass die günstigere Regelung – sei sie nun national oder international – bei der Rechtshilfe Anwendung finde. ¹³⁴

In der *Lehre* ist das vom Bundesgericht etablierte Günstigkeitsprinzip umstritten. POPP kritisiert, dass bei einer *absoluten* Stellung des Günstigkeitsprinzips die Rechtsstellung der betroffenen Individuen zu kurz komme. ¹³⁵ Nach der Ansicht von GLESS diene das Prinzip *per se* den Wünschen des ersuchenden Staates und sei daher als Relikt der mittlerweile überkommenen Zwei-

¹²⁹ BGE 145 IV 99 E. 1.2 S. 105, mit weiteren Hinweisen.

¹³⁰ RIEDO/FIOLKA/NIGGLI, N 3291; vgl. auch BSK IStR-FIOLKA, Art. 1 IRSG N 17. Wenn kein Staatsvertrag anwendbar ist, legt das IRSG ausschliesslich die Bedingungen fest, unter denen Rechtshilfe gewährt werden *kann* (vgl. BJ Wegleitung, S. 13). Ein ausländischer Staat kann aus dem IRSG ausserdem keinen Anspruch auf Zusammenarbeit ableiten (vgl. Art. 1 Abs. 4 IRSG).

¹³¹ DONATSCH *et al.*, S. 19.

¹³² Vgl. BGE 145 IV 294 E. 2.1 S. 297; 142 IV 250 E. 3 S. 255; 140 IV 123 E. 2 S. 126; 137 IV 33 E. 2.2.2 S. 40 f.; Urteil des BGER 1C_565/2019 vom 10.2.2020 E. 6.1; jeweils mit Hinweisen.

¹³³ Vgl. BGE 117 Ib 53 E. 3 S. 62.

¹³⁴ Vgl. BGE 122 II 140 E. 2 S. 141; siehe auch RIEDO/FIOLKA/NIGGLI, N 3299.

¹³⁵ POPP, N 76, u.a. m. Verw. auf BGE 117 Ib 53, wo die Schweiz von Deutschland um Rechtshilfe in Fiskalsachen ersucht wurde. Während nach Art. 2 lit. a EUeR die Rechtshilfe in solchen Fällen verweigert werden kann, lässt das Landesrecht die Rechtshilfe bei qualifizierten Steuerstraftaten zu (Art. 3 Abs. 3 IRSG). Das Landesrecht schliesst aber die Rechtshilfe aus, wenn sie Zwangsmassnahmen erfordert und die Tat nach inländischem Recht absolut verjährt ist (Art. 5 Abs. 1 lit. c IRSG). Das EUeR kennt den Ausschlussgrund der Verjährung nicht. Das BGER hat im Sinne des Günstigkeitsprinzips für die Frage des *Fiskaldeliktes* auf das IRSG abgestellt und für die Frage der *Verjährung* auf das EUeR. Diese Lösung würde nach der Meinung des BGER nur nicht zur Anwendung gelangen, wenn es um Rechtshilfemassnahmen gehe, die im EUeR nicht vorgesehen seien (z.B. in Fällen von Art. 74 bzw. 74a IRSG). Nach der Ansicht von POPP, N 76, komme bei der *beliebigen* Kombination verschiedener rechtshilfefreundlichen Bestimmungen des Vertrags- und Landesrechts, wie es das BGER in der vorliegenden Argumentation vorgenommen habe, das Individualschutzprinzip zu kurz.

dimensionalität zu betrachten.¹³⁶ HEIMGARTNER stimmt dieser – das Günstigkeitsprinzip ablehnenden – Ansicht grundsätzlich zu, da einerseits die schwierigen Vertragsverhandlungen *ad absurdum* geführt würden¹³⁷ und andererseits eine Kollision mit dem Gegenseitigkeitsprinzip entstehe.¹³⁸ Er relativiert seine ablehnende Ansicht jedoch insofern, als dass ihr in der Praxis nicht gefolgt werden könne, weil noch immer aus dem vorletzten Jahrhundert stammende Staatsverträge in Kraft seien und Rechtshilfe gestützt auf solche Verträge lediglich für eine beschränkte Anzahl an Straftaten möglich wäre.¹³⁹ ZIMMERMANN befürwortet das Gegenseitigkeitsprinzip und entgegnet der Argumentation von HEIMGARTNER, dass Staatsverträge i.d.R. zu einer möglichst weitgehenden Zusammenarbeit verpflichteten und die Schweiz demnach eine Pflicht treffe, die über den Staatsvertrag hinausgehenden Bestimmungen des IRSG zu berücksichtigen.¹⁴⁰ Gemäss ZIMMERMANN stehe es der Schweiz als ersuchter Staat dabei frei, dies unter der Bedingung der Gegenseitigkeit zu tun.¹⁴¹ RIEDO/FIOLKO/NIGGLI merken an, dass die Leistung von Rechtshilfe im übervertraglichen Bereich gestützt auf das IRSG keine Reziprozitätserwartungen begründen könne und in solchen Fällen immer eine Gegenrechtsklärung i.S.v. Art. 8 IRSG eingefordert werden müsse.¹⁴² Ihrer Ansicht nach sollte das Günstigkeitsprinzip im Ergebnis als *Maxime* und nicht als umfassend gültiges Prinzip verstanden werden, da es durchaus Fallgestaltungen geben könne, in denen eine automatische Anwendung des Günstigkeitsprinzips im Sinne eines Rückgriffs auf die rechtshilfefreundliche Regelung des IRSG nicht sinnvoll sei.¹⁴³

¹³⁶ GLESS, N 332, hält allerdings fest, dass den Wünschen *nur* soweit möglich, d.h. innerhalb der innerstaatlichen Vorgaben und Grenzen, entsprochen werden und das Günstigkeitsprinzip insbesondere menschenrechtliche Verpflichtungen nicht einschränken könne. Zur überkommenen *Zweidimensionalität* bzw. zur umfassenden *Dreidimensionalität* als status quo im Rechtshilferecht siehe SCHAFFNER, S. 24 ff.

¹³⁷ HEIMGARTNER ZStStr, S. 40, erläutert, dass aus den Vertragsverhandlungen ein *Kompromiss* aus den unterschiedlichen Interessen der beteiligten Staaten resultiere und mit dem Günstigkeitsprinzip dieser Kompromiss untergraben werde. Insbesondere weil den z.T. schwierigen Vertragsverhandlungen das Prinzip *do ut des* (lat. «Ich gebe, damit du gibst») zugrunde liege.

¹³⁸ DERS., S. 82, hält fest, dass aufgrund des Günstigkeitsprinzips die Schweiz nach dem IRSG Rechtshilfe leistet, obschon der Rechtshilfevertrag mit dem betroffenen Staat dies *nicht* vorsehe. Die Schweiz habe als ersuchender Staat hingegen keinen Anspruch auf Rechtshilfe gegenüber dem Vertragsstaat, sofern der massgebliche Rechtshilfevertrag keine entsprechende Regelung aufweise. Aus dieser Ungleichheit resultiere eine Kollision des Günstigkeitsprinzips mit dem Gegenseitigkeitsprinzip. Zum Prinzip der Gegenseitigkeit siehe oben, § 2 II.

¹³⁹ DERS., S. 40, wobei sich der Autor aber ausschliesslich auf *Auslieferungsverträge* bezieht. RIEDO/FIOLKO/NIGGLI, N 330, erläutern m. Verw. auf BGE 120 Ib 120 E. 1 S. 122, dass viele der im 19. Jahrhundert abgeschlossenen Auslieferungsverträge die Auslieferungsdelikte in Deliktskatalogen umschreiben und es stossend wäre, ein im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses noch nicht geregelt Delikt (z.B. Geldwäscherei) im Verhältnis zum Vertragspartner nicht als Auslieferungsdelikt zu behandeln. Offen bleibt, ob die Argumentation der genannten Autoren auch für *Rechtshilfeverträge*, d.h. Verträge, welche die «kleinen» Rechtshilfe betreffen, gilt. Da die Rechtshilfeverträge höchstens bis in die 1960er Jahre zurückgehen und anstelle von Deliktskatalogen oftmals generell-abstrakte Umschreibungen enthalten sind, ist die Argumentation in Bezug auf Rechtshilfeverträge wohl *abzulehnen*.

¹⁴⁰ ZIMMERMANN, N 229, führt weiter aus, dass es gar inkonsequent wäre, wenn die Schweiz die Rechtshilfe mit Staaten, die durch einen Vertrag gebunden seien, in Situationen verweigern würde, in denen sie die Rechtshilfe auf alleiniger Grundlage des innerstaatlichen Rechts gewähren würde.

¹⁴¹ DERS., N 229.

¹⁴² RIEDO/FIOLKO/NIGGLI, N 3305, m. Verw. auf BGE 109 Ib 165.

¹⁴³ DIES., N 3307 f., wobei ein Fall, bei dem eine automatische Anwendung des Günstigkeitsprinzips nicht sinnvoll ist, z.B. dann vorliege, wenn die Schweiz einem ersuchenden Staat misstraute und daher die Rechtshilfe punktuell begrenzen möchte.

B. Rechtshilfeweise Herausgabe von Vermögenswerten nach Art. 74a IRSG

1. Hintergrund der Spezialnorm

Vor der Revision des IRSG im Jahre 1996 waren Rechtshilfeersuchen oftmals von einer langen Verfahrensdauer geprägt.¹⁴⁴ Besonders die aufsehenerregenden Fälle *Pemex*¹⁴⁵ und *Marcos*¹⁴⁶ haben gezeigt, wie das wiederholte Einlegen von Rechtsmitteln zu einer übermässigen Dauer des Rechtshilfeverfahrens führen konnte.¹⁴⁷ Die Prinzipien, welche das Bundesgericht in diesen beiden Fällen ausarbeitete, wurden im Rahmen der anschliessenden Revision des IRSG weitgehend kodifiziert und bilden nun Gegenstand von Art. 74a IRSG.¹⁴⁸ Zweck der Norm ist demnach die vereinfachte Rückführung von Diktatorengeldern bzw. insgesamt die ausführliche Regelung der Herausgabe von beschlagnahmten Vermögenswerten an ausländische Behörden.¹⁴⁹ Dahinter steckt der Gedanke, dass sich strafbares Verhalten nicht lohnen dürfe, und zwar auch dann nicht, wenn der Täter die deliktisch erlangten Vermögenswerte ins Ausland verbracht hat.¹⁵⁰

Die Norm stellt ein *Spezialfall* der Vollstreckungshilfe dar, bei welchem auf ein Exequaturverfahren verzichtet wird.¹⁵¹

2. Grosser Ermessensspielraum der Rechtshilfebehörde

Gemäss Art. 74a Abs. 1 IRSG können den ausländischen Behörden zu Sicherungszwecken beschlagnahmte Gegenstände oder Vermögenswerte nach Abschluss des Rechtshilfeverfahrens zur Einziehung oder Rückerstattung an den Berechtigten herausgegeben werden. Da die Norm als «Kann-Bestimmung» ausgestaltet wurde, kommt der Rechtshilfebehörde ein *grosser* Ermessensspielraum zu, ob und unter welchen Bedingungen die Vermögenswerte an den ausländischen Staat herausgegeben werden sollen.¹⁵² Selbst wenn alle gesetzlichen Voraussetzungen von Art. 74a IRSG gegeben sind, ist die Rechtshilfebehörde nicht zur Herausgabe der Vermögenswerte

¹⁴⁴ Botschaft IRSG, S. 2, nennt als Hauptgründe für die *zu lange* Verfahrensdauer die zahlreichen Rechtsmittel des IRSG und die föderalistische Struktur der Schweiz, welche dazu führte, dass der Verfahrensablauf von Kanton zu Kanton variierte. Darüber hinaus seien Verfahren dadurch verzögert worden, dass sich Personen häufig zu Unrecht als Betroffene meldeten und dadurch die Rechtsmittel zu trödelischen Zwecken missbrauchen konnten.

¹⁴⁵ Zum Fall von C. und L., ehemals leitende Angestellte der staatlichen mexikanischen Ölfirma «Petroleos Mexicanos» (*Pemex*), siehe BGE 110 Ib 173; 115 Ib 517.

¹⁴⁶ Zum Fall des ehemaligen philippinischen Diktators Ferdinand *Marcos*, siehe BGE 113 Ib 257; 115 Ib 496; 116 Ib 452; 119 Ib 96; 123 II 595; 126 II 462.

¹⁴⁷ DANNACHER, S. 70; vgl. BJ Wegleitung, S. 2.

¹⁴⁸ BJ Wegleitung, S. 65 f., wobei mit der Gesetzesrevision auch eine klare Unterscheidung zwischen der Herausgabe zwecks *Beweisführung* (Art. 74 IRSG) und der Herausgabe zwecks *Einziehung oder Rückerstattung an den Berechtigten* (Art. 74a IRSG) eingeführt wurde; siehe auch GSTÖHL, S. 329.

¹⁴⁹ Vgl. DANNACHER, S. 70.

¹⁵⁰ GLESS, N 259; vgl. auch ZIMMERMANN, N 336. BERNASCONI, N 523, weist darauf hin, dass es aufgrund der stärkeren Internationalisierung von kriminellen Organisationen auch unbedingt bessere Instrumente im Bereich der internationalen Zusammenarbeit bedürfe.

¹⁵¹ RIEDO/FIOLKA/NIGGLI, N 3803. Näheres zum Exequaturverfahren siehe unten, § 4 I. C.

¹⁵² BSK IStR-AEPLI, Art. 74a IRSG N 10; vgl. auch MOREILLON, Art. 74a EIMP N 3. Nach der BJ Wegleitung, S. 67, sei aber im Rahmen des Möglichen eine Herausgabe i.S.v. Art. 74a IRSG durchzuführen und diese so auszugestalten, dass sie für den ersuchenden Staat den schnellsten und kostengünstigsten Weg darstelle.

verpflichtet.¹⁵³ Damit räumt der Gesetzgeber der Rechtshilfebehörde die Möglichkeit ein, die Herausgabe in Fällen von offensichtlichem Missbrauch abzulehnen.¹⁵⁴ Der grosse Ermessensspielraum der Rechtshilfebehörde lässt sich auch dahingehend begründen, als dass die Herausgabe von Vermögenswerten – im Gegensatz zur Herausgabe von Beweismitteln¹⁵⁵ – eine *definitive* Massnahme darstellt.¹⁵⁶ Die Schweiz als ersuchter Staat verliert mit der Herausgabe die Herrschaft über die Vermögenswerte, da die Herausgabe gerade dazu dient, die Vermögenswerte an den Berechtigten zurückzuerstatten.¹⁵⁷

3. Herausgabe zur Einziehung oder Rückerstattung

Die beschlagnahmten Vermögenswerte¹⁵⁸ werden dem ersuchenden Staat zur Einziehung herausgegeben oder an einen besser Berechtigten zur Befriedigung seiner Ansprüche rückerstattet.¹⁵⁹ Ob eine Herausgabe die *Einziehung durch den Staat* oder die *Rückerstattung an den Berechtigten* zur Folge hat, ergibt sich aus dem ausländischen Entscheid.¹⁶⁰ Im Rahmen des Entscheides stellt der ersuchende Staat u.a. fest, wer an den Vermögenswerten berechtigt ist bzw. wem künftig das Eigentum daran zufallen soll.¹⁶¹ Bei der Rückerstattung erfolgt die Herausgabe der Vermögenswerte nicht direkt an den ausländischen Berechtigten, sondern in jedem Fall an den ersuchenden Staat.¹⁶²

Während die *Einziehung* von Vermögenswerten insbesondere den Ausgleich deliktischer Vorteile bezweckt,¹⁶³ dient die *Rückerstattung* der Wiederherstellung des vorherigen Zustandes bei der berechtigten bzw. geschädigten Person.¹⁶⁴ Der ersuchende Staat selbst kann auch Berechtigter sein, so z.B. im Falle einer Zuspreehung von beschlagnahmten Bestechungsgeldern.¹⁶⁵

¹⁵³ Vgl. BGE 123 II 595 E. 3 S. 600, wobei in E. 7c S. 616 festgehalten wird, dass das Ermessen «unter Beachtung der grundlegenden Wertungen des IRSG sowie der schweizerischen Rechtsordnung und der internationalen Verpflichtungen der Schweiz ausgeübt werden [müsse]. Hierzu gehör[e] namentlich die Wahrung der Menschenrechte, zu deren Durchsetzung Verwaltung und Gerichte als Vollzugsträger der Völkerrechtsordnung berufen [seien]. [...] Art. 2 IRSG [wolle] verhindern, dass sich die Schweiz im Wege des Rechtshilfe- oder des Auslieferungsverfahrens an Verfahren beteilig[e], die dem internationalen Mindeststandard der EMRK bzw. des UNO-Pakts II nicht entsprechen oder dem internationalen ordre public zuwiderlaufen [würden]».

¹⁵⁴ Botschaft IRSG, S. 14.

¹⁵⁵ Bei der Herausgabe von Beweismitteln gemäss Art. 74 IRSG handelt es sich um *keine* «Kann-Bestimmung». Im Unterschied zu Art. 74a IRSG, der Herausgabe von Vermögenswerten, ist bei der Herausgabe von Beweismitteln aber eine Rückgabegarantie i.S.v. Art. 74 Abs. 2 IRSG möglich.

¹⁵⁶ Vgl. MOREILLON, Art. 74a EIMP N 12.

¹⁵⁷ GSTÖHL, S. 330.

¹⁵⁸ Zur vorgängigen Beschlagnahme siehe oben, § 4 I.

¹⁵⁹ DANNACHER, S. 73; vgl. Art. 74a Abs. 1 IRSG.

¹⁶⁰ BJ Wegleitung, S. 67.

¹⁶¹ BJ Wegleitung, S. 67.

¹⁶² ZIMMERMANN, N 336; vgl. auch Urteil des BStGer RR.2011.205 vom 5.2.2012.

¹⁶³ BSK StR I-BAUMANN, Art. 70/71 StGB N 3, merkt zudem an, dass hinter dem Ausgleichszweck das sozialetische Gebot «Strafbares Verhalten soll sich nicht lohnen» stehe. Der Vollständigkeit halber ist ausserdem zu erwähnen, dass Art. 74a IRSG auch die Herausgabe von *Gegenständen* erfasst und demnach die Einziehung ebenso den Schutz der Allgemeinheit vor gefährlichen Gegenständen bezweckt (vgl. dazu BSK StR-AEPLI, Art. 74a IRSG N 23). Die Herausgabe von Gegenständen wird im Rahmen dieser Arbeit aber nicht näher betrachtet.

¹⁶⁴ Botschaft IRSG, S. 14.

¹⁶⁵ BERNASCONI, N 536.

4. Erfasste Vermögenswerte

Nach Art. 74a Abs. 2 IRSG sind folgende Gegenstände und Vermögenswerte von der Herausgabe erfasst: Gegenstände, mit denen eine strafbare Handlung begangen wurde (lit. a); das Erzeugnis oder der Erlös aus einer strafbaren Handlung, deren Ersatzwert als auch einen sonstigen unrechtmässigen Vorteil (lit. b); Geschenke sowie andere Zuwendungen, die dazu gedient haben oder bestimmt waren, die strafbare Handlung zu veranlassen oder zu belohnen, sowie deren Ersatzwert (lit. c).¹⁶⁶ Die Vermögenswerte müssen in einer Beziehung zur Tat stehen, d.h., sie müssen direkt oder indirekt durch die verfolgte strafbare Handlung erlangt worden sein oder eine solche Herkunft muss höchst wahrscheinlich sein.¹⁶⁷ Darüber hinaus sind nur Vermögenswerte herauszugeben, über die der Beschuldigte rechtlich und tatsächlich verfügen kann.¹⁶⁸

Vermögenswerte i.S.v. Art. 74a Abs. 2 lit. b IRSG sind das mit der Straftat erlangte Erzeugnis (sog. *producta sceleris*), z.B. ein gestohlenen Bild, und die durch die Straftat hervorgebrachten Vermögenswerte (sog. *quaesita sceleris*), z.B. Erträge aus Bestechung.¹⁶⁹ Wenn die ursprünglichen Erzeugnisse oder Erlöse nicht mehr vorhanden sind, ist auf deren Ersatzwert (sog. *Surrogate*) zurückzugreifen.¹⁷⁰ Insbesondere beim Ersatzwert gilt es zu beachten, dass eine Konnexität zwischen der begangenen Straftat und den beschlagnahmten Vermögenswerten besteht. Dafür muss die Straftat die wesentliche und eigentliche Ursache der Vermögenswerte sein, d.h., das Erlangen der Vermögenswerte muss die direkte und unmittelbare Folge der Straftat sein.¹⁷¹ Der Delikt-konnex kann etwa mit einer Papierspur (sog. *paper trail*), aus der die Verbindung zwischen Surrogat und Straftat hervorgeht, bewiesen werden.¹⁷² Bei Vermögenswerten in der Verfügungsmacht einer kriminellen Organisation wird die deliktische Herkunft vermutet.¹⁷³ Art. 74a Abs. 2 lit. b IRSG erfasst auch den unrechtmässigen Vorteil. Beispiel für einen solchen Vorteil sind etwa aufgelaufene Zinsen einer gestohlenen Geldsumme, welche bei einer Bank hinterlegt wurde.¹⁷⁴ Hingegen ist umstritten, inwiefern Ersatzforderungen eines ausländischen Staates erfasst sind.¹⁷⁵

¹⁶⁶ Nach HARARI, S. 177 f., sei zwischen (1) *l'instrument de l'infraction*, (2) *le produit de l'infraction*, (3) *le résultat de l'infraction*, (4) *l'avantage illicite*, (5) *les dons et autres avantages* und (6) *la valeur de remplacement* zu unterscheiden. Die Auflistung der Vermögenswerte in Art. 74a Abs. 2 IRSG ist identisch mit jener bei der Sachauslieferung von Art. 59 Abs. 3 IRSG und entspricht weitgehend den Definitionen von Art. 69 ff. StGB (vgl. Botschaft IRSG, S. 13).

¹⁶⁷ BGE 115 Ib 517 E. 7d S. 534 f.

¹⁶⁸ BGE 115 Ib 517 E. 7e S. 535 f., wobei das BGer m. Verw. auf BGE 103 Ia 616 E. 4a S. 622 f. ausführt, dass nicht nur Gegenstände, die im Besitze des Betroffenen seien, herausgegeben werden können, sondern auch die bei einer Bank oder bei Dritten deponierten Vermögenswerte, über die dem Betroffenen tatsächliche oder rechtliche Verfügungsgewalt zustehe; vgl. dazu GSTÖHL, S. 330.

¹⁶⁹ BSK IStR-AEPLI, Art. 74a IRSG N 32 f.; vgl. auch HARARI, S. 177.

¹⁷⁰ BERNASCONI, N 527.

¹⁷¹ BGE 136 IV 4 E. 6.6 S. 13, wobei das BGer anmerkt, dass das Erzeugnis (franz. *le produit*) nach Art. 74a Abs. 2 lit. b IRSG im gleichen Sinne wie in Art. 70 StGB auszulegen sei. Zur Surrogatsproblematik siehe BSK StR I-BAUMANN, Art. 70/71 StGB N 47.

¹⁷² ZIMMERMANN, N 336. Gemäss FREI, S. 331, müsse der Delikt-konnex mindestens *glaubhaft* gemacht werden. SCHOLL in Ackermann KV-KO, Art. 70 N 235, hält in Bezug auf die Vermögenseinziehung nach StGB fest, dass Surrogate unter Umständen auch nach mehrmaligen Umwandlungsvorgängen bestimmbar bleiben würden, weshalb nicht die Länge der Surrogatskette, sondern einzig die *Bestimmbarkeit* relevant sei.

¹⁷³ BGE 136 IV 4 E. 5 S. 9; BSK IStR-AEPLI, Art. 74a IRSG N 37, mit weiteren Hinweisen.

¹⁷⁴ HARARI, S. 177.

¹⁷⁵ Eine ausführliche Abhandlung zu den ausländischen Ersatzforderungen siehe unten, § 7.

Geschenke und andere Zuwendungen i.S.v. Art. 74a Abs. 2 *lit. c* IRSG erfassen den Tatlohn (sog. *pretium sceleris*).¹⁷⁶ Der Tatlohn fördert die Entscheidung des Täters und belohnt diesen.¹⁷⁷ Es handelt sich meistens um Geldzahlungen, aber es können auch Vorteile anderer Form und Natur sein.¹⁷⁸

5. *Zeitpunkt der Herausgabe*

Die Herausgabe der Vermögenswerte kann erst nach Abschluss des inländischen Rechtshilfeverfahrens vollzogen werden.¹⁷⁹ Der in Art. 74a Abs. 3 IRSG geregelte Zeitpunkt der Herausgabe bezieht sich demnach nicht auf den Zeitpunkt im *inländischen* Rechtshilfeverfahren, sondern vielmehr auf den Zeitpunkt im *ausländischen* Verfahren.¹⁸⁰ Die Herausgabe der Vermögenswerte kann in jedem Stadium des ausländischen Verfahrens erfolgen, i.d.R. aber gestützt auf einen rechtskräftigen und vollstreckbaren Entscheid des ersuchenden Staates.¹⁸¹

Im *Regelfall* erfolgt die Herausgabe erst, wenn ein ausländischer Einziehungsentscheid vorliegt.¹⁸² Die Herausgabe der Vermögenswerte wird durch die ausführende Rechtshilfebehörde mittels Schlussverfügung angeordnet.¹⁸³

Im *Ausnahmefall* ist eine vorzeitige Herausgabe möglich, d.h., die Vermögenswerte können herausgegeben werden, bevor der ausländische Einziehungsentscheid vorliegt. Die vorzeitige Herausgabe muss aber die Ausnahme bleiben und darf nicht zum Regelfall werden.¹⁸⁴ Insbesondere soll die Zulassung der Ausnahme nicht dazu führen, dass die Zielsetzung des Erfordernisses eines ausländischen Entscheides unterlaufen wird.¹⁸⁵ Die konkrete Sachlage muss Besonderheiten aufweisen, die es rechtfertigen, auf das Erfordernis des rechtskräftigen Einziehungsentscheides zu verzichten.¹⁸⁶ Ein Ausnahmefall liegt etwa vor, wenn hinsichtlich der deliktischen Herkunft der Vermögenswerte keinerlei Klärungsbedarf besteht.¹⁸⁷ Wenn z.B. ein berühmtes Gemälde aus einem bekannten Museum gestohlen wurde, würde kein Zweifel an der deliktischen Herkunft des Gemäldes bestehen, weshalb es wenig Sinn ergeben würde, einen ausländischen Entscheid zu fordern.¹⁸⁸

¹⁷⁶ BSK IStR-AEPLI, Art. 74a IRSG N 39.

¹⁷⁷ HARARI, S. 178.

¹⁷⁸ BERNASCONI, N 527.

¹⁷⁹ Art. 74a Abs. 1 i.V.m. Art. 80d IRSG; vgl. BSK IStR-AEPLI, Art. 74a IRSG N 25.

¹⁸⁰ Vgl. DERS., Art. 74a IRSG N 41.

¹⁸¹ Art. 74a Abs. 3 IRSG. Die wegleitenden Fälle *Pemex* und *Marcos* (siehe § 4 I. B. 1.) zeigten, dass eine Festlegung des Zeitpunkts der Herausgabe nötig war (vgl. GSTÖHL, S. 329).

¹⁸² Für die Anforderungen an einen ausländischen Einziehungsentscheid siehe nachfolgend, § 6.

¹⁸³ Art. 74a Abs. 1 IRSG i.V.m. Art. Art. 80d IRSG. Zur Schlussverfügung siehe oben, § 3 II. D.

¹⁸⁴ BGE 123 II 595 E. 4 S. 600.

¹⁸⁵ BGE 123 II 595 E. 4f S. 606.

¹⁸⁶ BGE 123 II 595 E. 4f S. 605.

¹⁸⁷ BGE 123 II 595 E. 4f S. 606, wobei im Umkehrschluss der Ausnahmefall grundsätzlich ausgeschlossen ist, wenn die deliktische Herkunft der Vermögenswerte *klärungsbedürftig* ist. Das BGER weist darauf hin, dass die Klärung der deliktischen Herkunft nicht Aufgabe der schweizerischen Rechtshilfebehörde sei, sondern diese in einem gerichtlichen Verfahren im ersuchenden Staat zu erfolgen habe.

¹⁸⁸ BJ Wegleitung, S. 67, verweist auf die parlamentarische Debatte, bei welcher der Diebstahl der Mona Lisa aus dem Louvre als Beispiel genannt wurde.

Darüber hinaus kann auf das Erfordernis eines Einziehungsentscheides verzichtet werden, wenn das ausländische Verfahren strafbare Handlungen zum Gegenstand hat, die von den strafrechtlichen Bestimmungen zur Unterdrückung der Beteiligung oder Unterstützung einer kriminellen Organisation (Art. 260^{ter} und 72 StGB) erfasst sind.¹⁸⁹ Können die von der Einziehung Betroffenen den rechtmässigen Ursprung der Vermögenswerte nicht nachweisen, wird in solchen Fällen die Herausgabe ohne weitere Untersuchung der Herkunft angeordnet.¹⁹⁰

6. Zurückbehaltungs- und Ausschlussgründe

Vermögenswerte können gemäss Art. 74a Abs. 4 IRSG zurückbehalten werden, wenn der Geschädigte seinen gewöhnlichen Aufenthalt in der Schweiz hat und sie ihm zurückzugeben sind (lit. a); eine Behörde Rechte daran geltend macht (lit. b); eine an der strafbaren Handlung nicht beteiligte Person, deren Ansprüche durch den ersuchenden Staat nicht sichergestellt sind, glaubhaft macht, sie habe an diesen Vermögenswerten in der Schweiz oder, sofern sie ihren gewöhnlichen Aufenthalt in der Schweiz hat, im Ausland gutgläubig Rechte erworben (lit. c); oder die Vermögenswerte für ein in der Schweiz hängiges Strafverfahren benötigt werden oder für die Einziehung in der Schweiz geeignet sind (lit. d). Ein solcher Verweigerungsgrund wird jedoch erst geprüft, wenn die grundsätzlichen Voraussetzungen der Herausgabe gegeben sind.¹⁹¹

Geschädigte mit gewöhnlichem Aufenthalt in der Schweiz sind gemäss Art. 74a Abs. 4 *lit. a* IRSG geschützt. D.h., die Vermögenswerte werden zurückbehalten, sofern ein Geschädigter mit gewöhnlichem Aufenthalt in der Schweiz Rechte an den Vermögenswerten geltend machen kann. Als Geschädigter gilt in Anlehnung an das nationale Strafprozessrecht, wer durch die dem Rechtshilfeverfahren zugrundeliegende Straftat unmittelbar in seinen geschützten Rechten verletzt wurde.¹⁹² Ein gewöhnlicher Aufenthalt in der Schweiz liegt vor, wenn der Geschädigte während längerer Zeit seinen Lebensmittelpunkt in der Schweiz hat, wobei der Geschädigte allerdings nicht zwingend zivilrechtlichen Wohnsitz begründen muss.¹⁹³

Die von Behörden geltend gemachten Rechte i.S.v. Art. 74a Abs. 4 *lit. b* IRSG sind lediglich geschützt, wenn es sich um Ansprüche einer schweizerischen Behörde handelt.¹⁹⁴ Es muss sich ausserdem um dingliche und beschränkt dingliche Rechte handeln, die einer Körperschaft des öffentlichen Rechts zustehen.¹⁹⁵

¹⁸⁹ BJ Wegleitung, S. 67.

¹⁹⁰ BGE 131 II 169 E. 9.1 S. 182 ff.; vgl. BJ Wegleitung, S. 68. DANNACHER, S. 82, *kritisiert* das Vorgehen in Bezug auf Vermögenswerte von kriminellen Organisationen, da das IRSG weder eine herkunftsabhängige Herausgabe von Vermögenswerten noch eine Beweislastumkehr in irgendeiner Weise vorsehe. Nach Auffassung von DANNACHER verletzte dieses Vorgehen sogar das Gesetzmässigkeitsprinzip und es bestehe die Gefahr, dass der Ausnahmefall der vorzeitigen Herausgabe nicht mehr nur in absolut klaren Fällen angewendet werde, sondern eben zur Regel werde.

¹⁹¹ BGE 123 II 595 E. 3 S. 599 f.; vgl. BSK IStR-AEPLI, Art. 74a IRSG N 52.

¹⁹² DERS., Art. 74 IRSG N 39; vgl. Art. 115 Abs. 1 StPO.

¹⁹³ BSK StPO-BARTETZKO, Art. 32 StPO N 3; vgl. Art. 32 StPO.

¹⁹⁴ Botschaft IRSG, S. 26.

¹⁹⁵ HARARI, S. 185.

Obschon die Umschreibung des gutgläubigen Erwerbs durch eine unbeteiligte Person i.S.v. Art. 74a Abs. 4 *lit. c* IRSG an diejenige in Art. 10 Abs. 1 aIRSG erinnert, die den Geheimbereich des unbeteiligten Dritten schützt, lässt sich die Rechtsprechung nicht ohne Weiteres übertragen.¹⁹⁶ Es muss sich wenigstens um einen *Dritten* handeln und nicht um eine vorgeschobene, nur formal selbständige juristische Person.¹⁹⁷ Dabei ist zu berücksichtigen, dass der gutgläubige Dritte lediglich geschützt ist, wenn er seinen gewöhnlichen Aufenthalt in der Schweiz hat oder die ihm zustehenden Rechte in der Schweiz erworben hat.¹⁹⁸ Die Gutgläubigkeit ist im strafrechtlichen Sinne zu verstehen.¹⁹⁹ Dem gutgläubigen Erwerber obliegt die Beweislast, d.h., er muss beweisen, dass er elementare Vorsichtsmassnahmen getroffen hat und rechtzeitig alle notwendigen Schritte unternommen hat, um sich über die Herkunft der Vermögenswerte zu vergewissern.²⁰⁰ Nicht herausgegeben werden die Vermögenswerte, wenn die Rechte des Erwerbers im ersuchenden Staat keinen angemessenen Schutz geniessen.²⁰¹ Letztlich ist zu beachten, dass nur dingliche Rechte geschützt werden, nicht aber bloss Forderungen.²⁰²

Gemäss Art. 74a Abs. 4 *lit. d* IRSG werden Vermögenswerte zurückbehalten, sofern sie für ein in der Schweiz hängiges Strafverfahren benötigt werden. Der schweizerische Strafrichter entscheidet, ob die Vermögenswerte in der Schweiz Verwendung finden oder für den Vollzug des Rechtshilfeentscheides freizugeben sind.²⁰³ Diese Vormacht des schweizerischen Strafrichters darf indessen nicht dahingehend missbraucht werden, die Regeln des internationalen Rechtshilferechts und die daraus fliessenden Pflichten zu untergraben.²⁰⁴ Werden die Vermögenswerte in der Schweiz eingezogen, ist der Hauptzweck der Einziehung, nämlich der Entzug unrechtmässig erworbener Vermögenswerte nach dem Grundsatz, dass sich Verbrechen nicht lohnen sollen, gleichermassen erfüllt.²⁰⁵

¹⁹⁶ BGE 123 II 595 E. 6a S. 612, wobei das BGer erläutert, dass im Rahmen der Rechtsprechung zu Art. 10 Abs. 1 aIRSG eine *restriktive* Praxis entwickelt wurde. Dieser zufolge kam es nicht darauf an, ob der Dritte im strafrechtlichen Sinne als Teilnehmer der Tat anzusehen war, sondern es war ausschliesslich massgeblich, ob eine unmittelbare Beziehung mit der im Ersuchen geschilderten Tat bestand. Eine Person, die Vermögenswerte deliktischen Ursprungs erhalten hatte, galt von vornherein nicht als unbeteiligter Dritter, gleichgültig, ob sie guten Glaubens war oder nicht.

¹⁹⁷ BGE 123 II 595 E. 6a S. 612.

¹⁹⁸ ZIMMERMANN, N 340.

¹⁹⁹ BSK ISr-AEPLI, Art. 74a IRSG N 61, erläutert den Begriff der *Gutgläubigkeit* im straf- und zivilrechtlichen Sinne und verweist insbesondere auf den Zweck der Differenzierung.

²⁰⁰ BGE 123 II 134 E. 6c S. 142. ZIMMERMANN, N 340, erläutert m. Verw. auf das Urteil des BGer 1A.58/1998 vom 18.2.1998 E. 4, dass der Erbe eines Antiquitätenhändlers sich nicht auf den guten Glauben verlassen durfte, sondern wissen musste, dass der geerbte Vermögenswert aus einer illegalen archäologischen Ausgrabung stammte.

²⁰¹ ZIMMERMANN, N 340. Bei ersuchenden Staaten, die durch Art. 6 Ziff. 1 EMRK gebunden sind und der subsidiären Kontrolle des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte unterstehen, wird ein angemessener Schutz der Rechte allfälliger gutgläubiger Erwerber angenommen (vgl. Urteil des BStGer RR.2018.22 vom 6.8.2018 E. 8.3).

²⁰² BGE 123 II 595 E. 6b S. 613, wobei gemäss den Ausführungen des BGer die Forderungen ebenfalls nicht geschützt seien, wenn ein zivilrechtlicher Arrest an den in der Schweiz befindlichen Vermögenswerten erwirkt worden sei.

²⁰³ HEIMGARTNER Habil., S. 364.

²⁰⁴ DERS., S. 364. BGE 121 I 181 E. 2c/aa S. 184 f., hält fest, dass die Rechtshilfe nach dem *Prinzip des guten Glaubens* zu erfolgen habe. Insbesondere seien unlautere Praktiken, die darauf abzielen, sich den Regeln der Rechtshilfe zu entziehen, zu verurteilen.

²⁰⁵ BGE 115 Ib 517 E. 7g S. 538. Im selben Entscheid merkt das BGer jedoch an, dass die Vermögenswerte im Interesse einer wirksamen Verbrechensbekämpfung herauszugeben seien, wenn die Einziehung in der Schweiz *unsicher* und im ausländischen Staat *wahrscheinlich* erscheine.

Die bundesgerichtliche Rechtsprechung hat den Kreis der Einspruchsberechtigten über Art. 74a Abs. 4 IRSG hinaus *erweitert*.²⁰⁶ Erstens sind Geschädigte ohne gewöhnlichen Aufenthalt in der Schweiz unter Umständen zu schützen, wenn sie durch die Straftat geschädigt wurden, aus welcher die herauszugebenden Vermögenswerte herrühren, und sie vermutlich weder vom Angeschuldigten, einem Dritten (z.B. einer Versicherung) noch vom ersuchenden Staat eine Entschädigung erhalten werden.²⁰⁷ Zweitens sind Opfer vor im ersuchenden Staat ergangenen Menschenrechtsverletzungen zu schützen, soweit sie eine Entschädigung an den herauszugebenden Vermögenswerten gegenüber dem ersuchenden Staat geltend machen können.²⁰⁸ Drittens können Finanzintermediäre in der Schweiz zum Kreis der Einspruchsberechtigten gehören, da sie unter Umständen von einem Drittstaat für die Herausgabe von Vermögenswerten zur Verantwortung gezogen werden.²⁰⁹

Macht ein Berechtigter an den Vermögenswerten Ansprüche nach Art. 74a Abs. 4 IRSG geltend, so wird deren Freigabe an den ersuchenden Staat bis zur Klärung der Rechtslage aufgeschoben.²¹⁰ Gemäss Art. 74a Abs. 5 IRSG sind die streitigen Vermögenswerte dem Berechtigten nur herauszugeben, wenn der ersuchende Staat zustimmt (lit. a); die Behörde zustimmt, die Rechte daran geltend machte (lit. b); *oder* die Berechtigung des Anspruchs von einer schweizerischen Gerichtsbehörde anerkannt wurde (lit. c).²¹¹ Berechtigte, die Ansprüche auf herauszugebende Vermögenswerte erheben, müssen vor einem schweizerischen Zivilgericht klagen.²¹²

7. *Teilung eingezogener Vermögenswerte*

Die am Rechtshilfeverfahren beteiligten Staaten verfügen über die Möglichkeit, eine Teilungsvereinbarung abzuschliessen. Eine solche Vereinbarung kann z.B. vorsehen, dass die Gelder einer kriminellen Organisation gleichmässig zwischen der Schweiz und dem ausländischen Staat aufgeteilt werden.²¹³ Die Teilung der eingezogenen Vermögenswerte (sog. *Sharing*) ermöglicht es, die involvierten Staaten an der Einziehung partizipieren zu lassen und letztlich die internationale Zusammenarbeit zu fördern.²¹⁴

Rechtsgrundlage für das *Sharing* bildet das TEVG, welches im zwischenstaatlichen Verhältnis zwischen der aktiven und passiven Teilung von Vermögenswerten unterscheidet.²¹⁵ Während bei der *aktiven internationalen Teilung* Vermögenswerte in Frage stehen, welche im Rahmen eines

²⁰⁶ Vgl. ZIMMERMANN, N 340.

²⁰⁷ BGE 123 II 595 E. 7b S. 615 f.; siehe sodann auch BGE 112 Ib 610 E. 9b S. 626.

²⁰⁸ BGE 123 II 595 E. 7c S. 615 ff.; vgl. auch BERNASCONI, N 533.

²⁰⁹ BGE 123 II 595 E. 7d S. 622 ff., wo die Schweizer Banken, bei einem Transfer der Vermögenswerte in die Philippinen, in den USA wegen Missachtung des Gerichts (sog. *contempt of court*) zur Verantwortung gezogen und mit hohen Bussen bestraft hätten werden können.; siehe dazu BSK IStR-AEPLI, Art. 74a IRSG N 67.

²¹⁰ Vgl. Art. 74a Abs. 5 IRSG.

²¹¹ BSK IStR-AEPLI, Art. 74a IRSG N 61, plädiert dafür, dass es in Fällen von Art. 74a Abs. 5 lit. b IRSG neben der Zustimmung der zuständigen Behörde *zusätzlich* einer Zustimmung des ersuchenden Staates oder einer Anerkennung des Anspruchs durch eine schweizerische Gerichtsbehörde bedürfen sollte.

²¹² Botschaft IRSG, S. 26; siehe auch MOREILLON, Art. 74a EIMP N 3.

²¹³ RIEDO/FIOLKA/NIGGLI, N 3802.

²¹⁴ BJ Wegleitung, S. 69.

²¹⁵ BERNASCONI, N 545; vgl. Art. 11 TEVG.

nationalen Strafverfahren eingezogen wurden, regelt die *passive internationale Teilung* Fälle, in denen ausländische Behörden ein Einziehungsverfahren geführt haben und die Schweizer Behörden daraufhin um rechtshilfweise Herausgabe der Vermögenswerte ersuchen.²¹⁶ In Bezug auf das Rechtshilfeverfahren ist somit die passive internationale Teilung von Bedeutung.²¹⁷

Falls eine passive internationale Teilung in Frage kommt, erfolgt die Herausgabe der eingezogenen Vermögenswerte an den ersuchenden Staat unter Vorbehalt des Abschlusses einer Teilungsvereinbarung.²¹⁸ Gegen den Teilungsentscheid können die Parteien des Strafverfahrens, Geschädigte oder Dritte kein Rechtsmittel ergreifen.²¹⁹

C. Herausgabe von Vermögenswerten mittels Exequatur nach Art. 94 ff. IRSG

1. Vollstreckung ausländischer Strafsentscheide

Die Vollstreckung von Strafsentscheiden stellt neben der Auslieferung, kleinen Rechtshilfe und stellvertretenden Strafverfolgung die vierte Form der Rechtshilfe dar und ist im fünften Teil des IRSG geregelt.²²⁰ In manchen Fällen kann die Vollstreckung eines Urteils nur über diese Form der Rechtshilfe erreicht werden, z.B. wenn die Auslieferung zum Strafvollzug nicht in Betracht kommt, weil der ersuchte Staat eigene Staatsbürger nicht ausliefert.²²¹ Da die Einziehung von *ausländischen* Vermögenswerten ebenso eine Vollstreckungsproblematik darstellt, stellt sich die Frage, ob dem ersuchenden Staat auch der Weg eines Exequaturverfahrens offensteht.

Grundsätzlich können rechtskräftige und vollstreckbare ausländische Strafsentscheide in der Schweiz auf Ersuchen des Urteilsstaats vollstreckt werden, sofern der Verurteilte in der Schweiz seinen gewöhnlichen Aufenthalt hat oder sich hier wegen einer schweren Tat verantworten muss, beidseitige Strafbarkeit besteht²²² und die Vollstreckung im ersuchenden Staat ausgeschlossen scheint.²²³ Dabei muss es sich nicht zwingend um ein Strafurteil handeln, sondern es können auch Entscheide vollstreckt werden, denen eine inkriminierende Erkenntnis zugrunde liegt.²²⁴ Ausserdem kann von der Bedingung des gewöhnlichen Aufenthaltes des Verurteilten in der

²¹⁶ DANNACHER, S. 82.

²¹⁷ DIES., S. 82.

²¹⁸ Art. 74a Abs. 7 IRSG; siehe auch BJ Wegleitung, S. 70.

²¹⁹ BERNASCONI, N 545, weist darauf hin, dass die Teilung nicht im Interesse am Strafverfahren erfolge, sondern lediglich eine *finanzrechtliche* Frage löse. Infolgedessen seien die Parteien am Strafverfahren, Geschädigte oder Dritte nicht am Teilungsverfahren beteiligt und könnten gegen den Teilungsentscheid auch kein Rechtsmittel ergreifen.

²²⁰ Art. 94 ff. IRSG. Zu den Formen der Rechtshilfe siehe oben, § 2 I.

²²¹ RIEDO/FIOLKA/NIGGLI, N 3844.

²²² Zum Prinzip der beidseitigen Strafbarkeit siehe oben, § 2 II.

²²³ Vgl. Art. 94 Abs. 1 IRSG, wobei gemäss Art. 94 Abs. 1 lit. c IRSG die Vollstreckung aus einem der Gründe von Art. 85 Abs. 1 und 2 IRSG angezeigt erscheinen muss (erster Teilsatz) oder die Vollstreckung im ersuchenden Staat ausgeschlossen erscheinen muss (zweiter Teilsatz). Da in Bezug auf die Einziehung von Vermögenswerten die Gründe von Art. 85 Abs. 1 und 2 IRSG nicht einschlägig sind, sondern eine Vollstreckungsproblematik im Sinne des zweiten Teilsatzes besteht, wurde bewusst auf die Ausführung des ersten Teilsatzes verzichtet.

²²⁴ BSK ISTR-ABO YOUSSEF/HEIMGARTNER, Art. 94 IRSG N 8, nennen dabei Massnahmenentscheide und selbständige Einziehungsentscheide explizit als Beispiel für Entscheide, denen eine *inkriminierendes Erkenntnis* zugrunde liegt; vgl. auch ZIMMERMANN, N 766.

Schweiz abgesehen werden, wenn es um die Einziehung von Deliktsgut geht und sich dieses in der Schweiz befindet.²²⁵

2. Vollstreckbarerklärung (Exequatur)

Während ein rechtskräftiger innerstaatlicher Strafscheid ohne weiteren richterlichen Entscheid durch die Strafvollzugsbehörden vollzogen werden kann, bedarf es bei einem ausländischen Strafscheid einer Vollstreckbarerklärung (sog. *Exequatur*).²²⁶ Die Vollstreckbarerklärung ist ein Entscheid, mit welchem der Exequaturrichter²²⁷ den ausländischen Strafscheid im Inland für vollstreckbar erklärt.²²⁸

Unzulässig ist die Exequatur, wenn die *Tat* im Zeitpunkt des Urteils nach schweizerischem Recht verjährt wäre oder die *Sanktion* nach schweizerischem Recht verjährt wäre, hätte sie eine schweizerische Behörde im gleichen Zeitpunkt ausgesprochen.²²⁹ Ebenso unzulässig ist die Exequatur, wenn die Tat der schweizerischen Gerichtsbarkeit unterworfen ist und nach schweizerischem Recht aus anderen Gründen keine Sanktion verhängt werden könnte²³⁰ oder ein allgemeiner Ausschlussgrund i.S.v. Art. 3 IRSG vorliegt.²³¹

Die Exequatur wird ganz oder teilweise *abgelehnt*, wenn der Verurteilte in der Schweiz aufgrund anderer Taten bereits eine freiheitsbeschränkende Sanktion verbüsst hat und die Vollstreckung offensichtlich eine schwerere Bestrafung zur Folge hätte, als wenn sämtliche Taten in der Schweiz beurteilt worden wären.²³² Abgelehnt wird die Exequatur auch, wenn der Vollzug einer strafrechtlichen Nebenfolge in der Schweiz unzulässig ist²³³ oder sich der Verurteilte mit guten Gründen der Vollstreckung eines im Abwesenheitsverfahren ergangenen Entscheids bzw. Strafbefehls widersetzt, gegen den nach dem Recht des ersuchenden Staates kein Einspruch oder Rechtsmittel mehr zulässig ist.²³⁴

3. Exequaturverfahren als Alternative zur Herausgabe nach Art. 74a IRSG

Zwischen der Exequatur eines Einziehungsentscheides und der kleinen Rechtshilfe in Form der Herausgabe von Vermögenswerten gemäss Art. 74a IRSG besteht insofern ein Schnittstellen-

²²⁵ BGE 115 Ib 517 E. 8c S. 546. In BGE 120 Ib 167 E. 3d/bb S. 176 wird darüber hinaus festgehalten, dass das Erfordernis von Art. 94 Abs. 1 lit. a IRSG auch bei der Vollstreckung von *Ersatzforderungen* ohne weitere Bedeutung sei; vgl. auch Urteil des BGer 1C_146/2019 vom 17.5.2019 E. 4.

²²⁶ BSK IStR-ABO YOUSSEF/HEIMGARTNER, Art. 94 IRSG N 9.

²²⁷ Vgl. Art. 105 IRSG.

²²⁸ BSK IStR-ABO YOUSSEF/HEIMGARTNER, Art. 95 IRSG N 2.

²²⁹ Vgl. Art. 95 Abs. 1 lit. a und b IRSG.

²³⁰ Vgl. Art. 95 Abs. 1 lit. c IRSG.

²³¹ BGE 133 IV 215 E. 2.2.2 S. 220 f.; siehe auch RIEDO/FIOLKA/NIGGLI, N 3859.

²³² Vgl. Art. 96 lit. a IRSG; siehe auch ZIMMERMANN, N 770; BSK IStR-ABO YOUSSEF/HEIMGARTNER, Art. 96 IRSG N 9 ff.

²³³ Vgl. Art. 96 lit. b IRSG, wobei gemäss Art. 39 IRSV der Vollzug einer strafrechtlichen Nebenfolge nicht schon deshalb unzulässig ist, weil sie nach schweizerischem Recht nur als Verwaltungsmassnahme angeordnet werden kann; vgl. dazu ZIMMERMANN, N 770; BSK IStR-ABO YOUSSEF/HEIMGARTNER, Art. 96 IRSG N 17 ff.

²³⁴ Vgl. Art. 96 lit. c IRSG. Art. 40 IRSV präzisiert jedoch, dass Strafscheide, die im Urteilsstaat aufgrund des Einspruchs oder der Berufung des Verurteilten bestätigt oder ausgesprochen worden sind, nicht als in Abwesenheit ergangen gelten; vgl. dazu ZIMMERMANN, N 770; BSK IStR-ABO YOUSSEF/HEIMGARTNER, Art. 96 IRSG N 23 ff.

bereich, als dass im Ergebnis derselbe Zweck verfolgt wird.²³⁵ Seit der Revision des IRSG²³⁶ kann die Herausgabe von Vermögenswerten sowohl nach der Spezialnorm von Art. 74a IRSG als auch nach dem Exequaturverfahren durchgeführt werden.²³⁷ Wenn ein rechtskräftiger und vollstreckbarer Entscheid vorliegt, steht es dem ersuchenden Staat frei, sich für eine der beiden Formen der Rechtshilfe zu entscheiden.²³⁸

In der Praxis dürfte das Verfahren nach Art. 74a IRSG den *Vorzug* erhalten, da es im Vergleich zum Exequaturverfahren weit weniger aufwendig ist²³⁹ und i.d.R. zu einer schnelleren Herausgabe führt.²⁴⁰ Ferner liegt es im Interesse des ersuchenden Staates, dass die Herausgabe nach Art. 74a IRSG nicht von der Exequatur abhängig ist und grundsätzlich keine Prüfung der Verfolgungsverjährung erfolgt.²⁴¹ Ausserdem ermöglicht die Einleitung des kleinen Rechtshilfeverfahrens nach dem dritten Teil des IRSG, dass der ersuchende Staat die betroffenen Vermögenswerte bereits während der Durchführung des eigenen Strafverfahrens vorsorglich sicherstellen kann.²⁴² Es gibt allerdings Fälle, in denen die kleine Rechtshilfe ausgeschlossen, das Exequaturverfahren aber zulässig ist. Bei der Vollstreckung von Verfahrenskosten oder ausländischen Ersatzforderungen etwa dürfte das Exequaturverfahren gegenüber dem Verfahren nach Art. 74a IRSG den Vorzug erhalten.²⁴³

II. Bundesgesetz über die Sperrung und die Rückerstattung unrechtmässig erworbener Vermögenswerte ausländischer politisch exponierter Personen

In der Vergangenheit zeigte sich in einigen Rechtshilfeverfahren, dass ausländische *politisch exponierte Personen* (sog. PEP) hohe Geldsummen, die sie in ihren Herkunftsländern durch Straftaten (wie z.B. Korruption, ungetreue Geschäftsbesorgung, Veruntreuung oder Amtsmissbrauch) erlangt hatten, auf Schweizer Bankkonten transferierten.²⁴⁴ Um den Abfluss von Vermögenswerten nach dem unmittelbaren Sturz einer PEP zu verhindern, sperrte der Bundesrat die entsprechenden Konten jeweils gestützt auf Art. 184 Abs. 3 BV.²⁴⁵ Im Anschluss waren die betroffenen Staaten aber teilweise nicht in der Lage, einen hinreichend bestimmten Einziehungsentscheid zu erlassen oder die deliktische Herkunft der Gelder zu belegen.²⁴⁶

²³⁵ BSK IStR-ABO YOUSSEF/HEIMGARTNER, Art. 94 IRSG N 11.

²³⁶ Mit der Revision des IRSG vom 4. Oktober 1996 wurde die Spezialnorm von Art. 74a IRSG eingeführt (vgl. § 4 I. B. 1.).

²³⁷ BJ Wegleitung, S. 67. ZIMMERMANN, N 337, erläutert m. Verw. auf BGE 115 Ib 517 E. 10 S. 550, dass vor der Revision des IRSG eine Herausgabe von Vermögenswerten nach Art. 74 Abs. 2 aIRSG erfolgte, wenn im ersuchenden Staat ein Verfahren *hängig*, und nach Art. 94 ff. IRSG (d.h. mittels Exequaturverfahren), wenn im ersuchenden Staat das Verfahren *abgeschlossen* war.

²³⁸ ZIMMERMANN, N 337.

²³⁹ Vgl. BJ Tätigkeitsbericht, S. 15.

²⁴⁰ Vgl. ZIMMERMANN, N 337.

²⁴¹ BGE 126 II 462 E. 5c S. 469; BSK IStR-ABO YOUSSEF/HEIMGARTNER, Art. 95 IRSG N 8, mit weiteren Hinweisen dazu. Zum Untergang des Strafanspruchs infolge Verjährung siehe oben, § 2 II.

²⁴² DANNACHER, S. 87. Ein Exequaturverfahren nach Art. 94 ff. IRSG ist hingegen erst möglich, wenn ein rechtskräftiger und vollstreckbarer Entscheid des ersuchenden Staates vorliegt.

²⁴³ BSK IStR-ABO YOUSSEF/HEIMGARTNER, Art. 94 IRSG N 11. Zu den staatlichen Ersatzforderungen siehe unten, § 7 II.

²⁴⁴ SCHOLL in Ackermann KV-KO, Art. 70 N 43.

²⁴⁵ DERS., Art. 70 N 43. Nach Art. 184 Abs. 3 BV kann der Bundesrat Verordnungen und Verfügungen erlassen, wenn die Wahrung der Interessen des Landes es erfordert.

²⁴⁶ MEYER, S. 293; vgl. auch Botschaft SRVG, S. 5323. Für eine Zusammenfassung von Fällen in Bezug auf Rückgabe bzw. Einziehung von Vermögenswerten von politisch exponierten Personen siehe Botschaft RuVG, S. 3351 ff.

Mit Erlass des RuVG im Februar 2011 wurde eine Rechtsgrundlage für solche Fälle geschaffen.²⁴⁷ Da das RuVG einige Schwachpunkte aufwies, wurde es aber bereits nach fünf Jahren durch das SRVG ersetzt.²⁴⁸ Gestützt auf Art. 3 SRVG kann der Bundesrat eine *Sperrung* von Vermögenswerten auf dem Verordnungsweg vornehmen, wenn dies aus aussenpolitischen Erwägungen in Zeiten eines politischen Umsturzes erforderlich erscheint.²⁴⁹ Eine Sperrung i.S.v. Art. 3 SRVG wird im Hinblick auf ein späteres Rechtshilfeverfahren angeordnet. Ist nicht mehr mit einem erfolgreichen Abschluss des Rechtshilfeverfahrens zu rechnen, kann der Bundesrat gestützt auf Art. 4 SRVG eine weitere, zur Vorbereitung der verwaltungsrechtlichen Einziehung bestimmte Sperrung anordnen und somit die Freigabe der Vermögenswerte verhindern.²⁵⁰

Die *verwaltungsrechtliche* Einziehung nach Art. 14 SRVG kommt daher erst zur Anwendung, wenn die *rechtshilfeweise* Einziehung zuvor gescheitert ist.²⁵¹ Am Ende des verwaltungsrechtlichen Einziehungsverfahrens geht das Eigentum an den Vermögenswerten auf die Schweizerische Eidgenossenschaft über.²⁵² Die eingezogenen Vermögenswerte werden dann über die Finanzierung von Programmen von öffentlichem Interesse rückerstattet.²⁵³ Ziel der Rückerstattung ist es, die Lebensbedingungen der Bevölkerung im Herkunftsstaat zu verbessern oder die Rechtstaatlichkeit im Herkunftsstaat zu stärken.²⁵⁴

²⁴⁷ Insbesondere wurde eine Rechtsgrundlage für die Sperre von Vermögenswerten durch den Bundesrat (vgl. Art. 2 RuVG) und für das verwaltungsrechtliche Einziehungsverfahren geschaffen (vgl. Art. 5 RuVG).

²⁴⁸ SCHOLL in Ackermann KV-KO., Art. 70 N 46, wobei insbesondere die *beschränkte* Zuständigkeit des Bundesrats (für den Erlass von Vermögenssperren) zu Schwierigkeiten führte. Einerseits erstreckte sich der Geltungsbereich des RuVG lediglich auf Staaten, welche die Anforderungen an ein Rechtshilfeverfahren wegen des völligen oder weitgehenden Zusammenbruchs oder der mangelnden Verfügbarkeit ihres Justizsystems nicht erfüllen können (vgl. Art. 2 lit. c RuVG). Andererseits waren nur jene Vermögenswerte von der Sperrung erfasst, welche vorgängig im Rahmen eines Rechtshilfeersuchens vorläufig sichergestellt worden waren (vgl. Art. 2 lit. a RuVG).

²⁴⁹ MEYER, S. 297. Für die Voraussetzungen einer Sperrung von Vermögenswerten im Hinblick auf eine *Rechtshilfezusammenarbeit* siehe Art. 3 Abs. 2 SRVG.

²⁵⁰ DERS., S. 309. Für die Voraussetzungen einer Sperrung von Vermögenswerten im Hinblick auf eine *Einziehung* (bei Scheitern der Rechtshilfe) siehe Art. 4 Abs. 2 und 3 SRVG.

²⁵¹ DERS., S. 294; vgl. auch Art. 14 Abs. 4 SRVG.

²⁵² DERS., S. 319.

²⁵³ Vgl. Art. 18 Abs. 1 SRVG. Grundsätzlich werden die Modalitäten der Rückführung in einem Abkommen geregelt (vgl. Art. 18 Abs. 2 SRVG). Wenn keine Regelung mit dem Herkunftsstaat zustande kommt, legt der Bundesrat die Modalitäten selber fest und kann die eingezogenen Vermögenswerte insbesondere über internationale und nationale Institutionen rückerstatten (vgl. Art. 18 Abs. 4 SRVG).

²⁵⁴ Vgl. Art. 17 SRVG. Unter Umständen missachtet eine solche Rückerstattung aber die Rechte der Opfer auf Wiedergutmachung (siehe dazu die *Kritik* von BUCHER, S. 19).

§ 5 Rechtsquellen auf internationaler Ebene

I. Europäisches Rechtshilfeübereinkommen

A. Anwendungsbereich des EUeR

Das EUeR ist die *Mutterkonvention* aller europäischen Übereinkommen, welche die kleine Rechtshilfe in Europa regeln.²⁵⁵ Es löste stark veraltete bilaterale Rechtshilfeverträge ab und bedeutete den im Verhältnis zu gewissen Staaten bestehenden vertragslosen Zustand, vor allem aber begründete es eine weitreichende Verpflichtung zur Leistung von Rechtshilfe in Strafsachen.²⁵⁶ Das EUeR ist ein Übereinkommen des Europarates, das auch Nichtmitgliedstaaten offensteht.²⁵⁷ Insgesamt gelangt das EUeR zur Anwendung, wenn es sowohl vom ersuchenden als auch vom ersuchten Vertragsstaat ratifiziert wurde.²⁵⁸ In der Schweiz ist das Übereinkommen unter Anbringung einiger Vorbehalte am 20. März 1967 in Kraft getreten.²⁵⁹ Bei der Anwendung von Zwangsmassnahmen wird z.B. das Spezialitätsprinzip und das Prinzip der beidseitigen Strafbarkeit vorbehalten.²⁶⁰ Nebst der Berücksichtigung von Vorbehalten, gilt es zu beachten, dass die Rechtshilfe bei politischen und fiskalischen Straftaten verweigert werden kann.²⁶¹

Mit dem ZP II EUeR wird das Übereinkommen in relevanter Weise ergänzt.²⁶² Im Gegensatz zum Ersten Zusatzprotokoll wurde dieses *Zweite Zusatzprotokoll* zum EUeR von der Schweiz unterzeichnet und ratifiziert.²⁶³ In der Zwischenzeit wurde das ZP II EUeR auch von den meisten Unterzeichnerstaaten ratifiziert.²⁶⁴ Bei der Anwendung des ZP II EUeR sind ebenso die Erklärungen und Vorbehalte der einzelnen Vertragsstaaten zu berücksichtigen.²⁶⁵

²⁵⁵ RIEGEL/TRAUTMANN in Schomburg/Lagodny IRG, HT II Einf N 3, wobei alle sonstigen europäischen multilateralen Übereinkommen der Europäischen Union und des Schengener Rechtsraums vom Europaratsübereinkommen als Mutterkonventionen (sog. *mother conventions*) ausgehen und zum Ziel haben, diese zu ergänzen und deren Anwendung zu erleichtern.

²⁵⁶ KUBICIEL in Ambos/König/Rackow IRG, 4. HT N 554; vgl. Art. 1 Ziff. 1 EUeR.

²⁵⁷ RIEGEL/TRAUTMANN in Schomburg/Lagodny IRG, Vor II B N 3, erläutern, dass u.a. Chile, Israel und die Republik Korea dem EUeR beigetreten seien.

²⁵⁸ Eine Übersicht über die *Unterschriften* und den *Ratifikationsstand* des EUeR lässt sich auf der Webseite des Europarates abrufen: <https://www.coe.int/de/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/030/signatures?p_auth=ZdG3bKAO> (zuletzt abgerufen am 6.7.2020).

²⁵⁹ ZIMMERMANN, N 19. Eine Übersicht über die *Erklärungen* und *Vorbehalte* der einzelnen Vertragsstaaten zum EUeR lässt sich auf der Webseite des Europarates abrufen: <https://www.coe.int/de/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/030/declarations?p_auth=ZdG3bKAO> (zuletzt abgerufen am 6.7.2020).

²⁶⁰ Vgl. Vorbehalte und Erklärungen der Schweiz zu Art. 5 Ziff. 1 EUeR. Zum Spezialitätsprinzip und dem Prinzip der beidseitigen Strafbarkeit siehe oben, §2 II.

²⁶¹ Vgl. Art. 2 lit. a EUeR.

²⁶² RIEDO/FIOLKA/NIGGLI, N 3235, weisen darauf hin, dass das ZP II EUeR etwa den Anwendungsbereich auf das Verwaltungsstrafrecht erweitere (vgl. Art. 1 ZP II EUeR), die Möglichkeit des direkten Verkehrs zwischen Behörden schaffe (vgl. Art. 4 ZP II EUeR) sowie die Einvernahmen per Video-/Telefonkonferenz ermögliche (vgl. Art. 9 ZP II EUeR).

²⁶³ ZIMMERMANN, N 19, erläutert, dass das ZP I EUeR von der Schweiz *nicht* angenommen wurde, weil es die Verweigerung der Rechtshilfe bei *fiskalischen* Delikten (besonders in Bezug auf Steuerdelikte) eingeschränkt hätte; vgl. auch BJ Wegleitung, S. 9 f.

²⁶⁴ Die BJ Wegleitung, S. 9 f., hält fest, dass am 19. Mai 2009 das ZP II EUeR von weniger als der Hälfte der Unterzeichnerstaaten ratifiziert wurde. Die *aktuelle* Übersicht über die Unterschriften und den Ratifikationsstand zeigt, dass das ZP II EUeR inzwischen von einem Grossteil der Vertragsstaaten ratifiziert wurde. Eine Ausnahme bilden etwa Griechenland, Island oder Luxemburg (vgl. dazu <https://www.coe.int/de/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/182/signatures?p_auth=ZdG3bKAO> (zuletzt abgerufen am 6.7.2020)).

²⁶⁵ Eine Übersicht über die *Erklärungen* und *Vorbehalte* der einzelnen Vertragsstaaten zum ZP II EUeR lässt sich auf der Webseite des Europarates abrufen: <https://www.coe.int/de/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/182/declarations?p_auth=ZdG3bKAO> (zuletzt abgerufen am 6.7.2020).

Das ZP II EUeR wurde am 8. November 2001 abgeschlossen und ist am 1. Februar 2005 in Kraft getreten. Wesentlich früher hat die Schweiz aber *Zusatzverträge* zum EUeR mit ihren Nachbarländern abgeschlossen. Der Zusatzvertrag zum EUeR mit Deutschland ist am 1. Januar 1977 in Kraft getreten und jener mit Österreich am 14. Dezember 1974. Gestützt auf diese beiden bilateralen Verträge wurde am 1. Januar 1983 u.a. die Herausgabe von Vermögenswerten in das IRSG eingeführt.²⁶⁶ Zu einem wesentlich späteren Zeitpunkt kam jeweils ein Zusatzvertrag zum EUeR mit Frankreich und Italien hinzu.²⁶⁷ Dieser Blick auf die Entstehungsgeschichte erklärt u.a., weshalb die Zusatzverträge zum EUeR andere und oftmals engere Umschreibungen enthalten.

B. Herausgabe von Vermögenswerten nach EUeR

1. Keine Regelung der Herausgabe von Vermögenswerten im EUeR

Im EUeR ist nur die Herausgabe von Gegenständen zu *Beweiszwecken* vorgesehen,²⁶⁸ nicht aber die Herausgabe von Vermögenswerten zur Einziehung oder Rückerstattung.²⁶⁹

2. Rückgabe von «Gegenständen» nach Art. 12 ZP II EUeR

Eine entsprechende Regelung sieht allerdings das Zweite Zusatzprotokoll zum EUeR vor, indem es die Herausgabe auf Deliktsgüter *erweitert*.²⁷⁰ Gemäss Art. 12 Abs. 1 ZP II EUeR kann die ersuchte Vertragspartei durch eine Straftat erlangte Gegenstände auf Antrag der ersuchenden Vertragspartei und unbeschadet der Rechte gutgläubiger Dritter der ersuchenden Vertragspartei im Hinblick auf deren Rückgabe an ihren rechtmässigen Eigentümer zur Verfügung stellen. Es handelt sich um eine «Kann-Bestimmung», d.h., der ersuchte Staat ist nicht verpflichtet, dem Ersuchen zu entsprechen.²⁷¹ Der Begriff «Gegenstände» ist in einem weiten Sinne zu verstehen, sodass auch Vermögenswerte nach Art. 74a Abs. 2 IRSG erfasst sind.²⁷² Letztlich soll eine Rückerstattung an den rechtmässigen Eigentümer aber nur erfolgen, wenn die Ansprüche von gutgläubigen Dritten befriedigt sind und keine Zweifel darüber bestehen, wer der rechtmässige Eigentümer der herauszugebenden Gegenstände ist.²⁷³

Nach Art. 6 Ziff. 2 EUeR sind die zu Beweiszwecken übermittelten Gegenstände vom ersuchenden Staat so bald wie möglich dem ersuchten Staat zurückzugegeben, sofern dieser nicht darauf verzichtet. Art. 12 Abs. 2 ZP II EUeR erweitert diese Bestimmung des EUeR dahingehend, dass der ersuchte Staat vom Verzicht auch Gebrauch machen kann, um die *Rückgabe* der Gegenstände

²⁶⁶ BJ Wegleitung, S. 66.

²⁶⁷ Der ZV-F/EUeR ist am 1. Mai 2000 in Kraft getreten und der ZV-I/EUeR am 1. Juni 2003.

²⁶⁸ Vgl. Art. 3 Ziff. 1 EUeR.

²⁶⁹ Siehe insbesondere BGE 123 II 134 E. 5a S. 137; siehe sodann auch BGE 120 Ib 167 E. 3b S. 171 f.; Urteil des BGer 1C_565/2019 vom 10.2.2020 E. 6.5; vgl. dazu SCHOLL in Ackermann KV-KO, Art. 70 N 57.

²⁷⁰ ZIMMERMANN, N 323; siehe auch Botschaft ZP II EUeR, S. 3282; BJ Wegleitung, S. 65.

²⁷¹ Botschaft ZP II EUeR, S. 3283, erläutert, dass der ersuchte Staat ein Ersuchen z.B. ablehnen könne, wenn die herauszugebenden Gegenstände in einem nationalen Verfahren als Beweismittel benötigt würden. Zum grossen Ermessensspielraum der Rechts-
hilfebehörde bei Art. 74a IRSG siehe oben, § 4 I B. 2.

²⁷² Botschaft ZP II EUeR, S. 3283.

²⁷³ Botschaft ZP II EUeR, S. 3283.

an ihren rechtmässigen Eigentümer zu ermöglichen.²⁷⁴ Dabei kann der Verzicht vor oder nach der Übergabe der Gegenstände an den ersuchenden Staat erfolgen.²⁷⁵ Verzichtet der ersuchte Staat *vor* der Übergabe der Gegenstände an den ersuchenden Staat, so darf er kein Sicherungsrecht und keinen anderen Anspruch aufgrund steuer- oder zollrechtlicher Vorschriften in Bezug auf diese Gegenstände geltend machen.²⁷⁶

3. Herausgabe nach ZV-D/EUeR, ZV-A/EUeR, ZV-F/EUeR und ZV-I/EUeR

Auch die *Zusatzverträge* der Schweiz mit ihren Nachbarländern regeln die Herausgabe von Vermögenswerten zur Einziehung oder Rückerstattung. Laut der Wegleitung des Bundesamtes für Justiz wird in den mit Deutschland, Österreich und Frankreich abgeschlossenen Zusatzverträgen zum EUeR sogar eine Herausgabepflicht verankert.²⁷⁷ Im Vergleich zu Art. 74a IRSG oder Art. 12 ZP II EUeR enthalten diese drei Zusatzverträge zum EUeR aber engere Umschreibungen.²⁷⁸ Folgerichtig darf die *Pflicht* nur gelten, wenn die Herausgabe von der engen Umschreibung im entsprechenden Zusatzvertrag zum EUeR konkret erfasst ist. Erfolgt die Herausgabe hingegen aufgrund der einschlägigen Bestimmungen im ZP II EUeR oder IRSG, besteht nach der hier vertretenen Auffassung keine solche Herausgabepflicht.

Der Zusatzvertrag zum EUeR zwischen *Deutschland* und der Schweiz sieht vor, dass auf Ersuchen einer zuständigen Behörde Gegenstände herausgegeben werden, die aus einer mit Strafe bedrohten Handlung herrühren, sowie das durch deren Verwertung erlangte Entgelt.²⁷⁹ Eine Herausgabe ist ausgeschlossen, sofern eine an der strafbaren Handlung nicht beteiligte Person an den Gegenständen Rechte geltend macht und ihre Ansprüche weder befriedigt noch sichergestellt worden sind.²⁸⁰ Wenn in der Schweiz keine Rechte an den Gegenständen geltend gemacht werden, ist Deutschland berechtigt, von einer Rückgabe der Gegenstände i.S.v. Art. 6 Ziff. 2 EUeR abzusehen.²⁸¹ Nach der hier vertretenen Auffassung erfasst der ZV-D/EUeR damit die rechtshilfweise Herausgabe von Vermögenswerten deliktischer Herkunft.²⁸²

²⁷⁴ Botschaft ZP II EUeR, S. 3283.

²⁷⁵ Vgl. Art. 12 Abs. 2 ZP II EUeR.

²⁷⁶ Vgl. Art. 12 Abs. 3 ZP II EUeR. Der Verzicht hindert den ersuchenden Staat jedoch nicht daran, vom rechtmässigen Eigentümer Steuern oder Abgaben zu erheben (vgl. Art. 12 Abs. 4 ZP II EUeR).

²⁷⁷ BJ Wegleitung, S. 67, wobei diese Aussage *weder* begründet ist *noch* einen Quellenhinweis enthält. Eine solche *Pflicht* zur Herausgabe lässt sich aber aus dem Wortlaut von Art. II Abs. 3 ZV-D/EUeR, Art. II Abs. 3 ZV-A/EUeR und Art. VI Abs. 1 ZV-F/EUeR ableiten, denn es handelt sich im Gegensatz zu Art. VI Abs. 1 ZV-F/EUeR, Art. VIII Abs. 1 ZV-I/EUeR und Art. 74a Abs. 1 IRSG *nicht* um «Kann-Bestimmungen».

²⁷⁸ BERNASCONI, N 527.

²⁷⁹ Vgl. Art. II Abs. 3 ZV-D/EUeR.

²⁸⁰ Vgl. Art. II Abs. 3 ZV-D/EUeR. Ersuchen um Herausgabe von Gegenständen können *ohne* Rücksicht auf ein Strafverfahren im Hoheitsgebiet des ersuchenden Staates lediglich zum Zwecke der Rückgabe an den Berechtigten gestellt werden (Bemerkungen zu Art. II des ZV-D/EUeR).

²⁸¹ Vgl. Art. II Abs. 4 ZV-D/EUeR. Da die vorliegende Arbeit die rechtshilfweise Herausgabe von Vermögenswerten in der *Schweiz* untersucht, wurde die Bestimmung so veranschaulicht, dass Deutschland der ersuchende Staat und die Schweiz der ersuchte Staat ist. *Vice versa* gilt dasselbe.

²⁸² Art. II Abs. 3 ZV-D/EUeR erweitert die Anwendung von Art. 3 EUeR auf Gegenstände, die aus einer mit Strafe bedrohten Handlung herrühren sowie auf das durch die Verwertung dieser Gegenstände erlangte Entgelt. Demzufolge sind neben den in

Der Zusatzvertrag zum EUeR zwischen *Österreich* und der Schweiz weist denselben Wortlaut in Bezug auf die herauszugebenden Gegenstände auf.²⁸³ Im Gegensatz zum ZV-D/EUeR sieht der ZV-A/EUeR aber ausdrücklich die Herausgabe zum Zwecke der Aushändigung an den Geschädigten vor.²⁸⁴ Nach der hier vertretenen Auffassung erfasst der ZV-A/EUeR somit die rechtshilfweise Herausgabe zur Rückerstattung an den Geschädigten, nicht aber die rechtshilfweise Herausgabe zur Einziehung durch den ersuchenden Staat. Ausserdem konkretisiert der ZV-A/EUeR, dass die Herausgabe ausgeschlossen ist, falls Gegenstände in der Schweiz der Einziehung oder dem Verfall unterliegen.²⁸⁵ Darüber hinaus ist beim Verzicht auf die Rückgabe i.S.v. Art. 6 Ziff. 2 EUeR explizit zu berücksichtigen, ob eine an der strafbaren Handlung nicht beteiligte Person glaubhaft macht, sie habe in einem der beiden Staaten gutgläubig Rechte an den Gegenständen erworben, und ob ihre Ansprüche befriedigt oder sichergestellt worden sind.²⁸⁶

Im Zusatzvertrag zum EUeR zwischen *Frankreich* und der Schweiz wird zwischen der Herausgabe von Beweisstücken und der Herausgabe von Deliktsgut differenziert.²⁸⁷ Vermögenswerte, die aus einer strafbaren Handlung herrühren, sowie deren Erträge, sind dem ersuchenden Staat zum Zwecke der Rückgabe an den Geschädigten herauszugeben, sofern das Recht des ersuchten Staates die Beschlagnahme zulässt.²⁸⁸ Die Herausgabe dürfte damit wiederum nur möglich sein, wenn die rechtshilfweise Herausgabe eine Rückerstattung an den Geschädigten zur Folge hat.

Gemäss dem Zusatzvertrag zum EUeR zwischen *Italien* und der Schweiz können Vermögenswerte zum Zwecke der Rückgabe an den Geschädigten oder zur Einziehung herausgegeben werden.²⁸⁹ Die Herausgabe ist auf Vermögenswerte beschränkt, die aus einer strafbaren Handlung herrühren, sowie auf deren Verwertungserträge, die nach dem Recht des ersuchten Staates beschlagnahmt werden können.²⁹⁰ Im Gegensatz zu den anderen Zusatzverträgen zum EUeR handelt es sich um eine «Kann-Bestimmung», die der ersuchenden Behörde ein grosses Ermessen einräumt, ob und zu welchen Bedingungen die Herausgabe erfolgen soll.²⁹¹ So stellte das

Art. 3 EUeR erwähnt Beweisstücken auch *Vermögenswerte deliktischer Herkunft* herauszugeben. Darüber hinaus sieht Art. II Abs. 4 ZV-D/EUeR vor, dass der ersuchende Staat berechtigt ist, von der in Art. 6 Ziff. 2 EUeR vorgesehenen Rückgabe der Gegenstände an den ersuchten Staat abzusehen, wenn im ersuchten Staat keine Rechte an diesen Gegenständen geltend gemacht werden. Da somit auch von der *Rückgabe* der Vermögenswerte deliktischer Herkunft abgesehen werden kann, dürfte nach der hier vertretenen Auffassung die rechtshilfweise Herausgabe zur Einziehung von der Norm erfasst sein und im Anwendungsbereich der Norm eine *Pflicht* zur Herausgabe bestehen.

²⁸³ Vgl. Art. II Abs. 3 ZV-A/EUeR.

²⁸⁴ Vgl. Art. II Abs. 3 ZV-A/EUeR; Art. II Abs. 3 ZV-D/EUeR.

²⁸⁵ Vgl. Art. II Abs. 3 lit. a ZV-A/EUeR.

²⁸⁶ Vgl. Art. II Abs. 6 ZV-A/EUeR.

²⁸⁷ Der Zusatzvertrag enthält einerseits eine Bestimmung zur Herausgabe von *Beweisstücken, Akten oder Schriftstücken* (Art. IV ZV-F/EUeR) und andererseits eine Bestimmung zur Herausgabe von *Deliktsgut* (Art. VI ZV-F/EUeR).

²⁸⁸ Art. VI Abs. 1 ZV-F/EUeR, wobei wiederum Ansprüche *vorbehalten* bleiben, die eine an der strafbaren Handlung nicht beteiligte Person an den Vermögenswerten geltend macht und diese Ansprüche weder befriedigt noch sichergestellt worden sind (vgl. Art. VI Abs. 2 ZV-F/EUeR); vgl. Botschaft ZV-F/EUeR, S. 1209.

²⁸⁹ Vgl. Art. VIII Abs. 1 ZV-I/EUeR, wobei wiederum Ansprüche *vorbehalten* bleiben, die eine an der strafbaren Handlung nicht beteiligte Person an den Vermögenswerten geltend macht und diese Ansprüche weder befriedigt noch sichergestellt worden sind (vgl. Art. VIII Abs. 2 ZV-I/EUeR).

²⁹⁰ Vgl. Art. VIII Abs. 1 ZV-I/EUeR.

²⁹¹ Vgl. BJ ZV-I/EUeR, S. 18.

Bundesstrafgericht in Bezug auf das ZV-I/EUEr denn auch fest, dass die Herausgabe von Deliktsgut ihre Entsprechung in Art. 74a Abs. 1 und Abs. 2 IRSG findet.²⁹²

II. Geldwäschereiübereinkommen

A. Anwendungsbereich des GwUe

Das GwUe ergänzt das EUEr durch die Verbesserung der internationalen Zusammenarbeit bei der Bekämpfung von Geldwäscherei und bei der Ermittlung, Beschlagnahme sowie Einziehung von deliktisch erworbenen Vermögenswerten.²⁹³ Insbesondere im Bereich der Einziehung konnte das GwUe eine wesentliche Lücke im Rahmen der internationalen Zusammenarbeit schliessen.²⁹⁴ Um zu signalisieren, dass auch Nichtmitgliedsstaaten des Europarates an der Ausarbeitung des Übereinkommens mitbeteiligt waren und es ebenso von Nichtmitgliedsstaaten ratifiziert werden kann, wurde in der offiziellen Bezeichnung des GwUe auf das Adjektiv «europäisch» bewusst verzichtet.²⁹⁵ Grundsätzlich ist das GwUe für praktisch alle innereuropäischen Rechtshilfefälle bei Geldwäschereiverdacht anwendbar.²⁹⁶ In der Schweiz ist das Übereinkommen unter Anbringung einiger Vorbehalte am 1. September 1993 in Kraft getreten.²⁹⁷

Mangels direkter Anwendbarkeit des GwUe (sog. *non-self-executing treaty*), sind die Vertragsstaaten dazu angehalten, eine entsprechende Umsetzung in ihren nationalen Rechtsordnungen vorzunehmen.²⁹⁸

B. Einziehung von Vermögenswerten nach GwUe

1. Verpflichtung zur Einziehung nach Art. 13 GwUe

Gemäss Art. 13 Ziff. 1 GwUe hat eine Vertragspartei, die von einer anderen Vertragspartei ein Ersuchen um Einziehung²⁹⁹ von in ihrem Hoheitsgebiet befindlichen Tatwerkzeugen oder Erträgen erhalten hat, eine Einziehungsentscheidung eines Gerichts der ersuchenden Vertragspartei in Bezug auf diese Tatwerkzeuge oder Erträge zu vollstrecken (lit. a) *oder* das Ersuchen an

²⁹² Insbesondere Urteil des BStGer RR.2012.55 vom 4.9.2012 E. 3.1; siehe sodann auch Urteil des BStGer RR.2008.283 vom 24.3.2009 E. 10.1; Urteil des BStGer RR.2008.23 vom 2.7.2008 E. 2.1. BfJ ZV-I/EUEr, S. 18, hält fest, dass die *Auslegung* von Art. VIII ZV-I/EUEr hauptsächlich auf der Grundlage von Art. 74a IRSG erfolge.

²⁹³ BGE 133 IV 215 E. 2.1 S. 219 f.; vgl. Botschaft GwUe, S. 12, wobei das Übereinkommen *keine* Gleichschaltung der nationalen Gesetzgebung anstrebt, sondern vielmehr zum Ziel hat, einen nationalen Mindeststandard von Massnahmen zu schaffen.

²⁹⁴ BERNASCONI, N 562, erläutert, dass *vor* dem Inkrafttreten des GwUe die internationalen Instrumente hinsichtlich der Delikterträge zu wenig wirksam gewesen seien. So habe etwa Art. 3 Ziff. 1 EUEr nicht die Beschlagnahme von Vermögenswerten im Hinblick auf eine spätere Einziehung erfasst; siehe dazu oben, § 5 I. B. 1.

²⁹⁵ FORSTER, S. 277; vgl. auch BSK IStR-BISCHOFF, Art. 1 GwUe N 2.

²⁹⁶ FORSTER, S. 277, hält darüber hinaus fest, dass zu den Signatarstaaten des GwUe auch die Türkei, Russland sowie Australien gehören und daher das GwUe auch bei *aussereuropäischen* Rechtshilfefällen zur Anwendung gelangen könne. Eine aktuelle Übersicht über die Unterschriften und den Ratifikationsstand des GwUe lässt sich auf der Webseite des Europarates abrufen: <https://www.coe.int/de/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/141/signatures?p_auth=ZdG3bKAO> (zuletzt abgerufen am 6.7.2020).

²⁹⁷ Besonders bedeutend ist etwa der Vorbehalt der Schweiz zu Art. 6 GwUe. Danach findet Art. 6 Ziff. 1 GwUe ausschliesslich Anwendung, wenn die Haupttat nach schweizerischem Recht ein *Verbrechen* darstellt (vgl. Art. 9 Abs. 1 StGB i.V.m. den Straftatbeständen des Strafgesetzbuches und des Nebenstrafrechts).

²⁹⁸ BSK IStR-BISCHOFF, Art. 1 GwUe N 4.

²⁹⁹ Art. 1 lit. d GwUe *definiert* die Einziehung als «eine Strafe oder Massnahme, die von einem Gericht im Anschluss an ein eine Straftat oder mehrere Straftaten betreffendes Verfahren angeordnet wurde und die zur endgültigen Entziehung des Vermögenswertes führt».

ihre zuständigen Behörden weiterzuleiten, um eine Einziehungsentscheidung zu erwirken, und diese, falls sie erlassen wird, zu vollstrecken (lit. b). Für das Verfahren zur Erwirkung oder Vollstreckung der Einziehung ist das Recht der ersuchenden Vertragspartei massgebend.³⁰⁰ Die ersuchte Vertragspartei hat somit freie Wahl, ob sie die gerichtliche Einziehungsentscheidung des ersuchenden Staates vollstrecken oder dem Ersuchen mittels Durchführung eines eigenen, landesrechtlichen Einziehungsverfahrens nachkommen will.³⁰¹

Die Verpflichtung bezieht sich einzig auf *strafrechtliche* Einziehungen und schliesst demnach Ersuchen um Einziehungen aus, die nicht mit einer Straftat in Zusammenhang stehen.³⁰² Allerdings muss die Einziehungsentscheidung nicht zwingend von einem Strafgericht und in Anwendung strafprozessualer Normen gefällt worden sein.³⁰³ Es kann jede Art von Verfahren, unabhängig von den anwendbaren Verfahrensvorschriften, in Frage kommen, sofern es mit einer Einziehungsentscheidung enden kann, von einer gerichtlichen Behörde durchgeführt wird und es von strafrechtlicher Natur ist.³⁰⁴

Eine Bestimmung, welche die *Rückerstattung* von deliktisch erlangten Vermögenswerten an die geschädigte Person vorsieht, fehlt indessen im GwUe.³⁰⁵

2. Umsetzung der staatsvertraglichen Verpflichtung im Schweizer Recht

In Fällen der rechtshilfweisen Herausgabe von Vermögenswerten deliktischer Herkunft zur Einziehung gelangt das GwUe *ergänzend* zur Anwendung.³⁰⁶ Gemäss der bundesgerichtlichen Rechtsprechung sind die entsprechenden Bestimmungen des GwUe *nicht* direkt anwendbar.³⁰⁷ Das Übereinkommen enthält keine unmittelbar anwendbare materielle Normen, die dazu bestimmt sind, die innerstaatlichen Regelungen zur rechtshilfweisen Einziehung oder Urteilsvollstreckung zu ersetzen.³⁰⁸

Das Schweizer Recht *erfüllt* die Anforderungen des GwUe, indem es einerseits in Art. 74a IRSG die rechtshilfweise Herausgabe von Erträgen krimineller Herkunft zur Einziehung und andererseits in Art. 94 ff. IRSG die rechtshilfweise Vollstreckung ausländischer Einziehungsentscheide

³⁰⁰ Vgl. Art. 14 Ziff. 1 GwUe; vgl. auch Art. 2 Ziff. 1 und Art. 15 GwUe.

³⁰¹ Botschaft GwUe, S. 25, erläutert darüber hinaus, dass Art. 13 Ziff. 1 GwUe dem *Modell des doppelten Systems der internationalen Zusammenarbeit* folge, welches bereits aus Art. 5 Ziff. 4 des Übereinkommens vom 20. Dezember 1988 der Vereinten Nationen gegen den unerlaubten Verkehr mit Betäubungsmitteln und psychotropen Stoffen (SR 0.812.121.03) bekannt sei; vgl. dazu auch BGE 133 IV 215 E. 2.1 S. 219 f.

³⁰² Rapport explicatif GwUe, N 43, wobei als Beispiel für ein Ersuchen um Einziehung, welches nicht mit einer Straftat in Zusammenhang steht, das Ersuchen um administrative Einziehung (sog. *confiscation administrative*) genannt wird.

³⁰³ BSK IStR-BAUMANN/STENGEL, Art. 13 GwUe N 6.

³⁰⁴ Rapport explicatif GwUe, N 43. Solche Verfahren werden im Rahmen des GwUe auch als *procédures aux fins de confiscation* bzw. im dazugehörigen Rapport explicatif als *procédures in rem* bezeichnet (vgl. Rapport explicatif GwUe, N 15).

³⁰⁵ SCHOLL in Ackermann KV-KO, Art. 70 N 58.

³⁰⁶ Urteil des BGer 1C_565/2019 vom 10.2.2020 E. 6.1.

³⁰⁷ BGE 133 IV 215 E. 2.1 S. 219 f.; vgl. sodann Urteil des BGer 1C_565/2019 vom 10.2.2020 E. 6.1; Urteil des BGer 1C_513/2010 vom 11.3.2011 E. 3.2; anders noch BGE 129 II 97 E. 3.2 S. 99; vgl. dazu BSK IStR-BAUMANN/STENGEL, Art. 13 GwUe N 10; DONATSCH *et al.*, S. 17.

³⁰⁸ BGE 133 IV 215 E. 2.1 S. 219 f.; vgl. Urteil des BGer 1C_565/2019 vom 10.2.2020 E. 6.5, welches diesbezüglich auch festhält, dass eine Vermögensherausgabe i.S.v. Art. 13 GwUe nach der Praxis des BGer *nicht* möglich sei, wenn sie nach Art. 74a IRSG ausgeschlossen ist.

vorsieht.³⁰⁹ Ferner besteht die Möglichkeit zur Weiterleitung des ausländischen Ersuchens an die Schweizer Behörden zwecks Durchführung eines inländischen Einziehungsverfahrens nach Art. 70 bzw. 71 StGB.³¹⁰ Umstritten ist hingegen, inwiefern die staatsvertragliche Verpflichtung zur Einziehung von ausländischen Ersatzforderungen im Schweizer Recht umgesetzt ist.³¹¹

3. *Ablehnungsgründe nach Art. 18 GwUe*

Aus Art. 18 Ziff. 1 GwUe ergeben sich die *allgemeinen* Ablehnungsgründe.³¹² Danach kann die Zusammenarbeit abgelehnt werden, wenn die erbetene Massnahme den *Grundlagen der Rechtsordnung* der ersuchten Vertragspartei widerspricht (lit. a); die Erledigung des Ersuchens geeignet ist, die *Souveränität, die Sicherheit, die öffentliche Ordnung (ordre public)* oder andere wesentliche Interessen der ersuchten Vertragspartei zu beeinträchtigen (lit. b); nach Auffassung der ersuchten Vertragspartei die *Bedeutung der Angelegenheit*, auf die sich das Ersuchen bezieht, die Durchführung der erbetenen Massnahme nicht rechtfertigt (lit. c); die Straftat, auf die sich das Ersuchen bezieht, eine *politische oder fiskalische Straftat* ist (lit. d); nach Auffassung der ersuchten Vertragspartei die erbetene Massnahme gegen den Grundsatz *ne bis in idem* verstiesse (lit. e); oder die Straftat, auf die sich das Ersuchen bezieht, nach dem Recht der ersuchten Vertragspartei *keine Straftat* wäre, wenn sie in ihrem Hoheitsbereich begangen worden wäre (lit. f).³¹³

Art. 18 Ziff. 4 GwUe hält die Ablehnungsgründe in Bezug auf die *Einziehung* fest. Demnach kann die Zusammenarbeit abgelehnt werden, wenn das Recht der ersuchten Vertragspartei eine Einziehung für die *Art von Straftat*, auf die sich das Ersuchen bezieht, nicht vorsieht (lit. a);³¹⁴ die Einziehung, unbeschadet der Verpflichtung von Art. 13 Ziff. 3 GwUe, den *Grundsätzen des innerstaatlichen Rechts* der ersuchten Vertragspartei widerspricht (lit. b);³¹⁵ die Einziehungsentscheidung nach dem Recht der ersuchten Vertragspartei wegen *Verjährung* nicht mehr erlassen oder vollstreckt werden kann (lit. c);³¹⁶ das Ersuchen sich weder auf eine zuvor ergangene Verurteilung noch auf eine *gerichtliche Entscheidung* noch auf eine in einer solchen Entscheidung enthaltene Feststellung, dass eine oder mehrere Straftaten begangen wurden, bezieht (lit. d);³¹⁷ die Einziehung im Hoheitsgebiet der ersuchenden Vertragspartei *nicht vollstreckbar* ist oder noch mit ordentlichen Rechtsmitteln angefochten werden kann (lit. e);³¹⁸ oder das Ersuchen sich auf eine

³⁰⁹ BGE 133 IV 215 E. 2.2 S. 220 f.; vgl. auch Urteil des BGer 1C_565/2019 vom 10.2.2020 E. 6.3.

³¹⁰ BSK IStR-BAUMANN/STENGEL, Art. 13 GwUe N 30.

³¹¹ Zur Umsetzung der staatsvertraglichen Verpflichtung bezüglich Einziehung von ausländischen Ersatzforderungen siehe unten, § 7 II. C.

³¹² Vgl. BSK IStR-FORSTER, Art. 18 GwUe N 1 ff.; siehe auch Rapport explicatif GwUe, N 59 ff.

³¹³ Vgl. Art. 18 Ziff. 1 lit. a-f GwUe; vgl. BSK IStR-FORSTER, Art. 18 GwUe N 1 ff., mit weiteren Hinweisen.

³¹⁴ Art. 18 Ziff. 4 lit. a GwUe bezieht sich dabei auf Straftaten oder Kategorien von Straftaten, die aufgrund einer *Vorbehaltsklärung* nach Art. 2 Ziff. 2 GwUe vom Anwendungsbereich von Art. 2 Ziff. 1 GwUe ausgenommen sind (vgl. Rapport explicatif GwUe, N 70).

³¹⁵ Zum Ablehnungsgrund von Art. 18 Ziff. 4 lit. b GwUe im Hinblick auf die Einziehbarkeit von ausländischen Ersatzforderungen siehe unten, § 7 II. C; vgl. auch BSK IStR-FORSTER, Art. 18 GwUe N 4.

³¹⁶ Zum Ausschlussgrund der *Verjährung* siehe oben, § 2 II.

³¹⁷ Da bei flüchtigen oder verstorbenen Beschuldigten eine förmliche Verurteilung unter Umständen nicht möglich ist, soll in solchen Fällen eine gerichtliche *Feststellung* einer strafbaren Handlung genügen (BSK IStR-FORSTER, Art. 18 GwUe N 5).

³¹⁸ Nach Art. 27 Ziff. 3 lit. a GwUe muss die zuständige Behörde bescheinigen, dass die Einziehungsentscheidung vollstreckbar ist und nicht mehr mit ordentlichen Rechtsmitteln angefochten werden kann (vgl. dazu Rapport explicatif GwUe, N 74).

Einziehungsentscheidung bezieht, die in *Abwesenheit der Person*, gegen welche sie erlassen wurde, ergangen ist und nach Auffassung der ersuchten Vertragspartei die jedem Angeklagten zustehenden *Mindestrechte* der Verteidigung nicht gewahrt wurden (lit. f).³¹⁹

III. Rechtshilfevertrag zwischen der Schweiz und den USA

A. Anwendungsbereich des RVUS

Der RVUS ist am 23. Januar 1977 in Kraft getreten. Da der Vertrag bereits *vor* Erlass des IRSG bestand, erliess die Schweiz das Ausführungsgesetz BG-RVUS.³²⁰ Für die Rechtshilfe zwischen der Schweiz und den USA sind demnach der RVUS und das BG-RVUS massgeblich.³²¹ Soweit der Staatsvertrag oder das Ausführungsgesetz bestimmte Fragen weder ausdrücklich noch stillschweigend regeln, sind das IRSG und das IRSV anwendbar.³²² Im Verhältnis zu den USA wurde das Günstigkeitsprinzip³²³ explizit im Staatsvertrag festgehalten.³²⁴ Zwangsmassnahmen dürfen bei der Ausführung des Ersuchens nur angewandt werden, sofern ein in der Liste aufgeführter Straftatbestand vorliegt.³²⁵

B. Rückgabe von Vermögenswerten nach RVUS

Nach Art. 1 Ziff. 1 lit. b RVUS verpflichten sich die Vertragsparteien «gemäss den Bestimmungen dieses Vertrags einander Rechtshilfe zu leisten durch Rückgabe an den ersuchenden Staat oder einen seiner Gliedstaaten von Gegenständen oder Vermögenswerten, welche ihnen gehören *und* durch solche Handlungen erlangt worden sind». Dabei bezieht sich die Wendung «solche Handlungen» auf Art. 1 Ziff. 1 lit. a RVUS, d.h. auf «strafbare Handlungen, deren Ahndung unter die Gerichtsbarkeit des ersuchenden Staats oder eines seiner Gliedstaaten fällt». ³²⁶ Es besteht somit eine Verpflichtung zur Rückgabe von Vermögensgegenständen, die dem ersuchenden Staat oder einem seiner Gliedstaaten gehören und durch eine strafbare Handlung erlangt worden sind.³²⁷

³¹⁹ Zum Recht auf *persönliche Anwesenheit* und zur Zulässigkeit von *Abwesenheitsentscheiden* siehe unten, § 6. II. B. 2.

³²⁰ BJ Wegleitung, S. 11. Nach RIEDO/FIOLKA/NIGGLI, N 3261, sei der umfangreiche Vertrag mit den USA *stilbildend* für das IRSG gewesen, wobei aber auch viele Besonderheiten, die sich aus dem US-Recht ergaben, hätten berücksichtigt werden müssen.

³²¹ Der Hauptunterschied vom BG-RVUS gegenüber dem IRSG besteht darin, dass bei der Rechtshilfe mit den USA immer das BJ als Zentralstelle zuständig ist. Diese Zuständigkeit gilt für alle Ersuchen aus den USA, also auch wenn das Ersuchen keine Grundlage im Staatsvertrag findet (vgl. zum Ganzen BJ Wegleitung, S. 14; vgl. auch Art. 36a BG-RVUS).

³²² BGE 124 II 180 E. 1a S. 181; vgl. auch Urteil des BGR 1A.324/2005 vom 8.6.2006 E. 1; Urteil des BStGer RR.2010.68 vom 23.12.2010 E. 1.

³²³ Zum Günstigkeitsprinzip siehe oben, § 4 I. A.

³²⁴ «Wenn ein in diesem Vertrag vorgesehene Verfahren die Rechtshilfe in Strafsachen zwischen den Vertragsparteien nach einem anderen Abkommen oder nach dem Recht im ersuchten Staat erleichtern würde, so wird für die Leistung solcher Rechtshilfe das Verfahren nach diesem Vertrag angewendet. Rechtshilfe und Verfahren nach irgendeinem anderen internationalen Vertrag oder Übereinkommen oder nach dem innerstaatlichen Recht in den Vertragsstaaten bleiben von diesem Vertrag unberührt und werden dadurch weder ausgeschlossen noch eingeschränkt» (Art. 38 Ziff. 1 RVUS).

³²⁵ Zwangsmassnahmen dürfen nur angewendet werden, wenn die Handlung, die das Ersuchen betrifft, die objektiven Merkmale eines Straftatbestandes erfüllt und *entweder* nach dem Recht des ersuchten Staats, falls dort verübt, strafbar wäre und sich als einen auf der Liste aufgeführten Tatbestand darstellt; *odervon* Nummer 26 der Liste erfasst ist, d.h. eine Zuwiderhandlung gegen die Vorschriften über gewerbsmässige Wetten, Lotterien und Glücksspiele darstellt (vgl. Art. 4 Ziff. 2 RVUS). Die Liste der Straftaten, für welche Zwangsmassnahmen angewendet werden können, führt 35 Tatbestände auf und befindet sich im Anhang des RVUS.

³²⁶ Vgl. BERNASCONI, N 524.

³²⁷ BISCHOF, S. 471.

Das bedeutet einerseits, dass im Gegensatz zum Verfahren nach IRSG eine *Pflicht* zur Herausgabe besteht und daher die entsprechende bundesgerichtliche Rechtsprechung zum IRSG nur beschränkt auf das Verfahren nach RVUS anwendbar ist.³²⁸ Andererseits folgt daraus es, dass die Rechtshilfe nach dem RVUS auf Fälle beschränkt ist, in denen die Vermögenswerte dem *ersuchenden Staat* oder einem seiner *Gliedstaaten* gehören.³²⁹ Es sind nur Eigentumsansprüche des ersuchenden Staates erfasst, die bereits *vor* Begehung der Straftat bestanden haben und durch die Straftat beeinträchtigt oder gefährdet wurden.³³⁰ Als Beispiel sind die Rückgabe eines Gemäldes, das aus einem staatlichen Museum gestohlen wurde, oder die Rückerstattung von veruntreuten Staatsgeldern zu nennen.³³¹ Da bei der Herausgabe zur *Einziehung* Vermögenswerte *deliktischer* Herkunft herausgegeben werden, liegt es nach der hier vertretenen Auffassung in der Natur der Sache, dass der ersuchende Staat grundsätzlich keine Eigentumsrechte *vor* Begehung der Straftat an den Vermögenswerten haben kann.³³²

Haben die USA oder einer ihrer Gliedstaaten nicht bereits *vor* Begehung der Straftat Eigentumsansprüche an den Vermögenswerten, kommt eine Herausgabe gestützt auf den RVUS nicht in Betracht. Dieser Umstand bedeutet aber nicht, dass die Schweiz nicht darüber hinaus berechtigt wäre, entsprechende Vermögenswerte gestützt auf das *innerstaatliche* Recht herauszugeben.³³³ Indessen richten sich dann die Voraussetzungen der Rechtshilfe ausschliesslich³³⁴ nach innerstaatlichem Recht, d.h. nach dem IRSG und der IRSV.³³⁵ Bei der Rechtshilfe mit der USA erfolgt die Herausgabe von Vermögenswerten zur Einziehung somit auf der Grundlage von Art. 74a IRSG.³³⁶

³²⁸ BGE 118 Ib 111 E. 6b/aa S. 126. In Bezug auf den *Zeitpunkt der Herausgabe* hält BGE 118 Ib 111 E. 6b/aa S. 128 fest, dass der Wortlaut von Art. 1 Ziff. 1 lit. b RVUS nicht die sofortige Herausgabe der fraglichen Vermögenswerte im Rahmen der noch hängigen Strafuntersuchung verlange. Über den Zeitpunkt der Herausgabe sei im Einzelfall zu entscheiden. Gibt es keine Anhaltspunkte, dass die herauszugebenden Vermögenswerte nicht im Sinne des Vertragszweckes verwendet werden könnten, seien die betreffenden Vermögenswerte der ersuchenden Behörde zu überweisen.

³²⁹ BGE 132 II 178 E. 2.1 S. 180 f.; vgl. dazu ZIMMERMANN, N 338.

³³⁰ BGE 118 Ib 111 E. 6b/aa S. 126 f.; siehe dazu auch HARARI, S. 169.

³³¹ FREI, S. 11.

³³² Ein Staat kann Vermögenswerte deliktischer Herkunft unter Umständen einziehen. Da die Vermögenswerte grundsätzlich erst *durch* Begehung der Straftat ihre deliktische Herkunft erlangen, hat der Staat i.d.R. nicht bereits *vor* Begehung der Straftat Eigentumsansprüche an den Vermögenswerten. Im Fall von veruntreuten Staatsgeldern hat der Staat zwar bereits *vor* Begehung der Straftat Eigentumsansprüche, doch stellt sich die Frage, ob es sich tatsächlich um eine Herausgabe zur *Einziehung* handelt und nicht vielmehr um eine Herausgabe zur *Rückerstattung* an den «Berechtigten». Weil der Staat bereits vor Begehung der Straftat Berechtigter war und der Vorgang vielmehr dem Zweck der Rückerstattung als jenem der Einziehung entspricht, handelt es sich nach der hier vertretenen Auffassung wohl vielmehr um eine Rückerstattung.

³³³ BGE 132 II 178 E. 2.1 S. 180 f.; vgl. auch BGE 118 Ib 111 E. 6b/aa S. 126 f.

³³⁴ Auch wenn das Ersuchen keine Grundlage im Staatsvertrag findet, bleibt die Zentralstelle beim Bundesamt für Justiz zuständig (siehe oben, § 5 III. A.).

³³⁵ Urteil des BStGer RR.2011.215 vom 29.3.2012 E. 3.4.

³³⁶ Vgl. Urteil des BStGer RR.2010.68 vom 23.12.2010 E. 5.2.

§ 6 Anforderungen an den ausländischen Einziehungsentscheid

I. Eingeschränkte Kontrolle des ausländischen Einziehungsentscheides

A. Grundproblem: Beurteilung des Rechtshilfeersuchens ohne Nachprüfung des ausländischen Entscheides

Wie bereits erläutert, ist das Rechtshilfeverfahren *kein* Strafprozess.³³⁷ Der Rechtshilferichter befindet sich nicht über Schuld oder Strafe des Beschuldigten und es ist nicht seine Aufgabe, abschliessend zu beurteilen, inwiefern eine strafbare Handlung vorliegt bzw. welche Straftatbestände erfüllt sind.³³⁸ Es geht vielmehr darum, Unterstützung für das Verfahren im ersuchenden Staat zu leisten.³³⁹

Neben der dienenden Funktion des Rechtshilfeverfahrens spricht gegen eine *detaillierte* Prüfung auch die Tatsache, dass die Rechtshilfe gerade zur Klärung des Sachverhaltes beitragen soll (so etwa bei der Herausgabe von Beweismitteln nach Art. 74 IRSG) oder der Sachverhalt bereits abschliessend beurteilt ist und eine Neuurteilung durch den ersuchenden Staat inopportun wäre (so etwa bei der Herausgabe von Vermögenswerten nach Art. 74a IRSG).³⁴⁰ Im Rechtshilfeverkehr gilt das Vertrauensprinzip, d.h., der ersuchte Staat kann darauf vertrauen, dass sich der ersuchende Staat grundsätzlich nach Treu und Glauben verhält.³⁴¹

Jedoch besteht ein gewisses Spannungsverhältnis zwischen den Interessen des ersuchenden Staates und den Interessen der von einer Einziehung betroffenen Individuen. Die Betroffenen werden regelmässig versuchen, die Herausgabe der Vermögenswerte zu verhindern und es kann nicht im Sinne des ersuchten Staates sein, sich den Argumenten der Betroffenen gänzlich zu verschliessen.³⁴² Es verträgt sich nicht mit der rechtsstaatlichen Verantwortung des ersuchten Staates, Rechtshilfe auf seinem Herrschaftsgebiet gestützt auf einen ausländischen Entscheid zu gewähren, der z.B. gravierende Verfahrensmängel aufweist.³⁴³

B. Zweck des Einziehungsentscheides

Der Einziehungsentscheid des ersuchenden Staates klärt, inwiefern die beschlagnahmten Vermögenswerte tatsächlich in strafrechtlich relevanter Weise erworben wurden und wer als Berechtigter zu gelten hat, und ordnet letztlich die Einziehung an.³⁴⁴ Im *ersuchenden* Staat wird mit

³³⁷ Siehe oben, § 1 II.

³³⁸ FORSTER, S. 278.

³³⁹ Vgl. BSK IStR-HEIMGARTNER/NIGGLI, Einführung N 19.

³⁴⁰ RIEDO/FIOLKA/NIGGLI, N 3317.

³⁴¹ DIES., N 3318. Nach der BJ Wegleitung, S. 29, bedeutet das *Vertrauensprinzip* im Rechtshilfebereich, «dass der ersuchte Staat das vom ersuchenden Staat gestellte Rechtshilfeersuchen i.d.R. nicht inhaltlich in Zweifel zieht betreffend: die Zuständigkeit (*ratione loci et materiae*) der ersuchenden Behörde; die Wahrheit der Gegenstand des ausländischen Verfahrens bildenden Taten und ihre Strafbarkeit im ersuchenden Staat; die Sachverhaltsdarstellung im Ersuchen; Nutzen und Ausmass der ersuchten Massnahmen; die Pflicht, das Ersuchen zu vollziehen, so lange es nicht zurückgezogen wurde; die Einhaltung des Spezialitätsvorbehalts, wenn die beiden Staaten durch einen Vertrag oder ein Abkommen gebunden sind; die Glaubwürdigkeit der Zusicherungen hinsichtlich des Gegenrechts, unter Vorbehalt offensichtlicher und sofort erwiesener Missbräuche».

³⁴² Vgl. RIEDO/FIOLKA/NIGGLI, N 3319.

³⁴³ Vgl. DIES., N 3319.

³⁴⁴ BGE 123 II 595 E. 4e S. 604.

dem Einziehungsentscheid also der Sachverhalt geklärt sowie verbindlich über die Möglichkeit der Einziehung nach dem inländischen Recht entschieden.³⁴⁵

Auf der Seite des *ersuchten* Staates dient der ausländische Einziehungsentscheid einerseits als Grundlage für die Herausgabe.³⁴⁶ So erfolgt die Herausgabe von Vermögenswerten nach Art. 74a Abs. 3 IRSG i.d.R. *gestützt* auf einen rechtskräftigen und vollstreckbaren Entscheid des ersuchenden Staates.³⁴⁷ Andererseits ermöglicht das Erfordernis eines ausländischen Einziehungsentscheides dem ersuchten Staat eine nachträgliche Kontrolle der Rechtsstaatlichkeit des Entscheides.³⁴⁸

C. Keine inhaltliche Kontrolle des Einziehungsentscheides

Im Rahmen der rechtshilfeweisen Einziehung von Art. 74a IRSG stellt sich zunächst die Frage nach dem *Umfang* der Kontrollmöglichkeit. In der Botschaft zum IRSG verweist der Bundesrat auf das zwischen den Staaten vermutete Vertrauensprinzip und betont, dass dieses Prinzip besonders im Rechtshilfebereich wichtig sei.³⁴⁹ Nach der Ansicht des Bundesrates sei die Schweiz daher nicht ermächtigt, den Entscheid einer unabhängigen ausländischen Gerichtsbehörde auf ihre Begründetheit zu überprüfen, sofern dieser Entscheid nicht offensichtlich den schweizerischen *ordre public* oder elementare Grundsätze der EMRK verletzte.³⁵⁰ Gemäss Bundesrat genüge es, wenn die Rechtshilfebehörde den ausländischen Entscheid summarisch überprüfe, nachdem sie sich vergewissert habe, dass der ersuchende Staat ein Rechtsstaat ist und diese Grundsätze respektierte.³⁵¹

Nach der bundesgerichtliche Rechtsprechung «zielt die Regelungsabsicht des Gesetzgebers darauf ab, eine Kontrolle darüber zu ermöglichen, dass die Einziehung (oder Rückerstattung von Vermögenswerten an den Geschädigten) aufgrund eines gerichtlichen Verfahrens erfolgt, das den in der EMRK (und im UNO-Pakt II) festgelegten Verfahrensgrundsätzen entspricht, und der ausländische Entscheid weder dem schweizerischen *ordre public* noch den international gewährleisteten Menschenrechten widerspricht».³⁵² Ausgeschlossen ist nach der Auffassung des Bundesgerichts eine *inhaltliche* Kontrolle, d.h. eine Prüfung der materiellen Rechtsvoraussetzungen des ausländischen Einziehungsentscheides.³⁵³ Das Bundesgericht folgt damit den Ausführungen des Bundesrates, konkretisiert diese aber dahingehend, dass das gerichtliche

³⁴⁵ BGE 123 II 595 E. 4e S. 604.

³⁴⁶ BGE 123 II 595 E. 4e S. 604, wobei nach Auffassung des BGer die ersuchten Rechtshilfebehörden auf Grundlage des Einziehungsentscheides i.d.R. ohne Weiteres die Herausgabe der beschlagnahmten Vermögenswerte anordnen könnten.

³⁴⁷ Vgl. dazu oben, § 4 I. B. 5.

³⁴⁸ BGE 123 II 595 E. 4e S. 604, wobei das BGer festhält, dass bereits im Entscheid *Pemex* (BGE 115 Ib 517 E. 14 S. 556 f.) die bessere Kontrollmöglichkeit nach Ergehen des ausländischen Urteils im Vordergrund gestanden und sich an dieser Zielsetzung mit der Revision des IRSG bzw. der Einführung von Art. 74a IRSG grundsätzlich nichts geändert habe.

³⁴⁹ Botschaft IRSG, S. 25.

³⁵⁰ Botschaft IRSG, S. 25.

³⁵¹ Botschaft IRSG, S. 25, wobei mit den *Grundsätzen* der schweizerische *ordre public* und die elementaren Grundsätze der EMRK gemeint sind. Die Botschaft weist zudem darauf hin, dass die Rechtshilfebehörde nach Art. 80o IRSG beim ersuchenden Staat Zusatzinformationen einholen oder gemäss Art. 80p IRSG die Rechtshilfe an Auflagen knüpfen könne.

³⁵² BGE 145 IV 99 E. 3.2 S. 110; siehe sodann BGE 123 II 595 E. 4e S. 605; 131 II 169 E. 6 S. 175.

³⁵³ BGE 145 IV 99 E. 3.2 S. 110; vgl. auch BGE 123 II 595 E. 4e S. 605.

Verfahren auch den im UNO-Pakt II festgelegten Verfahrensgrundsätzen zu entsprechen hat,³⁵⁴ die international gewährleisteten Menschenrechte ebenso zu beachten sind³⁵⁵ und eine inhaltliche Kontrolle explizit ausgeschlossen ist.

Eine solche *eingeschränkte* Kontrolle des ausländischen Einziehungsentscheides ist zu begrüßen. Es ermöglicht der Schweiz grundsätzlich dem Vertrauensprinzip zu folgen und bei groben (Verfahrens-)Mängeln im ausländischen Verfahren trotzdem die Rechtshilfe bzw. die Einziehung der Vermögenswerte zu verweigern.³⁵⁶ Ausserdem bleibt der Sinn und Zweck von Art. 74a IRSG erhalten. Wenn der ausländische Einziehungsentscheid bei der kleinen Rechtshilfe nach Art. 74a IRSG einer inhaltlichen Kontrolle unterliegen würde,³⁵⁷ käme die Kontrolle dem Exequaturverfahren nach Art. 94 ff. IRSG nahe und der Normzweck von Art. 74a IRSG wäre zumindest teilweise untergraben.³⁵⁸

II. Rechtsstaatliche Mindestanforderungen an den ausländischen Einziehungsentscheid

A. Faires Verfahren im Allgemeinen

1. Verfahrensgarantien von Art. 6 EMRK und Art. 14 UNO-Pakt II

Der ausländische Einziehungsentscheid muss in einem Verfahren zustande gekommen sein, das *mindestens* den Verfahrensgarantien von Art. 6 EMRK entspricht.³⁵⁹ Ist der ersuchende Staat nicht Vertragsstaat der EMRK, ist auf die Verfahrensgarantien von Art. 14 UNO-Pakt II abzustellen, sofern diese im Vergleich zur EMRK einen zumindest gleichwertigen Schutz gewährleisten.³⁶⁰

Art. 6 EMRK gewährleistet das Recht auf ein faires Verfahren (sog. *fair trial*). In Art. 6 Ziff. 1 EMRK werden allgemeine Verfahrensgarantien im Sinne eines Mindeststandards aufgeführt.³⁶¹ Explizit genannt wird etwa das Recht auf ein öffentliches Verfahren, das Recht auf Verhandlung innert angemessener Frist sowie das Recht auf Verhandlung der Rechtssache durch ein auf Gesetz beruhendes, unabhängiges und unparteiisches Gericht.³⁶² Darüber hinaus ergeben sich aus Ziff. 1 ungeschriebene Teilrechte wie z.B. das rechtliche Gehör, das Recht auf persönliche Anwesenheit,

³⁵⁴ Die Ergänzung um die im UNO-Pakt II festgelegten Verfahrensgrundsätze dürfte darauf zurückzuführen sein, dass die Philippinen nicht Vertragsstaat der EMRK sind und das BGER anstelle dessen auf den UNO-Pakt II abstellen musste (vgl. BGE 123 II 595 E 5c S. 608).

³⁵⁵ Diese Konkretisierung ist zu begrüßen, da in der Botschaft IRSG, S. 25, lediglich festgehalten wurde, dass der ersuchende Staat ein *Rechtsstaat* sein müsse.

³⁵⁶ Dadurch können sowohl die Interessen des ersuchenden Staates als auch die Interessen der Individuen, welche von der Einziehung betroffenen sind, ausreichend berücksichtigt werden; vgl. dazu oben, § 6 I. A.

³⁵⁷ So wurde etwa im Vernehmlassungsverfahren die Meinung geäußert, die Schweiz müsse den ausländischen Entscheid vor der Herausgabe der Vermögenswerte in einem Exequaturverfahren auf seine Begründetheit überprüfen (vgl. Botschaft IRSG, S. 25).

³⁵⁸ Insbesondere bestünde die Gefahr, dass die rechtshilfweise Herausgabe nach Art. 74a IRSG im Vergleich zur Herausgabe mittels Exequaturverfahren nach Art. 94 ff. IRSG nicht mehr schneller und weit weniger aufwendig wäre (siehe dazu oben, § 4 I. C. 3.). Zum Normzweck von Art. 74a IRSG siehe oben, § 4 I. B. 1.

³⁵⁹ Siehe oben, § 6 I. C.

³⁶⁰ Vgl. BGE 123 II 595 E. 5b S. 608; siehe sodann auch BGE 123 II 511 E. 7d S. 525 f.

³⁶¹ MEYER in Karpenstein/Mayer EMRK, Art. 6 N 39. Die allgemeinen Verfahrensgarantien von Art. 6 Ziff. 1 EMRK beziehen sich dabei auf Streitigkeiten über zivilrechtliche Ansprüche und Verpflichtungen *als auch* auf strafrechtliche Verfahren (vgl. MEYER-LADEWIG/HARRENDORF/KÖNIG in HK-EMRK, Art. 6 N 4 ff.).

³⁶² Vgl. Art. 6 Ziff. 1 EMRK.

die Waffengleichheit, das Recht auf Akteneinsicht und Begründung von Entscheidungen sowie der *nemo tenetur*-Grundsatz.³⁶³ Art. 6 Ziff. 2 und 3 EMRK enthalten eine Reihe besonderer Verfahrensgarantien für das Strafverfahren.³⁶⁴ So gilt im Strafverfahren die Unschuldsvermutung und der Angeklagte hat ein Recht auf Unterrichtung über die Anklage, Vorbereitung der Verteidigung, Verteidigung durch sich selbst oder einen Anwalt sowie auf Befragung der Belastungszeugen.³⁶⁵

Art. 14 UNO-Pakt II enthält eine ähnliche Regelung,³⁶⁶ indem u.a. die Gleichheit aller Menschen vor Gericht als auch einen Anspruch auf ein faires und öffentliches Verfahren vor einem zuständigen, unparteiischen und auf Gesetz beruhendem Gericht garantiert wird.³⁶⁷ Art. 14 Ziff. 2 UNO-Pakt II begründet wiederum die Unschuldsvermutung zugunsten des Angeklagten und Art. 14 Ziff. 3 UNO-Pakt II enthält grundlegende Mindestvoraussetzungen eines fairen Strafverfahrens wie z.B. das Recht auf Unterrichtung über die Anklage, Recht auf Vorbereitung der Verteidigung, Recht auf ein Urteil ohne unangemessene Verzögerung, Recht auf persönliche Anwesenheit, Recht auf Verteidigung durch sich selbst oder einen Anwalt sowie das Verbot der Erzwingung sich selbst belastender Aussagen.³⁶⁸

2. *Kein abschliessender Kriterienkatalog*

Das ausländische Verfahren, das zum Einziehungsentscheid führt, muss ein faires Verfahren i.S.v. Art. 6 EMRK bzw. Art. 14 UNO-Pakt II sein und hat die Rechte der Betroffenen, die sich aus der anwendbaren Norm ergeben, entsprechend zu wahren. Allein die Beachtung dieser grundlegenden Mindestanforderungen kann aber nicht *alle* Zweifel an einem wirklich fairen Verfahren ausschliessen.³⁶⁹ Daher sind die Verfahrensgarantien nach der hier vertretenen Auffassung nicht als abschliessender Kriterienkatalog zu verstehen, die im Sinne eines «*tick the box*»-Systems abgearbeitet werden können und zu einem eindeutigen Ergebnis über die Rechtsstaatlichkeit des Verfahrens führen. Vielmehr sollten die geschriebenen Verfahrensgarantien als Indizien für die Rechtsstaatlichkeit des Verfahrens und des Einziehungsentscheides verstanden werden.

3. *Erfordernis einer konkreten und schwerwiegenden Verletzung*

Andererseits kann es nicht ausreichen, wenn der Betroffene abstrakt behauptet, dass der ausländische Einziehungsentscheid nicht in einem fairen Verfahren zustande gekommen sei oder das

³⁶³ MEYER in Karpenstein/Mayer EMRK, Art. 6 N 99. Der in Art. 6 EMRK nicht ausdrücklich aufgeführte *nemo tenetur*-Grundsatz beinhaltet das Recht zu schweigen und sich nicht selbst zu belasten. Er ist eine ungeschriebene strafrechtliche Gewährleistung, die sich aus Art. 6 Ziff. 1 EMRK ergibt, aber wird zugleich auch im Zusammenhang mit der Unschuldsvermutung von Art. 6 Ziff. 2 EMRK gesehen (vgl. DERS., Art. 6 N 127).

³⁶⁴ DERS., Art. 6 N 160 ff.

³⁶⁵ Vgl. Art. 6 Ziff. 2 und 3 EMRK.

³⁶⁶ MEYER-LADEWIG/HARRENDORF/KÖNIG in HK-EMRK, Art. 6 N 3, wobei insbesondere Art. 14 Ziff. 1 bis 3 UNO-Pakt II *ähnlich* zur Regelung von Art. 6 EMRK sei.

³⁶⁷ Vgl. Art. 14 Ziff. 1 UNO-Pakt II. HOFMANN/BOLDT, Art. 14 N 1, erläutern, dass Art. 14 UNO-Pakt II zusammen mit Art. 9 und 10 UNO-Pakt II die grundlegenden Kriterien eines effektiven Menschenrechtsschutzes in gerichtlichen Verfahren bildet.

³⁶⁸ Vgl. HOFMANN/BOLDT, Art. 14 N 3 ff.; siehe auch JOSEPH/CASTAN, S. 476 ff.

³⁶⁹ Vgl. HOFMANN/BOLDT, Art. 14 N 3.

Justizsystem im ersuchenden Staat grundsätzlich korrupt sei.³⁷⁰ Wie bei der Praxis von Art. 2 lit. a IRSG muss verlangt werden³⁷¹, dass der Betroffene eine *konkrete* und *schwerwiegende* Verletzung seiner Verfahrensgarantien glaubhaft macht.³⁷² Bei Zweifel an der Rechtsstaatlichkeit des Einziehungsentscheides kann die ersuchende Behörde aufgefordert werden, Belege für die Einhaltung der Verfahrensgarantie einzureichen.³⁷³ Eine Verweigerung der Rechtshilfe erscheint erst dann gerechtfertigt, wenn der ersuchenden Behörde Gelegenheit gegeben worden ist, sich zur Einhaltung der entsprechenden Verfahrensgarantien zu äussern und allenfalls zu belegen, dass diese eingehalten worden sind.³⁷⁴ Zusammengefasst kann die Verweigerung der Rechtshilfe erst in Betracht gezogen werden, wenn der Betroffene eine konkrete als auch schwerwiegende Verletzung einer Verfahrensgarantie glaubhaft machen kann *und* es der ersuchenden Behörde misslingt, Belege für die Einhaltung der entsprechenden Verfahrensgarantie einzureichen.

B. Ausgewählte Verfahrensgarantien

1. Rechtliches Gehör

Zu den rechtsstaatlichen Mindestanforderungen an den ausländischen Einziehungsentscheid zählt nach der Praxis des Bundesgerichts insbesondere der Anspruch betroffener *Konteninhaber* auf rechtliches Gehör.³⁷⁵ Der Konteninhaber ist nicht stets auch Beschuldigter im ausländischen Strafverfahren. Da der Konteninhaber aber von der Einziehung betroffen ist, muss er grundsätzlich als eine von der strafrechtlichen Sanktion mitbetroffene Partei am ausländischen Verfahren zugelassen werden.³⁷⁶ Wenn der Konteninhaber oder sein allfälliger Rechtsvertreter nicht im Rubrum des ausländischen Einziehungsentscheides und auch nicht unter den Personen

³⁷⁰ Vgl. ZIMMERMANN, N 638, wobei dieser zu Recht dafür plädiert, dass Schweizer Behörden, bei einem Werturteil über ein ausländisches Justizsystem, *besondere* Vorsicht walten lassen sollten. Das BGer hält diesbezüglich fest, dass das schweizerische Parlament mit der Genehmigung eines Rechtshilfevertrages dem Justizsystem des ersuchenden Staates generell sein Vertrauen erweise (vgl. BGE 123 II 595 E. 5c/bb S. 610). Die Verletzung einer Verfahrensgarantie darf also nicht leichtfertig angenommen werden, insbesondere dann nicht, wenn zwischen der Schweiz und dem ersuchenden Staat ein Rechtshilfevertrag besteht.

³⁷¹ Die vom BGer propagierte *eingeschränkte* Kontrolle, welche sich vor allem auf die in der EMRK und im UNO-Pakt II festgelegten Verfahrensgrundsätze beschränkt, verweist auf Art. 2 lit. a IRSG (vgl. BGE 145 IV 99 E. 3.3 S. 110). Das Urteil des BGer 1A.53/2007 vom 11.2.2008 E. 4.3 hält ebenso fest, dass sich der von einer Herausgabe von Vermögenswerten Betroffene auf Art. 2 IRSG berufen könne. Da der Beschuldigte bei einer *Auslieferung* direkt dem Zugriff des ersuchenden Staates zugeführt werde, sei er befugt, sich auf Art. 2 IRSG zu berufen. Wenn Vermögenswerte an den ersuchenden Staat herausgegeben würden, erhalte der ersuchende Staat darauf ebenfalls direkten Zugriff. Die Situation sei insoweit vergleichbar, als dass bei der *Auslieferung* der ersuchende Staat direkten Zugriff auf die Person erhalte und bei der *Herausgabe von Vermögenswerten* direkten Zugriff auf das Vermögen. In beiden Fällen seien verfassungsmässige Rechte betroffen: im einen die persönliche Freiheit (Art. 10 Abs. 2 BV) und im anderen die Eigentumsgarantie (Art. 26 Abs. 1 BV). Zwar wiege die persönliche Freiheit schwerer, die Herausgabe von Vermögenswerten könne aber den Betroffenen ebenfalls hart treffen und ggf. sogar seine wirtschaftliche Existenz vernichten. Deshalb sei bei der Herausgabe von Vermögenswerten dem Betroffenen ebenfalls die Befugnis zuzuerkennen, sich auf Art. 2 IRSG zu berufen, und dies auch dann, wenn er sich nicht im ersuchenden Staat aufhalte.

³⁷² Gemäss Art. 2 lit. a IRSG wird einem Ersuchen um Zusammenarbeit in Strafsachen nicht entsprochen, wenn Gründe für die Annahme bestehen, dass das Verfahren im Ausland den in der EMRK oder im UNO-Pakt II festgelegten Verfahrensgrundsätzen nicht entspricht. In der Praxis wird Art. 2 lit. a IRSG *restriktiv* ausgelegt, sodass abstrakte Behauptungen nicht genügen und gegen die Rechtshilfe gerichtete Vorbringen im Einzelfall präzisiert werden müssen (vgl. BSK IStR- SUMMERS, Art. 2 IRSG N 12 f.).

³⁷³ BGE 145 IV 99 E. 3.3 S. 110 f., wobei die förmliche Einholung von ergänzenden Informationen gemäss Art. 80o IRSG eine *Vorstufe* zur Festlegung annahmbedürftiger Auflagen i.S.v. Art. Art. 80p IRSG bilden kann; vgl. dazu BSK IStR- GARRÉ, Art. 37 IRSG N 5.

³⁷⁴ Urteil des BStGer RR.2016.267 vom 13.7.2017 E. 6.7; vgl. auch Urteil des BGer 1A.53/2007 vom 11.2.2008 E. 4.4.

³⁷⁵ BGE 145 IV 99 E. 3.3 S. 110; vgl. sodann BGE 123 II 595 E. 5c/bb S. 609 f.; Urteil des BGer 1A.53/2007 vom 11.2.2008 E. 4.3.

³⁷⁶ Urteil des BGer 1C_565/2019 vom 10.2.2020 E. 7.2.

aufgeführt ist, in deren Anwesenheit der Einziehungsentscheid verlesen wurde, kann dies ein Hinweis dafür sein, dass der Konteninhaber im ausländischen Verfahren nicht angehört worden ist und eine Verletzung des rechtlichen Gehörs vorliegt.³⁷⁷

2. *Persönliche Anwesenheit*

Das Recht auf persönliche Anwesenheit steht in engem Zusammenhang zum rechtlichen Gehör und ergibt sich aus Art. 6 Ziff. 1 EMRK bzw. Art. 14 Ziff. 3 lit. d UNO-Pakt II.³⁷⁸ Ferner geht aus Art. 18 Ziff. 4 lit. f GwUe hervor, dass die Rechtshilfe abgelehnt werden kann, wenn sich das Rechtshilfeersuchen auf eine Einziehungsentscheidung bezieht, die in Abwesenheit der Person, gegen die sie erlassen wurde, ergangen ist *und* in dem vom ersuchenden Staat eingeleiteten Verfahren, das zu dieser Entscheidung geführt hat, die jedem Angeklagten zustehenden Mindestrechte der Verteidigung nicht gewahrt wurden.³⁷⁹

Dieses Recht besteht aber nicht absolut.³⁸⁰ Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts sind *Abwesenheitsentscheide* zulässig, sofern der in Abwesenheit Verurteilte (grundsätzlich auch nach Eintritt der Vollstreckungsverjährung) die Aufhebung des Abwesenheitsentscheides und die Durchführung des ordentlichen Verfahrens, d.h. eine Wiederaufnahme, nachträglich verlangen kann.³⁸¹ Eine Wiederaufnahme kann von der Einhaltung bestimmter Formen und Fristen seitens des Gesuchstellers abhängig gemacht werden.³⁸² Darüber hinaus kann die Wiederaufnahme abgelehnt werden, wenn der in Abwesenheit Verurteilte wirksam verteidigt war und auf seine Anwesenheit verzichtet hat oder seine Abwesenheit aus anderen Gründen nicht entschuldbar war.³⁸³

Ausserdem liegt *kein* Abwesenheitsentscheid (i.S.v. Art. 18 Ziff. 4 lit. f GwUe) vor, wenn eine Einziehungsentscheidung nach Einspruch des Betroffenen bestätigt oder verkündet wurde *oder* in einem Rechtsmittelverfahren ergangen ist und das Rechtsmittel von dem Betroffenen eingelegt wurde.³⁸⁴

³⁷⁷ Vgl. Urteil des BStGer RR.2018.22 vom 6.8.2018 E. 6.4.

³⁷⁸ Vgl. MEYER-LADEWIG/HARRENDORF/KÖNIG in HK-EMRK, Art. 6 N 112.

³⁷⁹ Gemäss Art. 18 Ziff. 6 GwUe hat der ersuchte Staat bei der Prüfung, ob die *Mindestrechte der Verteidigung* gewahrt wurden, den Umstand zu berücksichtigen, dass der Betroffene bewusst versucht hat, sich der Justiz zu entziehen, *oder* sich dafür entschieden hat, kein Rechtsmittel gegen die Abwesenheitsentscheidung einzulegen, obwohl er die Möglichkeit dazu hatte. Dies gilt auch, wenn sich der Betroffene nach ordnungsgemässer Vorladung dafür entschieden hat, weder zu erscheinen noch eine Vertagung zu beantragen. Die minimalen Verteidigungsrechte sind nach der Ansicht des BGer *gewahrt*, wenn der Beschuldigte an der Verhandlung durch einen frei gewählten Verteidiger vertreten wurde, der sich an der Verhandlung beteiligen und Anträge stellen konnte (vgl. zum Ganzen BGE 129 II 56 E. 6.2 S. 59 f.; vgl. auch BSK IStR-GARRÉ, Art. 37 IRSG N 3).

³⁸⁰ POPP, S. 246; vgl. auch BGE 129 II 56 E. 6.2 S. 59 f.

³⁸¹ BSK IStR-FORSTER, Art. 18 GwUe N 5, mit weiteren Hinweisen. ZIMMERMANN, N 688, hält fest, dass die im Rahmen der *Auslieferung* konkretisierten Grundsätze auch für das Verfahren der rechtshilfeweisen Einziehung gelten.

³⁸² BSK IStR-FORSTER, Art. 18 GwUe N 5; vgl. auch BGE 129 II 56 E. 6.2 S. 59 f.

³⁸³ BSK IStR-GARRÉ, Art. 37 IRSG N 3; siehe auch ZIMMERMANN, N 690.

³⁸⁴ Vgl. Art. 18 Ziff. 6 GwUe.

3. *Unschuldsvermutung*

Die Unschuldsvermutung wird als fundamentales Strukturelement eines fairen Strafverfahrens in Art. 6 Ziff. 2 EMRK als auch in Art. 14 Ziff. 2 UNO-Pakt II gesondert hervorgehoben.³⁸⁵ Personen, die einer Straftat angeklagt sind, haben danach solange als unschuldig zu gelten, bis ihre Schuld gesetzlich nachgewiesen ist.³⁸⁶ Aus dem Grundsatz folgt auch, dass die Strafverfolgungsbehörde die Schuld zu beweisen hat und das Gericht alles tun muss, um die Wahrheit zu finden, bis die Schuld eines Angeklagten mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit feststeht.³⁸⁷ Sofern Zweifel an der Schuld existieren, ist die angeklagte Person freizusprechen (*in dubio pro reo*).³⁸⁸

Allerdings wird auch die Unschuldsvermutung nicht als absolutes Recht verstanden. So können gesetzliche Tatsachen- und Rechtsvermutungen zulässig sein, soweit sie nicht absolut verstanden werden, einem zulässigen Ziel dienen, sich in vernünftigen Grenzen halten und eine Würdigung der erhobenen Beweise durch das Gericht zulassen.³⁸⁹ Keine Verletzung der Unschuldsvermutung liegt etwa vor, wenn nach niederländischem Strafrecht bei einem Grosshändler von Betäubungsmitteln eine Vermögenseinziehung aufgrund einer *Legalvermutung* des unrechtmässigen Erwerbs erfolgt.³⁹⁰

Eine Verletzung der Unschuldsvermutung kann hingegen vorliegen, wenn ein *Amtsträger* Entscheidungen oder Äusserungen trifft, die zeigen, dass die betroffene Person für schuldig gehalten wird, bevor sie rechtskräftig verurteilt worden ist.³⁹¹ Das gilt sowohl für Richter als auch für Ermittlungsbeamte und Politiker, wobei bei Letzteren zwischen Äusserungen im Rahmen amtlicher und politischer Tätigkeit zu differenzieren ist.³⁹² Heikel ist auch die Beeinträchtigung der Unschuldsvermutung durch Berichterstattung der *Presse*.³⁹³ Zwar richten sich Art. 6 Ziff. 2 EMRK sowie Art. 14 Ziff. 2 UNO-Pakt II an den Staat und nicht an die Presse, der Staat hat jedoch eine Vorverurteilung des Beschuldigten durch die Medien zu verhindern.³⁹⁴ Bei der Prüfung eines Rechtshilfeersuchens hielt das Bundesgericht den Umstand, dass die mexikanische Regierung an der Verfolgung bestimmter Taten ein besonderes Interesse hatte, für ebenso wenig bedenklich wie den Umstand, dass mexikanische Amtsträger engagierte Stellungnahmen gegen die Beschuldigte vor der rechtskräftigen Verurteilung abgegeben hatten.³⁹⁵ Nach der hier vertretenen Auffassung kann eine Verweigerung der Rechtshilfe gerechtfertigt sein, wenn die Äusserungen des Amtsträgers oder die Berichterstattungen der Presse eine schwerwiegende Verletzung der Unschuldsvermutung zur Folge haben. Beteiligt sich der ersuchende Staat an einer Medien-

³⁸⁵ Vgl. MEYER in Karpenstein/Mayer EMRK, Art. 6 N 160.

³⁸⁶ Art. 6 Ziff. 2 EMRK.

³⁸⁷ KÄLIN/KÜNZLI, N 16.34.

³⁸⁸ DIES., N 16.34; vgl. auch Meyer-Ladewig/Harrendorf/König in HK-EMRK, Art. 6 N 212.

³⁸⁹ MEYER in Karpenstein/Mayer EMRK, Art. 6 N 161, mit weiteren Hinweisen.

³⁹⁰ BSK IStR-FORSTER, Art. 18 GwUe N 1; vgl. Urteil des BGer 1C_513/2010 vom 11.3.2011 E. 5.

³⁹¹ MEYER-LADEWIG/HARRENDORF/KÖNIG in HK-EMRK, Art. 6 N 213; vgl. auch KÄLIN/KÜNZLI, N 16.33.

³⁹² MEYER in Karpenstein/Mayer EMRK, Art. 6 N 164.

³⁹³ POPP, S. 249.

³⁹⁴ DERS. S. 249.

³⁹⁵ BGE 120 Ia 31 E. 2 S. 33 ff.; vgl. auch DERS. S. 249.

kampagne gegen einen Beschuldigten und wirkt sich diese Beteiligung auf das Verfahren aus, sollte die Schwelle einer schwerwiegenden Verletzung i.d.R. erreicht sein.³⁹⁶

4. *Waffengleichheit*

Art. 6 Ziff. 1 EMRK und Art. 14 Ziff. 1 UNO-Pakt II kann als elementarer Teil eines fairen Verfahrens auch der Grundsatz der Waffengleichheit entnommen werden.³⁹⁷ Der Grundsatz gewährleistet, «dass sich alle Verfahrensbeteiligte auf dieselben Verfahrensrechte berufen können, es sei denn, dass sich Unterschiede auf eine gesetzliche Grundlage und auf objektiv und vernünftige Gründe stützen können und sie keine Benachteiligung oder andere Ungerechtigkeit gegenüber der betroffenen Person bewirken».³⁹⁸ Eine Verletzung der Waffengleichheit kann z.B. vorliegen, wenn der beschuldigten Person keine bzw. keine genügend begründete Anklageschrift ausgehändigt wird oder nur die Strafverfolgungsbehörde einen Entscheid anfechten kann, nicht aber die angeklagte Person.³⁹⁹

In Art. 6 EMRK und Art. 14 UNO-Pakt II wird nicht konkret geregelt, welche *Beweismittel* zulässig sind und welche Beweiskraft diese haben.⁴⁰⁰ Ein faires Verfahren und der Grundsatz der Waffengleichheit, als Teilausprägung eines fairen Verfahrens, setzen allerdings voraus, dass auch das Beweisverfahren fair ist.⁴⁰¹ Eine Orientierung an der schweizerischen Strafprozessordnung, unter Berücksichtigung der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte, erscheint angebracht.⁴⁰² Demnach sind Zwangsmittel, Gewaltanwendung, Drohungen, Versprechungen, Täuschungen und Mittel, welche die Denkfähigkeit oder die Willensfreiheit einer Person beeinträchtigen können, bei der Beweiserhebung untersagt.⁴⁰³ Ein ausländischer Einziehungsentscheid dürfte nicht den rechtsstaatlichen Mindestanforderungen entsprechen, sofern solche Beweiserhebungsmethoden im Rahmen des ausländischen Verfahrens angewandt wurden.⁴⁰⁴

5. *Unabhängiges, unparteiisches und auf Gesetz beruhendes Gericht*

Das Recht auf ein unabhängiges, unparteiisches und auf Gesetz beruhendes Gericht ist in Art. 6 Ziff. 1 EMRK und Art. 14 Ziff. 1 UNO-Pakt II verbrieft.⁴⁰⁵ Ein Gericht ist *unabhängig*, wenn es institutionell von der Exekutive getrennt ist, in Bezug auf die Urteilsfällung keinerlei Anweisungen der Legislative oder Exekutive annimmt, auch sonst von allen externen Einflüssen frei ist und die

³⁹⁶ Vgl. MEYER-LADEWIG/HARRENDORF/KÖNIG in HK-EMRK, Art. 6 N 213, die u.a. festhalten, dass eine *Medienkampagne* gegen den Beschuldigten die Unschuldsvermutung unter Umständen beeinträchtigen könne.

³⁹⁷ Vgl. MEYER in Karpenstein/Mayer EMRK, Art. 6 N 115. Der Grundsatz der Waffengleichheit ist teilweise aber auch in Art. 14 Ziff. 3 UNO-Pakt II ausgestaltet (vgl. HOFMANN/BOLDT, Art. 14 N 2).

³⁹⁸ KÄLIN/KÜNZLI, N 16.27.

³⁹⁹ DIES., N 16.27 mit weiteren Hinweisen.

⁴⁰⁰ Vgl. MEYER in Karpenstein/Mayer EMRK, Art. 6 N 139.

⁴⁰¹ ZIMMERMANN, N 685; vgl. auch MEYER-LADEWIG/HARRENDORF/KÖNIG in HK-EMRK, Art. 6 N 107.

⁴⁰² Vgl. ZIMMERMANN, N 685; vgl. MEYER in Karpenstein/Mayer EMRK, Art. 6 N 144, für das *deutsche* Recht.

⁴⁰³ Vgl. Art. 140 Abs. 1 StPO.

⁴⁰⁴ Vgl. RIEDO/FIOLKA/NIGGLI, N 3549, welche festhalten, dass die Schweiz *nicht* zur Rechtshilfe verpflichtet sein könne, wenn ein Rechtshilfeersuchen auf Beweismitteln beruht, die in der Schweiz einem *Bewertungsverbot* unterlägen.

⁴⁰⁵ Vgl. MEYER in Karpenstein/Mayer EMRK, Art. 6 N 40.

Richter für eine bestimmte Amtszeit eingesetzt sind.⁴⁰⁶ Demgegenüber stellt das Erfordernis der *Unparteilichkeit* auf die Haltung der richterlichen Instanz im konkreten Einzelfall ab.⁴⁰⁷ In subjektiver Hinsicht darf keine persönliche Beziehung zwischen den Richtern des Spruchkörpers und einer Verfahrenspartei bestehen, welche den Anschein einer positiven oder negativen Parteinahme erweckt.⁴⁰⁸ In objektiver Hinsicht dürfen keine funktionale Gründe (wie z.B. die Involviertheit von Gerichtsmitgliedern in anderen verfahrensrechtlichen Rollen) den Anschein erwecken, ein Richter könnte sich schon abschliessend eine Meinung über den Fall gebildet haben.⁴⁰⁹ Mit dem Erfordernis der *Errichtung durch Gesetz* werden Gerichte ausgeschlossen, die *ad hoc* für die Beurteilung eines Einzelfalls errichtet werden.⁴¹⁰

Unerheblich ist, ob der ausländische Einziehungsentscheid im Rahmen eines Strafverfahrens gegen den Beschuldigten oder in einem getrennten Verfahren ergeht.⁴¹¹ Ausserdem muss das ausländische Verfahren, das zum Einziehungsentscheid führt, nicht zwingend vor einem *Strafgericht* geführt werden, sondern kann auch vor einem *Zivil- oder Verwaltungsgericht* erfolgen.⁴¹²

C. Schweizerischer *ordre public*

Anwendungsbeispiele für den schweizerischen *ordre public*, die über die in der EMRK bzw. im UNO-Pakt II geschützten Garantien hinausgehen, sind etwa das Verbot der Todesstrafe, die Angemessenheit von Strafsanktionen, die Ausgleichsfunktion von Schadenersatz und Schaden, das Verbot konfiskatorischer Steuern, die Eigentumsgarantie in ihrem Kerngehalt und die Diskretionspflichten von Ärzten oder Rechtsanwälten.⁴¹³

Die *Angemessenheit von Strafsanktionen* beurteilt sich nach den verletzten Rechtsgütern und dem Mass der Beeinträchtigung, wobei insbesondere bei der kleinen Rechtshilfe nur die Gefahr einer massiv strengeren Sanktion als Verstoss der Angemessenheit in Frage kommt.⁴¹⁴ Eine Einziehung von *deliktischen* Vermögenswerten dürfte kaum jemals als massiv unangemessene Strafsanktion erscheinen. Erfolgt die Herausgabe der Vermögenswerte bevor ein ausländischer Einziehungsentscheid vorliegt,⁴¹⁵ könnte die *Eigentumsgarantie* in ihrem Kerngehalt verletzt sein, sofern die Beschuldigten freigesprochen und ihnen die Vermögenswerte nicht zugesprochen werden.⁴¹⁶ Liegt ein Einziehungsentscheid vor und ist dieser in einem fairen Verfahren ergangen, dürfte i.d.R.

⁴⁰⁶ KÄLIN/KÜNZLI, N 16.18.

⁴⁰⁷ DIES., N 16.20.

⁴⁰⁸ MEYER in Karpenstein/Mayer EMRK, Art. 6 N 49.

⁴⁰⁹ DERS., Art. 6 N 46.

⁴¹⁰ KÄLIN/KÜNZLI, N 16.18; vgl. MEYER-LADEWIG/HARRENDORF/KÖNIG in HK-EMRK, Art. 6 N 71, mit weiteren Hinweisen.

⁴¹¹ BGE 123 II 595 E. 5e S. 611.

⁴¹² BGE 123 II 595 E. 5e S. 61; siehe auch BJ Wegleitung, S. 67. Das IRSG ist zwar nur bei *Strafsachen* anwendbar (vgl. Art. 1 Abs. 3 IRSG). Da der Begriff der Strafsache in der Praxis aber äusserst weit verstanden wird, sind auch *zivilrechtliche* Einziehungsverfahren erfasst. So gelten etwa Zivilverfahren nach US-Recht zur Einziehung deliktisch erlangter Vermögenswerte als Strafverfahren, sofern die betreffende Behörde eine theoretische Strafkompetenz hat (vgl. zum Ganzen BSK IStR-FIOLKA, Art. 1 IRSG N 37 f.; vgl. auch BGE 132 II 178 E. 4 f. S. 183 ff.).

⁴¹³ Vgl. POPP, S. 263 f.

⁴¹⁴ DERS., S. 263.

⁴¹⁵ Zum Ausnahmefall der *vorzeitigen* Herausgabe siehe oben, § 4 I. B. 5.

⁴¹⁶ Vgl. BGE 115 Ib 517 E. 14 S. 556 f.

keine Verletzung der Eigentumsgarantie in ihrem Kerngehalt vorliegen. Auch das Anwendungsverbot der *konfiskatorischen Steuern* ist nicht einschlägig, da für fiskalische Delikte grundsätzlich keine Rechtshilfe geleistet wird.⁴¹⁷ Denkbar ist lediglich, dass in einem ausländischen Verfahren die *Diskretionspflicht von Vertrauenspersonen* verletzt wird. Es ist jedoch fraglich, ob der ausländische Einziehungsentscheid dadurch *offensichtlich* dem schweizerischen *ordre public* widersprechen würde.

Den ausländischen Einziehungsentscheid auf offensichtliche Widersprüche zum schweizerischen *ordre public* zu überprüfen ist heikel. Denn für ausländische Staaten ist beim Abschluss eines Rechtshilfevertrags nicht leicht zu erkennen, was der schweizerische *ordre public* umfasst.⁴¹⁸ Nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesgerichts kann sich die Schweiz bei der *Auslieferung* daher nicht auf den schweizerischen *ordre public* berufen, es sei denn, dieser werde staatsvertraglich ausdrücklich vorbehalten.⁴¹⁹ Dasselbe dürfte auch bei der *kleinen Rechtshilfe* gelten. Da sowohl das EUeR als auch das GwUe einen entsprechenden Vorbehalt enthalten, dürfte die Überprüfung des schweizerischen *ordre public* aber i.d.R. zulässig sein.⁴²⁰ Der Blick auf die Anwendungsbeispiele zeigt allerdings, dass ein ausländischer Einziehungsentscheid kaum dem schweizerischen *ordre public* widersprechen dürfte.⁴²¹

⁴¹⁷ Vgl. Art. 3 IRSG, Art. 2 lit. a EUeR und Art. 18 Ziff. 1 lit. d GwUe; siehe auch oben, § 2 II.

⁴¹⁸ RIEDO/FIOLKA/NIGGLI, N 3548.

⁴¹⁹ Vgl. BGE 112 Ib 342 E. 2b S. 346; vgl. auch Urteil des BGer 1A.15/2003 vom 4.3.2003 E. 2.5.

⁴²⁰ Vgl. Art. 2 lit. b EUeR und Art. 18 Ziff. 1 lit. b GwUe.

⁴²¹ Damit sind jene Institute des schweizerischen *ordre public* gemeint, welche *über* die in der EMRK und im UNO-Pakt II geschützten Garantien hinausgehen. Die Institute des schweizerischen *ordre public*, welche sich aus der EMRK und dem UNO-Pakt II ergeben, sind ohnehin von der Prüfung erfasst.

§ 7 Einziehbarkeit von ausländischen Ersatzforderungen

I. Grundprinzip der Ersatzforderungen

A. Zweck der Ersatzforderung

Mit der Anordnung von Ersatzforderungen nach Art. 71 StGB soll verhindert werden, «dass derjenige begünstigt wird, dem es gelingt, das durch die Straftat Erlangte zu veräussern oder zu verbrauchen, bevor es beschlagnahmt werden kann».⁴²² Es stellt sich die Frage, inwiefern dieser Zweck auch in der Strafrechtshilfe verfolgt wird bzw. inwiefern eine rechtshilfweise Herausgabe von Vermögenswerten zur Deckung einer ausländischen Ersatzforderung zulässig ist.

B. Einziehbarkeit von inländischen Ersatzforderungen

Das StGB regelt neben der Einziehung von Vermögenswerten, die durch eine Straftat erlangt worden sind (sog. *Naturaleinziehung*),⁴²³ auch die Anordnung von Ersatzforderungen.⁴²⁴ Wenn die der Einziehung unterliegenden Vermögenswerte nicht mehr vorhanden sind, wird dem Staat eine Ersatzforderung in gleicher Höhe zugesprochen.⁴²⁵

Die Wendung «nicht mehr vorhanden» ist im weiten Sinne zu verstehen, d.h., sie umfasst nicht nur den Untergang der deliktisch erlangten Vermögenswerte.⁴²⁶ Für die Anordnung der Ersatzforderung ist entscheidend, dass die der Einziehung unterliegenden Vermögenswerte nicht mehr *verfügbar* sind, z.B. weil sie verkauft, verschenkt, vermischt, verbraucht, versteckt oder gestohlen wurden.⁴²⁷ Eine Anordnung ist ferner zu prüfen, wenn der Beweis für die deliktische Herkunft der Vermögenswerte nur mit einem unverhältnismässigem Aufwand möglich ist.⁴²⁸

Gegenüber einem *Dritten* kann eine Ersatzforderung angeordnet werden, soweit ein natural einziehbarer Vermögenswert an diesen weitergegeben wurde.⁴²⁹ Ausgeschlossen ist die Anordnung gegenüber dem Dritten jedoch, wenn er die Vermögenswerte in Unkenntnis der Einziehungsgründe erworben hat und soweit er für sie eine gleichwertige Gegenleistung erbracht hat oder die Ersatzforderung ihm gegenüber sonst eine unverhältnismässige Härte darstellen würde.⁴³⁰

Ein wesentlicher Unterschied zwischen der Naturaleinziehung und der Ersatzforderung besteht in vollstreckungsrechtlicher Hinsicht. Während die *in natura* in die Verfügungsmacht des Staates überführten deliktischen Vermögenswerte alleine dem Staat zukommen, hat der Staat bei der

⁴²² BSK StR I-BAUMANN, Art. 70/71 StGB N 15, mit weiteren Hinweisen.

⁴²³ Vgl. Art. 70 StGB; vgl. auch BSK StR I-BAUMANN, Art. 70/71 StGB N 14.

⁴²⁴ Vgl. Art. 71 StGB.

⁴²⁵ Vgl. Art. 71 Abs. 1 StGB.

⁴²⁶ SCHOLL in Ackermann KV-KO, Art. 71 N 27.

⁴²⁷ DERS., Art. 71 N 27 ff., ausführlich zu den *rechtlichen* und *faktischen* Gründen, welche den Zugriff der schweizerischen Strafbehörden auf die deliktisch erlangten Vermögenswerte verhindern können.

⁴²⁸ BSK StR I-BAUMANN, Art. 70/71 StGB N 67.

⁴²⁹ DERS., Art. 70/71 N 67; vgl. Art. 71 Abs. 1 StGB; SCHOLL in Ackermann KV-KO, Art. 71 N 125 ff., ausführlich zur *Kettensatzforderung*.

⁴³⁰ Vgl. Art. 71 Abs. 1 i.V.m. Art. 70 Abs. 2 StGB.

Ersatzforderung das vorgefundene Substrat nach den Bestimmungen des SchKG mit den übrigen Gläubigern des Einziehungsbetroffenen zu teilen.⁴³¹ Denn die Ersatzforderung ist eine *Forderung* des Staates, welche sich wie jede Forderung nicht auf einen bestimmten Vermögenswert richtet, sondern vielmehr gegen eine bestimmte Person.⁴³² Die Qualifikation eines Vermögenswertes als «deliktisch» oder «nicht mehr deliktisch» ist somit entscheidend dafür, ob der Vermögenswert alleine dem Staat zukommt oder auch zur Befriedigung anderer Gläubiger dient.⁴³³ Da der Staat die Ersatzforderung mittels Schuldbetreibung durchsetzen muss,⁴³⁴ bestimmt das SchKG, welche Vermögenswerte zur Tilgung der Ersatzforderung herangezogen werden können.⁴³⁵

II. Herausgabe von Vermögenswerten zur Deckung von ausländischen Ersatzforderungen

A. Lehre zur Einziehbarkeit von ausländischen Ersatzforderungen

In der Lehre ist *umstritten*, inwieweit Vermögenswerte beschlagnahmt⁴³⁶ und am Ende des Verfahrens zur Deckung einer ausländischen Ersatzforderung herausgegeben werden können.

ZIMMERMANN stellt fest, dass in Art. 74a Abs. 2 IRSG die Herausgabe von Vermögenswerten zur Deckung von ausländischen Ersatzforderungen nicht vorgesehen sei. Dabei handle es sich um eine *Lücke*, welche von der Rechtsprechung auszufüllen sei, und nicht um ein qualifiziertes Schweigen des Gesetzgebers. Da das Institut der Ersatzforderung bereits im innerstaatlichen Recht bekannt sei, habe der Gesetzgeber keinen Grund, die Einziehbarkeit von Ersatzforderungen nicht auch bei Art. 74a IRSG zuzulassen. Darüber hinaus wäre es inkonsequent, wenn ein ausländischer Entscheid, welcher die Herausgabe zur Deckung einer Ersatzforderung vorsieht, gemäss Art. 94 ff. IRSG vollstreckt werden könnte, aber die Rechtshilfe nach Art. 74a IRSG in derselben Sache verweigert würde.⁴³⁷

Auch MOREILLON plädiert *für* die Einziehbarkeit von ausländischen Ersatzforderungen gestützt auf Art. 74a IRSG. Getreu dem Grundsatz «Verbrechen soll sich nicht lohnen» und analog zur

⁴³¹ BSK StR I-BAUMANN, Art. 70/71 StGB N 16. Dem Staat kommt gemäss Art. 71 Abs. 3 StGB bei der Zwangsvollstreckung der Ersatzforderung *kein Vorzugsrecht* zu. Bei der Ersatzforderung handelt es sich um eine normale Forderung *dritter* Klasse gemäss Art. 146 Abs. 2 SchKG in der Pfändung bzw. Art. 219 SchKG im Konkurs (SCHOLL in Ackermann KV-KO, Art. 71 N 181).

⁴³² SCHOLL in Ackermann KV-KO, Art. 71 N 142.

⁴³³ BSK StR I-BAUMANN, Art. 70/71 StGB N 16.

⁴³⁴ Zwangsvollstreckungen, die auf *Geldzahlung* gerichtet sind, werden auf dem Wege der Schuldbetreibung durchgeführt (vgl. Art. 38 Abs. 1 SchKG). Das gilt auch für öffentlich-rechtliche Forderungen (SCHOLL in Ackermann KV-KO, Art. 71 N 210 m. Verw. auf das Urteil des BGer 1B_388/2016 vom 6.3.2017 E. 3.3).

⁴³⁵ SCHOLL in Ackermann KV-KO, Art. 71 N 142. Unpfändbar sind etwa die in Art. 92 SchKG aufgeführten Vermögenswerte.

⁴³⁶ Einige Lehrmeinungen beziehen sich auf die Ersatzforderungs*beschlagnahme*, d.h., es geht um die Frage, inwieweit Vermögenswerte im Hinblick auf eine spätere Herausgabe zur Deckung von ausländischen Ersatzforderungen *sichergestellt* werden dürfen. Andere Lehrmeinungen beziehen sich grundsätzlich auf die Einziehbarkeit von ausländischen Ersatzforderungen. Festzuhalten gilt, dass die Einziehbarkeit von ausländischen Ersatzforderungen auf jeden Fall ausgeschlossen ist, wenn bereits die Ersatzforderungsbeschlagnahme als unzulässig qualifiziert werden würde. Auch das BGer und das BStGer prüfen die Einziehbarkeit von ausländischen Ersatzforderungen teilweise im Zusammenhang mit der Beschlagnahme (vgl. § 7 II. B.).

⁴³⁷ ZIMMERMANN, N 336, kritisiert darüber hinaus die Praxis des BGer und des BStGer. Die restriktive Praxis führe insbesondere zu einem unbefriedigenden Ergebnis, wenn das ausländische Recht die Ersatzforderung anerkennt, *ohne* die Konnexität zwischen der begangenen Straftat und den beschlagnahmten Vermögenswerten nachzuweisen.

Regelung im StGB, soll eine Ersatzforderung angeordnet werden können, wenn die Vermögenswerte nicht mehr vorhanden sind.⁴³⁸

DONATSCH *et al.* sind hingegen der Ansicht, dass keine ausreichend bestimmte Gesetzesgrundlage für die Einziehbarkeit von ausländischen Ersatzforderungen bestehe. Anlässlich der Revision von Art. 74 f. IRSG im Jahr 1996 sei zweifellos das Bewusstsein vorhanden gewesen, dass im inländischen Strafprozess mit der Revision des Einziehungsrechts im Jahr 1994 die Voraussetzungen für eine Ersatzforderungsbeschlagnahme im StGB geschaffen wurde. Es liege ein *qualifiziertes Schweigen* vor, weil der Gesetzgeber bewusst auf die Aufnahme der Ersatzforderungsbeschlagnahme ins IRSG verzichtet habe. Eine analoge Anwendung von Art. 74a IRSG falle daher ausser Betracht. Indessen sei es möglich, ausländische Ersatzforderungen auf dem Weg der Vollstreckungshilfe, d.h. unter den Voraussetzungen von Art. 94 ff. IRSG, herauszugeben.⁴³⁹

Für ein qualifiziertes Schweigen des Gesetzgebers und damit *gegen* die Einziehbarkeit von ausländischen Ersatzforderungen auf der Grundlage von Art. 74a IRSG sprechen sich auch AEPLI⁴⁴⁰ und DANNACHER⁴⁴¹ aus.

HARARI ist in der Tendenz ebenso *gegen* die Einziehbarkeit von ausländischen Ersatzforderungen gestützt auf Art. 74a IRSG. Da die Ersatzforderung in Art. 74a IRSG nicht vorgesehen sei, komme dem in Art. 74a Abs. 2 lit. b IRSG geregelten Ersatzwert ausserdem eine umso grössere Bedeutung zu.⁴⁴²

Zusammengefasst kann festgehalten werden, dass sich ein Teil der Lehre *für* die Einziehbarkeit von ausländischen Ersatzforderungen auf der Grundlage von Art. 74a IRSG⁴⁴³ ausspricht und ein anderer Teil der Lehre *dagegen*. Indessen ist sich die Lehre einig, dass ausländische Ersatzforderungen nach einer Vollstreckbarerklärung (sog. *Exequatur*) gemäss Art. 94 ff. IRSG in der Schweiz vollstreckt werden können.⁴⁴⁴

B. Rechtsprechung zur Einziehbarkeit von ausländischen Ersatzforderungen

1. Einziehbarkeit nach Art. 74a IRSG verneint (BGE 129 II 459)

Das Bundesgericht stellte in BGE 129 II 459 fest, dass die Systematik von Art. 74a IRSG sich an der entsprechenden Regelung im StGB orientierte, d.h. an der Regelung über die Einziehung von Vermögenswerten. Gemäss Bundesgericht verlangten sowohl Art. 74a Abs. 2 lit. b IRSG als auch

⁴³⁸ MOREILLON, Art. 74a EIMP N 20, wobei er sich auf Art. 59 Abs. 2 aStGB bezieht, der im Zeitpunkt der Publikation die Einziehung von Vermögenswerten regelte.

⁴³⁹ DONATSCH *et al.*, S. 44.

⁴⁴⁰ BSK ISr-AEPLI, Art. 74a IRSG N 40.

⁴⁴¹ DANNACHER, S. 78.

⁴⁴² HARARI, S. 180. HARARI war sich wohl der Grundproblematik bewusst und spricht sich daher in der Tendenz *gegen* die Einziehbarkeit von ausländischen Ersatzforderungen gestützt auf Art. 74a IRSG aus. Seine Meinung kommt aber nicht eindeutig zum Ausdruck, was damit im Zusammenhang stehen könnte, dass die Publikation aus dem Jahr 1997 stammt und zu diesem Zeitpunkt noch kein Lehrstreit vorherrschte, der es erfordert hätte, ausführlich zu dieser Thematik Stellung zu nehmen.

⁴⁴³ Auf der Grundlage von Art. 74a IRSG heisst im Bereich der kleinen Rechtshilfe.

⁴⁴⁴ Grundsätzlich zur Herausgabe von Vermögenswerten mittels Exequatur nach Art. 94 ff. IRSG siehe oben, § 4 I C.

Art. 59 Abs. 1 aStGB⁴⁴⁵ eine Konnexität zwischen der begangenen Straftat und den beschlagnahmten Vermögenswerten. Aus dem ausländischen Einziehungsentscheid gehe hervor, dass die herauszugebenden Gelder auf dem Konto einer Genfer Bank ausschliesslich aus einem von A. gewährten und von L. veruntreuten Darlehen stammten.⁴⁴⁶ Trotzdem würde der ausländische Entscheid den ersuchenden Staat dazu ermächtigen, die Erlöse aus einem von L. getätigtem illegalen Kaffeeverkauf von diesem Konto einzuziehen. Es bestehe erwiesenermassen aber *keine Konnexität* zwischen den Geldern auf dem Konto der Genfer Bank und den dem Rechtshilfeersuchen zugrundeliegenden Straftaten. Das Vorgehen des ersuchenden Staates gehe über das vom schweizerischen Recht im Rahmen der rechtshilfeweisen Einziehung Erlaubte hinaus.⁴⁴⁷

2. *Einziehbarkeit bei Abgabebetrug verneint (BGE 133 IV 215)*

In BGE 133 IV 215 schloss das Bundesgericht die Einziehbarkeit von ausländischen Ersatzforderungen im Zusammenhang mit einem Abgabebetrug aus.⁴⁴⁸ Es stellte *einerseits* fest, dass eine Kooperation gemäss Art. 74a IRSG ausgeschlossen sei, wenn es darum geht, die Bezahlung einer Ersatzforderung sicherzustellen. Ersatzforderungen seien nicht von Art. 74a Abs. 2 IRSG erfasst, da es sich bei den beschlagnahmten Vermögenswerten nicht um das Erzeugnis der Straftat handle und ferner keinerlei Zusammenhang zwischen den beschlagnahmten Vermögenswerten und der Straftat bestehe. Der Umstand, dass Ersatzforderungen von der Norm nicht erfasst sind, sei nicht als *Lücke*, welche von der Rechtsprechung ausgefüllt werden sollte, zu verstehen. Da eine in der Schweiz tätige Gesellschaft betroffen sei, würde die Herausgabe von Vermögenswerten zur Bezahlung einer Ersatzforderung dem ausländischen Staat im Hinblick auf das Schuldbetreiberrecht einen *ungerechtfertigten Vorteil* einräumen. Denn bei einer in der Schweiz tätigen Gesellschaft könne es schweizerische Gläubiger geben, die durch eine solche Herausgabe benachteiligt wären. Insbesondere sei kein hinreichender Schutz und keine genügende Gleichbehandlung der Gläubiger garantiert, wie dies sonst bei der Anordnung von inländischen Ersatzforderungen nach Art. 71 StGB der Fall wäre.⁴⁴⁹

Andererseits stellte das Bundesgericht fest, dass im vorliegenden Fall auch ein Exequaturverfahren nach Art. 94 ff. IRSG ausgeschlossen sei. Bei Abgabebetrug dürfe gemäss Art. 3 Abs. 3 IRSG die Rechtshilfe nur nach dem dritten Teil des IRSG geleistet werden. Da das Exequaturverfahren im

⁴⁴⁵ Im Zeitpunkt des Urteils war die Einziehung von Vermögenswerten noch in Art. 59 aStGB geregelt.

⁴⁴⁶ L. (ehemaliger Premierminister von Äthiopien) überzeugte A., ein Darlehen in der Höhe von USD 16'000'000 an Äthiopien zu gewähren. Im Gegenzug versprach er A. die Rückzahlung des Darlehens in Form von Kaffee und anderen Rohstoffen. Dabei hatte L. einen Teil des Darlehens (USD 6'000'000) unterschlagen und auf ein von C. eröffnetes Konto bei einer Genfer Bank überwiesen. (vgl. zum Ganzen BGE 129 II 453 = Pra 94 (2005) Nr. 23).

⁴⁴⁷ BGE 129 II 453 E. 4 S. 460 ff.

⁴⁴⁸ Vgl. BGE 133 IV 215 = Pra 97 (2008) Nr. 58, wobei die *beschlagnahmte* Geldsumme einer Ersatzforderung entsprach, mit welcher ein durch Steuerhinterziehung im Bereich der Zollabgaben vorenthaltener Betrag wieder ausgeglichen werden sollte; vgl. auch BSK IStR-BAUMANN/STENGEL, Art. 13 GwUe N 25.

⁴⁴⁹ BGE 133 IV 215 E. 2.2.1 S. 220 = Pra 97 (2008) Nr. 58.

vierten Teil des IRSG geregelt sei, könne die Herausgabe der Vermögenswerte zur Bezahlung der Ersatzforderung auch nicht auf diesem Wege erfolgen.⁴⁵⁰

Das Bundesgericht führte ferner aus, dass eine Herausgabe nach Art. 13 GwUe nicht möglich sei, wenn sie nach Art. 74a und Art. 94 ff. IRSG ausgeschlossen ist.⁴⁵¹

3. *Einziehbarkeit nach 94 ff. IRSG bejaht (BStGer RR.2008.244)*

Das Bundesstrafgericht stellte im Urteil RR.2008.244 vom 15. April 2009 fest, dass das Bundesgericht die Frage der Zulässigkeit einer Beschlagnahme zur Vollstreckung einer Ersatzforderung in BGE 130 II 329 noch offen gelassen habe. Das Bundesgericht habe lediglich darauf hingewiesen, dass der geltend gemachte Schaden im Rechtshilfeersuchen genügend substantiiert werden müsse und die Massnahme auf jeden Fall dem Prinzip der Verhältnismässigkeit zu genügen habe.⁴⁵² Gemäss der Rechtsprechung der II. Beschwerdekammer des Bundesstrafgerichts sei eine Beschlagnahme zur Vollstreckung einer Ersatzforderung aber zulässig, wenn die rechtskräftige und vollstreckbare Ersatzforderung nach Art. 94 ff. IRSG *vollstreckt* werden könne. Dies sei in der i.d.R. der Fall, es sei denn, es handle sich um die Vollstreckung einer Ersatzforderung im Zusammenhang mit Steuerdelikten.⁴⁵³ Im vorliegenden Fall handle es sich um gemeinrechtliche Delikte, weshalb die Vollstreckung und auch die Beschlagnahme der Ersatzforderung grundsätzlich zulässig seien.⁴⁵⁴

4. *Einziehbarkeit nach Art. 74a IRSG bejaht (BStGer RR.2009.168)*

Im Urteil RR.2009.168 vom 21. Oktober 2009 kam das Bundesstrafgericht zum Schluss, dass Vermögenswerte zur Deckung von Ersatzforderungen herausgegeben werden können. Art. 13 Ziff. 3 GwUe sehe die Einziehung von nicht im Zusammenhang mit der Straftat stehenden verfügbaren Vermögenswerten als Wertersatz im Sinne der schweizerischen Ersatzforderung vor. Art. 74a IRSG sei *staatsvertragskonform* auszulegen, sofern nicht wie im Fall von BGE 133 IV 215 der explizite Wortlaut des Gesetzes (Verbot der Exequatur bei Abgabebetrug) dies ausschliesse. Im Lichte der klaren Intention von Art. 13 GwUe bedeutet dies, dass die rechtshilfweise Vermögensherausgabe nach Art. 74a IRSG grundsätzlich auch bei Ersatzforderungen zu gewähren sei. Anders als in BGE 133 IV 215 gehe es im vorliegenden Fall nicht um Vermögenswerte einer in der Schweiz domizilierten und tätigen Gesellschaft, welche als Vermögenssubstrat auch ihren Gläubigern zur Verfügung stehen müsse, sondern um Vermögenswerte einer sich im Ausland aufhaltenden natürlichen Person, die keiner Geschäftstätigkeit in der Schweiz nachgehe. Den

⁴⁵⁰ BGE 133 IV 215 E. 2.2.2 S. 220 f. = Pra 97 (2008) Nr. 58.

⁴⁵¹ BGE 133 IV 215 E. 2.3 S. 221 = Pra 97 (2008) Nr. 58.

⁴⁵² Vgl. BGE 130 II 329 E. 6 S. 336.

⁴⁵³ Konkret schliesste das BStGer die «Vollstreckung einer Ersatzforderung im Zusammenhang mit Steuerdelikten, die nicht einen qualifizierten Abgabebetrug i.S.v. Art. 14 Abs. 4 VStrR darstellen», aus (Urteil des BStGer RR.2009.168 vom 21.10.2009 E. 4.2). Die Vollstreckung nach Art. 94 ff. IRSG ist aber nicht nur bei *qualifiziertem* Abgabebetrug ausgeschlossen, sondern *immer*, wenn ein Abgabebetrug Gegenstand des Verfahrens ist (vgl. Art. 3 Abs. 3 lit a IRSG).

⁴⁵⁴ Urteil des BStGer RR.2008.244 vom 15.4.2009 E. 4.

Bedenken einer Privilegierung des ausländischen Staates gegenüber privaten und öffentlichen Gläubigern in der Schweiz müsse daher im vorliegenden Fall nicht Rechnung getragen werden.⁴⁵⁵

5. *Einziehbarkeit nach Art. 74a IRSG verneint (BGE 136 IV 4)*

Das Bundesgericht forderte in BGE 136 IV 4 eine derart kausale Verbindung zwischen der Straftat und dem Erlangen der Vermögenswerte, dass das Zweite als *unmittelbare* Folge der Ersten erscheint. Die gesperrten Guthaben seien nicht das Produkt von strafbaren Handlungen gegen Leib und Leben, sondern würden ausschliesslich aus Unterschlagungen (zum Nachteil des haitianischen Staates) stammen.⁴⁵⁶ Im ersuchenden Staat sei zwar festgestellt worden, dass die Schreckensherrschaft und die blutigen Verbrechen des Duvalier-Clans zur Aufrechterhaltung der kriminellen Organisation beigetragen hätten. Vermögenswerte würden aber nicht als Produkt einer Straftat gelten, wenn diese die Erlangung der Vermögenswerte durch ein anderes deliktisches Verhalten, das mit der Straftat selbst in keinem Zusammenhang stehe, bloss *erleichtert* hätten.⁴⁵⁷

6. *Einziehbarkeit nach Art. 74a IRSG verneint (BStGer RR.2018.309)*

In Urteil RR.2018.309 vom 27. Februar 2019 hielt das Bundesstrafgericht fest, dass eine Kooperation nach Art. 74a IRSG ausgeschlossen sei, wenn es darum gehe, die Bezahlung einer Ersatzforderung sicherzustellen. Im vorliegenden Fall handle es sich bei den herauszugebenden Wertpapieren⁴⁵⁸ nicht um das Erzeugnis aus einer strafbaren Handlung i.S.v. Art. 74a Abs. 2 IRSG,⁴⁵⁹ weil die Wertpapiere bereits *vor* Ausübung der kriminellen Tätigkeit auf das Depot transferiert worden seien. Da die Inhaberin des strittigen Kontos eine Schweizer Gesellschaft sei, welche Gläubiger in der Schweiz haben könne, seien die Vermögenswerte (im Hinblick auf die

⁴⁵⁵ Urteil des BStGer RR.2009.168 vom 21.10.2009 E. 4; Gegen das Urteil wurde *keine* Beschwerde beim BGe eingereicht.

⁴⁵⁶ Der ersuchende Staat war der Auffassung, dass die zahlreichen Morde des Duvalier-Clans *untrennbar* mit den Vermögensdelikten verbunden gewesen seien, weil sie die blinde Kooperation und damit die völlige Straflosigkeit der betreffenden Beamten bewirkten hätten. Nach der Ansicht des ersuchenden Staates folgte daraus, dass die 30-jährige Verjährung für mit lebenslänglicher Freiheitsstrafe bedrohte Taten (vgl. Art. 97 Abs. 1 lit. a StGB) noch nicht eingetreten war (vgl. zum Ganzen BGE 136 IV 4 E. 6.6).

⁴⁵⁷ BGE 136 IV 4 E. 6.6 = Pra 99 (2010) Nr. 105.

⁴⁵⁸ Am 2. Juni 2008 eröffnete die B. AG (mit Sitz in Zürich) bei der Schweizer Bank A. ein Wertpapierdepot (mit der Kontonummer 1). Am 24. Februar 2011 eröffnete die D. Ltd. (mit Sitz in Zypern) bei der Schweizer Bank A ein Konto (mit der Kontonummer 2). Am selben Tag schloss die Bank A. einen Kreditrahmenvertrag mit der D. Ltd. ab, wodurch dem Konto 2 ein Kreditrahmen von EUR 36 Mio. gewährt wurde. Als Sicherheit schlossen die B. AG und die Bank A. einen Verpfändungsvertrag, welcher festhielt, dass die auf dem Konto 1 hinterlegten Wertpapiere als Sicherheit für den eingeräumten Kreditrahmen der D. Ltd gelten. In der Folge wurde der Kreditrahmen mit rund EUR 30 Mio. in Anspruch genommen. Am 17. Februar 2012 reichten die griechischen Behörden ein Rechtshilfeersuchen ein, dass sich insbesondere gegen E. und F. richtete und ein Darlehen betraf, welches die beiden im Dezember 2009 in betrügerischer Weise von einer griechischen Bank erhalten hatten. Die Bundesanwaltschaft sperrte daraufhin die auf Konto 1 hinterlegten Wertpapiere (vgl. zum Ganzen Urteil des BStGer RR.2018.309 vom 27.2.2019).

⁴⁵⁹ Der Tatlohn wurde aufgrund des *modus operandi* ebenso ausgeschlossen (vgl. Urteil des BStGer RR.2018.309 vom 27.2.2019 E. 4.3.2).

Rechtsprechung von BGE 133 IV 215) nicht zur Deckung einer Ersatzforderung an den ersuchenden Staat herauszugeben.⁴⁶⁰

7. *Fazit zur Rechtsprechung*

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass die Rechtsprechung die Einziehbarkeit von ausländischen Ersatzforderungen nach Art. 74a IRSG grundsätzlich *ausschliesst*. Die Rechtsprechung stellte wiederholt fest, dass bei Ersatzforderungen die erforderliche Konnexität zwischen den einzuziehenden Vermögenswerten und den begangenen Straftaten fehle. Ausserdem führte die Rechtsprechung aus, dass die Herausgabe von Vermögenswerten zur Bezahlung einer Ersatzforderung dem ausländischen Staat im Hinblick auf das Schuldbetreibungsrecht einen ungerechtfertigten Vorteil einräumen würde, sofern Vermögenswerte einer Schweizer Gesellschaft, welche schweizerische Gläubiger haben könnte, davon betroffen seien. Wie es sich verhält, wenn Vermögenswerte von einer sich im Ausland domizilierten natürlichen oder juristischen Person betroffen sind, bleibt unklar.⁴⁶¹

Im Gegensatz dazu erachtet die Rechtsprechung die Vollstreckung von ausländischen Ersatzforderungen nach Art. 94 ff. IRSG i.d.R. als *zulässig*.⁴⁶²

C. **Implikationen aus dem GwUe**

1. *Staatsvertragliche Verpflichtung zur Einziehung von Ersatzforderungen*

Die Schweiz ist nach Art. 7 Ziff. 2 lit. a GwUe verpflichtet, Massnahmen zu treffen, um Ersuchen zu entsprechen, die auf Zahlung eines dem Wert des Ertrags entsprechenden Geldbetrags lauten.⁴⁶³ Gemäss Art. 13 Ziff. 3 GwUe besteht die staatsvertragliche *Verpflichtung* zur Einziehung nicht nur, wenn deliktische Vermögenswerte vorhanden und diese naturaliter eingezogen werden können, sondern auch dann, wenn das Objekt der Einziehung in einer Verpflichtung zur Zahlung eines dem Wert des Ertrages entsprechenden Geldbetrags besteht, solange sich Vermögenswerte,

⁴⁶⁰ Urteil des BStGer RR.2018.309 vom 27.02.2019 E. 4. Mit diesem jüngst ergangenen Urteil soll aufgezeigt werden, dass das BStGer inzwischen die Einziehbarkeit von ausländischen Ersatzforderungen gestützt auf Art. 74a IRSG auch ausschliesst. Die Erwägungen des BStGer in Bezug auf das Exequaturverfahren waren allerdings mangelhaft, sodass die darauffolgende *Beschwerde* ans BGer *gutgeheissen* wurde. Das BStGer schloss die Kooperation nach Art. 94 ff. IRSG aus, weil sich die im griechischen Strafverfahren angeklagten Personen nicht i.S.v. Art. 94 Abs. 1 lit. a IRSG in der Schweiz aufhielten oder sich in der Schweiz wegen einer schweren Tat verantworten müssen (vgl. Urteil des BStGer RR.2018.309 vom 27.2.2019 E. 4.3.3). Das BGer stellte nach der hier vertretenen Auffassung zu Recht fest, dass das Erfordernis von Art. 94 Abs. 1 lit. a IRSG bei der Vollstreckung von *Ersatzforderungen* keine Bedeutung habe (vgl. Urteil des BGer 1C_146/2019 vom 17.5.2019 E. 4). Zum Erfordernis von Art. 94 Abs. 1 lit. a IRSG bei der Einziehung von Deliktsgut siehe oben, § 4 I C 1.

⁴⁶¹ Im Urteil des BStGer RR.2009.168 vom 21.10.2009 wurde eine staatsvertragskonforme Auslegung von Art. 74a IRSG propagiert und die rechtshilfweise Vermögensherausgabe nach Art. 74a IRSG bei Ersatzforderungen gutgeheissen. Es handelte sich dabei um Vermögenswerte einer sich *im Ausland aufhaltenden natürlichen Person*, die keiner Geschäftstätigkeit in der Schweiz nachging. Im Lichte der gesamten Rechtsprechung erscheint dieses Urteil des BStGer nach der hier vertretenen Auffassung als einzelne *Abweichung*, bei der nicht bedingungslos die Konnexität gefordert wurde. Insbesondere das BGer verlangt nach wie vor die Konnexität zwischen den einzuziehenden Vermögenswerten und den begangenen Straftaten. Im jüngst ergangenen Urteil RR.2018.309 vom 27.2.2019 forderte auch das BStGer wieder die Konnexität, jedoch begründete es darüber hinaus auch damit, dass die Vermögenswerte einer Schweizer Gesellschaft, welche schweizerische Gläubiger haben könnte, betroffen seien; vgl. dazu auch BSK IStR-BAUMANN/STENGEL, Art. 13 GwUe N 25.

⁴⁶² Eine Ausnahme bilden Fälle, in denen *Abgabebetrag* Gegenstand des Verfahrens ist (vgl. Art. 3 Abs. 3 lit. a IRSG).

⁴⁶³ DONATSCH *et al.*, S. 44.

auf die sich die Einziehung beziehen kann, im Hoheitsgebiet des ersuchten Staates befinden.⁴⁶⁴ Als Vollstreckungssubstrat dienen alle zu diesem Zweck verfügbaren Vermögenswerte, d.h. sowohl deliktisch als auch rechtmässig erworbene Vermögenswerte.⁴⁶⁵

Die Einziehung kann, unbeschadet der Verpflichtung nach Art. 13 Ziff. 3 GwUe, *abgelehnt* werden,⁴⁶⁶ falls sie den Grundsätzen des innerstaatlichen Rechts der ersuchten Vertragspartei widerspricht.⁴⁶⁷ Eine solche rechtliche Unvereinbarkeit muss sich auf eine Beschränkung der Einziehung im Hinblick auf die Sachkonexität beziehen.⁴⁶⁸ Gemäss Art. 18 Ziff. 4 lit. b GwUe ist eine Beschränkung der Einziehung zulässig, wenn (i) eine mangelnde Konnexität zwischen der verfolgten Straftat und einem wirtschaftlichen Vorteil, der als Ertrag daraus gelten könnte, besteht, oder wenn (ii) eine mangelnde Konnexität zwischen der verfolgten Straftat und den Vermögenswerten, die als Tatwerkzeug gelten könnten, besteht.⁴⁶⁹ Da bei Ersatzforderungen ein wirtschaftlicher Vorteil fehlt, der als Ertrag der Straftat qualifiziert werden könnte,⁴⁷⁰ ist eine Beschränkung der Einziehung grundsätzlich zulässig.

Aus dem Zusatz «unbeschadet der Verpflichtung nach Art. 13 Ziff. 3 GwUe» geht aber hervor, dass bei Ersatzforderungen eine Beschränkung der Einziehung nicht generell als zulässig erachtet werden kann. Stellt der ersuchende Staat bei der Vollstreckung fest, dass eine Konnexität zwischen der begangenen Straftat und den Vermögenswerten fehlt, ist dies alleine kein Ablehnungsgrund. Die fehlende Konnexität muss vielmehr dazu führen, dass eine Einziehung den *Grundsätzen* des innerstaatlichen Rechts der ersuchten Vertragspartei zuwiderlaufen würde.⁴⁷¹

2. Umsetzung der Verpflichtung im Schweizer Recht

Das schweizerische Recht genügt den Anforderungen des GwUe, da ausländische Ersatzforderungen nach Art. 94 ff. IRSG vollstreckt werden können.⁴⁷² Aus dem GwUe geht nicht hervor, dass *zusätzlich* die Einziehung von Ersatzforderungen nach Art. 74a IRSG möglich sein muss. Eine Rechtsprechung, welche im Rahmen von Art. 74a IRSG eine Einziehung mangels Konnexität ausschliesst, ist somit staatsvertragskonform.⁴⁷³

⁴⁶⁴ BSK IStR-BAUMANN/STENGEL, Art. 13 GwUe N 45.

⁴⁶⁵ Rapport explicatif GwUe, N 48; vgl. Art. 13 Ziff. 3 GwUe.

⁴⁶⁶ Genauer gesagt kann die Zusammenarbeit nach Abschnitt 4 des GwUe abgelehnt werden (vgl. Art. 18 Ziff. 4 lit. b GwUe).

⁴⁶⁷ Vgl. Art. 18 Ziff. 4 lit. b GwUe.

⁴⁶⁸ BSK IStR-FORSTER, Art. 18 GwUe N 4; vgl. Art. 18 Ziff. 4 lit. b GwUe.

⁴⁶⁹ DERS., Art. 18 GwUe N 4; vgl. Art. 18 Ziff. 4 lit. b GwUe.

⁴⁷⁰ Vgl. DERS., Art. 18 GwUe N 4.

⁴⁷¹ Vgl. Rapport explicatif GwUe, N 71, welcher diesbezüglich Folgendes festhält: «Le comité a examiné l'interaction entre ce paragraphe [l'article 18, paragraphe 4.b] et l'obligation prévue à l'article 13, paragraphe 3. À ce sujet, les experts sont convenus, d'une part, que le paragraphe ne s'appliquera que si une demande émane d'États qui pratiquent la confiscation de biens ou quand il s'agit d'une demande adressée par un pays pratiquant la confiscation de la valeur à un pays pratiquant ce même type de confiscation d'autre part, que si au stade de l'exécution de la demande il n'y a pas de relation entre une infraction et le bien, ce qui peut être le cas dans le système de la confiscation de la valeur, cela ne sera pas suffisant pour constituer un motif de refus, étant donné que l'expression 'avantage économique qui pourrait être assimilé à son produit' se réfère au stade de l'évaluation. Une autre façon d'exprimer ce qui précède consisterait à dire que la coopération peut être refusée si l'évaluation du produit réalisée par la Partie requérante est contraire aux principes du droit interne de la Partie requise, en raison du lien lointain entre l'infraction et le produit».

⁴⁷² Vgl. BGE 133 IV 215 E. 2.2 S. 220 = Pra 97 (2008) Nr. 58.

⁴⁷³ Es bedarf somit nicht einer *staatsvertragskonformen* Auslegung, wie etwa im Urteil des BStGer RR.2009.168 vom 21.10.2009 E. 4 vorgesehen (vgl. oben, § 7 II B. 4).

Trotzdem stellt sich die Frage, inwiefern eine Einziehung von Vermögenswerten, die keine Konnexität zur begangenen Straftat aufweisen, den *Grundsätzen* des schweizerischen Rechts zuwiderläuft. Das StGB kennt neben der Naturaleinziehung auch die Anordnung einer Ersatzforderung, d.h., Vermögenswerte können ohne hinreichende Konnexität zur Straftat eingezogen werden.⁴⁷⁴ Auch der Umstand, dass Ersatzforderungen nach Art. 94 ff. IRSG vollstreckt werden können, deutet darauf hin, dass grundsätzlich *keine* rechtliche Unvereinbarkeit besteht. Da die Schweiz mit Art. 94 ff. IRSG bereits eine Möglichkeit zur Vollstreckung von ausländischen Ersatzforderungen geschaffen hat, ist es nicht von Bedeutung, ob die Einschränkung von Art. 74a IRSG zulässig ist. Weil Ersatzforderungen im Lichte des schweizerischen Rechts aber nicht fremd erscheinen, bleibt es wünschenswert, auch in Art. 74a IRSG eine entsprechende Regelung vorzusehen.

D. De lege ferenda

Sowohl die Rechtsprechung als auch ein Teil der Lehre sind der Auffassung, dass Art. 74a IRSG die Einziehbarkeit von ausländischen Ersatzforderungen nicht zulasse. Dieser Ansicht ist nach der hier vertretenen Auffassung zu folgen. Da dem Gesetzgeber das Institut der Ersatzforderung aus dem StGB bekannt war, liegt keine Lücke, sondern ein qualifiziertes Schweigen vor.⁴⁷⁵ Es kann auch nicht im Interesse des Gesetzgebers sein, dass bei einer rechtshilfweisen Herausgabe von nicht deliktisch erworbenen Vermögenswerten kein hinreichender Schutz und keine genügende Gleichbehandlung der Gläubiger garantiert wäre.⁴⁷⁶ Eine Ausdehnung von Art. 74a IRSG auf Ersatzforderungen wäre letztlich auch im Hinblick auf die verfassungsmässige Notwendigkeit einer *klaren* gesetzlichen Grundlage für Eingriffe in die Eigentumsrechte problematisch.⁴⁷⁷

Aus dem Zweck der Ersatzforderung,⁴⁷⁸ den Implikationen des GwUe,⁴⁷⁹ den Grenzen des Exequaturverfahrens,⁴⁸⁰ der Rechtsprechung⁴⁸¹ und dem Lehrstreit⁴⁸² wird aber deutlich, dass Art. 74a IRSG in Bezug auf ausländische Ersatzforderung *rechtshilfefreundlicher* ausgestaltet werden sollte.

De lege ferenda könnte Art. 74a IRSG wie folgt ergänzt werden: Vermögenswerte können zur Deckung einer ausländischen Ersatzforderung herausgegeben werden, wenn es offensichtlich keine Gläubiger in der Schweiz gibt, welche durch eine Herausgabe benachteiligt wären. Andernfalls sind die Vermögenswerte nicht herauszugeben, sondern es ist dem ersuchenden Staat eine

⁴⁷⁴ Siehe dazu oben, § 7 I. B.

⁴⁷⁵ Siehe dazu oben, § 7 II. A.

⁴⁷⁶ Siehe dazu oben, § 7 II. B. 2.

⁴⁷⁷ Das Argument wurde von der Lehre in Bezug auf die vorliegende Problematik bislang *nicht* angebracht. Ähnlich argumentiert aber BSK StR I-BAUMANN, Art. 70/71 StGB N 20, bei einer Ausdehnung der Ausgleichseinziehung gemäss Art. 70 StGB auf Auslandsstaten.

⁴⁷⁸ Siehe dazu oben, § 7 I. A.

⁴⁷⁹ Siehe dazu oben, § 7 II. C.

⁴⁸⁰ Siehe dazu oben, § 4 I. C.

⁴⁸¹ Siehe dazu oben, § 7 II. B.

⁴⁸² Siehe dazu oben, § 7 II. A.

Forderung zuzusprechen, welche im Anschluss an das Verfahren mittels Schuldbetreibung durchgesetzt werden kann.

Es gibt Fälle, in denen es offensichtlich keine Gläubiger in der Schweiz gibt, welche durch eine Herausgabe benachteiligt wären. So hat z.B. eine im Ausland domizilierte Person, die in der Schweiz lediglich ein Bankkonto unterhält, ansonsten aber in der Schweiz keiner Geschäftstätigkeit nachgeht, i.d.R. keine Gläubiger in der Schweiz.⁴⁸³ Ist schon im Rechtshilfeverfahren offensichtlich, dass es keine Schweizer Gläubiger gibt, sollte die Herausgabe denn auch nicht von einem zusätzlichen Betreibungsverfahren abhängig gemacht werden. Ein hinreichender Schutz der Gläubiger wäre insofern sichergestellt, als dass die Bestimmung nur zur Anwendung kommen würde, wenn es *offensichtlich* keine Gläubiger in der Schweiz gibt.⁴⁸⁴

Könnten Gläubiger in der Schweiz von der Herausgabe betroffen sein, ist ein zusätzliches Betreibungsverfahren unerlässlich. Analog zur Regelung im StGB,⁴⁸⁵ soll dem ausländischen Staat eine *Forderung* zugesprochen werden, die er im Anschluss an das Rechtshilfeverfahren mittels Schuldbetreibung nach SchKG durchsetzen kann.⁴⁸⁶ Damit wäre die Einziehbarkeit von ausländischen Ersatzforderungen nach Art. 74a IRSG gewährleistet und zugleich der Schutz von allfälligen Gläubigern in der Schweiz sichergestellt. Die Möglichkeit zur Vollstreckung einer ausländischen Ersatzforderung gemäss Art. 94 ff. IRSG würde nach wie vor bestehen.

⁴⁸³ Da rechtmässig erworbene Vermögenswerte von der Herausgabe betroffen sind, kann nicht nur, wie bisher in Art. 74a Abs. 2 IRSG vorgesehen, auf die *Vermögenswerte* selbst abgestellt werden, sondern es ist erforderlich, dass auch auf die von der Herausgabe betroffenen *Person* abgestellt wird. Dabei ist die Eigentümerin der Vermögenswerte gemeint und nicht allenfalls von der Einziehung betroffene Dritte i.S.v. Art. 74a Abs. 4 IRSG.

⁴⁸⁴ Am Vorschlag könnte die *Kritik* angebracht werden, dass die Rechtshilfebehörde im Einzelfall nicht feststellen kann, ob es von der Herausgabe benachteiligte Gläubiger in der Schweiz gibt oder nicht. Dem kann *entgegnet* werden, dass dies in gewissen Fällen durchaus möglich ist. So stellte das BStGer im Urteil RR.2008.244 vom 15.4.2009 E. 4. fest, dass eine im Ausland domizilierte Person, welche in der Schweiz lediglich ein Bankkonto unterhält und ansonsten in der Schweiz keiner Geschäftstätigkeit nachgeht, grundsätzlich keine Gläubiger in der Schweiz hat (siehe dazu oben, § 7 II. B. 4.). Der Rechtshilfebehörde wird, wie bei der Bestimmung von Art. 74a IRSG insgesamt, ein grosser Ermessensspielraum eingeräumt. Im *Zweifelsfall* soll dem ersuchenden Staat aber eine Forderung zugesprochen werden, die im Anschluss an das Verfahren mittels Schuldbetreibung durchgesetzt werden kann. Durch den Zusatz «offensichtlich», soll eine entsprechend *restriktive* Praxis begünstigt werden.

⁴⁸⁵ Siehe oben, § 7 I. B.

⁴⁸⁶ Vgl. auch DANNACHER, S. 76.

§ 8 Zusammenfassende Schlussbetrachtung

Im Rahmen der vorliegenden Arbeit wurde zunächst untersucht, welche Regelungen die einzelnen Rechtsquellen in Bezug auf die rechtshilfweise Einziehung von Vermögenswerten in der Schweiz vorsehen. Dabei hat sich gezeigt, dass die Rechtsquellen auf *nationaler* Ebene ziemlich *rechtshilfefreundlich* ausgestaltet sind. Einerseits können Vermögenswerte nach Art. 74a IRSG zur Einziehung oder Rückerstattung an den ersuchenden Staat herausgegeben werden. Andererseits besteht die Möglichkeit, Vermögenswerte mittels Exequaturverfahren gemäss Art. 94 ff. IRSG herauszugeben. Wenn ein rechtskräftiger und vollstreckbarer Einziehungsentscheid vorliegt, steht es dem ersuchenden Staat somit frei, sich für eine der beiden Formen der Rechtshilfe zu entscheiden. Hat das Rechtshilfeersuchen keine ausländischen Ersatzforderungen und auch nicht die Vollstreckung von Verfahrenskosten zum Gegenstand, dürfte in der Praxis jedoch das weit weniger aufwendigere Verfahren von Art. 74a IRSG den *Vorzug* erhalten. Scheitert die rechtshilfweise Einziehung, ist bei Vermögenswerten von ausländischen politisch exponierten Personen die verwaltungsrechtliche Einziehung nach Art. 14 SRVG in Betracht zu ziehen.

Die Regelungen in den Rechtsquellen auf *internationaler* Ebene gehen kaum über jene im rechtshilfefreundlichen IRSG hinaus. Eine Ausnahme bilden die mit Deutschland, Österreich und Frankreich abgeschlossenen Zusatzverträge zum EUeR. Während in diesen Zusatzverträgen eine *Pflicht* zur Herausgabe statuiert wird, liegt bei Art. 74a IRSG die Herausgabe im *Ermessensspielraum* der Rechtshilfebehörde. Die staatsvertragliche Verpflichtung zur Einziehung von Art. 13 GwUe wurde ausreichend in der nationalen Rechtsordnung bzw. im IRSG umgesetzt, sodass sich aus dem GwUe grundsätzlich keine Regelungen ergeben, die das IRSG ersetzen. In Fällen der rechtshilfweisen Einziehung von Vermögenswerten gelangt das GwUe *ergänzend* zur Anwendung. Der RVUS beschränkt die «Rückgabe» auf Vermögenswerte, die dem ersuchenden Staat oder einem seiner Gliedstaaten bereits *vor* Begehung der Straftat gehörten. Damit ist die rechtshilfweise Einziehung nicht erfasst und eine allfällige Herausgabe an die USA erfolgt auf der Grundlage des IRSG.

Von wenigen Ausnahmefällen abgesehen, erfolgt die rechtshilfweise Herausgabe nach Art. 74a IRSG gestützt auf einen *ausländischen Einziehungsentscheid*. Da der Sachverhalt im ausländischen Verfahren abschliessend beurteilt wird und gegenüber dem ersuchenden Staat das Vertrauensprinzip gilt, erscheint es unangebracht, den ausländischen Einziehungsentscheid zu überprüfen. Es verträgt sich aber auch nicht mit der Verantwortung der Schweiz, Rechtshilfe auf ihrem Herrschaftsgebiet gestützt auf einen ausländischen Entscheid zu gewähren, der z.B. gravierende Verfahrensmängel aufweist. Das Bundesgericht plädiert in diesem Zusammenhang für eine *eingeschränkte* Kontrolle. Danach hat der ausländische Einziehungsentscheid in einem gerichtlichen Verfahren zu erfolgen, das den in der EMRK bzw. im UNO-Pakt II festgelegten Verfahrensgrundsätzen entspricht, und der Entscheid darf darüber hinaus weder dem schweizerischen *ordre public* noch den international gewährleisteten Menschenrechten widersprechen. Eine solche

eingeschränkte Kontrolle ist zu begrüßen, weil sie beide Interessen ausreichend berücksichtigt und zugleich den Normzweck von Art. 74a IRSG nicht untergräbt.

Zu den rechtsstaatlichen Mindestanforderungen an den ausländischen Einziehungsentscheid zählen insbesondere die *Verfahrensgarantien* von Art. 6 EMRK und Art. 14 UNO-Pakt II. Eine Verweigerung der Rechtshilfe erscheint nach der hier vertretenen Auffassung nur gerechtfertigt, wenn der Betroffene eine konkrete sowie schwerwiegende Verletzung einer Verfahrensgarantie glaubhaft machen kann *und* es der ersuchenden Behörde misslingt, Belege für die Einhaltung der entsprechenden Verfahrensgarantie einzureichen. Neben dem grundsätzlichen Recht auf ein faires Verfahren ergibt sich aus den Verfahrensgarantien auch der Anspruch betroffener Konteninhaber auf rechtliches Gehör. Abwesenheitsentscheide sind lediglich zulässig, soweit der in Abwesenheit Verurteilte die Aufhebung des Abwesenheitsentscheides und die Durchführung des ordentlichen Verfahrens, d.h. eine Wiederaufnahme, nachträglich verlangen kann. Auch die Unschuldsvermutung ist eine Verfahrensgarantie. Beteiligt sich der ersuchende Staat an einer Medienkampagne gegen einen Beschuldigten oder bezeichnet ein Amtsträger einen Beschuldigten vor rechtskräftiger Verurteilung als schuldig, ist die Unschuldsvermutung regelmässig verletzt. Eine Verletzung der Verfahrensgarantien liegt wohl auch vor, wenn bei der Beweiserhebung Zwang oder Gewalt angewendet wird. Widerspricht ein ausländischer Einziehungsentscheid offensichtlich dem *schweizerischen ordre public*, dürfte dies oftmals bereits von den Verfahrensgarantien in der EMRK bzw. dem UNO-Pakt II erfasst sein.

In Bezug auf die Einziehbarkeit von *ausländischen Ersatzforderungen* hat die Arbeit in einer ausführlichen Analyse gezeigt, dass die Vollstreckung von ausländischen Ersatzforderungen nach Art. 94 ff. IRSG zulässig, die rechtshilfweise Herausgabe von Vermögenswerten zur Deckung einer ausländischen Ersatzforderung nach Art. 74a IRSG hingegen ausgeschlossen ist. Aus dem GwUe geht nicht hervor, dass die Einziehung von Ersatzforderungen nach Art. 74a IRSG *zusätzlich* möglich sein muss. Schliesst die rechtshilfweise Herausgabe Ersatzforderungen mangels Konnexität zwischen den einzuziehenden Vermögenswerten und den begangenen Straftaten aus, ist dies also durchaus staatsvertragskonform. Weil Ersatzforderungen im Lichte des schweizerischen Rechts aber nicht fremd erscheinen, bleibt es wünschenswert, auch in Art. 74a IRSG eine entsprechende Regelung vorzusehen. Nach dem Grundsatz «Verbrechen soll sich nicht lohnen» und unter der Berücksichtigung der Gleichbehandlung von Gläubigern, könnte Art. 74a IRSG *de lege ferenda* wie folgt ergänzt werden: Vermögenswerte können zur Deckung einer ausländischen Ersatzforderung herausgegeben werden, wenn es offensichtlich keine Gläubiger in der Schweiz gibt, welche durch eine Herausgabe benachteiligt wären. Andernfalls sind die Vermögenswerte nicht herauszugeben, sondern es ist dem ersuchenden Staat eine Forderung zuzusprechen, welche im Anschluss an das Verfahren mittels Schuldbetreibung durchgesetzt werden kann.

Abschliessend gilt es festzuhalten, dass die Schweiz ihre Verantwortung im Bereich der rechtshilfeweisen Einziehung von Vermögenswerten durchaus wahrnimmt. Besonders aufgrund von technologischen Entwicklungen kann sich aber ein Anpassungsbedarf ergeben. So wurde z.B. die Einvernahme per Videokonferenz in das ZP II EUEr aufgenommen.⁴⁸⁷ Für die weitere Verfolgung der Thematik ist also interessant, welche technologischen Entwicklungen sich auf die rechtshilfeweise Einziehung auswirken. Zumal sich Kryptowährungen grösserer Beliebtheit erfreuen und die Schweiz sich ausdrücklich als kryptofreundlicher Staat positioniert,⁴⁸⁸ stellt sich etwa die Frage, inwiefern Krypto-Assets herausgegeben werden können.

⁴⁸⁷ Vgl. Art. 9 ZP II EUEr.

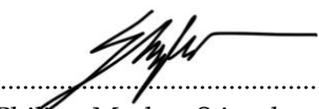
⁴⁸⁸ Vgl. KGGT Bericht, S. 10.

Eigenständigkeitserklärung

Ich erkläre hiermit,

- dass ich die vorliegende Arbeit selbständig, ohne fremde Hilfe und ohne Verwendung anderer als der angegebenen Hilfsmittel verfasst habe;
- dass ich sämtliche verwendeten Quellen erwähnt und gemäss gängigen wissenschaftlichen Zitierregeln korrekt zitiert habe;
- dass ich sämtliche immateriellen Rechte an von mir allfällig verwendeten Materialien wie Bilder oder Grafiken erworben habe oder dass diese Materialien von mir selbst erstellt wurden;
- dass das Thema, die Arbeit oder Teile davon nicht bereits Gegenstand eines Leistungsnachweises einer anderen Veranstaltung oder Courses waren, sofern dies nicht ausdrücklich mit dem Referenten /der Referentin im Voraus vereinbart wurde und in der Arbeit ausgewiesen wird;
- dass ich ohne schriftliche Zustimmung der Universität keine Kopien dieser Arbeit an Dritte aushändigen oder veröffentlichen werde, wenn ein direkter Bezug zur Universität St. Gallen oder ihrer Dozierenden hergestellt werden kann;
- dass ich mir bewusst bin, dass meine Arbeit elektronisch auf Plagiate überprüft werden kann und ich hiermit der Universität St. Gallen laut Prüfungsordnung das Urheberrecht soweit einräume, wie es für die Verwaltungshandlungen notwendig ist;
- dass ich mir bewusst bin, dass die Universität einen Verstoss gegen diese Eigenständigkeitserklärung sowie insbesondere die Inanspruchnahme eines Ghostwriter-Service verfolgt und dass daraus disziplinarische wie auch strafrechtliche Folgen resultieren können, welche zum Ausschluss von der Universität resp. zur Titelaberkennung führen können.

Mörschwil, 1. August 2020


.....
Philipp Markus Stiegeler

Mit Einreichung der schriftlichen Arbeit stimme ich mit konkludentem Handeln zu, die Eigenständigkeitserklärung abzugeben, diese gelesen sowie verstanden zu haben und, dass sie der Wahrheit entspricht.