

Rechtshilfe in Strafsachen in der EU

Zugleich ein Beitrag zum derzeitigen Stand der Verhandlungen der EG im Rahmen der
"Bilateralen II" mit der Schweiz

*Astrid Epiney**

Dieser Beitrag wurde erstmals wie folgt veröffentlicht:

***Astrid Epiney*, Rechtshilfe in Strafsachen in der EU, Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht (EuZW) 2003, S. 421-427. Es ist möglich, dass die Druckversion – die allein zitierfähig ist – im Verhältnis zu diesem Manuskript geringfügige Modifikationen enthält.**

I. Einleitung

Das sog. Schengener Abkommen¹ ist bekanntlich der Verwirklichung der Freiheit des Personenverkehrs und damit insbesondere dem Abbau der Binnengrenzkontrollen sowie entsprechenden "Ausgleichsmaßnahmen" gewidmet².

Durch den Amsterdamer Vertrag wurde der Schengen-Besitzstand in den Rahmen der Europäischen Union überführt: Das dem EU-Vertrag beigefügte Protokoll zur Einbeziehung des Schengen-Besitzstandes in den Rahmen der Europäischen Union ("Schengen-Protokoll") sieht einen entsprechenden Mechanismus vor, wonach insbesondere für jede einzelne Bestimmung des Schengen-Acquis eine Rechtsgrundlage festgelegt wird, die sich entweder in der Ersten Säule (häufig Titel IV EGV) oder aber in der (neuen) Dritten Säule befinden kann³, so dass der Schengen-Besitzstand damit in die Erste oder Dritte Säule überführt wird⁴.

* Frau lic.iur. Annekathrin Meier sei herzlich für die Unterstützung bei der Material- und Literatursuche gedankt.

¹ Die Bezeichnung "Schengener Abkommen" oder "Schengen" nimmt Bezug auf das entsprechende völkerrechtliche Abkommen und wird auch weiterhin verwendet, obwohl das Abkommen mittlerweile Eingang in das Gemeinschaftsrecht bzw. Unionsrecht gefunden hat und daher "eigentlich" nicht mehr existiert. Hierzu noch die Ausführungen im Text.

² Vgl. den Text des Abkommens in: *Achermann/Bieber/Epiney/Wehner*, Schengen und die Folgen, 1995, 193 ff. Zum Schengener Abkommen aus der inzwischen sehr reichhaltigen Literatur etwa *Epiney*, in: *Achermann/Bieber/Epiney/Wehner*, ebd., 21 ff.; *Schauer*, Schengen – Maastricht – Amsterdam, 2000, 195 ff.; die Beiträge in: *den Boer* (Hrsg.), *The Implementation of Schengen*, 1997; *Hreblay*, *Les accords de Schengen. Origine, Fonctionnement, Avenir*, 1998; *Taschner*, *Schengen*, 1997; *Epiney*, *Aktuelle Juristische Praxis (AJP)* 2002, 300 ff.

³ Im Einzelnen wurden hier zwei Beschlüsse gefasst: Der Beschluss 1999/435/EG (ABl. 1999 L 176) definiert den Schengen-acquis, für den eine Rechtsgrundlage festgelegt werden muss, und durch den Beschluss 1999/436/EG (ABl. 1999 L 176, 17) werden die entsprechenden Rechtsgrundlagen dann festgelegt. Zu diesen Beschlüssen und den sich hier stellenden rechtlichen Fragen *Kuijper*, *CMLRev.* 2000, 345 (347 ff.); *Elsen*, in: *Hummer* (Hrsg.), *Rechtsfragen in der Anwendung des Amsterdamer Vertrages*, 2001, 39 ff. Von Bedeutung ist hier auch und gerade, dass im Falle der Festlegung der Rechtsgrundlage in der Ersten Säule dann auch die "normalen" Bestimmungen der Ersten Säule heranzuziehen sind, was insbesondere für die gerichtliche Kontrolle des EuGH von Bedeutung ist. Vgl. insoweit auch etwa *Kuijper*, *CMLRev.* 2000, 345 (349 f.).

⁴ Wobei hier aber einige rechtliche Fragen nach wie vor ungeklärt sind. Vgl. ausführlich zur Überführung des Schengen-Besitzstandes in den Rahmen der Union und den sich in diesem Zusammenhang stellenden rechtlichen Problemen *Epiney*, in: *Hummer* (Hrsg.), *Die Europäische Union nach dem Vertrag von Amsterdam*, 1998, 103 ff.

Diese in der derzeitigen Diskussion im Vordergrund stehenden Ausgleichsmaßnahmen betreffen sehr unterschiedliche Bereiche, die von einer gemeinsamen Visapolitik über die polizeiliche Zusammenarbeit bis hin zur Schaffung einer Datenbank, des "Schengener Informationssystems" (SIS), gehen. Nur am Rande wurde bislang allerdings beachtet, dass das Abkommen auch andere, auf den ersten Blick weniger spektakuläre Bereiche enthält. Zu diesen zählt sicherlich die Rechtshilfe in Strafsachen, die in Art. 48 ff. Schengen II geregelt ist. Dabei ist dieser Aspekt von nicht zu unterschätzender Bedeutung, werden hier doch die Grundlagen für ein supranationales Regime in Bezug auf die Verpflichtung zur Gewährung von Rechtshilfe gelegt, das nicht ohne Auswirkungen auf die nationalen Rechtsordnungen in diesem Bereich geblieben ist⁵. Zudem ist von Bedeutung, dass einige der die Rechtshilfe in Strafsachen betreffenden Bestimmungen des Schengener Übereinkommens durch das (noch nicht in Kraft getretene) Übereinkommen über die Rechtshilfe in Strafsachen zwischen den Mitgliedstaaten der Europäischen Union (EURHÜ)⁶ ergänzt bzw. modifiziert werden⁷, so dass sich dieser Bereich derzeit sehr stark in der Entwicklung befindet. Die Rechtshilfe in Strafsachen steht aber auch in engem Zusammenhang mit der Beziehung zu Drittstaaten, kann doch häufig erst durch ihren Einbezug eine effektive Kriminalitätsbekämpfung erreicht werden.

Vor diesem Hintergrund werden im Folgenden zunächst die gemeinschaftlichen Rechtsgrundlagen in Bezug auf die Verpflichtung zur Leistung von Rechtshilfe in Strafsachen – mit einem besonderen Akzent auf den Regelungen des Schengener Abkommens – erörtert (II.). Thematisch sollen dabei – in Anknüpfung an die Regelungen in Art. 48-53 Schengen II – die Voraussetzungen der Verpflichtung zur Gewährung von Rechtshilfe im Vordergrund stehen und insbesondere eine Konzentration auf die sog. "kleine" Rechtshilfe erfolgen, so dass die Fragen der Vollstreckung, der Auslieferung, aber auch der Beachtung des Grundsatzes "ne bis in idem" ausgespart werden. Daran anschließend soll aus aktuellem Anlass kurz auf den Stand der derzeit laufenden Verhandlungen mit der Schweiz eingegangen werden, bei denen in verschiedenen Dossiers gerade diese Thematik problematisch ist bzw. war (III.).

⁵ Daneben ist darauf hinzuweisen, dass in der EU eine Tendenz besteht, die Zusammenarbeit bei der grenzüberschreitenden Kriminalitätsbekämpfung durch Unionseinrichtungen wirksamer zu gestalten. Stichworte in diesem Zusammenhang sind EUROJUST und EUROPOL. Vgl. den Überblick über die verschiedenen derzeit bestehenden und teilweise geplanten Einrichtungen bei *von Bubnoff*, ZEuS 2002, 185 ff.

⁶ ABl. 2000 Nr. C 197/3. Zu diesem Abkommen *Schomburg*, NJW 2001, 801 ff.; *Vermeulen*, in: de Kerchove/Weyembergh (Hrsg.), *Vers un espace judiciaire pénal européen*, 2000, 181 ff.

⁷ Nicht zu verkennen ist hier im Übrigen, dass die Thematik der Rechtshilfe in Strafsachen in den weiteren Rahmen der "Europäisierung" des Strafrechts – sowohl des materiellen als auch des prozessualen – einzubetten ist. Vgl. hierzu etwa *Satzger*, *Die Europäisierung des Strafrechts*, 2001; *Pradel/Corstens*, *Droit pénal européen*, 2002; *de Kerchove/Weyembergh* (Hrsg.), *Vers un espace judiciaire pénal européen*, 2000; *de Kerchove/Weyembergh* (Hrsg.), *L'espace pénal européen: enjeux et perspectives*, 2002; *Tiedemann*, in: *Kreuzer/Scheuing/Sieber* (Hrsg.), *Die Europäisierung der mitgliedstaatlichen Rechtsordnungen in der Europäischen Union*, 1997, 133 ff.

II. Zum Stand des Unionsrechts im Bereich der Rechtshilfe – unter besonderer Berücksichtigung des "Schengen-Besitzstandes"

I. Zu den Rechtsquellen

Die Rechtshilfe⁸ in Strafsachen ist Gegenstand verschiedener Rechtsquellen im Gemeinschafts- und auch Völkerrecht, deren kurze Erwähnung sich schon vor dem Hintergrund der notwendigen Einbettung der Regelungen des Schengener Übereinkommens aufdrängt. Von Bedeutung sind hier im Wesentlichen folgende Instrumente:

- Zunächst ist für den europäischen Rechtsraum grundlegend das Europäische Rechtshilfeübereinkommen vom 20.4.1959 (EUeR), das – abgesehen von den Sonderregelungen für die BENELUX-Staaten⁹ – für alle EU-Mitgliedstaaten maßgeblich ist. Es wurde auch von der Schweiz ratifiziert¹⁰.
- Art. 48-53 Schengen II enthalten einige Bestimmungen über die Rechtshilfe in Strafsachen, die nachfolgend¹¹ noch näher betrachtet werden sollen¹².
- Diese bestehenden Instrumente werden durch das am 29. Mai 2000 unterzeichnete "Übereinkommen über die Rechtshilfe in Strafsachen zwischen den Mitgliedstaaten der Europäischen Union" (EURHÜ)¹³ ergänzt. Das Übereinkommen wurde auf der Grundlage von Art. 31 Bst. a) EUV ausgearbeitet und ist bisher noch nicht in Kraft getreten, was folglich auch für dessen Zusatzprotokoll betreffend die Rechtshilfe in Fiskalangelegenheiten¹⁴ gilt. Das EURHÜ soll das "Mutterübereinkommen"¹⁵ des

⁸ Der Begriff "Rechtshilfe" wird nicht immer ganz einheitlich verwandt. Im Folgenden soll er – wohl dem üblichen Sprachgebrauch entsprechend – in dem Sinn der Zusammenarbeit zwischen Justizbehörden verstanden werden, während die "Amtshilfe" die Zusammenarbeit zwischen Verwaltungsbehörden betrifft, wobei im vorliegenden Beitrag eine Beschränkung auf (jedenfalls nach dem Recht einer der beteiligten Parteien) strafbaren Handlung erfolgt. In gegenständlicher Hinsicht geht es bei der Rechtshilfe im Wesentlichen um folgende Kategorien von Leistungen des ersuchten Staates an den ersuchenden Staat: Zustellung von Verfahrensurkunden und Gerichtsentscheidungen, Erscheinen von Zeugen, Sachverständigen und Beschuldigten, Übermittlung sonstiger Informationen, Durchsuchung und Beschlagnahme sowie Vornahme sonstiger behördlicher Untersuchungshandlungen (letztere implizieren also Zwangsmaßnahmen gegenüber Privaten). Vgl. in diesem Zusammenhang Art. 3 ff. EUeR. S. ansonsten umfassend zur Rechtshilfe *Schomburg/Lagodny*, Internationale Rechtshilfe in Strafsachen, 1998.

⁹ Regelungen des Abschnitts II des Übereinkommens über die Auslieferung und Rechtshilfe in Strafsachen vom 27. Juni 1962 in der Fassung des Protokolls vom 11. Mai 1974. Vgl. hierzu *Vermeulen*, in: den Boer (Hrsg.), Schengen Still Going Strong, 2000, 51 f.

¹⁰ Vgl. den Text in SR 0.351.1. 1978 wurde ein Zusatzprotokoll zu diesem Abkommen über die Rechtshilfe unterzeichnet, das die Rechtshilfe auf dem Gebiet der fiskalischen strafbaren Handlungen erleichtern soll. Die Schweiz hat dieses Protokoll nicht ratifiziert.

¹¹ II.2.

¹² Vgl. zusammenfassend zu den die Rechtshilfe, die Auslieferung und die Vollstreckung betreffenden Bestimmungen des Schengener Übereinkommens *Schomburg*, NJW 1995, 1931 ff.; *Pradel/Corstens*, Droit pénal européen, 2002, 184 f.; *Schomburg*, JBl. 1997, 553 ff.; s. zu den relevanten Bestimmungen sonstiger Abkommen *Schomburg*, NJW 1999, 541 ff.

¹³ ABl. 2000 C 197, 3. Zu diesem Abkommen *Schomburg*, NJW 2001, 801 ff.; *Vermeulen*, in: den Boer (Hrsg.), Schengen Still Going Strong, 2000, 51 (57 ff.); s. auch den Erläuternden Bericht des Rates zum EURHÜ; ABl. 2000 Nr. C 379/7. Im Folgenden zit. als "Erläuternder Bericht".

¹⁴ ABl. 2001 Nr. C 326/ 1.

¹⁵ Erläuternder Bericht, S. 9.

Europarates nicht etwa ersetzen, sondern lediglich ergänzen und in seiner Anwendung zwischen den Mitgliedstaaten erleichtern (Art. 1 EURHÜ)¹⁶.

- Weiterhin ist auf die Gemeinsame Maßnahme vom 29.6.1998 über die Anwendung bewährter Methoden bei der Rechtshilfe in Strafsachen¹⁷ hinzuweisen, in der erstmals eine Einigung auf gewisse Grundregeln bei der Abwicklung der Rechtshilfeersuchen gefunden wurde.

Deutlich wird durch diese nicht vollständige¹⁸ Zusammenstellung, dass die Rechtshilfe in der EU nicht durch ein einheitliches Dokument geregelt ist, sondern verschiedene Rechtsakte angenommen wurden, die sich gegenseitig ergänzen. Noch etwas komplizierter wird die Situation, wenn das Verhältnis zu Drittstaaten – die nicht zwingend denselben rechtlichen Verpflichtungen wie die EU-Mitgliedstaaten unterliegen – einbezogen wird. Der Regelungsgehalt und das Zusammenspiel der verschiedenen Bestimmungen in Bezug auf die hier im Vordergrund stehenden Voraussetzungen für die Gewährung von Rechtshilfe sollen im Folgenden im Rahmen der Erörterung der Art. 48 ff. Schengen II berücksichtigt werden.

2. *Insbesondere: Rechtshilfe in Strafsachen im Schengener Durchführungsübereinkommen und ihre Weiterentwicklung*

Art. 48-53 Schengen II enthalten einige Regelungen in Bezug auf den hier behandelten Ausschnitt der Rechtshilfe in Strafsachen, wobei Art. 49 Bst. a), 52, 53 Schengen II gemäß Art. 2 EURHÜ mit Inkrafttreten dieses Abkommens aufgehoben werden, Art. 2 Abs. 2 EURHÜ¹⁹ und Art. 50 durch das Zusatzprotokoll zum EURHÜ ersetzt werden wird (Art. 8 Abs. 3 des Protokolls); mithin ist hier also von einer "Weiterentwicklung des Schengen-Besitzstandes" auszugehen²⁰.

a) Art. 48 Schengen II

¹⁶ Aufgrund ihrer Assoziierung vom 26. Juni 2000 (Übereinkommen zwischen dem Rat der Europäischen Union sowie der Republik Island und dem Königreich Norwegen über die Assoziierung der beiden letztgenannten Staaten bei der Umsetzung, Anwendung und Entwicklung des Schengen-Besitzstands, ABl. 1999 L 176, 36) an den Schengen-Raum gelten auch für Island und Norwegen jene Übereinkommensbestimmungen, die eine Weiterentwicklung des Schengen-Besitzstandes darstellen. Auch diese beiden Staaten haben daher am 29. Mai 2000 dem sie betreffenden Inhalt des EURHÜ zugestimmt, vgl. Erläuternder Bericht, 8.

¹⁷ ABl. 1998 L 191, 1.

¹⁸ Nicht vollständig ist die Zusammenstellung schon deshalb, weil bilaterale Übereinkommen die genannten multilateralen Abkommen ergänzen (können). Im Übrigen wurden auch spezifisch die Auslieferung und Vollstreckung ausgeklammert, s. in Bezug auf die thematische Begrenzung des Beitrages schon oben I.

¹⁹ Art. 2 Abs. 1 EURHÜ zählt im Übrigen diejenigen Bestimmungen auf, die als Weiterentwicklung des Schengen-Besitzstandes anzusehen sind.

²⁰ Für Art. 48-53 Schengen II wurden in dem Beschluss 1999/436/EG (ABl. 1999 L 176, 17), der die Festlegung der Rechtsgrundlagen des Schengen-Besitzstandes im Zuge seiner Überführung in den Rahmen der Union festlegt, "Art. 43 und Art. 31 Bst. a) EUV" als Rechtsgrundlage bezeichnet, ohne dass präzisiert wurde, um welche Handlungsform es sich hierbei handeln sollte. Vgl. zur Problematik *Epiney*, in: Hummer (Hrsg.), Die EU nach dem Vertrag von Amsterdam, 1998, 103 (112 f.). Die Regelungen im EURHÜ dürften nunmehr klarstellen, dass es hier um völkervertragsrechtliche Bestimmungen geht.

Art. 48 Schengen II stellt klar, dass die Regelungen des Abkommens das Europäische Übereinkommen über Rechtshilfe in Strafsachen von 1959 (EUeR) ergänzen sollen. Ableiten kann man aus dieser Bestimmung insbesondere, dass das Übereinkommen von 1959 grundsätzlich weiterhin maßgeblich bleiben soll; allerdings werden die in diesem Abkommen vorgesehenen Verpflichtungen zur Rechtshilfe in Strafsachen durch die einschlägigen Bestimmungen des Schengener Übereinkommens ergänzt, so dass sich aus diesem weitergehende Pflichten ergeben können. Im Übrigen dürfte dieser Bestimmung darüber hinaus noch insofern Bedeutung zukommen, als dem Übereinkommen Anhaltspunkte über die möglichen Rechtshilfehandlungen entnommen werden können.

b) Art. 49 Schengen II

Art. 49 erweitert – im Vergleich zu dem Übereinkommen von 1959 – den Katalog der rechtshilfefähigen Verfahren, so etwa auf Gnadensachen oder auf Verfahren über Ansprüche auf Entschädigung für Strafverfolgungsmaßnahmen.

Von besonderer Bedeutung ist hier Art. 49 Bst. a) Schengen II, der durch Art. 3 Abs. 1 EURHÜ²¹ ersetzt werden wird, womit aber keine sachliche Änderung verbunden sein wird. Danach wird Rechtshilfe auch in solchen Verfahren geleistet, die nach dem innerstaatlichen Recht des ersuchenden oder des ersuchten Staates oder beider als Zuwiderhandlung gegen Rechtsvorschriften durch Verwaltungsbehörden (also Ordnungswidrigkeiten) geahndet werden, gegen deren Entscheidung ein auch in Strafsachen zuständiges Gericht angerufen werden kann. Bemerkenswert ist diese Bestimmung vor dem Hintergrund, dass grundsätzlich als Voraussetzung für Rechtshilfehandlungen keine doppelte Strafbarkeit gefordert wird, was insofern eine Erleichterung im Verhältnis zu dem Abkommen von 1959 bedeutet, als dieses nur insoweit zu Rechtshilfe verpflichtet, als es um strafbare Handlungen geht, für die die Justizbehörden des ersuchenden Staates zuständig sind (Art. 1 EUeR). Im Übrigen genügt nunmehr zur Auslösung der Rechtshilfepflicht die Qualifizierung einer Handlung als Ordnungswidrigkeit.

c) Art. 50 Schengen II i.Vm. dem Zusatzprotokoll zum EURHÜ

Art. 50 Schengen II betrifft die Erweiterung der rechtshilfefähigen Taten: Während sich das Übereinkommen von 1959 – wie bereits erwähnt – noch auf strafbare Handlungen, für die die Justizbehörden des ersuchenden Staates zuständig sind, konzentrierte, verpflichtet Art. 50 Schengen II, Rechtshilfe auch wegen Verstößen gegen die gesetzlichen Bestimmungen und Vorschriften im Bereich der Verbrauchssteuern, der Mehrwertsteuer und des Zolls zu leisten. Explizit werden hier auch allgemein Ordnungswidrigkeiten erfasst, unabhängig davon, ob in

²¹ Hinzuweisen ist auch auf Art. 3 Abs. 2 EURHÜ, wonach Rechtshilfe auch in Bezug auf Straftaten oder Zuwiderhandlungen geleistet wird, für die im ersuchenden Staat eine juristische Person verantwortlich gemacht werden kann.

dem entsprechenden Verfahren dann auch ein in Strafsachen zuständiges Gericht zum Zuge kommen kann; allerdings muss das Ersuchen von einer Justizbehörde ausgehen (Art. 50 Abs. 5 Schengen II). Hinzuweisen ist auf die Spezialitätsklausel in Art. 50 Abs. 3 Schengen II, wonach die so erlangten Informationen nur zu dem im Ersuchen bezeichneten Ermittlungszweck verwendet werden dürfen, es sei denn, die ersuchte Vertragspartei stimme einer anderweitigen Verwendung zu²².

Art. 50 Schengen II wird durch das Protokoll zum Übereinkommen über die Rechtshilfe in Strafsachen zwischen den Mitgliedstaaten der EU²³ ersetzt werden. Dieses Protokoll regelt spezifisch die Rechtshilfe in Bezug auf Fiskaldelikte, so dass mit seinem (noch ausstehenden) Inkrafttreten die Rechtshilfe zwischen den Mitgliedstaaten im Bereich der gesamten Fiskalität – also indirekte und direkte Fiskalität – einheitlich geregelt sein wird. Danach sind die Mitgliedstaaten verpflichtet, im Falle des Vorliegens bestimmter strafbarer Handlungen generell Auskunft über die Konten und Guthaben der betroffenen Person in Banken zu gewähren (Art. 1-2), wobei die Staaten allerdings die für die Gewährung von Rechtshilfe bei Durchsuchung und Beschlagnahmung vorgesehenen Voraussetzungen für anwendbar erklären können. Damit wird offenbar auf Art. 51 Schengen II Bezug genommen²⁴. In unserem Zusammenhang sind insbesondere noch drei Bestimmungen des Protokolls von Bedeutung:

- Nach Art. 7 darf das Bankgeheimnis nicht als Begründung für die Ablehnung jeglicher Zusammenarbeit in Bezug auf ein Rechtshilfeersuchen eines anderen Mitgliedstaates herangezogen werden.
- Art. 8 Abs. 1 sieht vor, dass allein der Charakter einer Straftat als fiskalische strafbare Handlung nicht zur Verweigerung der Rechtshilfe berechtigt.
- Schließlich ist auf Art. 8 Abs. 2 hinzuweisen, wonach für die Mitgliedstaaten, die die Erledigung eines Ersuchens um Durchsuchung oder Beschlagnahme der Bedingung der doppelten Strafbarkeit unterwerfen, diese Bedingung dann als erfüllt zu gelten hat, wenn die Handlung nach seinem Recht einer strafbaren Handlung "derselben Art" entspricht. Unter welchen Voraussetzungen nun eine strafbare Handlung "derselben Art" vorliegen soll, wird in dem Protokoll jedoch nicht präzisiert. Im Ergebnis dürfte hier dem ersuchten Staat schon vor dem Hintergrund ein gewisser Gestaltungsspielraum einzuräumen sein, als ansonsten die Voraussetzung der doppelten Strafbarkeit ihren Sinn verlöre. Vor diesem Hintergrund dürfte eine "strafbare Handlung derselben Art" wohl immer nur dann zu bejahen sein, wenn nach dem nationalen Recht des ersuchten Staates die betreffende Straftat einen ähnlichen Unrechtsgehalt aufweist, was sich insbesondere im Strafmaß sowie in der für die Verfolgung bzw. Verurteilung zuständigen Behörde (Verwaltung oder Justiz) niederschlagen wird.

²² Vgl. allgemein zum Grundsatz der Spezialität etwa *Popp*, Grundzüge der internationalen Rechtshilfe in Strafsachen, 2001, 192 ff.

²³ ABl. 2001 C 326, 1.

²⁴ Hierzu noch unten II.d).

Damit verpflichtet das Protokoll die Mitgliedstaaten nicht, bei Steuerhinterziehung, die nicht den Tatbestand des strafbaren Steuerbetrugs erfüllt, Rechtshilfe zu leisten: Denn dies bedeutete nicht die Verweigerung "jeglicher Zusammenarbeit" wegen des Bankgeheimnisses, und ansonsten kann das Erfordernis der doppelten Strafbarkeit weiterhin aufrecht erhalten werden.

Auffallend ist am Regelungsgehalt des Protokolls, dass es keine Spezialitätsklausel (vgl. Art. 50 Abs. 3 Schengen II) enthält, so dass die Frage aufgeworfen wird, ob es nunmehr zulässig sein soll, die erlangten Information für andere Zwecke zu gebrauchen als für diejenigen, für die sie übermittelt wurden. Diese Frage ist auf der Grundlage von Art. 23 des Abkommens selbst – der ebenfalls dem Schengen-Besitzstand zuzurechnen ist – zu beantworten. Diese Bestimmung enthält nunmehr unter der Rubrik "Schutz personenbezogener Daten" die hier einschlägigen Vorgaben und dürfte ihrem Sinn und Zweck nach auch auf die in den Anwendungsbereich des Protokolls fallenden Verfahren heranzuziehen sein. Zentral sind hier Art. 23 Abs. 1 Bst. a), b)²⁵, wonach personenbezogene Daten von dem ersuchenden Mitgliedstaat nur für Verfahren verwendet werden, auf die das Übereinkommen Anwendung findet²⁶, sowie für sonstige Verfahren, die mit den erstgenannten Verfahren unmittelbar zusammen hängen. Nach Ansicht des Rates²⁷ bedeutet diese Bestimmung auch, dass der ersuchende Mitgliedstaat die personenbezogenen Daten für andere Verfahren, als für diejenigen, wegen denen um Rechtshilfe ersucht worden ist, verwenden darf. M.a.W. geht der Rat davon aus, dass man für ein bestimmtes Verfahren um Rechtshilfe ersuchen kann, auf dieser Grundlage Informationen erlangt, diese dann aber – wohlgemerkt ohne Zustimmung des ersuchten Staates oder der betroffenen Person – für ein beliebiges anderes Verfahren, für das auch Rechtshilfe geleistet worden wäre, verwenden kann, ohne dass weitere Voraussetzungen²⁸ erfüllt sein müssen. Die Bedeutung dieses Ansatzes erschließt sich vor dem Hintergrund des sehr weit gespannten Anwendungsbereichs der rechtshilfefähigen Verfahren²⁹. Zu überzeugen vermag der Ansatz des Rates aber nicht: Denn einmal liefe eine solche Auslegung dem Grundsatz entgegen, dass auch der ersuchte Staat jeweils das Vorliegen der Voraussetzungen für die Pflicht zur Gewährung der Rechtshilfe prüfen können soll; zum anderen und vor allem stellt es ein grundlegendes Prinzip des Datenschutzes dar, dass gerade personenbezogene Daten nur zu dem Zweck, zu dem sie erlangt wurden, verwendet werden dürfen³⁰. Wenn dieser Grundsatz wirklich hätte relativiert werden sollen,

²⁵ Art. 23 Abs. 1 Bst. c) erwähnt noch die Konstellation einer unmittelbaren und ernsthaften Gefahr der öffentlichen Sicherheit, und Bst. d) stellt klar, dass im Falle der Zustimmung der betroffenen Person bzw. des ersuchten Mitgliedstaates eine anderweitige Datenverwendung möglich ist.

²⁶ Hierunter sind sowohl die in Art. 3 des Abkommens erwähnten Verfahren als auch die Verfahren, die in den in Art. 1 des Abkommens genannten Übereinkommen definiert sind, zu verstehen, so dass sich Art. 23 jedenfalls auf alle Rechtshilfe-Verfahren des Schengen-Besitzstandes bezieht.

²⁷ Vgl. Erläuternder Bericht, 41.

²⁸ Z.B. Gefährdung der öffentlichen Sicherheit.

²⁹ Vgl. oben II.2.b).

³⁰ Vgl. Art. 6 Abs. 1 Bst. b) RL 95/46 (Datenschutzrichtlinie), ABl. 1995 L 281, 31. Hierzu etwa *Ehmann/Helfrich*, EG Datenschutzrichtlinie, Kurzkommentar, 1999, Art. 6, Rdnr. 6 ff.

wäre eine ausdrückliche Regelung in diesem Sinn notwendig gewesen³¹. Daher ist Art. 23 des Abkommens im Sinne einer systematischen Auslegung so zu verstehen, dass mit "Verfahren, auf die dieses Übereinkommen Anwendung findet" eben diejenigen Verfahren gemeint sind, für die um Rechtshilfe ersucht worden ist, so dass das Spezialitätsprinzip nach wie vor gilt und durch Art. 23 EURHÜ nicht relativiert wird³².

An diesen Grundsätzen dürfte auch die Sonderbestimmung zugunsten von Luxemburg in Art. 23 Abs. 7 des Abkommens³³ nichts ändern: Denn diese dürfte im Wesentlichen darauf beruhen, dass Luxemburg sich politisch versichern wollte, dass es zu keinem sein Bankgeheimnis aushöhlenden Rechtshilfeakten verpflichtet wird. Nicht ableiten kann man daher aus dieser politisch begründeten Sonderregel, dass allgemein das Spezialitätsprinzip keine Anwendung finden soll.

d) Art. 51 Schengen II

Art. 51 Schengen II enthält eine Sondervorschrift in Bezug auf die Erledigung von Rechtshilfeersuchen um Durchsuchung und Beschlagnahme (also Zwangsmaßnahmen), die letztlich die Voraussetzungen, unter denen eine Verpflichtung zur Rechtshilfe anzunehmen ist, verschärft, dies im Gegensatz zu anderen Rechtshilfehandlungen. Art. 51 Bst. a) Schengen II stellt dabei zwei Regimes auf, nach denen Rechtshilfe zu gewähren ist: Beide Staaten unterstellen die Straftat einer Freiheitsstrafe von mindestens sechs Monaten (Modell 6/6) oder nur ein Staat pönalisiert das Delikt in dieser Weise, während es im anderen Staat eine Zuwiderhandlung gegen Ordnungsvorschriften darstellt, mit welcher in zweiter Instanz ein Strafgericht befasst werden kann (Modell 6/0). Zudem sieht Art. 51 Bst. b) Schengen II vor, dass im Übrigen nicht gegen das Recht der ersuchten Vertragspartei verstoßen werden darf. Beide Teile des Art. 51 Schengen II werfen schwierige Auslegungsfragen auf³⁴.

Fraglich ist zunächst, wie Art. 51 Bst. a) Schengen II zu verstehen ist: Geht es um eine Alternative in dem Sinn, dass die beiden Satzteile vor und nach dem "oder" tatsächlich

³¹ Wobei man sich dann immer noch die Frage der Zulässigkeit hätte stellen können.

³² In diese Richtung – wenn auch nicht ganz klar – wohl auch von Bubnoff, ZEuS 2002, 185 (211), der in Bezug auf Art. 23 EURHÜ von einer "strengen Zweckbindung und -begrenzung" sowie dem Erfordernis eines "unmittelbaren Bezugs zu dem Ausgangsverfahren" spricht.

³³ Der Luxemburg folgende Möglichkeit einräumt: "Vorbehaltlich des Absatzes 1 Buchstabe c) kann Luxemburg im Hinblick auf die Umstände eines besonderen Falle verlangen, dass personenbezogene Daten, sofern der betreffende Mitgliedstaat nicht die Zustimmung der betroffenen Person erhalten hat, für die in Absatz 1 Buchstabe a) und b) genannten Zwecke nur mit vorheriger Zustimmung Luxemburgs in Bezug auf Verfahren verwendet werden dürfen, für die Luxemburg die Übermittlung oder Verwendung der personenbezogenen Daten nach den Bestimmungen dieses Übereinkommens oder der Übereinkünfte im Sinne von Artikel 1 hätte verweigern oder einschränken können."

³⁴ Weshalb hier der Wortlaut des Art. 51 Schengen II wieder gegeben werden soll:

"Die Vertragsparteien unterwerfen die Erledigung von Rechtshilfeersuchen um Durchsuchung und Beschlagnahme keinen weitergehenden Bedingungen als denen, dass

a) die dem Rechtshilfeersuchen zugrunde liegende Tat nach dem Recht beider Vertragsparteien mit einer Freiheitsstrafe oder die Freiheit beschränkenden Maßnahme im Höchstmaß von mindestens sechs Monaten bedroht ist, oder nach dem Recht einer der beiden Vertragsparteien mit einer Sanktion des gleichen Höchstmaßes bedroht ist und nach dem Recht der anderen Vertragspartei als Zuwiderhandlung gegen Ordnungsvorschriften durch Behörden geahndet wird, gegen deren Entscheidung auch ein in Strafsachen zuständiges Gericht angerufen werden kann;

b) die Erledigung des Rechtshilfeersuchens im Übrigen mit dem Recht der ersuchten Vertragspartei vereinbar ist."

alternativ sind in dem Sinn, dass jeder Staat sich entweder auf die eine oder die andere Gruppe von Voraussetzungen (Modell 6/6 oder Modell 6/0) berufen kann oder ist diese Bestimmung im Sinne einer "kumulativen Alternativität" zu verstehen, so dass einer der beiden angeführten Modelle zur Auslösung der Verpflichtung zur Leistung von Rechtshilfe ausreicht?

Relevant ist dieser Auslegungstreit insbesondere im Zusammenhang mit den laufenden Verhandlungen mit der Schweiz³⁵, da die Annahme einer "kumulativen Alternativität" auch zu Rechtshilfe in Bezug auf Steuerhinterziehung verpflichten würde. Die Schweiz vertritt denn auch die Ansicht, Art. 51 Bst. a) Schengen II sehe eine "echte Alternativität" vor, während die Kommission der These der "kumulativen Alternativität" anhängt³⁶. Letztere sei insoweit zu präzisieren, als der Zusammenhang mit Art. 5 EUeR – der dieselbe Problematik betrifft – herzustellen sei: Diese Bestimmung erlaubt es den Staaten, Rechtshilfeersuchen auf Durchsuchung oder Beschlagnahme u.a. davon abhängig zu machen, dass eine doppelte Strafbarkeit vorliegt oder dass die strafbare Handlung im ersuchten Staat auslieferungsfähig sein muss (was eine Strafmaß von 12 Monaten impliziert). Notwendig war eine entsprechende Erklärung des Vertragsstaates bei Unterzeichnung oder Ratifikation. Da Art. 51 Schengen II die Voraussetzungen dieser Bestimmung erleichtern wolle, müsse Art. 51 so ausgelegt werden, dass in jedem Fall – also bei beiden Alternativen – eine Erleichterung eintrete. Daher sei die Tragweite des Art. 51 Schengen II insofern zu präzisieren, als für diejenigen Staaten, die unter dem Europaratsabkommen die Rechtshilfe von der doppelten Strafbarkeit abhängig gemacht haben (Art. 5 Abs. 1 Bst. a) EUeR), im Rahmen der Anwendung des Art. 51 Bst. a) Schengen II die zweite Alternative – die gerade auf dieses Element verzichtet – zur Anwendung kommen soll. Hingegen sei bei denjenigen Staaten, die sich unter dem Europaratsabkommen auf Art. 5 Abs. 1 Bst. b) (Auslieferungsfähigkeit) berufen haben, die erste Alternative des Art. 51 Bst. a) heranzuziehen, der eben gerade eine Herabsetzung der Mindeststrafe impliziert.

Versucht man eine Annäherung an die Problematik, so ist zunächst festzuhalten, dass der Wortlaut der Bestimmung keine eindeutigen Schlüsse in Bezug auf die hier relevante Frage erlaubt, was auch für die französische Fassung des Textes³⁷ gilt; vielmehr sind nach dem

³⁵ Vgl. unten III.

³⁶ Vgl. die Darstellung der verschiedenen Ansichten in NZZ 27.1.2003, 9; jedenfalls die Stellungnahme der Kommission ist allerdings nicht in einem öffentlich zugänglichen Dokument nieder gelegt. Interessant ist im Übrigen, dass man sich in der Literatur – soweit ersichtlich – bislang noch nicht mit dieser Frage auseinander gesetzt hat. Vielmehr wird hier in der Regel lediglich der Wortlaut des Art. 51 wiederholt. Vgl. etwa *Pradel*, Droit pénal européen, 2002, 186 f.; *Schomburg*, NJW 1995, 1931 (1934); nicht klar auch *Gioacchino Polimeni*, in: Pauly (Hrsg.), Les accords de Schengen, 1993, 53 (58).

³⁷ "Article 51: Les Parties Contractantes ne subordonnent pas la recevabilité de commissions rogatoires aux fins de perquisition et de saisie à des conditions autres que celles ci-après:
a) Le fait qui a donné lieu à la commission rogatoire est punissable selon le droit des deux Parties Contractantes d'une peine privative de liberté ou d'une mesure de sûreté restreignant la liberté d'un maximum d'au moins 6 mois, ou punissable selon le droit d'une des deux Parties Contractantes d'une sanction équivalente et selon le droit de l'autre Partie Contractante au titre d'infraction aux règlements poursuivie par des autorités administratives dont la décision peut donner lieu à un recours devant une juridiction compétente notamment en matière pénale.

(„grammatikalischen“) Wortlaut der Bestimmung beide vertretenen Auslegungsvarianten denkbar³⁸. Vor diesem Hintergrund liegt es nahe, zunächst einen Blick auf die inhaltliche Tragweite der beiden Teile des Art. 51 Bst. a) Schengen II (also die Satzteile vor und nach dem "oder") zu werfen: Auffallend ist hier, dass die erste Alternative (Modell 6/6) in der zweiten Alternative (6/0) bereits enthalten ist: Denn im ersten Halbsatz wird auf die doppelte Strafbarkeit Bezug genommen, und im zweiten Halbsatz wird aufgeführt, dass auch die Strafbarkeit von mindestens sechs Monaten im Recht einer der beiden Vertragsparteien ausreicht, so dass die erste Alternative immer bereits dann erfüllt ist, wenn die zweite Alternative vorliegt. Dies legt es nahe, dass die Bestimmung im Sinne einer "echten" Alternativität zu verstehen ist, machte doch ansonsten die Aufführung von zwei Alternativen, von den die eine in der anderen bereits enthalten ist, keinen Sinn. Im Übrigen mag Art. 51 Schengen II sicherlich einen gewissen Zusammenhang mit Art. 5 EUeR aufweisen; die Herstellung eines direkten Bezuges zwischen dem Verhalten der Vertragsstaaten bei der Unterzeichnung oder Ratifikation des Europaratsabkommens und der konkreten Tragweite des Art. 51 Bst. a) Schengen II für die Staaten hätte allerdings jedenfalls in irgendeiner Form im Text Niederschlag finden müssen, zumal der materielle Anwendungsbereich dieses Abkommens Fiskaldelikte gerade ausnahm (Art. 2 EUeR), so dass die von den Staaten hier (nicht) angebrachten Vorbehalte auch vor diesem Hintergrund zu sehen sind. Das Schengener Abkommen jedenfalls nimmt für diese Frage keinen Bezug auf das Abkommen aus dem Jahre 1959, so dass die Ansicht der Kommission nur schwer nachvollziehbar ist. Im Übrigen ist darauf hinzuweisen, dass Art. 51 Bst. a) Schengen II im Vergleich zu Art. 5 EUeR insofern in jedem Fall erleichterte Voraussetzungen für die Auslösung der Verpflichtung zur Leistung von Rechtshilfe impliziert, als nun nicht mehr auf die Auslieferungsfähigkeit der Tat abgestellt werden darf, sondern bereits ein Höchststrafmaß von mindestens sechs Monaten ausreicht. Schließlich dürften auch die Mitgliedstaaten von dieser Sicht ausgehen: Denn – wie erwähnt³⁹ – nimmt Art. 8 Abs. 2 des Protokolls zum EU-Rechtshilfeübereinkommen auf die Möglichkeit der Mitgliedstaaten Bezug, Ersuchen um Durchsuchung oder Beschlagnahme der Bedingung der doppelten Strafbarkeit zu unterwerfen, wobei diese Möglichkeit offenbar ohne Einschränkungen gegeben sein soll, so dass der Zusammenhang dieser Bestimmung mit Art. 51 Bst. a) Schengen II die hier vertretene Ansicht stützt⁴⁰. Insgesamt sprechen daher die besseren Gründe für eine echte Alternativität der beiden Halbsätze des Art. 51 Bst. a) Schengen II in dem Sinn, dass der ersuchte Staat entweder das "Modell 6/6" oder das "Modell

b) L'exécution de la commission rogatoire est compatible avec le droit de la Partie Contractante requise."

³⁸ Immerhin dürfte der italienische Text, der für „oder“ das Wort „ovvero“ gebraucht, das ein alternatives „oder“ meint, auf eine echte Alternativität hindeuten.

³⁹ Oben II.2.c).

⁴⁰ Auch die österreichische Regierung geht in ihrer Botschaft („Denkschrift“) zum Schengener Abkommen von einer solchen Alternativität aus, vgl. Nr. 501 der Beilagen zu den Stenographischen Protokollen des Nationalrates XX. Gesetzgebungsperiode.

6/0" anwenden kann und eine Verpflichtung zur Leistung von Rechtshilfe nur in diesem Maß besteht.

Nach Art. 51 Bst. b) Schengen II muss Rechtshilfeersuchen um Durchsuchung und Beschlagnahme darüber hinaus – also zusätzlich zu Art. 51 Bst. a) Schengen II – nur dann nachgekommen werden, wenn deren Erledigung "im Übrigen mit dem Recht der ersuchten Vertragspartei vereinbar ist". Die Bedeutung dieser, wörtlich bereits in Art. 5 EUeR enthaltenen Bedingung erschließt sich nicht wirklich auf den ersten Blick: Eine allgemeine Maßgeblichkeit des nationalen Rechts bedeutete letztlich, dass Art. 51 Schengen II jegliche effektive Tragweite abginge, so dass dies wohl nicht gemeint sein kann. Andererseits aber muss dem nationalen Recht eine irgendwie geartete selbständige Bedeutung zukommen, machte doch ansonsten diese eigenständige Bedingung keinen Sinn. Ein Anknüpfungspunkt für die Auslegung dieser Bestimmung könnte die Wendung "im Übrigen" sein⁴¹: Legt man diese im Zusammenhang mit Art. 51 Bst. a) Schengen II aus, so besagt sie offenbar, dass es hier nur um solche nationalen Rechtsvorschriften gehen kann, die nicht die in Art. 51 Bst. a) Schengen II angesprochenen Aspekte betreffen. Aufgeworfen wird damit die Frage, ob auch materielle Voraussetzungen der Zulässigkeit der entsprechenden Zwangsmaßnahme – wie z.B. datenschutzrechtliche Vorgaben – unter Art. 51 Bst. b) Schengen II subsumiert werden können. Diese Frage wird man verneinen müssen: Denn ansonsten stünde es den Vertragsparteien frei, ihr Recht so auszugestalten, dass für gewisse, unter Art. 51 Bst. a) Schengen II fallende Delikte die Rechtshilfe allgemein ausgeschlossen werden könnte, womit die in Art. 51 Bst. a) Schengen II formulierte grundsätzliche Verpflichtung zur Rechtshilfe unter bestimmten Voraussetzungen leer laufen könnte. Deutlich wird damit, dass es in Art. 51 Bst. b) Schengen II jedenfalls nicht um generell-abstrakte Normen gehen kann, die materiell die Zulässigkeit der von dieser Vorschrift erfassten Zwangsmaßnahmen betreffen. Damit bleiben nur noch der Ausschluss der Rechtshilfe im Einzelfall auf der Grundlage der ordre public-Klausel oder aber Verfahrensvorschriften – deren Beachtung etwa in Bezug auf einzuhaltende Fristen oder die konkrete Durchführung der Zwangsmaßnahme (z.B. in Bezug auf das zuständige Organ) verlangt werden kann – übrig, so dass die Tragweite des Art. 51 Bst. b) Schengen II insofern einzugrenzen ist.

Allerdings dürfte die Bedeutung dieses "Vorbehalts" mit dem Inkrafttreten des EURHÜ abnehmen: Dieses sieht nämlich in Art. 4 – entgegen den "traditionellen" Rechtshilferegeln – vor, dass der ersuchte Mitgliedstaat die vom ersuchenden Mitgliedstaat angegebenen Formvorschriften und Verfahren einhält, sofern dem nicht Grundprinzipien seines Rechts entgegen stehen. Damit findet in Bezug auf Form und Verfahren nicht mehr die Rechtsordnung des "Territorialstaates" Anwendung, sondern die Ausführung von Rechtshilfeersuchen wird grundsätzlich dem Recht des ersuchenden Staates unterstellt. Dieses Prinzip dürfte auch bei der Erledigung von Rechtshilfeersuchen um Beschlagnahme und Durchsuchung zur Anwendung kommen.

e) Sonstige Bestimmungen

⁴¹ Wobei immerhin bemerkenswert ist, dass diese in der französischen Version nicht figuriert. Vgl. Fn. 37.

Der Vollständigkeit halber sei noch auf die sonstigen die Rechtshilfe in Strafsachen betreffenden Bestimmungen des Schengener Abkommens bzw. (teilweise) des EURHÜ hingewiesen, die hier aber nicht im Vordergrund stehen:

- Art. 52 Schengen II betrifft die Übersendung gerichtlicher Urkunden. Diese Vorschrift wird durch Art. 5 EURHÜ ersetzt werden.
- Art. 53 Schengen III ist dem Verfahren gewidmet, also in erster Linie der Frage wie die Rechtshilfeersuchen zu übermitteln sind. Art. 6 EURHÜ sieht hier eine Neuregelung vor, die wesentlich detaillierter ausfällt als die bisherigen Bestimmungen.
- Art. 7 EURHÜ ermöglicht eine automatische Informationsübermittlung, verpflichtet die Vertragsstaaten aber nicht dazu. Dieser Informationsaustausch kann auch bei Ordnungswidrigkeiten zur Anwendung kommen, allerdings nur in den Fällen, in denen gegen eine allfällige Entscheidung einer Verwaltungsbehörde ein Strafgericht angerufen werden kann (Art. 7 i.V.m. Art. 3 EURHÜ). Diese Bestimmung dürfte eine gesetzliche Grundlage für die Übermittlung von "Spontaninformationen" darstellen.

III. Zu den Verhandlungen im Rahmen der "Bilateralen II" mit der Schweiz

Derzeit laufen zwischen der Schweiz und der EG die Verhandlungen zum sog. "Bilateralen II"-Paket.

Die "Bilateralen I" wurden im Gefolge der Ablehnung des EWR ausgehandelt und am 21.6.1999 unterzeichnet⁴²; in Kraft getreten sind sie am 1.6.2002⁴³. In den insgesamt sieben Abkommen werden folgende Bereiche geregelt: Wissenschaftliche und technische Zusammenarbeit, technische Handelshemmnisse, öffentliches Beschaffungswesen, Handel mit Agrarerzeugnissen, Luftverkehr, Güter- und Personenverkehr auf Schiene und Straße und die Personenfreizügigkeit⁴⁴.

Thematisch geht es bei den Bilateralen II einerseits um sieben "Restthemen"⁴⁵ der Bilateralen I, andererseits um neue politische Anliegen beider Seiten. So brachte die EU die Dossiers Zinsbesteuerung und Betrugsbekämpfung in die Verhandlungen ein⁴⁶, worauf die Schweiz ihr Interesse an der polizeilichen und justitiellen Zusammenarbeit im Rahmen von "Schengen" und "Dublin"⁴⁷ kundtat.

⁴² Vertragsparteien sind die EG auf der einen und die Schweiz auf der anderen Seite, wobei beim Personenfreizügigkeitsabkommen auch die Mitgliedstaaten Vertragsparteien sind.

⁴³ Vgl. nur NZZ vom 18.4.2002, 13.

⁴⁴ BBl 1999, 6489.

⁴⁵ Diese Themenbereiche werden auch als "left overs" bezeichnet und umfassen folgende Bereiche: Dienstleistungen - Ruhegehälter - Verarbeitete Landwirtschaftsprodukte - Umwelt - Statistik - Bildung, Berufsbildung, Jugend - Medien. Vgl. Bulletin Quotidien Europe (Agence Europe) Nr. 7926 vom 19./20. März 2001, 11.

⁴⁶ Schon bei Inkrafttreten der Bilateralen I am 1. Juni 2002 betonte der EU-Kommissar für Außenbeziehungen, Chris Patten, dass zwei weitere, für die EU politisch bedeutsame Themen eines baldigen Konsenses mit der Schweiz bedürfen: die Betrugsbekämpfung und die Zinsbesteuerung. Vgl. Bulletin Quotidien Europe (Agence Europe) Nr. 8223, Juli 2002.

⁴⁷ Nach dem "Dubliner Erstasylabkommen" (ABl. Nr. C 254/1) können Asylbewerber im EU-Raum nur noch ein einziges Asylgesuch stellen. Zum Dubliner Abkommen etwa *Achermann*, in:

Die Verhandlungen sind zum Zeitpunkt der Abfassung dieses Beitrages noch nicht abgeschlossen⁴⁸. Probleme bereiten derzeit in erster Linie die Bereiche "Schengen" und Betrugsbekämpfung⁴⁹ und damit in Zusammenhang stehend auch "Dublin", da dieses Dossier mit dem Schengen-Dossier verbunden wird; aber auch die endgültige Lösung im Bereich der Zinsbesteuerung steht noch aus, obwohl sich im Zuge einer grundsätzlichen politischen Einigung EU-intern – die auch Rückwirkungen auf die Schweiz entfaltet hätte – eine Lösung abzeichnen dürfte⁵⁰, deren endgültige Annahme aber noch von der Zustimmung insbesondere von Italien abhängt, das diese von Zugeständnissen in anderen Politikbereichen, insbesondere im Milchsektor, abhängig macht⁵¹. In diesen beiden noch verbleibenden Problembereichen spielt die Reichweite der von der Schweiz zu gewährenden Rechtshilfe und damit mittelbar auch das sog. Bankgeheimnis eine zentrale Rolle⁵².

Das Bankgeheimnis – das eigentlich besser "Bankkundengeheimnis" genannt werden sollte – ist ein Berufsgeheimnis, das in Art. 47 des Bankengesetzes⁵³ zum Ausdruck kommt, wobei die Geheimhaltungspflicht einerseits aus dem Grundsatz von Treu und Glauben im Geschäftsverkehr hergeleitet, andererseits durch den in Art. 28 ff. Zivilgesetzbuch (ZGB) verankerten Persönlichkeitsschutz begründet wird⁵⁴. Das Bankgeheimnis kennt allerdings durchaus Ausnahmen, zu denen insbesondere auch die Rechtshilfe in Strafsachen bei Steuerbetrug⁵⁵ gehört⁵⁶. Die Bank als Geheimnisträgerin ist Verpflichtete, der Bankkunde der

Achermann/Bieber/Epiney/Wehner, Schengen und die Folgen, 1995, 79 ff.; *Hailbronner/Thiery*, ZAR 1997, 55 ff. S. auch *Wolter*, Auf dem Weg zu einem gemeinschaftlichen Asylrecht in der Europäischen Union, 1999, 36 ff.

⁴⁸ Wenn auch in den meisten Dossiers die Probleme ausgeräumt sein dürften.

⁴⁹ Hier geht es um die Zusammenarbeit (Amts- und Rechtshilfe) bei der Bekämpfung von gegen die finanziellen Interessen der EU und ihrer Mitgliedstaaten gerichteter Delikte, vgl. NZZ vom 26.2.2002, 14.

⁵⁰ In diesem Bereich ging es darum, wie weit der Informationsaustausch zwischen den Steuerämtern in Bezug auf die in einem Staat durch Geldanlagen erwirtschafteten Zinsen gewährt werden soll, dies im Hinblick auf die Eruiierung der Steuerhinterziehung. Der erzielte Kompromiss geht dahin, dass 12 Staaten ab 2004 einen "automatischen Informationsaustausch" gewährleisten, während drei Staaten (Belgien, Luxemburg und Österreich) statt dessen eine Quellensteuer auf Zinserträge erheben werden, deren Betrag sukzessive auf 35 % erhöht werden wird. Die Schweiz soll einem ähnlichen Regime wie diese drei Staaten unterworfen werden. Vgl. ausführlich hierzu NZZ vom 22.1.2003, 19; NZZ vom 7.3.2003, 21. Auf OECD-Ebene ist allerdings in dem Musterabkommen zum Informationsaustausch (Agreement on Exchange of Information on Tax Matters", http://www.lemaitre.de/dba-e/OECD_exchange.pdf) in Bezug auf Fiskalangelegenheiten als Mindeststandard ein Informationsaustausch auf Anfrage vorgesehen, wobei Berufs- und Geschäftsgeheimnisse nicht (mehr) erwähnt werden. Nachweise zum Thema unter www.oecd.org, Stichwort: "Tax Information Exchange System" oder im NZZ-Dossier: Ähnliche Forderungen der EU und der OECD - Neue Debatten über Schweizer Zinsbesteuerungs-Politik, <http://www.nzz.ch/dossiers/2002/bilaterale-II/2002.10.07-wi-article8G1ZS.html>.

⁵¹ Vgl. NZZ vom 22./23.3.2003, 21.

⁵² Hingegen konnte man sich auf relativ lange Übergangsfristen für die Übernahme des weiter entwickelten „Schengen-acquis“ einigen, vgl. NZZ vom 7.3.2003, 11.

⁵³ Bundesgesetz vom 8. November 1934 über die Banken und Sparkassen (Bankengesetz, BankG), SR 952.0.

⁵⁴ Vgl. *Bodmer/Kleiner/Benno*, Kommentar zum schweizerischen Bankengesetz, 2002, Art. 47, Rdnr. 2.

⁵⁵ Steuerbetrug liegt dann vor, wenn gefälschte Dokumente benutzt werden; hingegen liegt eine nach dem derzeit einschlägigen Recht nicht rechtshilfefähige Steuerhinterziehung vor, wenn lediglich Tatsachen verschwiegen werden.

⁵⁶ Vgl. auch Art. 47 Ziff. 4 Bankengesetz.

Berechtigte⁵⁷. Das Bankgeheimnis verpflichtet dabei die Banken, Stillschweigen über die Gesamtheit der Geschäftsbeziehungen zu halten, was insbesondere auch jegliche Auskunft über das bei der Bank befindliche Guthaben sowie die daraus resultierenden Einkommen bedeutet⁵⁸.

Folgt man der von der Kommission vertretenen Auslegung des Art. 51 Bst. a) Schengen II⁵⁹ wäre das Bankgeheimnis in dieser Form nicht mehr haltbar: Denn damit wäre die Schweiz verpflichtet, auch bei Steuerhinterziehung – die in der Schweiz keine Straftat darstellt – Zwangsmaßnahmen (Untersuchung und Beschlagnahmung) einzuleiten⁶⁰. Vor diesem Hintergrund besteht die Schweiz darauf, dass Art. 51 Bst. a) Schengen II eben im Sinn des "Modells 6/0" auszulegen sei, während die Kommission einer anderen Auffassung folgt⁶¹.

Aufgeworfen wird damit – neben den bereits erörterten materiell-rechtlichen Aspekten – auch die in erster Linie institutionelle Frage, ob und inwieweit im Rahmen eines völkerrechtlichen Vertrages (der EG sowie ggf. ihrer Mitgliedstaaten und der Schweiz) die Auslegung dieser Bestimmung festgeschrieben werden kann. Die Kommission weist in diesem Zusammenhang darauf hin, dass ihre Auslegung dem EuGH obliege⁶², was offenbar impliziert, dass es nicht möglich sein soll, die angesprochene Auslegungsfrage im Vorfeld oder im Zuge des Abschlusses eines allfälligen Vertrages mit der Schweiz zu klären. Zu überzeugen vermag diese Ansicht freilich nicht: Zwar ist es durchaus zutreffend, dass dem EuGH die Auslegung dieser Bestimmung nach Art. 35 Abs. 7 Satz 2 EUV obliegt; auch würde ein allfälliges Abkommen mit der Schweiz über den Einbezug in den Schengen-Besitzstand wohl dem Vorbild der entsprechenden Abkommen mit Norwegen und Island folgen, die eine Pflicht zur Berücksichtigung der EuGH-Rechtsprechung vorsehen und für den Fall einer auseinander laufenden Rechtsentwicklung grundsätzlich die Auflösung des Abkommens vorsehen, so dass de facto ein fast unwiderstehlicher "Anreiz" zur Befolgung der EuGH-Rechtsprechung auch für die Nicht-EU-Staaten Norwegen und Island besteht bzw. für die Schweiz bestehen würde⁶³. Allerdings hindert nichts die Mitgliedstaaten daran, Art. 51 Schengen II zu modifizieren oder in einem Vertrag mit der Schweiz klarzustellen, zu welchen Rechtshilfehandlungen sich die Vertragsparteien verpflichten. Die Auslegungskompetenz des EuGH bedeutet nämlich nicht, dass es dem Gesetzgeber verboten wäre, unklare Bestimmungen deutlicher zu formulieren. Insbesondere kann auch aus den Kompetenzen des EuGH nichts anderes abgeleitet werden: Ausgehend von den EWR-Gutachten⁶⁴ implizieren

⁵⁷ Deshalb denn auch "Bankkundengeheimnis".

⁵⁸ Vgl. zum Bankgeheimnis etwa *Berger*, recht 2000, 182 ff.

⁵⁹ Vgl. oben II.2.d).

⁶⁰ Art. 49 Bst. a) Schengen II, wonach die Rechtshilfe grundsätzlich auch bei Ordnungsdelikten zu gewähren ist, würde hier insofern nicht weiterhelfen, als die schweizerischen Behörden aufgrund des Bankgeheimnisses nur über Zwangsmaßnahmen (Durchsuchung und Beschlagnahmung) Zugang zu bei den Banken befindlichen Daten erhalten können. Daher böte Art. 49 Bst. a) Schengen II keine Handhabe, um die Schweiz zu verpflichten, Informationen von den Banken zu beschaffen.

⁶¹ Oben II.2.d).

⁶² Vgl. NZZ vom 19.2.2002, 13.

⁶³ Vgl. im Einzelnen hierzu *Epiney*, Aktuelle Juristische Praxis (AJP) 2002, 300 ff.

⁶⁴ EuGH, Slg. 1991, I-6097; EuGH, Slg. 1992, I-2821.

diese zwar, dass ein völkerrechtlicher Vertrag nicht die Autonomie der gemeinschaftlichen Rechtsprechung (und übrigens auch Entscheidungsfindung) in Frage stellen darf; hierum ginge es aber gerade nicht; vielmehr fragt es sich, ob und inwieweit ein bestimmter Aspekt in einem Abkommen mit einem Drittstaat geregelt werden soll, wovon die Auslegungskompetenz des EuGH aber unberührt bliebe. Dieser könnte nach wie vor Art. 51 Schengen II auslegen, wie er es für richtig hält.

Hinzuweisen ist schließlich noch auf die Problematik der Betrugsbekämpfung: Hier strebt die EU die Verankerung einer umfassenden Rechtshilfepflicht in Bezug auf alle Vergehen gegen die finanziellen Interessen der EU und ihrer Mitgliedstaaten an, womit auch die Steuerhinterziehung erfasst wäre und damit die Schweiz verpflichtet wäre, entgegen den Vorgaben des Bankgeheimnisses Rechtshilfe zu leisten, unter Einschluss von Zwangsmaßnahmen; die von der Schweiz geforderte Aufrechterhaltung der doppelten Strafbarkeit für Zwangsmaßnahmen wäre also nicht aufrecht zu erhalten. Damit wird der Bezug zur Regelung der Rechtshilfe im Schengener Abkommen deutlich. Die Schweiz hingegen beharrt auf dem Erfordernis der doppelten Strafbarkeit jedenfalls bei der Verpflichtung zur Ergreifung von Zwangsmaßnahmen im Rahmen eines Rechtshilfeersuchens.

IV. Schluss

Versucht man eine Bewertung der erörterten Vorgaben des Schengener Abkommens bzw. des EURHÜ über die internationale Rechtshilfe in Strafsachen, so sind insbesondere zwei Aspekte bemerkenswert:

- Erstens genügt für die Auslösung einer Pflicht zur Leistung von Rechtshilfe grundsätzlich die Sanktionierbarkeit des relevanten Verhaltens nach dem Rechts einer der beiden Vertragsparteien; im Vergleich zum Europaratsabkommen reichen also Ordnungswidrigkeiten aus, wobei immerhin notwendig ist, dass die Entscheidungen der zuständigen Verwaltungsbehörde bei einem auch in Strafsachen zuständigen Gericht angefochten werden können müssen. Diese "erleichterte Auslösung" der Pflicht zur Leistung von Rechtshilfe wird durch die allgemeine⁶⁵ Rechtshilfefähigkeit gewisser Fiskaldelikte ergänzt.
- Zweitens erfährt diese Ausweitung der Verpflichtung zur Leistung von Rechtshilfe in Strafsachen insofern eine Einschränkung, als – zumindest nach der hier vertretenen Auffassung – bei Ersuchen um Durchsuchung und Beschlagnahme auch die doppelte Strafbarkeit verlangt werden kann.

Bemerkenswert ist im Übrigen die in Art. 7 EURHÜ zum Ausdruck gekommene Tendenz zu einem "automatischen Informationsaustausch" in Bezug auf Straftaten und Ordnungswidrigkeiten.

Wie auch immer man aus politischer Sicht die Haltung der Schweiz im Rahmen der Bilateralen II sowie das Bankgeheimnis beurteilen mag, so bleibt jedenfalls festzuhalten, dass aus rechtlicher Sicht der Verankerung des Erfordernisses der doppelten Strafbarkeit für die Anordnung von Zwangsmaßnahmen im Rahmen internationaler Rechtshilfe entweder über eine Modifikation des Art. 51 Schengen II oder über die Aufnahme entsprechender

⁶⁵ Also ohne dass es notwendig wäre, dass die betreffenden Verhaltensweisen grundsätzlich noch vor einem Strafgericht verhandelt werden können müssen.

Bestimmungen in den betreffenden Abkommen zwischen der Schweiz und der EG nichts entgegen stünde. Im Übrigen dürfte es legitim sein, wenn die Schweiz darauf beharrt, dass die angesprochenen Auslegungsfragen in Bezug auf Art. 51 Schengen II geklärt werden, bevor ein Vertrag letztlich zustande kommt, wird damit doch ein ganz wesentlicher Aspekt der rechtlichen Tragweite dieser Bestimmung berührt. Dass Auslegungsprobleme bei Verträgen immer wieder auftreten können, ändert hieran nichts, zumal die Fragestellung ja bereits bei den Verhandlungen erkannt wurde. Damit geht es letztlich um ein politisches Problem, über das sich die Beteiligten einigen müssen.