

## Rechtsstaat? ➤ Abbau des Rechtsstaates von oben

**Anmerkungen zur jüngsten Entwicklung im Steuerstreit mit den USA (auf Grund von Artikeln im Tagesanzeiger vom 14. und der NZZ vom 18. April 2012 und weiteren Meldungen dazu in der NZZ v. 27. Juli, 7. August 2012 und in der Basellandschaftlichen Zeitung vom 30. Juli 2012)**

1. Den Ausführungen in den Darstellungen im April ist zu entnehmen, dass der Bundesrat eine Verfügung erliess, wonach es den elf Banken, die mit der US Steuerbehörde in einem Konflikt stehen, erlaubt sei, Informationen über Bankgeschäfte mit *Namen von Angestellten der jeweiligen Bank* ebenso wie von „Dritten“ – gemeint sind offenbar Vermögensverwalter und andere Dienstleister (z.B. Anwälte, Treuhänder) mit nicht näher definierten Beziehungen zur je entsprechenden Bank –, nicht aber von Bankkunden, uncodiert und direkt der US Steuerbehörde zu übermitteln. Mit dieser Verfügung soll in der Schweiz bewirkt werden, dass sich die übermittelnden Bankorgane nicht i.S. von Art. 271 StGB, verbotene Handlungen für einen fremden Staat, schuldig machen.

Auf welche rechtliche Grundlage sich diese bundesrätliche Verfügung stützt, wird – wie diesen Medienberichten zufolge der Sprecher des Staatssekretariats für internationale Finanzfragen (SIF) ausgeführt hat – nicht bekannt gegeben. Das ist unüblich, nicht in Übereinstimmung mit dem Öffentlichkeitsprinzip, widerspricht der für die Rechtssicherheit wichtigen Transparenz und Bestimmtheit und erstaunt.

2. a) Art. 271 StGB erklärt als strafbar, wer auf schweizerischem Gebiet *ohne Bewilligung* Handlungen für einen fremden Staat vornimmt, *die „einer Behörde oder einem Beamten zukommen“*. Somit hat der Bundesrat durch diese Verfügung zunächst festgehalten, dass die Übermittlung dieser Informationen an einen fremden Staat *Sache der staatlichen Behörden* sei. Da es sich zweifelsfrei um Informationen handelt, die in den USA in (steuer)strafrechtlichen Verfahren Verwendung finden können, ist das Rechts- und Amtshilferecht massgebend. Dieses besteht einerseits aus dem Bundesgesetz über die internationale Rechtshilfe in Strafsachen (IRSG) und andererseits aus völkerrechtlichen Verträgen dieses Rechtsbereiches, in diesem Kontext dem Staatsvertrag vom 25. Mai 1973 mit den USA über die Rechtshilfe in Strafsachen (SR 0.351.933.6) und dem Doppelbesteuerungsabkommen mit den USA vom 2. Oktober 1996 (SR 0.672.933.61). Es kommt auch die (am 16. November 2011 geänderte) Verordnung zum DBA von 1996 dazu.

In Bezug auf die *Rechts- und Amtshilfeprinzipien* ist im IRSG insbesondere eine Bestimmung von besonderer Bedeutung im vorliegenden Zusammenhang: Art. 1a (Begrenzung der Zusammenarbeit) verpflichtet die Behörden, bei der Anwendung dieses Gesetzes „den Hoheitsrechten, der Sicherheit, der öffentlichen Ordnung oder anderen wesentlichen Interessen der Schweiz Rechnung zu tragen“.

b) Nun werden diese *steuerpolizeilichen* Unterstützungen der US Steuerbehörden nicht als Rechts-, sondern (wohl wegen der in der internationalen Steuerrechtshilfe üblichen Begriffsverwendung) als *Amtshilfe* bezeichnet, was an sich schon höchst problematisch ist und im Ergebnis auf eine Missachtung der Rechtshilfeprinzipien hinausläuft. Es geht um die Verkürzung der Verfahrensrechte der Betroffenen und in diesem Fall auch um die Verletzung des schweizerischen *ordre public* (Hoheitsrechte, Einhalten der Verfahrensgrundsätze der EMRK [so ausdrücklich in Art. 2 lit. a IRSG]).

Es ist äusserst fragwürdig, die *Rechtshilfe*prinzipien durch eine auch einem Amtshilfeverfahren nicht entsprechende Verfügung (s.u.) zu unterlaufen (die Amtshilfe ist auf Bundesebene gesetzlich nicht hinreichend geregelt).

c) Art. 271 StGB beschlägt sodann nicht nur den Gehalt der Handlung für einen fremden Staat, es handelt sich auch um eine Modalbestimmung.

Solche Handlungen für einen fremden Staat, die eben „einer Behörde oder einem Beamten zukommen“, bedürfen ihrerseits einer gesetzlichen und einer staatsvertraglichen Grundlage. Eine solche ist nicht ersichtlich, im Gegenteil, wie oben ausgeführt. Der Straftatbestand von Art. 271 StGB stellt selber keine solche gesetzliche Grundlage dar; er bestimmt, dass die Rechtswidrigkeit einer sonst nach dieser Norm strafbaren Handlung entfällt, sofern eine Bewilligung erteilt worden ist, eine Bewilligung, die ihrerseits eine gesetzliche Grundlage hat.

d) Auch wenn die rechtliche Grundlage, auf die sich dieser Bundesratsbeschluss stützt, nicht genannt wird, ist zu vermuten, dass es sich um Art. 184 Abs. 3 BV, ev. auch Art. 185 Abs. 3 BV, handelt. Diese ermächtigen den Bundesrat unter bestimmten Voraussetzungen (die hier nicht diskutiert werden), Verordnungen oder Verfügungen ohne gesetzliche Grundlage zu erlassen (konstitutionelles Notrecht). Einigkeit besteht darin, dass diese Verordnungen oder Verfügungen gesetzesvertretend oder gesetzesergänzend sein können, *nicht aber gegen geltende Gesetze oder die Verfassung* verstossen dürfen (vgl. aber Ziff. 5 nachfolgend).

Mit der nun gewissen Banken erteilten Bewilligung, grundsätzlich nur Behörden zustehende Informationen an einen ausländischen Staat zu übermitteln, wird jedoch die verfassungsmässige Schranke der Ermächtigung des Bundesrates zu verfassungsunmittelbaren Verfügungen durchbrochen, m.a.W. die Bewilligung verstösst gegen geltendes Recht.

3. a) Mit diesen namentlichen Informationen, die den US-Behörden ohne vorgängige Rechts- oder Amtshilfeverfahren, die rechtsstaatlichen Anforderungen genügen, zukommen, werden Bankangestellte ebenso wie „Dritte“ der konkreten Gefahr von Strafverfahren in den USA ausgesetzt werden. Insbesondere droht ihnen nicht nur ein Verfahren wegen eines Steuerdeliktes, sondern auch wegen Verschwörung (*conspiracy*). Damit werden – abgesehen von Fragen im Zusammenhang mit dem strafrechtlichen Rückwirkungsverbot – Verfahrensgrundrechte der davon Betroffenen (niemand muss sich selbst belasten, faires Verfahren, Art. 29 ff. BV, Art. 6 Zif. 1 EMRK [SR 0.101], Art. 14 UNO Pakt über die bürgerlichen und politischen Rechte [SR 0.103.2]) verletzt.

b) Der Hinweis im von den Medien erwähnten Brief des Bundesrates an die Banken „Die Abwägung der zivilrechtlichen Verantwortlichkeit bleibt Sache jeder Bank“ betrifft nur den zivil- bzw. arbeitsrechtlichen Aspekt, nicht aber den öffentlich-rechtlichen und den strafrechtlichen (dazu nachfolgend, Ziff. 4). Diese personenbezogenen, an die US Behörden gelieferten Informationen verletzen Art. 6 des Datenschutzgesetzes und in diesem Zusammenhang auch Art. 328 und 328b OR.

Nicht zu übersehen ist jedoch – zumindest aus Sicht der Banken – dass diese Bewilligung in einem engen sachlichem Zusammenhang steht mit der (rechtlich umstrittenen) Verfügung der FINMA, wonach die UBS Bankkundendaten an die ESTV z.H. des IRS der USA herauszugeben habe, steht.

(Da allem Anschein nach auf Grund dieser Bewilligung keine Bankkundendaten übermittelt worden sind, entfällt *prima vista* eine Verletzung des Bankkundengeheimnisses; ob aus den gelieferten Informationen nicht aber dennoch Rückschlüsse auf Bankkundendaten gezogen werden können, bleibt vorerst offen; zu erinnern ist daran, dass die CS auf Gruppenanfragen im Herbst 2011 Bankkundendaten geliefert hat, was später vom Bundesverwaltungsgericht als teilweise rechtswidrig beurteilt wurde).

4. a) Die Weitergabe dieser Informationen an die US-Administration dürfte den Tatbestand des wirtschaftlichen Nachrichtendienstes, Art. 273 StGB, erfüllen (so auch Prof. Niggli im NZZ-Artikel v. 18.4.2012). Geschützt werden durch Art. 273 StGB die wirtschaftlichen Gesamtinteressen des Staates, der Schweiz, bzw. die Geschäftsgeheimnisse der Rechtssubjekte in seinem Hoheitsgebiet (vgl. oben die Ausführungen zu Art. 1a IRSG). Dazu gehören selbst illegale, strafbare oder vertragswidrige Verhaltensweisen, so weit sie ein solches Geschäftsgeheimnis betreffen, an dessen Geheimhaltung Interesse und -wille besteht. Die Bankleitungsorgane können nicht für andere, für ihre Angestellten und "Dritte", darüber befinden, ob bei ihnen Geheimhaltungsinteresse und -wille vorhanden seien bzw. deren Vorhandensein von sich aus und pauschal negieren.

Bei Art. 273 StGB handelt es sich zudem um ein abstraktes Gefährdungsdelikt, sodass es nicht darauf ankommt, ob die USA tatsächlich irgendwelche Massnahmen gegen die genannten Personen ergreifen.

b) Die Bewilligung des Bundesrates im Kontext von Art. 271 StGB kann die Übermittlung strafrechtlich geschützter Inhalte im Sinne von Art. 273 StGB nicht legitimieren. Sie scheint zudem auf eine Forderung der USA zu reagieren, die auch keinem Amtshilfegesuch i.S. des ergänzten DBA entspricht, welches die USA zudem noch nicht ratifiziert haben (durch dieses Vorgehen wird auch der vom Bundesrat bestätigte Anspruch auf Verfahrensbeteiligung der von einem Amtshilfegesuch der USA betroffenen Personen ignoriert).

5. Rechtfertigung für eine Übermittlung solcher Informationen könnte – neben einem Staatsvertrag, der den Austausch just solcher Informationen zur Pflicht macht (wofür die diesbezüglichen Übereinkommen nicht genügen) – ein Notstand (des Staates) sein. Ein solcher ist allerdings wegen der möglicherweise drohenden strafrechtlichen Verfolgung von Banken bzw. oberen Bankkadern in den USA nicht gegeben. Die Anforderungen an einen Notstand sind viel höher. Der Sprecher des SIF soll bestätigt haben, dass sich die Verfügung nicht auf Notrecht stütze.

Hervorzuheben ist, dass dieser Druck der USA an sich völkerrechtswidrig ist. Die Forderung nach diesen Informationen entspricht weder dem bisherigen noch dem ergänzten (noch nicht rechtskräftigen) DBA. Dagegen muss sich die Schweiz mit andern, rechtlich einwandfreien Mitteln wehren.

Diese Situation dürfte wohl verschiedene Rechtsstreitigkeiten nach sich ziehen, so namentlich privatrechtlicher Art im Verhältnis mit den Banken, ebenso möglicherweise auch Haftungsansprüche gegen den Bund, der die Banken zu dieser Datenlieferung zumindest ermuntert hat. Es ist nicht auszuschliessen, dass mit diesem Vorgehen eine Büchse der Pandora geöffnet worden ist, wofür es nach neuesten Infor-

mationen (angebliche Befragung von Kindern von Bankangestellten bei ihrer Einreise in die USA) Anzeichen geben könnte.

6. Der Steuer-Streit mit den USA (und andern Ländern) wird von der Schweiz – nicht nur von den Bundesbehörden! – mit heute offensichtlich nicht tauglichen, auf vermeintlich kurzfristige „Erfolge der Angriffsabwehr“ ausgerichteten und rechtsstaatlich bedenklichen Massnahmen geführt. Eine Strategie, die nicht nur rechtsstaatlich befriedigt, sondern auch für den Finanzplatz Schweiz gleich lange Spiesse anvisiert, ist bisher für Aussenstehende nicht zu erkennen. Eine solche stützte ich auf den in absehbarer Zeit wohl ohnehin unvermeidlichen automatischen Informationsaustausch – bspw. durch ein völkerrechtliches Übereinkommen im Rahmen der OECD –, der dann auch die notorischen (gigantischen) Steueroasen anderswo in Pflicht nähme.

23. April/7.August 2012/Markus Mohler