

Prof. Dr. Rainer J. Schweizer / Dr. Markus H.F. Mohler / Dr. Alexander M. Glutz

Das Bundesgesetz zum Steuerstreit verletzt den Rechtsstaat und die Demokratie

Das Bundesgesetz zum Steuerstreit der Schweizer Banken mit den USA will einen Beitrag zu dessen Lösung liefern, namentlich indem es die Banken ermächtigt, die Daten über Mitarbeitende und Dritte den US-Behörden auszuhändigen. Der Gesetzesentwurf steckt aber voller rechtsstaatlicher Probleme, weil die Informationslieferungen ausserhalb aller geltenden bundesgesetzlichen und völkerrechtlichen Regeln über die Rechtshilfe in Strafsachen mit den USA und über die Steueramtshilfe erfolgen soll. Zudem sind die Rechte der betroffenen Personen, wie z.B. der menschenrechtliche Grundsatz des «nemo tenetur», nicht angemessen garantiert, und über die Rechtswege herrscht Unklarheit.

Rechtsgebiet(e): Steuerstrafrecht; Steuerrecht; Übriges Verfassungsrecht; Beiträge

Zitiervorschlag: Rainer J. Schweizer / Markus H.F. Mohler / Alexander M. Glutz, Das Bundesgesetz zum Steuerstreit verletzt den Rechtsstaat und die Demokratie, in: Jusletter 10. Juni 2013

Inhaltsübersicht

1. Worum geht es in den Steuerstreitigkeiten mit den USA?
2. Welches Recht ist dafür massgeblich?
3. Was will der Gesetzesentwurf?
4. Besteht eine Dringlichkeit, das Gesetz zu beschliessen und in Kraft zu setzen?
5. Ist das Gesetz ein intrakonstitutionelles oder extrakonstitutionelles dringliches Bundesgesetz?
6. Werden die Rechte und Pflichten der Bundesversammlung gewahrt?
7. Ist der Ausschluss des Referendumsrechts gerechtfertigt?
8. Was bedeutet die Ermächtigung der Banken zur Bereinigung des Steuerstreits?
9. Was bedeutet die Nichtanwendung der geltenden Staatsverträge und Bundesgesetze über die Amts- und Rechtshilfe mit den USA?
10. Welche Risiken laufen Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter, über die Daten betreffend in den USA strafbare Tätigkeiten von den Banken geliefert werden?
11. Werden mindestens wesentliche Grund- und Menschenrechte garantiert?
12. Haben die Mitarbeiter oder die Dritten einen Weg an ein Gericht bzw. einen Rechtsschutz?
13. Was ist die Rechtsnatur der Entscheidungen der Banken?
14. Wie erfolgt die Lieferung der Kundendaten?
15. Hätte die Vereinbarung als *Lex posterior* Vorrang?
16. Weitere Rechte der Betroffenen?

1. Worum geht es in den Steuerstreitigkeiten mit den USA?

[Rz 1] Alle bisherigen Verfahren wegen Steuerhinterziehung und Steuerbetrug durch US-Steuerschuldner unter Mitwirkung von Schweizer Bankinstituten, ob die Steuerschuldner sich selbst angezeigt haben oder ob die Informationen von der Schweiz geliefert worden sind, führten nicht nur zu Nachzahlungen der ausstehenden Steuerschulden, sondern zu massiven Steuerstrafen sowie bei Steuerschuldnern, die sich nicht selbst angezeigt hatten, zu hohen Kriminalstrafen, etwa wegen «conspiracy». Gleichermassen hoch bestraft wurden Dritte, denen Beihilfe vorgeworfen worden war. Die Datenlieferungen von Seiten der Banken sind also durchwegs als Mitwirkung an transnationalen Strafverfahren bzw. **materiell-rechtlich als Rechtshilfe in Strafsachen** anzusehen, auch wenn im Steuerrecht (aus historischen Gründen) durchwegs von der «Steueramtshilfe» gesprochen wird.¹

¹ Nähere Angaben zu den Strafverfahren in den USA z.B. bei Alexander M. Glutz, Beschwerde ans Bundesgericht gegen Entscheide des Bundesverwaltungsgerichts auf dem Gebiete der internationalen Rechtshilfe in Steuersachen (Art. 84 BGG), Die materielle Abgrenzung von Amts- und Rechtshilfe am aktuellen Beispiel der strafprozessual unzulässigen amerikanischen «fishing expeditions» («Gruppenanfragen»), ASA 80, Nr. 11/12, 2011/12, S. 715 ff.; Rainer J. Schweizer, Der Rechtsstaat und die EMRK im Falle der Kunden der UBS AG, Eine Kritik an der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts, AJP/PJA 2011, S. 1008 ff.; Ders., Der Schutz einer Grossbank vor ausländischen Sanktionen geht den Prinzipien des Rechtsstaates sowie den Menschenrechten der Bankkunden vor, in: Integratives Rechtsdenken, Im Diskurs mit Philippe Mastrorandi, Eine Festgabe, hrsg. von Rainer J. Schweizer und Florian Windisch, St. Gallen 2011, S. 77 ff.

2. Welches Recht ist dafür massgeblich?

[Rz 2] Für die Strafrechtshilfe ist grundsätzlich das Bundesgesetz über die internationale Rechtshilfe in Strafsachen (Rechtshilfegesetz, IRSG)² massgebend (man beachte insbes. dessen Art. 1a³ IRSG). Im Verhältnis zu den USA ist diese Materie auf völkerrechtlicher Ebene im Staatsvertrag mit den Vereinigten Staaten von Amerika über gegenseitige Rechtshilfe in Strafsachen vom 25. Mai 1973 (RVUS)⁴ sowie im Bundesgesetz zum Staatsvertrag mit den Vereinigten Staaten von Amerika über gegenseitige Rechtshilfe in Strafsachen (BG-RVUS) vom 3. Oktober 1975⁵ geregelt, welche klare menschenrechtliche Garantien für die grenzüberschreitende Strafverfolgung enthalten.⁶ Auch die spezielle Rechtshilfe durch die Eidgenössische Steuerverwaltung (ESTV) im Bereich des Doppelbesteuerungsabkommens mit den USA (DBA-USA)⁷ – der sog. Informationsaustausch nach Art. 26 DBA-USA 96 – muss, was jetzt das neue Bundesgesetz über die internationale Amtshilfe in Steuersachen (Steueramtshilfegesetz, StAhiG) vom 28. September 2012⁸ (in Kraft seit 1. Februar 2013) auch will, menschenrechtlich verbürgten strafprozessualen Minimalstandards genügen, – genau gleich wie das innerstaatliche Strafprozessrecht.

3. Was will der Gesetzesentwurf?

[Rz 3] Ziffer 1.4 der Botschaft des Bundesrates umschreibt den wesentlichen Gehalt des Gesetzes: Es soll den Banken Informationslieferungen **ausserhalb** der dafür gesetzlich und staatsvertraglich vorgesehenen behördlichen Wege der Amts- und Rechtshilfe in (Steuer-)Strafrechtshilfe ermöglichen (quasi als freiwillige Erfüllung von U.S.-fishing expeditions). Zudem soll ihnen daraus nicht der Vorwurf der Verletzung von Art. 271 StGB (Verbotenes hoheitliches Handeln für einen fremden Staat) gemacht werden können. Das Gesetz will so den Banken auch erlauben, direkt mit den US-Behörden einen Aufschub oder einen Verzicht auf Strafverfolgung von ihnen⁹ zu vereinbaren. Zudem soll es die Bankmitar-

² SR 351.1.

³ «Art. 1a Begrenzung der Zusammenarbeit Bei der Anwendung dieses Gesetzes ist den Hoheitsrechten, der Sicherheit, der öffentlichen Ordnung oder anderen wesentlichen Interessen der Schweiz Rechnung zu tragen.» Gleichermassen: Art. 4 BG-RVUS (nachfolgend Fn. 5) mit Verweis auf die entsprechende Bestimmung in Art. 3 Abs. 1 RVUS (Fn. 4).

⁴ SR 0.351.933.6.

⁵ SR 351.93.

⁶ Art. 4 Ziff. 1, Art. 10, 13, 37 Ziff. 2, Art. 38 Ziff. 2, 2. Satz, Art. 40 Ziff. 1 Bst. e RVUS (Fn. 5); Art. 17 ff., 19 Abs. 1 BG zum RVUS (Fn. 5)

⁷ Abkommen zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und den Vereinigten Staaten von Amerika zur Vermeidung der Doppelbesteuerung auf dem Gebiete der Steuern von Einkommen vom 2. Oktober 1996 (SR 0.672.933.61).

⁸ SR 672.5.

⁹ Damit soll auch eine Unternehmensverantwortlichkeit vergleichbar mit Art. 102 StGB vermieden werden.

beitenden schützen, deren Personalien den US-Behörden jedoch zu Strafverfolgungszwecken ausgeliefert werden. Angemerkt sei, dass gewisse Rechtsvertreter der Banken die Auffassung haben, die Rechtsprobleme könnten auch durch eine Verordnung des Bundesrates gelöst werden. Das ist sowohl bezüglich einer Freistellung von Art. 271 StGB eine irri- ge Vorstellung,¹⁰ als auch betreffend all der Abweichungen vom bundesgesetzlichen und völkerrechtlichen Amts- und Rechtshilferecht. Höchstens ein Bundesgesetz kann als *lex specialis* dem Bundesgesetz zum RVUS und dem StAHiG vorgehen und sich allenfalls gegenüber den Völkervertrags- rechtspflichten als Fall der (verpönten) Schubert-Praxis¹¹ gerieren.

4. Besteht eine Dringlichkeit, das Gesetz zu beschliessen und in Kraft zu setzen?

[Rz 4] Verfassungsrechtlich ist eine Gesetzgebung nach Art. 165 BV dann dringlich, wenn eine zeitliche Dringlichkeit besteht.¹² Der Bundesrat beschreibt in Ziff. 5.2 der Botschaft eine **Drohkulisse** für bestimmte Banken und für den Schweizer Finanzplatz. Doch nach mehr als vier Jahren Verhandlungen und im Blick auf noch manche Jahre an Auseinandersetzungen um die Steuerschuldner der USA – man denke nur daran, dass über 300 Personen gegen die Anordnungen zum UBS-Staatsvertrag vor Gericht gegangen sind und immerhin um die 100 ganz oder teilweise Recht bekommen haben – **ist die Dringlichkeit sehr zweifelhaft**, selbst wenn die USA jetzt rascher vorwärts machen möchten und mit mehreren Klagen drohen. Ein ordentliches Rechtsetzungsverfahren der Bundesversammlung mit einer Inkraftsetzung im Herbst 2013 hindert keine Bank, schon jetzt Verhandlungen mit den US-Behörden zu führen.

5. Ist das Gesetz ein intrakonstitutionelles oder extrakonstitutionelles dringliches Bundesgesetz?

[Rz 5] Der Entwurf des Bundesrates¹³ stützt sich auf die Kompetenz des Bundes zur Gesetzgebung im Bereich über Banken und Versicherungen (Art. 98 BV) ab. Die *sedes materiae* ist aber, dass eine Sonderregelung für private Amts- und

Rechtshilfe erlassen wird. Das Steueramtshilfegesetz wurde gestützt auf die allgemeine Klausel von Art. 172 Abs. 2 BV erlassen.¹⁴ *In casu* scheint uns eine Abstützung auf Art. 123 BV angezeigt. Doch da das Gesetz nicht nur von den geltenden Bundesgesetzesvorschriften über die Steueramts- und Strafrechtshilfe erheblich abweicht, sondern vor allem die bestehenden Staatsverträge über die Doppelbesteuerung bzw. Steueramtshilfe mit den USA von 1996 (DBA-USA 96) und über die Rechtshilfe in Strafsachen mit den USA von 1973 (RVUS) – letzterer ist vor allem für die von der Rechtshilfe betroffenen Dritten, wie Vermögensverwalter, Treuhänder, Steuerberater und Rechtsanwälte, deren Strafverfolgung erklärtes Ziel der USA ist, massgeblich – umgehen lassen will, muss man sich fragen, ob seine Tragweite nicht **eine ausserverfassungsrechtliche** ist.^{15,16}

6. Werden die Rechte und Pflichten der Bundesversammlung gewahrt?

[Rz 6] **Der Bundesrat informiert** das Parlament nicht öffentlich und **nur ungenügend** über die kommenden Schritte, wie sie zwischen der Schweiz und den US-Behörden besprochen worden sind. Es wird von einem (einseitigen) Programm der USA gesprochen, mit dem die US-Behörden die gelieferten Daten auswerten und dann rechtlich gegen die Steuerschuldner sowie gegen sonstige (allein nach US-Recht) strafbare Personen vorgehen wollen. Dazu hat der Bundesrat wohl, indem er jetzt dieses Gesetz vorlegt, **seine Zustimmung** gegeben (und sei es nur durch ein Schreiben des Staatssekretärs für internationale Finanzfragen). Deshalb ist bei diesem «Deal» **von einer völkerrechtlich bindenden Vereinbarung¹⁷ zwischen der Schweiz und den USA auszugehen**.¹⁸ Das vorliegende Gesetz zu Handen der Schweizer Banken stellt **jedenfalls nur einen Teilschritt** in der Lösung der Auseinandersetzungen der Schweizer Banken mit den US-Steuer- und Justizbehörden dar. Mit seiner unvollständigen Information bzw. der besonderen Geheimhaltung, welche es unmöglich macht, die Tragweite des Gesetzesentwurfs und besonders seine Übereinstimmung mit der allfälligen, höherrangigen völkerrechtlichen «Vereinbarung» zu beurteilen, verstösst der Bundesrat gegen Sinn und

¹⁰ Vgl. Marcel Alexander Niggli, Ist das Recht am Ende?, AJP/PJA 2012, S. 891.

¹¹ Siehe BGE 139 I 16 Erw. 4 und 5; dazu Yvo Hangartner, Bundesgerichtlicher Positionsbezug zum Verhältnis von Bundesverfassung und Völkerrecht, Bemerkungen aus Anlass der Bundesgerichtsurteile vom 12. Oktober 2012, AJP/PJA 2013, S. 698 ff.

¹² Dazu vgl. Pierre Tschannen, St. Galler Kommentar zur Bundesverfassung, 2. Aufl., Zürich/St. Gallen 2008, Art. 165 Rz. 6.

¹³ Botschaft vom 29. Mai 2013 Ziff. 5.1.

¹⁴ Botschaft vom 6. Juli 2011, BBl 2011 6193, 6231.

¹⁵ Vgl. Tschannen (Fn. 12), St. Galler Kommentar zu Art. 165 Rz. 17 ff.

¹⁶ Allerdings kann das DBA-USA-CH nach Art. 28 Ziff. 5 nicht einseitig durch eine Vertragspartei geändert werden.

¹⁷ Vgl. Art 11 Wiener Übereinkommen über das Recht der Verträge (WVRK) vom 23. Mai 1969 (SR.0.111); Dazu etwa Frank Hoffmeister, in: Oliver Dörr / Kirsten Schmalenbach (Eds.), Vienna Convention on the Law of Treaties, A Commentary, Heidelberg etc. 2012, S. 156 ff.

¹⁸ Diese völkerrechtliche Vereinbarung wird, da sie sehr wahrscheinlich für eine grosse Zahl von Personen und Unternehmen besondere Pflichten begründet, **wohl rechtssetzender Natur** sein, was nach Art. 141 Abs. 1 Bst. d, Ziff. 3 BV wegen ihrer weitreichenden Bedeutung die **Unterstellung unter das fakultative Referendum** erheischen würde.

Zweck von Art. 148, 164 ff. und 181 BV, welche die vorrangige, demokratisch begründete Stellung der Bundesversammlung und deren Letztzuständigkeit in der Gesetzgebung (unter Vorbehalt des Referendums) garantieren, und er hindert die Bundesversammlung, einen legitimen, rechtsverbindlichen gesetzgeberischen Willen zu entfalten.

7. Ist der Ausschluss des Referendumsrechts gerechtfertigt?

[Rz 7] Wenn das dringliche Bundesgesetz, wie es der Bundesrat beantragt, nur 365 Tage in Kraft sein soll (Abschnitt II des Gesetzesentwurfs), **wird u.E. die Demokratie missachtet**, weil bewusst der Umstand ausgenutzt wird, dass nach Art. 140 Abs.1 Bst. c und Art. 141 Abs. 1 Bst. b BV ein dringliches Bundesgesetz mit höchstens einem Jahr Geltung dem Referendum entzogen werden kann.¹⁹ Für diese Befristung des Bundesgesetzes gibt es aber **keinen sachlichen Grund**. **Im Gegenteil** ist davon auszugehen, dass **noch einige Zeit** zwischen Banken und den US-Behörden über Datenlieferungen verhandelt werden wird, etwa wenn in den USA neue Strafklagen gegen Banken und/oder Bankmitarbeitende erhoben werden.²⁰ Verhandlungen von Banken nach dem 30. Juni 2014 wären dann wieder in einem rechtsfreien Raum. Vor allem aber werden die Handlungen der Banken sicher zu verschiedenen Klagen oder Beschwerden führen, und wenn solche Rechtsmittel hängig sind, hätte die Befristung zur Folge, dass das Gesetz im Zeitpunkt der Urteilsfällung nicht mehr gültig ist und der Rechtsschutz höchstens noch zu feststellenden Urteilen führt, wahrscheinlich aber die Klagen oder Beschwerden mangels Rechtsgrundlage abgeschrieben werden müssten. Demnach sollte wegen der **Rechtssicherheit** über das unbefristete Bundesgesetz im ordentlichen Verfahren beraten werden.

8. Was bedeutet die Ermächtigung der Banken zur Bereinigung des Steuerstreits?

[Rz 8] Mit der Ermächtigung nach Art. 1 Abs. 1 erklärt der Gesetzgeber, dass die Banken die sie selbst betreffenden Steuer- und Strafverfahrensprobleme nicht nach geltenden

Gesetzen und Staatsverträgen lösen müssen, sondern sie **privat direkt mit den US-Behörden lösen sollen und können**. Die staatliche Amts- und Rechtshilfe wird so **privatisiert**, genauer gesagt, die Banken erhalten einen öffentlich-rechtlichen Auftrag, die Rechtsstreitigkeiten selber zu lösen. Damit werden namentlich, neben den beiden oben genannten Staatsverträgen (RVUS sowie DBA-USA 96), das Bundesgesetz zum Staatsvertrag mit den Vereinigten Staaten von Amerika über gegenseitige Rechtshilfe in Strafsachen von 1975 (BG-RVUS) sowie das Steueramtshilfegesetz (StAhiG) von 2012 ausgeschaltet.

9. Was bedeutet die Nichtanwendung der geltenden Staatsverträge und Bundesgesetze über die Amts- und Rechtshilfe mit den USA?

[Rz 9] Das Entscheidende ist,

- a. dass **wesentliche Grundsätze dieser Regelungen nicht mehr gelten**, so namentlich das Spezialitätsgebot (wonach die gelieferten Informationen nur zu dem im Gesuch angegebenen Zweck verwendet werden dürfen, vgl. Art. 5 Rechtshilfevertrag mit den USA), die beidseitige Strafbarkeit (die allerdings nur nach RVUS und nicht nach DBA besteht)²¹, sowie die Achtung der Souveränität, des Ordre Public und wesentlicher öffentlicher Interessen des Landes (vgl. Art. 3 Ziff. 1 Rechtshilfevertrag mit den USA).²²
- b. dass den betroffenen Personen, d.h. den aktuellen oder den früheren Mitarbeiterinnen und Mitarbeitern der Bankinstitute, den Treuhandfirmen, den Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälten die **gesetzlichen Verfahrensgarantien fehlen**.²³ Sicherlich stellt die Informationspflicht der Banken nach Art. 2 Abs. 2 Bst. a des Gesetzesentwurfs den wesentlichen Ansatzpunkt für Klagen oder Beschwerden dar. Doch fällt auf, dass der Bundesgesetzesentwurf nicht im selben Umfang die Informations-, Mitwirkungs- und Akteneinsichtsrechte, die **Art. 14 und 15 Steueramtshilfegesetz** garantieren, noch die allgemeinen Regeln eines fairen Verfahrens anspricht, wie sie sich sonst für die Bundesbehörden aus den geltenden Bundesgesetzen ergeben (vgl. **Art. 5 StAhiG** betreffend die

¹⁹ Vgl. Aldo Lombardi/Bernhard Ehrenzeller/Roger Nobs, St. Galler Kommentar zu Bundesverfassung, 2. Aufl. Zürich/ St. Gallen 2008, Art. 140 Rz. 23 und 24; Dies., St. Galler Kommentar, Art. 141 Rz. 19.

²⁰ Für allfällige Verhandlungen nach dem 30. Juni 2014 präsentieren sich drei Möglichkeiten: - Entweder endet die Gültigkeit des Gesetzes gemäss jetzigem Vorschlag, wodurch auch der Vereinbarung schweizerischerseits die Anwendbarkeitsrechtsgrundlage entzogen wird, oder - es wird eine Verlängerung der Gültigkeitsdauer des BG vorgeschlagen, worauf es sofort dem fakultativen Referendum zu unterstellen ist; - dabei kann es in der Referendumsabstimmung abgelehnt oder angenommen werden. Ausser im letzten Fall bestünde keine Rechtsgrundlage mehr.

²¹ Art. 10 Abs. 1 Bst. b BG - RVUS, Art. 6 Ziff. 2 Bst. a RVUS.

²² Vgl. Urteil des Bundesgerichts 2C_84/2012 vom 15. Dezember 2012, zur Publikation vorgesehen.

²³ So namentlich die Verfahrensgrundrechte wie das Recht, sich nicht selber beschuldigen müssen (*nemo tenetur*), 29, 32 BV, Art. 6 EMRK, die Rechtsweggarantie, Art. 29a BV, Art. 13 EMRK; vgl. Urteil des EGMR No 11663/04 *Chambaz c. Suisse* vom 5. April 2012 (def.), Ziff. 50 ff., 51, 53 (*nemo tenetur*), 59 ff., 61, 67 f. (Waffengleichheit); Urteil des EGMR No 31827/96 *J.B. c. Suisse* vom 3. Mai 2001, Ziff. 64 ff. (*nemo tenetur*).

zwingende Anwendung des Verwaltungsverfahrensgesetzes, VwVG²⁴).

10. Welche Risiken laufen Mitarbeiterinnen oder Mitarbeiter, über die Daten betreffend in den USA strafbare Tätigkeiten von den Banken geliefert werden?

[Rz 10] Der in Art. 2 des Gesetzesentwurfs vorgesehene Schutz für Mitarbeitende durch die Banken ist nur von beschränkter Wirkung. Die USA können jederzeit eine dieser Personen beispielsweise wegen «conspiracy» via INTERPOL zur Verhaftung ausschreiben. Denkbar wäre auch die Anschuldigung wegen einer Vortat zu Geldwäscherei oder wegen Geldwäscherei selbst. Beinahe alle Staaten sind Mitgliedsländer von INTERPOL²⁵. Sie sind nach einer Ausschreibung zu einer Festnahme²⁶ und Versetzung in provisorische Auslieferungshaft verpflichtet (so wie sich die Schweiz im Fall Polanski verhalten hat). Besteht zwischen diesem Staat und den USA ein Auslieferungsvertrag, ist jener Staat auch verpflichtet, die Person den USA auszuliefern.²⁷ Einer Auslieferung eines Ausländers kann ein Staat auch ohne Vertrag im Einzelfall zustimmen, z.B. auf Druck der USA. Gegen solche Verhaftungen und Auslieferungsvorgänge ist der «bestmögliche Schutz» nach Art. 2 Gesetzesentwurf gänzlich wirkungslos, und auch die offizielle Schweiz kann in solchen Fällen nur wenig für die betroffene Person tun.

11. Werden mindestens wesentliche Grund- und Menschenrechte garantiert?

[Rz 11] Wie unter Ziff. 8 dargelegt, **fungieren die Banken**, auf Grund einer speziellen behördlichen Ermächtigung, nicht nur wie schweizerische Steueramts- und Strafrechtsbehörden,

sondern darüber hinaus als eigentliche Steuerfahnder für ausländische administrative und gerichtliche Straf- und Bussenverfahren der US-Behörden. Ob es die Bundesverfassung zulässt, dass eine **justizielle Aufgabe** derart **ohne besondere Absicherungen** an private Unternehmen übertragen wird, darüber könnte man erhebliche Zweifel haben. Auf jeden Fall sind die Banken gegenüber den betroffenen Personen **sicherlich nicht unvoreingenommen und unparteiisch**, wollen doch die Bankleitungen vornehmlich die Firma und/oder ihre Haut retten. **Die Banken garantieren auch nicht ein ausreichendes rechtliches Gehör**, wie es zur Vorbereitung von gerichtlichen Verfahren im internationalen Amts- und Rechtshilfeverfahren vorgesehen ist – dringliche Fälle der Vollstreckung vorbehalten. Der gravierendste Mangel des Gesetzesentwurfs ist, dass er verschweigt, dass jede Person, die befürchten muss, dass gegen sie ein Strafverfahren eröffnet bzw. durchgeführt wird, **das Menschenrecht hat, sich nicht selber belasten zu müssen**. Das bedeutet, dass jede Person, der eine Strafverurteilung droht, die Weitergabe der sie betreffenden Daten, welche ja die Bank unter Wahrung des Persönlichkeitsschutzes bearbeiten muss (vgl. Art 328a OR), untersagen kann. Indem das Bundesgesetz explizit dieses Recht nicht vorbehält, missachtet es nicht nur Art. 32 Abs. 1 und Abs. 2 BV, sondern auch Art. 6 Abs. 3 EMRK²⁸ sowie Art. 14 Abs. 3 Bst. g UNO-Pakt II über die bürgerlichen und politischen Rechte vom 16. Dezember 1966²⁹. Angemerkt sei, dass namentlich die EMRK auch auf die Amtshilfe anwendbar ist. Grundsätzlich können aber alle Formen der internationalen Zusammenarbeit in Straf-, Verwaltungs- und Zivilsachen mit Individualbezug in die Grund- und Menschenrechte eingreifen.³⁰ Würde etwa die Garantie von «*nemo tenetur*» den betroffenen Mitarbeitenden und Drittpersonen, dank der sie die Weitergabe **verweigern können**,³¹ nicht zustehen, so wäre das ein **grober Verstoss gegen eine fundamentale Garantie des Völkerrechts**, die

²⁴ Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren vom 20. Dezember 1968, VwVG (SR 172.021).

²⁵ Vgl. Anhang I zur Verordnung über das Nationale Zentralbüro Interpol Bern (Interpol-Verordnung) vom 1. Dezember 1986 (SR 351.21; Stand am 1. Januar 2013). Näheres zum Ganzen: Markus H.F. Mohler, Grundzüge des Polizeirechts in der Schweiz, Basel 2012, Rz. 941, 1041 ff.

²⁶ Art. 3, Ziff. 3.1 Bst. a, Ziff. 1 des Reglementes über die Bearbeitung von Informationen für die internationale polizeiliche Zusammenarbeit, Anhang 2 zur Interpol-Verordnung (Fn. 25). Vergleichsweise für die Schweiz: Art. 217 Abs. 1 Bst. b StPO (SR 312.0).

²⁷ Unwahrscheinliche Ausnahmen vorbehalten. Vgl. zu den **Risiken** einer ausgeschriebenen Person z.B. Urteil des EGMR No 41199/06 *M. c. Suisse* vom 26. April 2011; Urteil des EGMR No 964/07 *George c. Frankreich*. Zum U.S.-amerikanischen Rechtsverständnis mit seiner bloss im Inland garantierten Rechtsstaatlichkeit siehe John T. Parry, International Extradition, The Rule of Non-Inquiry, and the Problem of Sovereignty, Boston University Law Review Vol. 90:1973, S. 2010, bes. S. 2025 ff.

²⁸ Vgl. etwa Urteil des EGMR No 10588/83 *Funke c. Frankreich* Ziff. 44 vom 25. Februar 1993.

²⁹ SR 0.103.2.

³⁰ So z.B. Stephan Breitenmoser, Neue Rechtsentwicklungen im Bereich der internationalen Amts- und Rechtshilfe, in: Bernhard Ehrenzeller (Hrsg.), Aktuelle Fragen der internationalen Amts- und Rechtshilfe, St. Gallen 2005, S. 34. Zur Praxis des EGMR seit der *Soering*-Rechtsprechung (Urteil des EGMR No 14038/88 *Soering c. Vereinigtes Königreich* vom 7. Juli 1989) einlässlich: Rainer J. Schweizer, Anforderungen der EGMR-Rechtsprechung an die internationale Amts- und Rechtshilfe, Im Kontext eines europäischen Paradigmenwechsels, in: Innovatives Recht, Festschrift für Ivo Schwander, hrsg. von Franco Lorandi und Daniel Staehelin, Zürich/St. Gallen 2011, bes. S. 998 ff.

³¹ Vgl. zum datenschutzrechtlichen Widerspruchsrecht namentlich Art.12 Abs. 2 Bst. b Bundesgesetz über den Datenschutz (DSG) vom 19. Juni 1992 (SR 235.1); dazu Corrado Rampini, in: BSK DSG Art. 13 N. 10–13; Dieses Recht kann im privatrechtlichen Bereich durch vorsorgliche Massnahmen und eine Unterlassungsklage nach Art. 15 Abs. 1 DSG und im öffentlich-rechtlichen Bereich des Bundes durch ein entsprechendes Gesuch und eine Beschwerde nach Art. 25 Abs. 1 Bst. a DSG geltend gemacht werden.

vor Bundesgericht kaum Schutz finden würde.³² Ebenso wird das zwingende Völkerrechtsverbot von rückwirkenden Strafen (siehe besonders Art. 7 EMRK in Verbindung mit Art. 15 EMRK) nicht garantiert: Das Gesetz anerkennt rückwirkend bis 2009 die Strafbarkeit der Steuerhinterziehung, und die US-Behörden können neue rückwirkende Strafbestimmungen einführen, ohne dass die Schweiz intervenieren könnte. Schliesslich haben die aussenstehenden Dritten aus den Treuhandfirmen und den Anwaltskanzleien nicht einmal das Recht auf volle Auskunft über sämtliche sie betreffenden Informationen, geschweige, dass sie zur Berichtigung oder Löschung unrichtiger Daten befugt wären (vgl. Art. 2 Abs. 4 in Verbindung mit Abs. 2 Bst. b des Gesetzesentwurfs). Damit verstösst das Gesetz wiederum gegen in der Schweiz geltendes Völkerrecht, nämlich **gegen Art. 8 und 9 der Europäischen Datenschutzkonvention von 1982**³³, die keine pauschalen Ausschlüsse dieser Rechte zulässt, ausser es liege ein in Art. 9 Ziff. 2 genannter Grund vor, was hier nicht zutrifft.³⁴

12. Haben die Mitarbeiter oder die Dritten einen Weg an ein Gericht bzw. einen Rechtsschutz?

[Rz 12] Das Gesetz sieht explizit **keinen Rechtsschutz** vor. In der Botschaft Ziff.1.3 wird gesagt, es sei gerade das Ziel des Gesetzes, dass die Gerichte die Herausgabe der Daten nicht ablehnen können sollen. Das kann ja wohl nicht wahr sein, und das wäre nochmals ein Verstoss gegen die Bundesverfassung (Art. 5, Art. 29a und vor allem 30 BV) sowie namentlich auch **gegen Art. 6 und 13 EMRK**, geht es doch um den Persönlichkeitsschutz, einem vom Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR) anerkannten zivilrechtlichen Anspruch der Mitarbeitenden und der sonst betroffenen Dritten sowie in vielen Fällen um den gerichtlichen Schutz wegen strafrechtlicher Anklagen im Ausland. Es ist also nicht zu sehen, wie ein schweizerisches Gericht gestützt auf dieses Spezialgesetz auf eine Klage oder Beschwerde einer betroffenen Person nicht eintreten sollte.

[Rz 13] Wie aber, auf welchen Rechtswegen, können sich die Betroffenen wehren? Das hängt u.a. von der **rechtlichen Qualifikation** des Handelns der Banken und deren Vereinbarungen ab.

13. Was ist die Rechtsnatur der Entscheidungen der Banken?

[Rz 14] Folgt man der Auffassung, dass die Banken über ein Bundesgesetz eine besondere hoheitliche Aufgabe bekommen – der Bundesrat selbst erwägt diese Auffassung, weil er in Ziff. 1.3 der Botschaft die Probleme von Art. 271 StGB, des verbotenen Handelns für einen fremden Staat anspricht –, so ist das Herausgeben der Informationen **eine öffentlich-rechtlich geregelte Aufgabe**, weshalb die Banken eben dann doch das VwVG beachten und einhalten müssen. Nach Art. 271 StGB ist strafbar, «wer auf schweizerischem Gebiet ohne Bewilligung für einen fremden Staat Handlungen vornimmt, die einer Behörde oder einem Beamten zukommen,» oder «wer solchen Handlungen Vorschub leistet». Eine solche Bewilligung ist eigentlich nur im Rechtsrahmen, in dem Rechts- oder Amtshilfe geleistet werden kann, möglich.³⁵ Das trifft *in casu* schon allein deshalb nicht zu, weil die Rechtswege der Amts- und Rechtshilfe (namentlich Art. 84 und Art. 84a BGG) offenbar mit der Kompetenzübertragung an private Bankunternehmen ausgeschlossen sein sollen.

[Rz 15] Nach dem öffentlich-rechtlichen Verfahrensrecht des Bundes können Bankmitarbeitende und aussenstehende betroffene Dritte gemäss Art. 25a VwVG Entscheide der Banken über die Information der Betroffenen oder über die Herausgabe ins Ausland anfechten. Und nach Art. 25 DSG stehen den Betroffenen verschiedene öffentlich-rechtliche datenschutzrechtliche Beschwerdemöglichkeiten offen.

[Rz 16] Wird demgegenüber geltend gemacht, dass die Vereinbarungen, die die Banken mit den Personalverbänden nach Art. 2 Abs. 1 2. Satz des Entwurfs abschliessen müssen, zwar gesetzlich verlangte, aber dennoch **privatrechtliche «Gesamtverträge»** pro Firma sind, so müssen die Betroffenen den zivilprozessualen Klageweg beschreiten. Das hat für diese namentlich den grossen Nachteil, dass sie ganz andere Kostenrisiken tragen als Parteien im öffentlich-rechtlichen Beschwerdeverfahren. **Doch** es spricht vieles dafür, die «Vereinbarungen» der Banken mit den Mitarbeitenden – deren Abschluss sogar nach Art. 3 Abs. 1 mit Strafen beehrt ist – **auch als öffentlich-rechtliche zu qualifizieren**, denn es bestehen hoheitliche Anweisungen an Banken und Personalverbände, und die Vereinbarungen dienen öffentlich-rechtlichen Interessen (Mitarbeiterschutz und Ermöglichung der Datenlieferung zum Schutz der Banken). Die gesetzlichen und verfassungsmässigen Persönlichkeitsrechte können zudem durch solche «Gesamtverträge» höchstens erweitert, nie jedoch eingeschränkt werden. Damit ist der

³² Das Bundesgericht verweigert in ständiger Rechtsprechung selbst einem Bundesgesetz die Anwendung, wenn eine Verurteilung der Schweiz vor dem EGMR in Strassburg droht.

³³ Übereinkommen zum Schutz des Menschen bei der automatischen Verarbeitung personenbezogener Daten vom 28. Januar 1982 (SR 0.235.1)

³⁴ Vgl. auch die folgende Ziff. 12.

³⁵ Vgl. Declaration of Rudolf Wyss [damals Stellvertretender Direktor des Bundesamtes für Justiz und zuständig für die internationale Rechtshilfe in Strafsachen], of 28 April 2009, in *Amicus Curiae* Brief of Government of Switzerland, Case No. 09-20423-Civ-Gold/McCailey, United States of America, Petitioner, vs. UBS AG, Respondent, April 30, 2009; Tab 2, m.w.N.

Rechtsweg gegen «Entscheide» einer Bank wahrscheinlich ein öffentlich-rechtlicher.

[Rz 17] Doch nochmals: Die schweren Einschränkungen des rechtlichen Gehörs und der (offenbar gewünschte) Ausschluss des Rechtsweges an ein Gericht sind jedenfalls verfassungs- und völkerrechtlich nicht haltbar.

14. Wie erfolgt die Lieferung der Kundendaten?

[Rz 18] Die Kundendaten werden im Gegensatz zu den Daten über Mitarbeitende oder aussenstehende Dritte im Rahmen der geltenden Verträge und Gesetze geliefert (Art. 1 Abs. 3 des Entwurfs). Gegenwärtig ist aber ausschliesslich das Doppelbesteuerungsabkommen von 1996 anwendbar, welches nur Steueramtshilfe bzw. Strafrechtshilfe bei Steuerbetrug erlaubt. Die Änderung des Abkommens von 1996 durch das Protokoll von 23. September 2009³⁶ ist noch nicht in Kraft, weil der US-Senat diese Änderungen des DBA-USA 96 **noch nicht ratifiziert** hat.³⁷ Das heisst, eine Datenlieferung wegen Steuerhinterziehung und bloss auf Grund einer Gruppenanfrage³⁸ ist **zurzeit noch nicht möglich**. Vor allem aber **haben die US-Steuerpflichtigen volle Verfahrensrechte und alle Rechtsmittel bis zum Bundesgericht**, was offenbar den Schweizer Anwältinnen und Anwälten, Treuhändern sowie Bankmitarbeiterinnen und Bankmitarbeitern möglichst versagt sein soll.

Insofern müssen sich diese Personen in der Schweiz diskriminiert vorkommen.

15. Hätte die Vereinbarung als *Lex posterior* Vorrang?

[Rz 19] Würde die Bundesversammlung die (bisher unbekannt) Vereinbarung des Bundesrates mit den USA genehmigen, könnte diese Vereinbarung wie der UBS-Vertrag von 2009 als jüngere (ev. gar spezielle) Rechtsgrundlage gegenüber den älteren Verträgen mit den USA angesehen werden. Doch selbst wenn sie – was strittig ist – der Bundesverfassung

vorgehen würde, könnte sie jedenfalls völkerrechtliche Menschenrechtsverpflichtungen nicht derogieren.

16. Weitere Rechte der Betroffenen?

[Rz 20] Ausdrücklich sei zum Schluss darauf hingewiesen, dass Treuhandfirmen oder Anwaltskanzleien veranlasst sein könnten, gegen eine Datenlieferung einer Bank an die US-Behörden Strafanzeige wegen unerlaubten wirtschaftlichen Nachrichtendienstes **nach Art. 273 StGB** einzureichen. Erfolg könnte auch anderen Banken beschieden sein, welche mit sog. «Leaver-Listen» – also den Listen über sog. «Abschleicher» – denunziert werden sollen. Eine Rechtfertigung der Datenlieferung ergibt sich aus dem Gesetzesentwurf selbst nicht.

Prof. Rainer J. Schweizer, St. Gallen, in Zusammenarbeit mit Dr. Markus H.F. Mohler, Binningen/Basel, und Rechtsanwalt Dr. Alexander M. Glutz, Zürich.

Bei dem vorliegenden Text handelt es sich um eine überarbeitete und mit Belegen ergänzte gutachterliche Stellungnahme zu Handen der Mitglieder der Kommission für Wirtschaft und Abgaben (WAK/CER) des Ständerates vom 5. Juni 2013.

* * *

³⁶ Zu diesem Vertrag vgl. z.B. Friedhelm Jacob, Änderungsprotokoll zum DBA Schweiz: Mehr als nur Amtshilfe, liechtenstein-journal 3/2011, S. 83 ff.

³⁷ Gruppenanfragen betreffend Steuerdelikte von US-Steuerschuldern sind übrigens, soweit sie nach DBA zugelassen sind, nach Art. 1 der Verordnung über die Amtshilfe bei Gruppensuchen nach internationalen Steuerabkommen vom 16. Januar 2013 (SR 672.51) erst ab Inkrafttreten des StAHiG vom 1. Februar 2013 zulässig.

³⁸ Zu den Rechtsproblemen von Gruppenanfragen: Glutz, Beschwerde ans Bundesgericht (Fn. 2), ASA 80 Nr. 11/12, 2011/2012, S. 732 ff.; Rainer J. Schweizer, Zulassung sog. Gruppenanfragen ohne zurechenbare Verdachtsgründe in der Steuerstrafrechtshilfe gegenüber den USA?, in: Jusletter 27. Februar 2012.